UNIVERSITÀ DEL SALENTO
CEDEUAM
CENTRO DI RICERCA EURO AMERICANO SULLE POLITICHE COSTITUZIONALI
EURO AMERICAN CENTER ON CONSTITUTIONAL POLITICS

ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
Metodología de la comparación jurídica.
Curso de Verano ed. on line 2021
Modelos de justicia constitucional, supranacional, electoral y ambiental

Litigios climáticos comparados

Michele Carducci

Università del Salento Cedeuam

www.cedeuam.it

michele.carducci@unisalento.it

Curso de Verano en «Metodologia de la comparación jurídica» 2021

Esquema de exposición en 12 puntos

Qué se entiende por "litigio climático" y por qué se denomina "*litigation strategy*".

Cuándo y dónde surgen las "*climate change litigation strategies*" y el marco geopolítico de su incremento exponencial en comparación con la matriz de "*Common Law*".

El juez como "regulador del riesgo" y los tres puntos de inflexión en la regulación del riesgo climático: el Acuerdo de París de 2015; el *Informe especial* del IPCC de 2018; la "emergencia climática" de 2020.

Del litigio "climático" localizado al litigio "energético" planetario: la entrada del parámetro de la "*Equity*" en la argumentación judicial.

Los 4 elementos "constitucionales" de cualquier "*climate change litigation strategy*": el "*garbage can model*" entre la ponderación de intereses y el principio de precaución climática; reserva de ciencia; obligación de motivación; protección de los derechos humanos.

El carácter "constitucional" de la cosa juzgada: multidimensionalidad y superación del "falso negativo". La teoría de la cosa juzgada climática como red de gobernanza.

La comparación "*entre*" litigios climáticos: revisión de métodos institucionales y métodos científicos.

La comparación "*dentro del*" litigio climático: del enfoque de "reutilización" del *Global Climate Litigation Network* al precedente climático como nivel esencial de protección de derechos o elemento constitutivo de la "*Equity*".

Variables constitucionales nacionales que inciden en el uso del precedente climático: formas de acceso al juez; el modelo constitucional de la ciencia; el control judicial de las políticas públicas en la división de competencias; el régimen legal de la carga de la prueba; la disciplina del daño.

La especificidad del litigio climático en el "Sur del mundo", entre "reserva de ciencia" y "reserva de cultura" y "de naturaleza".

La especificidad del litigio climático en el derecho de la UE: sistema multinivel; cuatridimensionalidad de los derechos humanos involucrados; calificación de la naturaleza "no-significante" del daño (*DNSH*).

La especificidad del litigio contra multinacionales: la centralidad de la información sobre el riesgo para los "*stakeholders*" y "accionistas".

Primera premisa: introducción al léxico

El derecho climático no es sinónimo de derecho ambiental, porque clima y medio ambiente no son sinónimos, y el derecho climático no se ocupa del medio ambiente sino del problema específico de la estabilización del sistema climático planetario (y el sistema climático está compuesto por la atmósfera, la biosfera, la litosfera, la hidrosfera y la criosfera ... que es todo y no bienes u objetos individuales).

La distinción y la no confusión se encuentra explícitamente en la CMNUCC de 1992 en el *Preámbulo* y el artículo 1.

(https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/glossary-of-climate-change-acronyms-and-terms)

Se trata, pues, de verdaderas "definiciones jurídicas" del derecho positivo, que el jurista no puede ignorar o confundir a su discernimiento. Estas definiciones legales constituyen la base de esta exposición.

Segunda premisa: el Anexo 1 CMNUCC

Un segundo elemento fundamental para enmarcar correctamente la cuestión del litigio climático es la distinción (prevista en el Anexo 1 de la CMNUCC) entre países "desarrollados" y "en desarrollo" con respecto a la "Equity" como criterio de justicia planetaria en la cuantificación de la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Esta distinción es importante para el discurso sobre la efectividad de los precedentes judiciales y para el encuadre de las diferencias en las disputas del "Sur del mundo".

1

Qué se entiende por "litigio climático" y por qué se denomina "*litigation strategy*"?

Por qué «*Strategy*»

https://www.openglobalrights.org/thinking-strategically-about-climate-litigation/?lang=Spanish

El litigio climático es fisiológicamente estratégico por su contenido y sus objetivos, que no son unidimensionales (los intereses de los demandantes) sino multidimensionales (los intereses de todos los sujetos que pueden identificarse con los demandantes: ciudadanos, menores, asociaciones, otros seres vivos, etc.). Por ello, el litigio climático se ha definido como un instrumento de "populismo constitucional", es decir, de afirmación del "estatus climático" de cualquier sujeto constitucional (ya que todos dependemos del sistema climático y de su estabilidad).

Cfr. Hilson, *Law, courts and populism: climate change litigation and the narrative turn*, in Sterett, Walker, *Research Handbook on Law and Courts*, Edward Elgar, 2019.

Por qué «*Litigation*»

Toda la "*Litigation Stategy*" realiza una forma de colaboración "diárquica" entre el poder judicial y los demás poderes (legislativo y ejecutivo) [véase A. Pisanò].

Como es sabido, la posibilidad de que el Estado constitucional de derecho "degenere" en un estado jurisdiccional no depende de la actitud activa de los Tribunales, sino de la actitud pasiva del Parlamento. De hecho, en ausencia de una integración legislativa sistémica de los problemas de la realidad fáctica - especialmente en situaciones de peligro - negar el momento judicial significaría negar la protección de los mismos derechos.

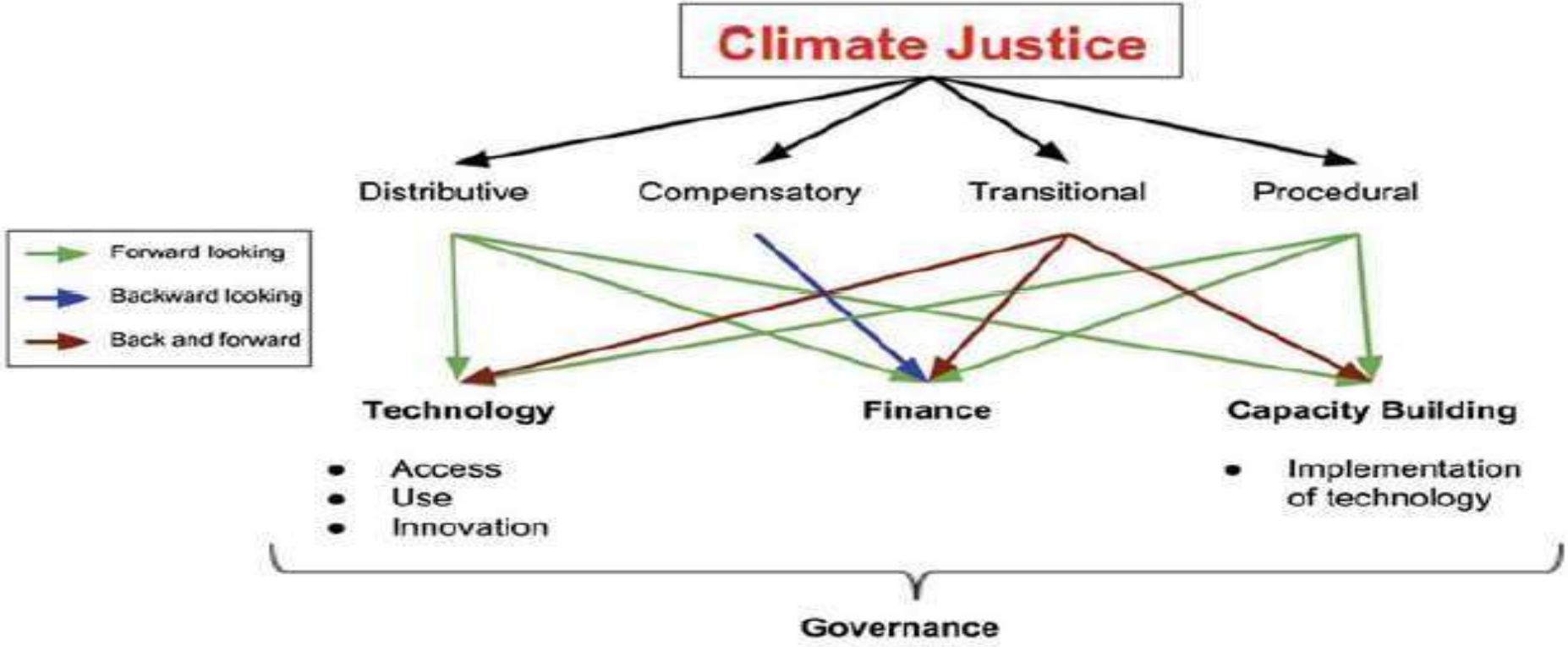
Por lo tanto, la "estrategia" funciona como un instrumento de solicitud democrática (es decir, que viene de abajo) para tomar decisiones frente a situaciones de peligro que amenazan los propios derechos humanos. Esto explica tres características recurrentes de todas las "*Litigation Strategies*":

- por qué se practican predominantemente precisamente dentro de sistemas de gobierno fundados, sin embargo, en la legitimación democrática de las opciones políticas;
- por qué el objeto de la acción procesal es la "*noluntas decidendi*" del poder (público o privado) (una conducta "insuficiente", no un acto en sí mismo);
- por qué todas las acciones "estratégicas" tienen un contenido "correctivo" (corregir la conducta no simplemente cancelar un acto).

¿Qué (idea de) justicia "climática"?

Por este motivo, los litigios climáticos persiguen una "estrategia" de justicia similar a la "transicional", es decir, de promoción de la "verdad" (científica sobre los problemas climáticos) para una transición "justa" (de consecución de la estabilidad climática): es (tendencialmente) un litigio de "verdad y justicia" frente a la "*noluntas decidendi*"

Fonte: Mechler et al. (eds.), *Loss and Damage from Climate Change. Climate Risk Management, Policy and Governance*, Cham, Springer, 2019



¿Es una justicia "positivizada"?

Ciertamente que sí,

precisamente en el sentido "kelseniano" (Kelsen, *Il problema della giustizia* (1960), trad. it. Torino, Einaudi, 2000) de "positivización de la justicia". Las fuentes de esta "justicia climática transicional" son la CMNUCC y, ahora, el Acuerdo de París, en las partes en las que se habla de "*Equity*", de "*beneficio para las generaciones presentes y futuras*", de equidad intergeneracional, de derechos humanos, de enfoque holístico, de eliminación definitiva para el futuro de las "*interferencias humanas peligrosas*" sopre el clima.

Kelsen señala que todas las ideas de justicia - excepto la de caridad - se refieren a órdenes de valores y preferencias cuya existencia es presupuesta y aceptada por quienes utilizan el criterio. Las fuentes del derecho climático "plantean" todos los criterios jurídicos de "valores" y "preferencias" para promover la "transición" climática.

¿Cuáles son las características de las fuentes del "derecho climático"? Es un sistema normativo "material"

En primer lugar, la CMNUCC es una fuente con doble contenido: de producción directa de la obligación climática y sobre la producción de otras fuentes complementarias y de actualización de los contenidos de la obligación climática. Por este contenido, es una fuente "especial" para la materia (cambio climático y estabilización del clima, no "medio ambiente") y para el sistema normativo relativo a dicha materia (es suficiente leer los artículos 1,2, 3 y 4 de la CMNUCC y los artículos 2, 3, 4 del Acuerdo de París, para tener la confirmación).

En segundo lugar, la CMNUCC integra su contenido normativo "hacia fuera", es decir, con una "remisión" explícita a la ciencia (una remisión confirmada por el Acuerdo de París). Así, la ciencia se convierte en una "fuente jurídica integradora" de la obligación climática (el término utilizado es "reserva de ciencia").

En tercer lugar, esta integración científica es inevitablemente de naturaleza "material", no formal. En otras palabras, respetar la ciencia significa "adaptar" las acciones a las "evaluaciones materiales" de la ciencia (en cuanto al control del calentamiento global, el plazo de estabilización del sistema climático, etc.).

Estas tres características explican el carácter "estratégico" (y "transicional") de las conductas relacionadas con el cambio climático, incluidas las acciones judiciales.

Y un sistema normativo "cerrado"

Más específicamente, la relación jurídica entre la conducta y la norma climática no es formal (acto frente a norma) sino material (acción frente a contenido "material" de la norma). No es casualidad que la CMNUCC hable de "*policies*" y "*measures*" (palabras que, en inglés, significan "acciones materiales" y no sólo "actos formales").

Esto implica que las evaluaciones de la nocividad material de una acción, incluso desde el punto de vista de la validez formal y la conformidad, se traducen siempre en una evaluación de la "adecuación" material (basada en la ciencia) de los contenidos con respecto a la situación de peligro del cambio climático.

Desde esta perspectiva, el sistema de regulación "climática" resulta ser un sistema "cerrado" y "especial" en comparación con cualquier otro sistema de regulación (incluidos otros sistemas de regulación medioambiental).

Este enfoque de la CMNUCC excluye todo juicio basado en criterios distintos de los que el sistema de fuentes "climáticas" ha establecido para garantizar su propia coherencia interna.

Los argumentos "no climáticos" (es decir, no relacionados con el sistema de fuentes climáticas) son argumentos sin base legal.

¿Son admisibles los sistemas normativos "materiales" y "cerrados"?

Sí, por ejemplo, el CEDH (pero también el CIDH)

Ejemplos del CEDH (1)

(en ámbitos no específicos del "clima", sino en general del medio ambiente)

A partir de los casos *López Ostra contra España* (sentencia de 6 de diciembre de 1994) y *Guerra y otros contra Italia* (sentencia de 19 de febrero de 1998), se reconoce un derecho inviolable a un medio ambiente sano, libre de contaminación y respetuoso con la salud.

Con estos pronunciamientos, se afirma la existencia de una obligación positiva por parte del Estado, que ya no sólo está obligado a adoptar medidas "*adecuadas*" para cesar o reducir la contaminación, sino también a proporcionar a la población afectada soluciones "materiales" e "información" relativa a los "graves riesgos" a los que está expuesta.

Posteriormente, en el caso *Öneryildiz contra Turquía* (sentencia de la Gran Sala de 20 de noviembre de 2004), el Tribunal de Estrasburgo utiliza el artículo 2 del CEDH para afirmar que la protección del derecho a la vida en relación con una situación de peligro (como la contaminación ambiental) produce una obligación positiva del Estado de adoptar "*todas las medidas necesarias para proteger la vida de las personas sometidas a su jurisdicción*".

Además, según el Tribunal europeo de DH, "*esta obligación debe interpretarse en el sentido de que se aplica a todas las actividades, públicas o no, que puedan constituir un peligro para el derecho a la vida*".

Por lo tanto, el derecho viveinte del CEDH admite una obligación positiva y "material", no meramente "formal", igual que el derecho climático.

Ejemplos del CEDH (2) (en ámbitos no específicos del "clima", sino en general del medio ambiente)

Con la sentencia *Fadeyeva contra Rusia* (9 de junio de 2005) se da un paso crucial: existe la obligación no sólo de "*mitigar los riesgos*" sino también de "*dar una solución efectiva*" a las situaciones de peligro, admitiendo así la entrada, en la argumentación en apoyo de la revisión judicial, de criterios también "externos" (principalmente científicos), incluso cuando el sistema normativo no prevé estos criterios.

En *Cordella y otros contra Italia* (24 de enero de 2019), se argumenta esta necesidad de criterios "externos" de acuerdo con los cánones de la lógica "consecuencialista" (los jueces deben considerar las "consecuencias materiales" de la conducta sometida a juicio, no sólo su conformidad formal).

Por tanto, los criterios científicos externos son necesarios para las "consecuencias", aunque no estén previstas por la ley. Pero aún más son "obligatorios", si se hacen explícitos (como en el dercho climático).

El "consecuencialismo" y la división de poderes

Además, el Tribunal, siempre en la sentencia "*Cordella*", deja claro que no le corresponde determinar con precisión las medidas que deberían haberse adoptadas, sino que tiene el deber (y poder) de "*constatar*" si una autoridad no ha adoptado las "*medidas necesarias*" para garantizar la protección "*efectiva*" (y "*adecuada*") del derecho al respeto de la vida privada (lo que constituye una violación del artículo 8 del Convenio).

Así, la adecuación sustantiva de la protección se extiende a la de la protección "necesariamente efectiva" bajo criterios "externos" a la norma jurídica.

Conclusión

Por lo tanto, al menos en el contexto europeo (pero también en el interamericano, como se verá más adelante) es admisible adoptar un enfoque que tiende a considerar los conflictos entre conductas y normas como conflictos no meramente formales, sino materiales:

- considerando el conflicto material desde la perspectiva de la integración de "criterios externos" al sistema normativo (incluso cuando no hay una referencia explícita de las normas a dichos criterios externos);
- y tomando tales "criterios externos" no como axiológicos sino como científicos (en el sentido de la "subsidiariedad científica" de la norma jurídica de conducta)

Si esto es cierto para todas las obligaciones positivas (estatales y no estatales), no puede dejar de serlo para la obligación climática, cuyo sistema normativo "especial" contiene una referencia explícita al criterio material externo de adecuación basada en la ciencia.

Además, este perfil está confirmado de forma general también por la legislación de la UE (piénsese en el principio de integración, según el cual "*un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad deben integrarse en las políticas de la Unión y garantizarse de acuerdo con el principio de desarrollo sostenibl*e").

Veremos que esto se explicita ahora en varios Reglamentos de derecho climático de la UE (concretamente los nº 2018/842; 2018/1999; 2020/852; 2021/241) y en la disposición normativa de "adecuación material basada en la ciencia" de los llamados *DNSH* (*Do No Significant Harm*): legitimación normativa europea de los "criterios externos" basados en la ciencia en el sistema normativo específico del clima

2

Cuándo y dónde surgen las "*climate change litigation strategies*" y el marco geopolítico de su incremento exponencial en comparación con la matriz de "*Common Law*"?

Los dos "momentos constitucionales" fundacionales del litigio climático

El litigio climático se inició en Estados Unidos a finales de la década de 1980 y principios de los 90. Desde entonces, este tipo de litigio se ha extendido a otros países y ha adquirido interés, especialmente como consecuencia de dos "*momentos constitucionales*" sobre el clima (en el sentido de Bruce Ackerman de "pasajes críticos" de un sistema fáctico y normativo):

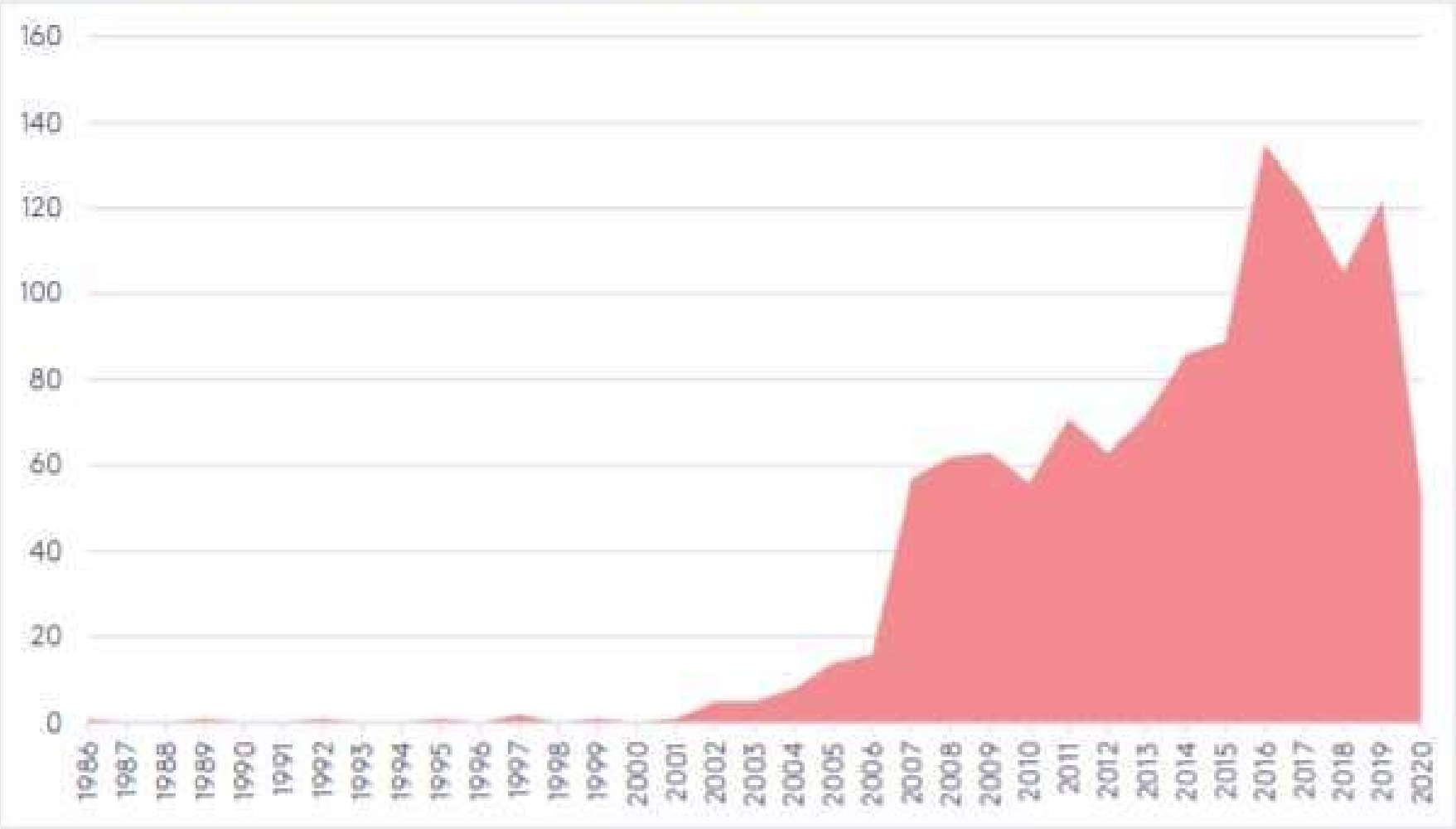
1. después del fracaso de las negociaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de Copenhague en 2009 (COP 15) (cuando activistas utilizaron el pleito judicial como mecanismo para combatir la falta de acción climática global).
2. en 2015, con el Acuerdo de París, la decisión de la CMNUCC 1/CP21 (que declara el cambio climático como una "*amenaza urgente y potencialmente irreversible*", y el mandato de los Estados al IPCC para que elabore un "*Informe Especial*" sobre la "adecuación" de las obligaciones a las temperaturas de +1,5°C (en comparación con el escenario de + 2°C) para mejorar la estabilización climática del planeta (con una "oficialización" planetaria de la adecuación científica por todos los Estados, incluidos los Estados Unidos y China).

Aumento de los "casos judiciales" en EE.UU.

(fuente: Sabin Center Columbia University)

Figure 1.1. Climate change litigation, 1986–May 2020

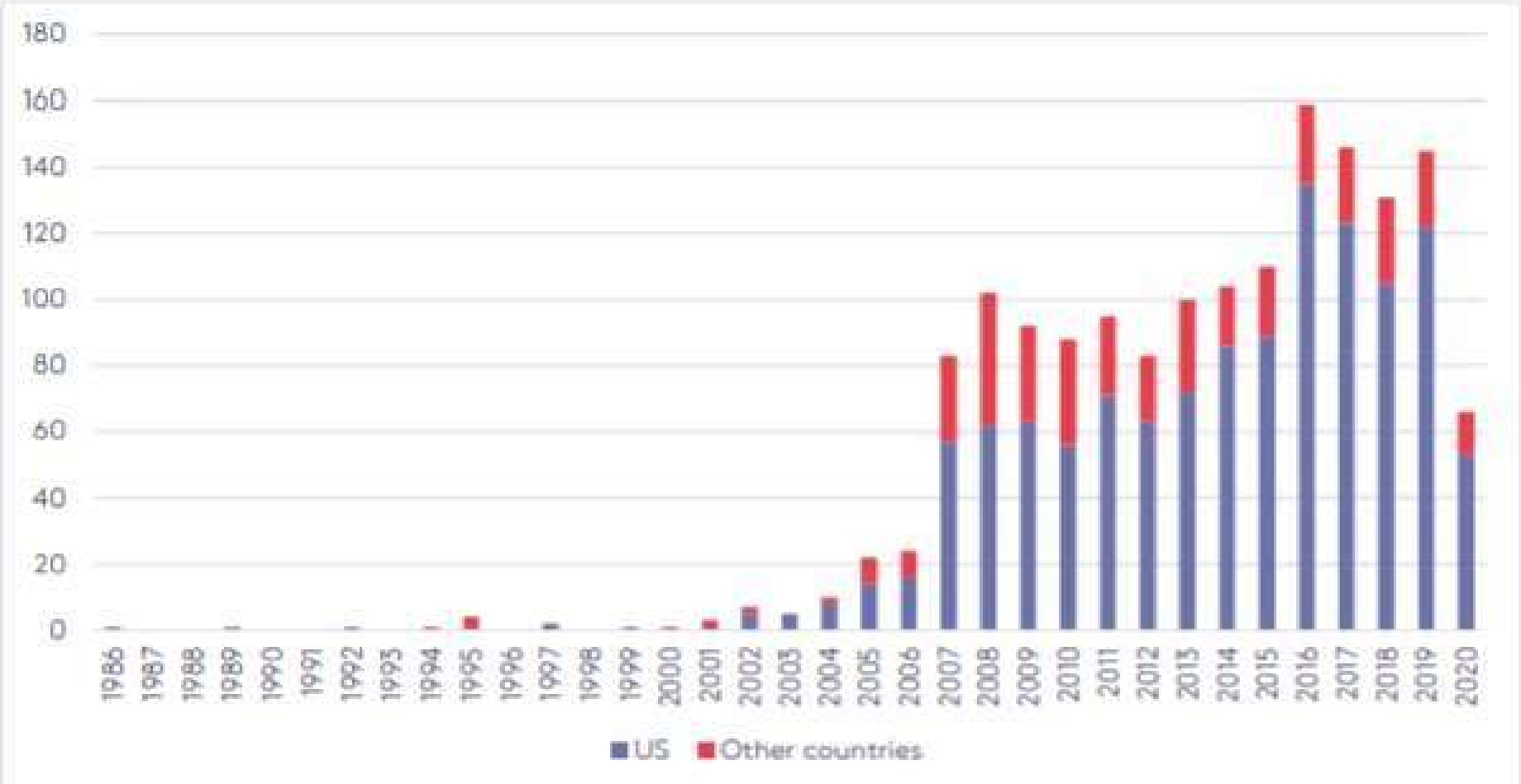
a) Cases in the United States (all types of plaintiff)



Distribución entre el contexto originario de EE.UU. y otros contextos

Fuente: Savaresi, Setzer, *Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation*, 2021

c) Total global cases over time, United States and other countries, 1986–May 2020



Los dos "momentos constitucionales" y el "*Rights Turn*»

En 2018, Jacqueline Peel y Hari Osofsky identificaron un "*Rights Turn*" en los litigios climáticos, especialmente después del "*Informe Especial*" del IPCC de 2018.

En los nuevos litigios (2018-2020), más de dos tercios (54 de 85) se basan en la protección primordial de los derechos humanos frente a la "insuficiencia" material de la acción contra el cambio climático.

En estos nuevos litigios:

- se discuten las acciones (principalmente la mitigación del clima), no los actos individuales;
- las discusiones no se argumentan sobre la conformidad formal de los actos, sino sobre su "adecuación" según criterios externos a las normas, de contenido científico y legitimados por el sistema normativo climático (incluyendo explícitamente al IPCC).

Surgimiento de litigios, centrados en el respeto de los derechos humanos

Fuente: Savaresi, Setzer, *Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation*, 2021

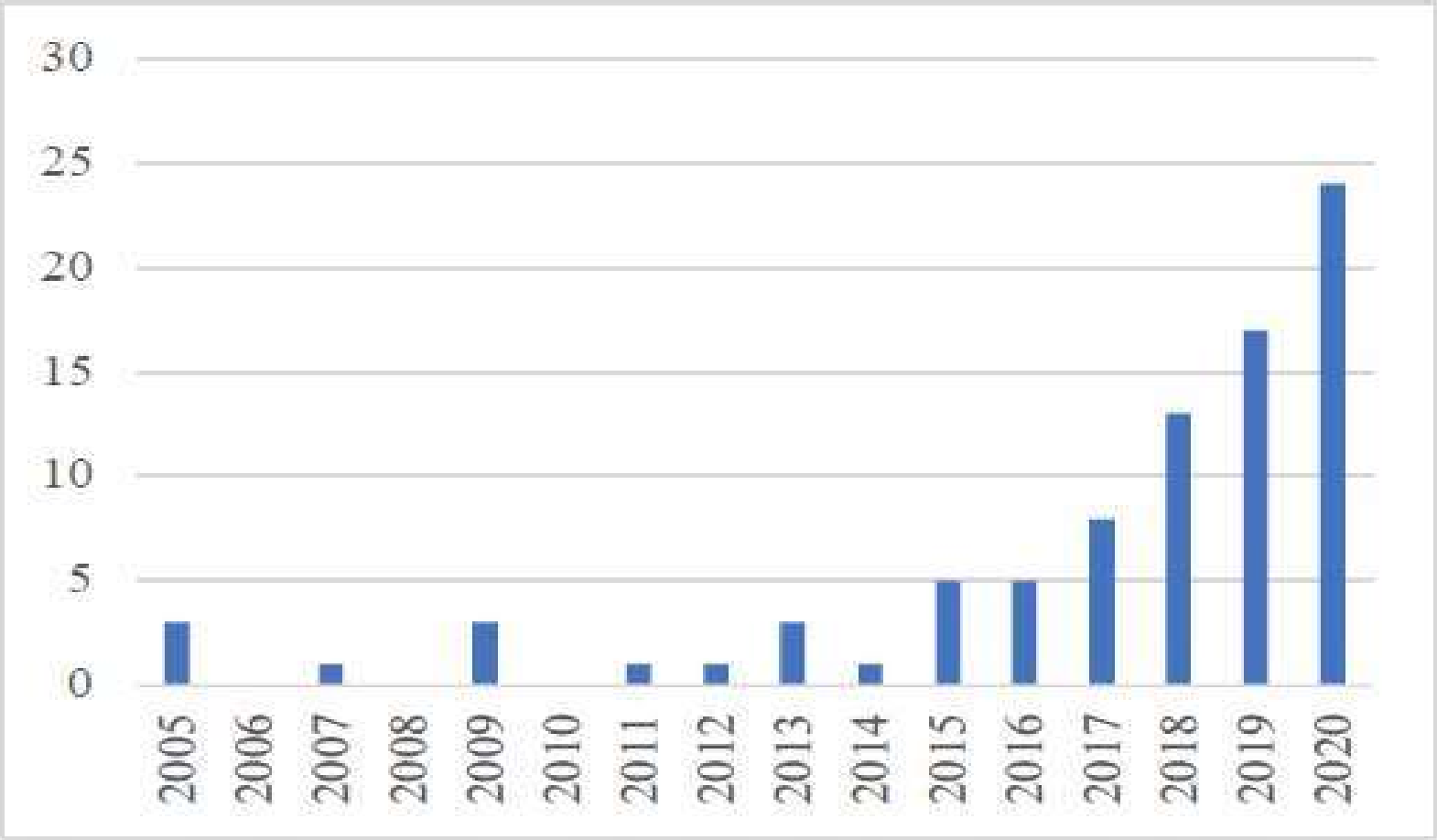


Figure 2: Chronological distribution of rights-based climate cases

Grado de centralidad del tema de DH

Fuente: Savaresi, Setzer, *cit*.

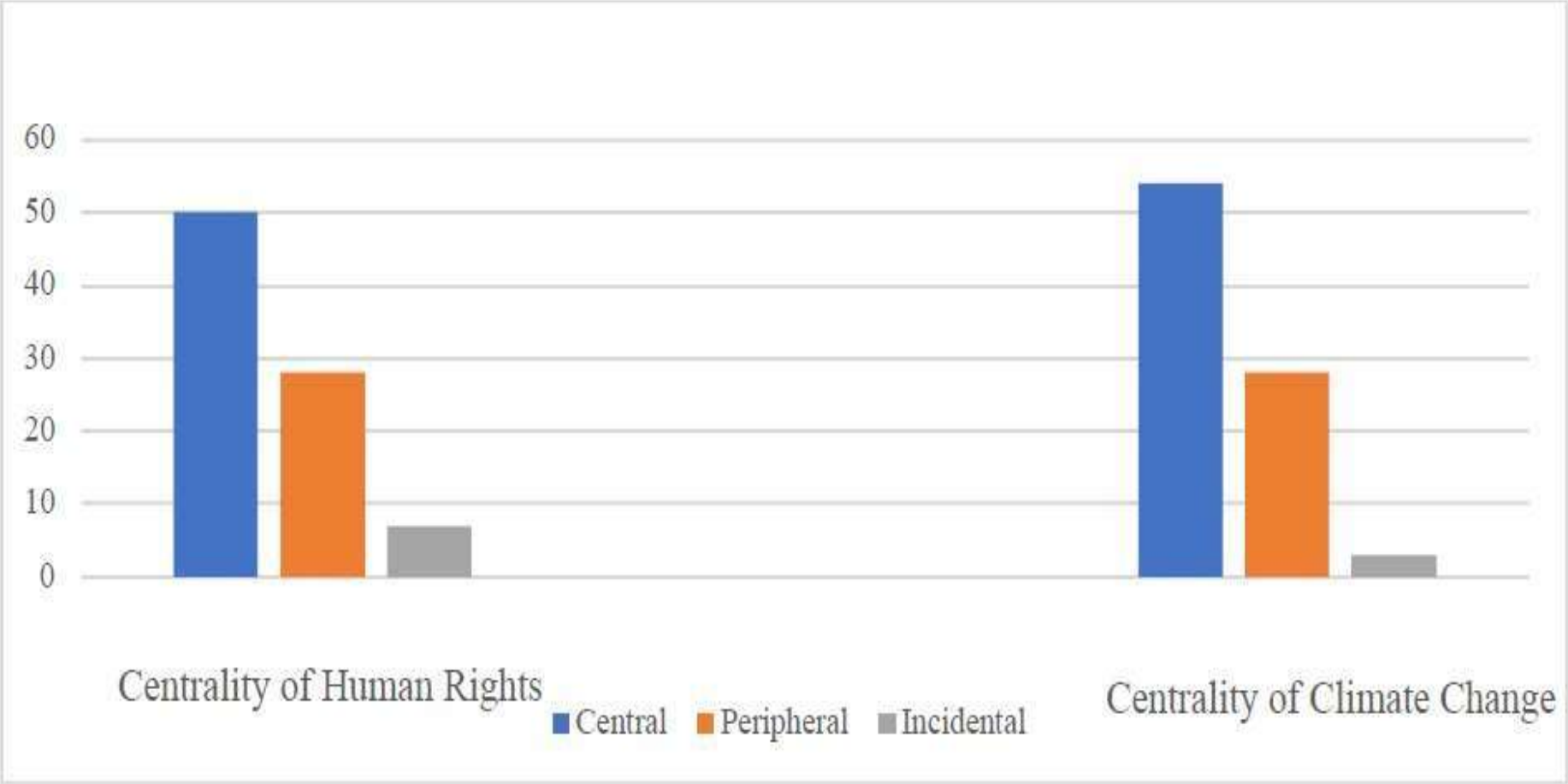


Figure 4. Degree of centrality of climate change and human rights in rights-based climate litigation

Consecuencias en la clasificación comparativa

Pero, el "*Rights Turn*" favoreció tres consecuencias:

- enmarcar como "estratégicos" todos los argumentos sobre los derechos humanos, el medio ambiente y el clima
- independientemente de la diferencia sustantiva entre el sistema normativo climático (cerrado, material y basado en la ciencia) y otros sistemas normativos, utilizados como parámetro de validez del juicio.

De este modo, el cálculo de los litigios ha aumentado de forma desproporcionada.

De acuerdo con la base de datos del "*Sabin Center for Climate Change Law* (el cual monitorea litigios climáticos de la jurisdicción estadounidense) y del "*Climate Change Laws of the World*" (que recoge datos en todo el mundo), de 1986 a 2020 ha habido 1.727 casos de litigios climáticos a nivel global.

Este número incluye litigios de jurisdicciones estatales, al igual que los litigios presentados en la jurisdicción de instituciones internacionales o regionales, tales como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el TEDH.

Panorama por países hasta 2020

Fuente: Savaresi, Setzer, *Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation*, 2021

Table 1.1. Number of cases identified by jurisdiction, 1986 to May 2020

Argentina	1	Australia	98	Austria	2
Belgium	1	Brazil	6	Canada	22
Chile	2	Colombia	2	Czech Republic	1
Ecuador	1	Estonia	1	European Union	57
France	11	Germany	6	International Court of Justice	1
India	9	Indonesia	1	Inter-American Court and Commission on Human Rights	3
Ireland	4	Japan	3	Kenya	1
Luxembourg	1	Mexico	1	Netherlands	2
New Zealand	18	Nigeria	1	Norway	1
OECD	6	Pakistan	4	Peru	1
Philippines	2	Poland	3	South Korea	1
South Africa	4	Spain	13	Sweden	1
Switzerland	2	Uganda	1	Ukraine	2
UN Committee on the Rights of the Child	1	UN Human Rights Committee	2	UN Framework Convention on Climate Change	10
United Kingdom	62	UN Special Rapporteurs	2	United States	1,213

Geographical distribution of 1,587 cases worldwide (374 cases outside the United States)

La cifra está confirmada por el PNUMA

Los litigios climáticos se han multiplicado en todo el mundo por un 70%, según las cifras del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

En 2017 se contaban 884 casos (pendientes y concluidos) en 24 países del mundo y, en 2020, la cifra ascendió hasta las 1.550 demandas ecologistas en 38 países diferentes.

(fuente: https://www.unep.org/es/resources/informe/informe-mundial-sobre-litigios-climaticos-revision-global-2020)

Tercera consecuencia de esta clasificación "genérica"

Estados Unidos es, con diferencia, el país con más litigios climáticos del mundo.

De los 1.727 casos de litigios que mencionados anteriormente, alrededor del 75% se presentaron en este país. Pero no es necesariamente sencillo ganar un litigio climático en Estados Unidos, con referencia directa al sistema normativo climático.

Las jurisdicciones que facilitan una resolución favorable combinan una serie de factores, incluyendo que exista una Constitución y leyes que reconozcan protección ante el cambio climático y que se respete el derecho al acceso a la justicia.

¿Centralidad en la regulación de los derechos o en la regulación del riesgo de las emisiones de gases de efecto invernadero?

Sin embargo, el énfasis en los derechos humanos en la calificación de los litigios climáticos puede llevar a subestimar otro elemento definitorio del sistema normativo climático: la regulación del riesgo. La centralidad de esta regulación se formaliza en el artículo 3(n. 3) de la CMNUCC. Como señaló Hilson (*Climate Change Litigation: A Social Movement Perspective*, 2010), el problema del calentamiento global y del cambio climático es planetario y constituye un riesgo global. No puede reducirse a las reivindicaciones individuales, ya que éstas podrían crear expectativas de protección individual con efectos paradójicos a nivel planetario (según la lógica perversa "*mors tua vita mea*"). Por ello, la CMNUCC ha introducido el criterio de la "*Equity*". Y la "*Equity*" es un mecanismo de ajuste del riesgo en todas las decisiones sobre el cambio climático.

Por lo tanto, un litigio climático debería ser ante todo consideardo come disputa sobre la regulación del riesgo planetario y no sobre la protección de los derechos de ciertos elementos individuales de la familia humana.

3

El juez como "regulador del riesgo" y los tres puntos de inflexión en la regulación del riesgo climático: el Acuerdo de París de 2015; el "*Informe especial*" del IPCC de 2018; la "emergencia climática" de 2020

El carácter "único y especial" del riesgo climático

El riesgo climático no es comparable a ningún otro riesgo. La CMNUCC lo califica de "*preocupación común de la humanidad*" y de riesgo "*mundial*". Por lo tanto, es un riesgo "especial" por sus efectos planetarios.

El carácter "especial" lo ha adquirido definitivamente la ciencia mundial con la identificación de los "límites planetarios" de la sostenibilidad (los "*Planetary Boundaries*") (véase: https://globaia.org/planetaryemergency).

Su incomparabilidad con cualquier otro riesgo se ha formalizado mediante la fórmula matemática de la emergencia climática: **E = R *x* U**.

Consecuencias de las incomparabilidades (1a)

Superación de la dicotomía "*falso positivo*"/"*falso negativo*" en las decisiones sobre el riesgo.

Cualquier decisión sobre el riesgo opera siempre dentro de la dicotomía de la evaluación como "falsa" con respecto a la realidad y su conocimiento científico. Más en detalle, en todos los casos judiciales sobre el riesgo en situaciones de peligro, el juez opera como regulador de la evaluación del riesgo basado alternativamente o en un juicio de cumplimiento formal de una fuente o en un juicio de evaluacion "fuera del derecho" para calificar el riesgo.

De esta alternativa se deriva la dicotomía "falso positivo" (considerar arriesgada, mediante el recurso externo a la ciencia, una conducta que la norma jurídica no califica como tal, por ejemplo, por qué legitimada por una autorización ambiental) y "falso negativo" (considerar no arriesgada una conducta formalmente válida aunque sea criticada por la ciencia, como en el caso de las autorizaciones administrativas de infraestructuras fósiles).

Dentro esta dicotomía se encuentran los argumentos judiciales de la "*Political Question*", como de la incuestionabilidad de la discrecionalidad técnica, y de la presunción de legalidad ambiental.

Consecuencias de las incomparabilidades (1b)

Pero, el riesgo climático no es "falso", porque está "calificado normativamente" por la CMNUCC como una "preocupación" mundial de la humanidad.

En consecuencia, la hipótesis de los opuestos argumentales "falso positivo"/"falso negativo" fracasa, porque es la norma la que identifica lo "*absolutamente en juego*" de cualquier decisión (véase el art. 2 de la CMNUCC).

También desde esta perspectiva, el juicio de "conformidad" a la fuente climática coincide con el juicio de "adecuación" de las soluciones a la situación de peligro, según los "criterios externos" de la ciencia del riesgo climático (las distintas ramas de la climatología).

El juicio climático es un juicio de "seguridad jurídica" sobre el riesgo, no una discusión sobre las posibilidades de "falsedad" del riesgo.

Consecuencias de las incomparabilidades (2)

La certeza del riesgo es una certeza científica que complementa la certeza de las normas jurídicas de conducta sobre el riesgo (véase el artículo 3 de la CMNUCC) (ver bibliografía sobre la certeza científica del riesgo en el material disponible).

La relación entre la certeza científica del riesgo y la seguridad de la regulación del riesgo fue formalizada por la Decisión 1/CP21 de la CMNUCC de 2015 y el Acuerdo de París.

Además, el Acuerdo de París complementó la certeza del riesgo con el factor "tiempo", es decir, con la seguridad jurídica del calendario de regulación del riesgo (neutralización de las emisiones de gases de efecto invernadero a mediados de siglo para la estabilización de la temperatura global en 2100 "muy por debajo de 2°C y mejor a1,5°C").

Pero la probabilidad de que el tiempo de ajuste del riesgo no esté centrado ha determinado la emergencia climática, entendida como una emergencia "temporal" (la llamada "tragedia del horizonte").

Por esto, la elaboración de la fórmula E = R *x* U (1)

En definitiva, la decisión sobre el riesgo climático es ahora una decisión temporalmente condicionada (por la urgencia) y temporalmente limitada (para 2050). Esta situación es completamente diferente a cualquier otra experiencia jurídica de decisiones sobre el riesgo.

De hecho, una situación de "emergencia" deducida en el proceso puede referirse a tres tipos de emergencia

- ***ambiental-nuclear***, donde **E = R *x* L** (se trata de un riesgo antropogénico, medible y previsible en una determinada matriz de riesgo localizada, por tanto, como probelma de relación jurídica sobre un lugar)
- ***sanitario-pandemica***, donde **E = R *x* P** (se trata de un riesgo antropogénico - como una zoonosis o un laboratorio -, medible y previsible en las relaciones entre personas y, por tanto, como problema de relación jurídica entre sujetos)
- ***telúrica*** (por ejemplo, un terremoto), donde **E = Ev** (no se trata de un riesgo, sino de un acontecimiento en sí mismo, no antropogénico, no predecible, no medible, por tanto, independiente de cualquier relación jurídica)

Por esto, la elaboración de la fórmula E = R *x* U (2)

La emergencia climática no es ninguna de esas cosas.

En la **emergencia climática E = R *x* U** (no es un evento en sí mismo, sino un proceso degenerativo antropogénico de la variable temporal U por lo que la relación jurídica problemática es con el tiempo, no con los lugares o sujetos).

De hecho, **E = R *x* U** significa que la variable "necesaria" (= indisponible) de la decisión de riesgo es el poco tiempo para evitar:

- un riesgo cuantitativo (aumento acelerado de los puntos de inflexión: véase la fórmula de "aceleración del antropoceno" de Will Steffen)
- un riesgo cualitativo (decidir sobre grandes cuestiones interconectadas, de acuedo con la formula "tragedia del horizonte" descrita por B.I.S.)
- un riesgo de contenido (decidir sólo la ventaja propia en lugar de los "beneficios globales": el llamado problema de la "*Equity*" en la CMNUCC y la equidad intergeneracional, discutido en la *BVerfGE* del 24.03.21).

véase: https://media.nature.com/original/magazine-assets/d41586-019-03595-0/d41586-019-03595-0.pdf

4

Del litigio "climático" localizado al litigio "energético" planetario: la entrada del parámetro de la "*Equity*" en la argumentación judicial

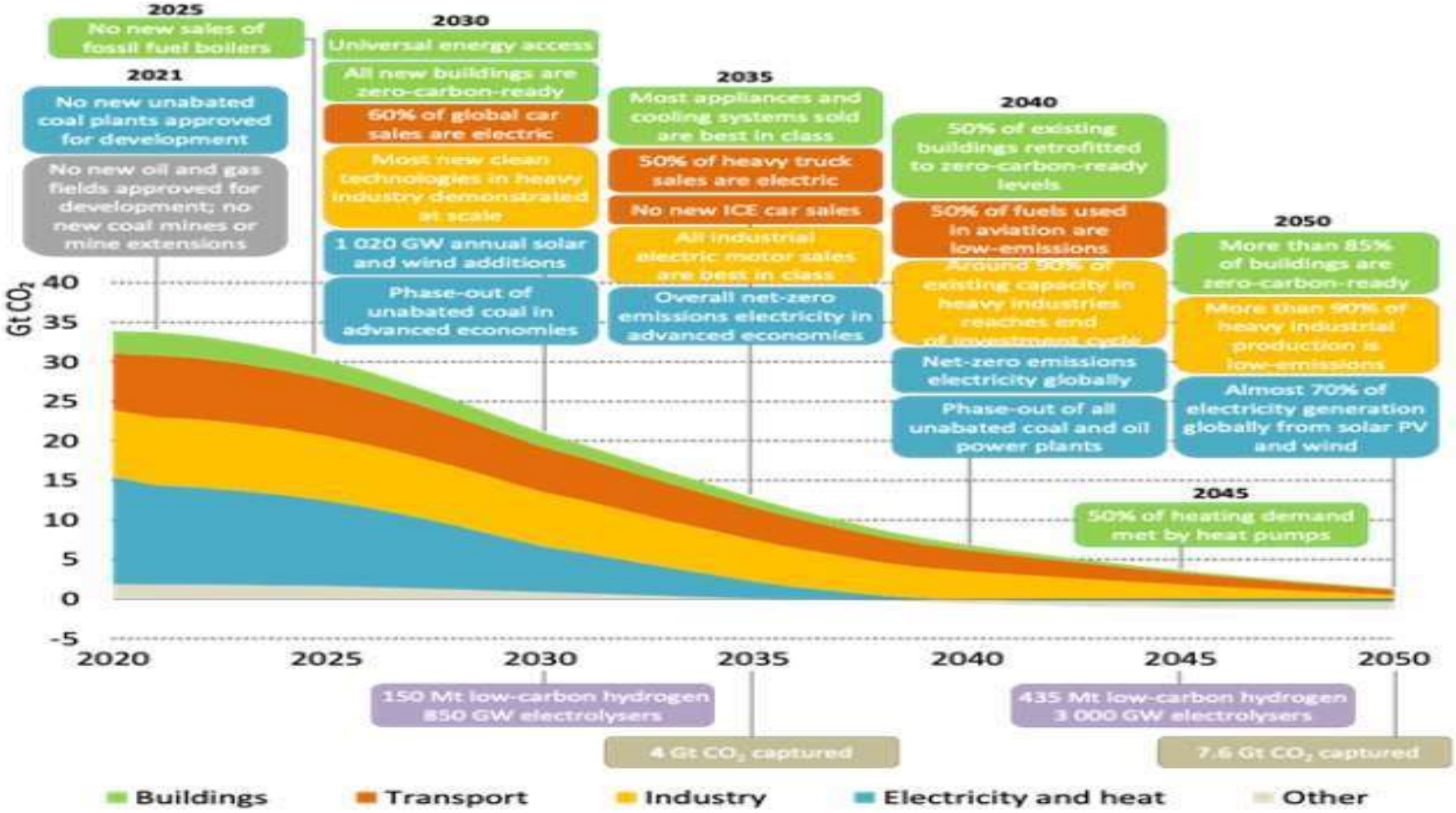
El litigio climático como conflicto sobre el tiempo

Así, con el Acuerdo de París y sobre todo con la emergencia climática (constatada por la ciencia y declarada por innumerables instituciones, incluida la UE), el litigio climático se transforma no sólo en un juicio sobre derechos humanos, sino sobre todo en un juicio sobre la regulación del riesgo frente a la urgencia de poco tiempo para decidirlo.

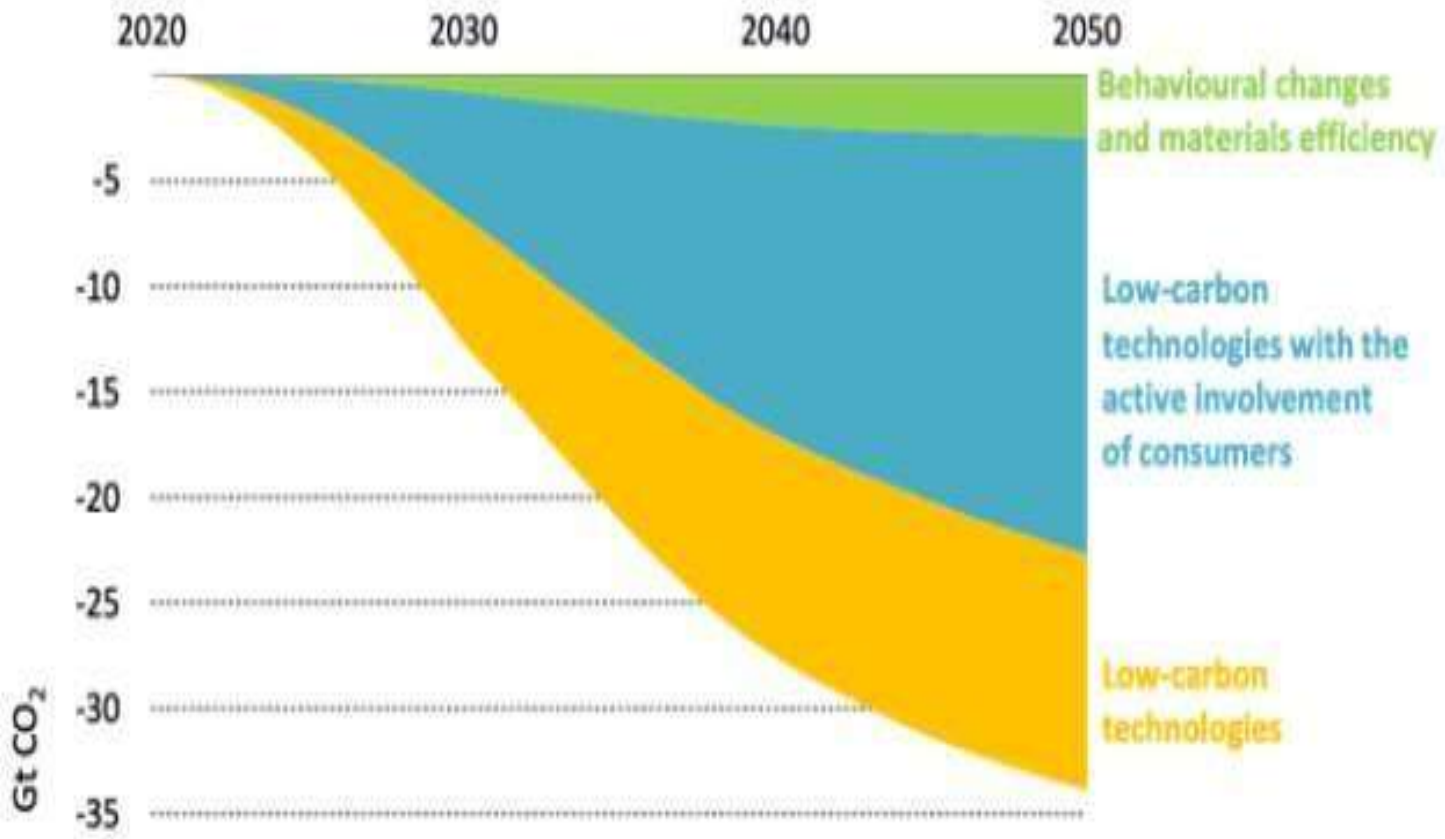
El *thema decidendum* no es simplemente la obligación positiva de proteger los derechos, sino el deber (planetario) de eliminar la más grave e irreparable de las situaciones de peligro: la emergencia climática.

Pero la emergencia climática se convierte también en una emergencia energética

Tenemos que transformar radicalmente el sistema "energívoro" de la convivencia civil, cambiando así las propias relaciones jurídicas. ¿Pero cómo? (fuente: IEA)

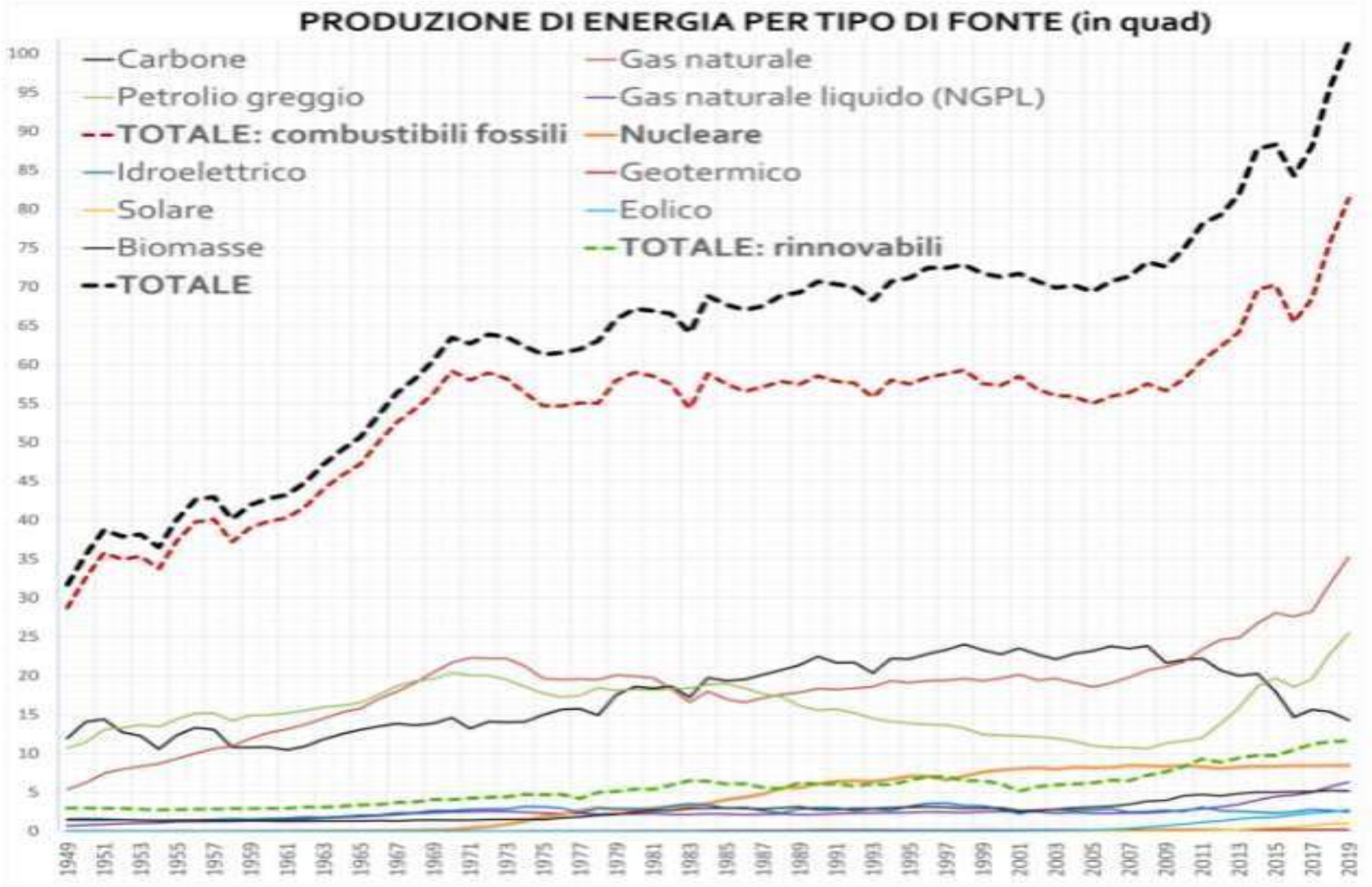


La responsabilidad jurídica del clima en la emergencia como responsabilidad energética (fuente: IEA)



Il cambiamento degli stili di vita è responsabile dell'8% della riduzione delle emissioni nei prossimi trent'anni. Fonte: figura 14, capitolo 2 di International Energy Agency (2021), Net Zero by 2050, IEA, Paris.

Esto explica por qué el litigio climático se ha convertido en un litigio energético contra la energía fósil (fonte: IEA)



Las emisiones fósiles como «*Tort*»

Decidir sobre la energía significa decidir sobre las emisiones y, por tanto, sobre su reducción.

Con la emergencia climática, el núcleo del argumento climático se convierte en la mitigación del clima mediante la eliminación del riesgo "fósil".

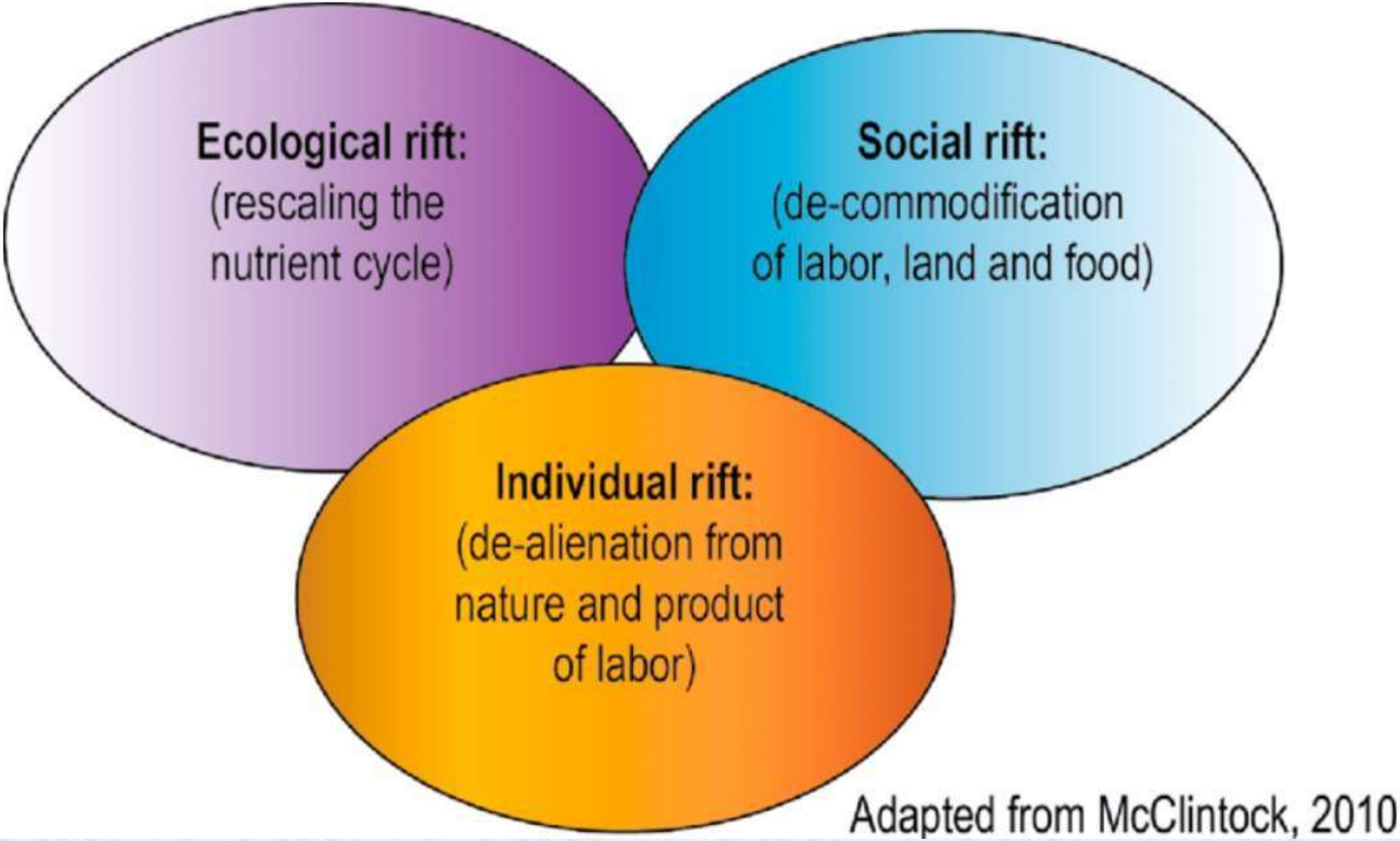
Pero el riesgo fósil ha sido también una fuente de grandes desigualdades e injusticias (pensamos en la huella de carbono, a la deuda climática, a la "*Metabolic Rift*" y a la "*Carbon Rift*").

Cfr. Rodríguez-Garavito, *Human Rights: The Global South's Route to Climate Litigation*, in *AJIL Unbound*, 114, 2020

https://www.openglobalrights.org/climate-litigation-against-carbon-majors-economic-impacts/?lang=Spanish

La estructura sistémica del "*Tort*" en la emergencia

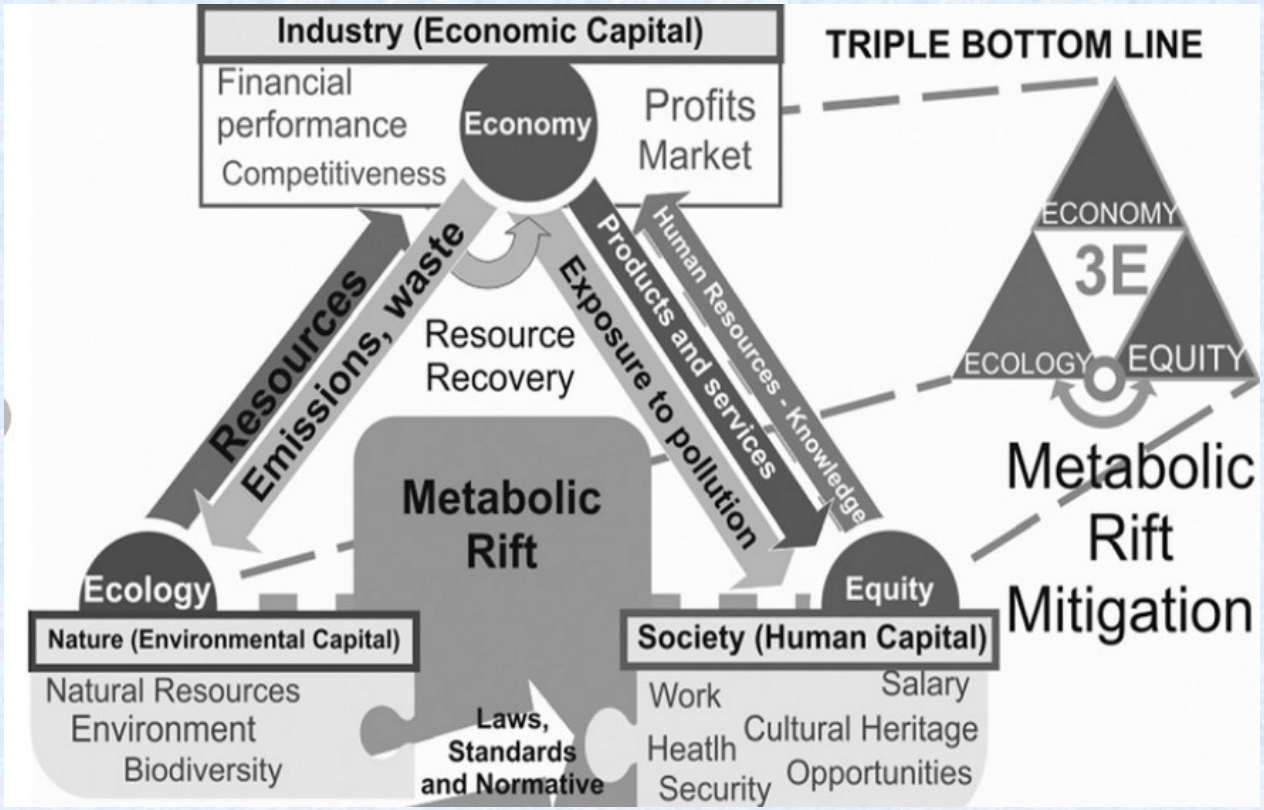
Fuente: Bahers, Giacché, *Towards a metabolic rift analysis*, Geoforum, 2019



Litigio climático y extractivismo

Esta evolución del riesgo climático hacia el riesgo energético en la injusticia social explica - como veremos más adelante - la aparición de la perspectiva específica del "*Sur Global*", donde el "*thema decidendum*" climático se convierte en un juicio "eco-social", antes que científico, sobre el riesgo (la llamada "*Triple Bottom Line*" en la mitigación climática).

Cfr. Moore, *Environmental Crises and the Metabolic Rift in World-Historical Perspective*, in *Organization & Environment*, 2000; Peralta et al., *A Review of Sustainable Machining Engineering*, in *J. of Manufacturing Sc. & Engineering*, 2016



5

Los 4 elementos "constitucionales" de cualquier "*climate change litigation strategy*": el "*garbage can model*" entre la ponderación de intereses y el principio de precaución climática; reserva de ciencia; obligación de motivación; cuádruple protección de los derechos humanos

La decisión sobre el riesgo como "*Garbage Can Model*"

Fuente: Cohen, March, Olsen, *A Garbage Can Model of Organizational Choice*, in 17 *Administrative Science Quarterly*, 1, 1972, 1-25.

La decisión "política" sobre el riesgo es muy diferente de la "jurisdiccional". La primera privilegia la discrecionalidad del decisor, que puede cambiar métodos y formas de actuación de sus deberes, en cumplimiento formal de las leyes y otros parámetros de validez, sin tener en cuenta la adecuación de los contenidos respecto al contexto sobre el que afectan las decisiones. Este enfoque es considerado por el IPBES como la causa de algunas formas de "fallo institucional" en las decisiones medioambientales debido a varias de sus características que materializan un conjunto de compromisos y equilibrios no siempre racionales y sensatos produciendo la llamada "*Brecha" (Gap) "Descripción-Experiencia*" (es decir, divergencias en el comportamiento de la toma de decisiones, según se asuman o no bases de conocimiento previo de las consecuencias). Los principales "*Gap*" son: ausencia del deber de motivación y "procedimiento justo"; ausencia del deber de considerar las pruebas científicas; ausencia de mecanismos de revisión del mérito y la legitimidad (recursos o apelaciones); ausencia del deber de evaluación de las opciones en la relación entre derechos y medio ambiente, etc. ....

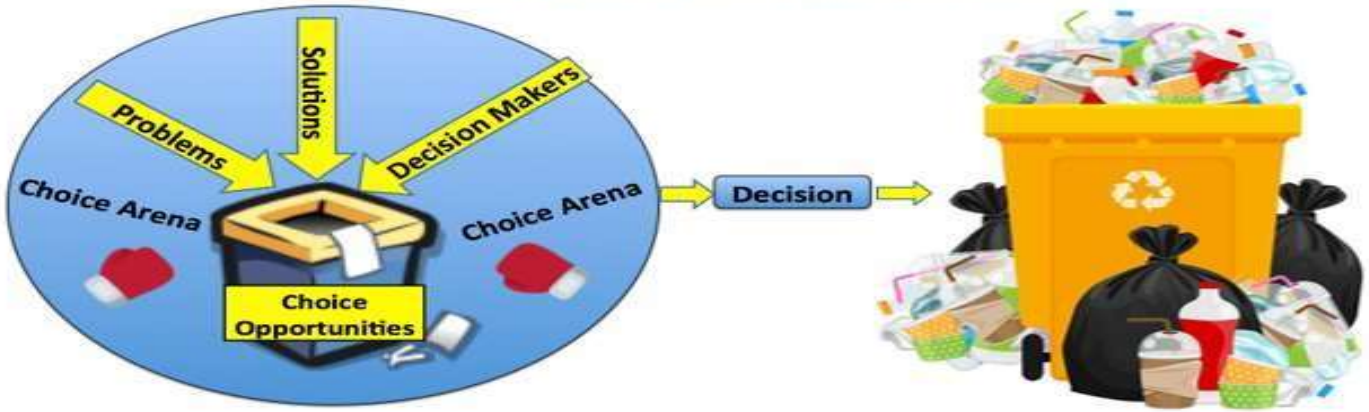
Cfr. Hertwig, Erev, *The description–experience gap in risky choice*, in 13 *Trends in Cognitive Sciences*, 12, 2009

El fracasso de los trasplantes legales y de la curva de Kuznets

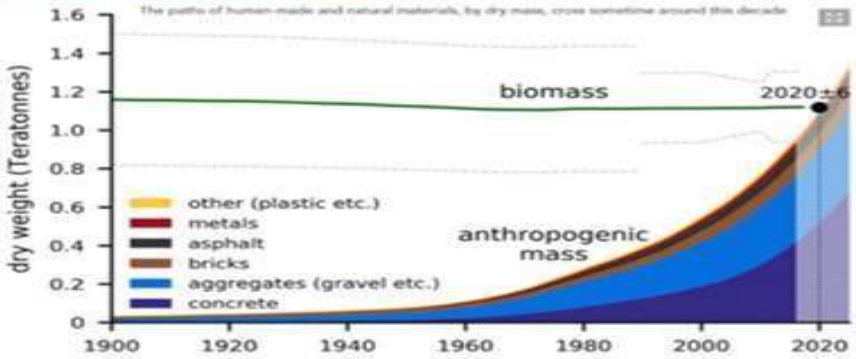
El modelo también explica el fracaso tanto de los trasplantes legales de normas medioambientales (formalmente idénticas pero "irracionalmente" aplicadas de forma diferente por los responsables de la toma de decisiones) como de la llamada "*Curva de Kuznets*" en relación con la calidad de las instituciones y decisiones medioambientales.

El fracaso ecológico de los trasplantes legales en el proceso "*Garbage Can*"

La papelera de las "decisiones", las decisiones finales, los efectos a-sistémicos de las decisiones



La basura como *output* decisional no eco-sostenibles (emisiones; contaminación; antropomasa; huella ecológica, etc.)
Las decisiones productivas de la antropomasa superan a las decisiones regenerativas de la biomasa



https://anthropomass.org/

El fracasso de los trasplantes legales y de la curva de Kuznets

Cfr. Faure, *The Export of Ecological Civilization: Reflections from Law and Economics and Law and Development*, in *Sustainability,* 12, 2020

La tesis de la "Curva Ambiental de Kuznets" (EKC) sostiene que la reducción de la contaminación ambiental y de los problemas climáticos está directamente relacionada con el aumento y la mejora cualitativa de las estructuras normativas e institucionales para combatirlos, por lo que los "trasplantes legales" servirían para fomentar la multiplicación de esta "curva" en todo el mundo mediante un "desarrollo normativo" paralelo al "desarrollo económico" de todos los Estados.

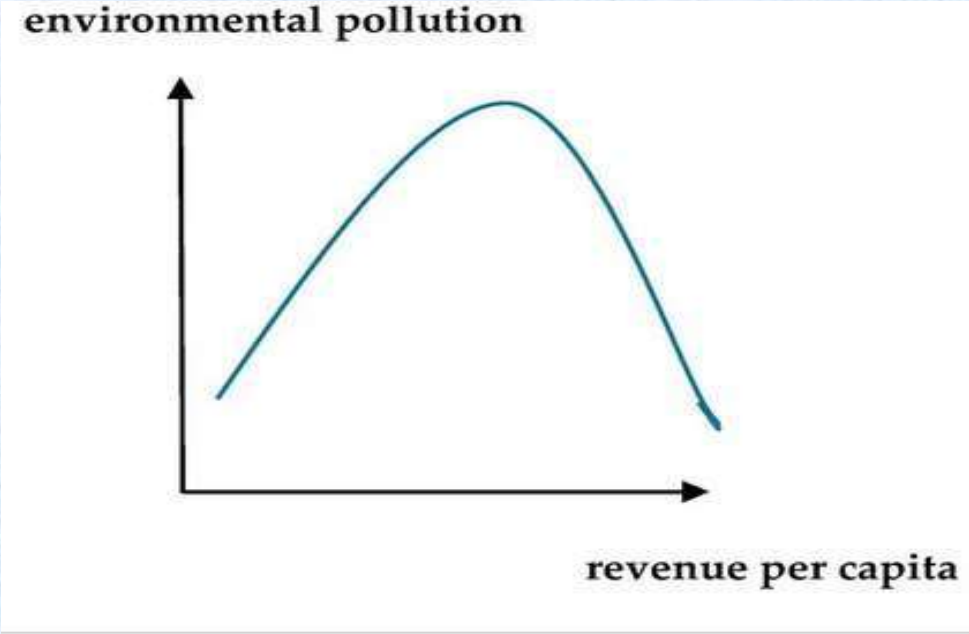


Figure 1. Environmental Kuznets Curve.

El fracasso de la curva de Kuznets

Esta perspectiva ha sido avalada por el Banco Mundial que, desde el "*Informe sobre el Desarrollo Mundial*" de 1992, ha favorecido la hipótesis de la "Curva de Kuznets", interpretándola como una legitimación del crecimiento económico como elemento paralelo a la mejora de la normativa medioambiental de los Estados (la llamada "Hipótesis Porter").

Esto también llevó a la tesis de la llamada "disociación" entre el crecimiento del PIB y el aumento de las emisiones.

Todas estas teorías han sido desmentidas por la realidad, demostrando la incidencia efectiva de la lógica "*Garbage Can*" en las decisiones medioambientales.

cfr. Nader *Promise or plunder? A past and future look at law and development*, in *Global Jurist,* 7, 2007, 7; Faure, Goodwin et al. *Bucking the Kuznets Curve: Designing effective environmental regulation in developing countries*, in *Va. J. Int. Law,* 51, 2010, Berkowitz, Pistor, Richard, *Economic development, legality and the transplant effect*, in *Eur. Econ. Rev.,* 47, 2003.

Lógica de decisión del "*Garbage Can*" y "preferencias" de los individuos

En la perspectiva del fracaso de las decisiones "políticas" sobre los grandes retos medioambientales, las preferencias individuales, especialmente en los países económicamente más ricos, se han orientado hacia la vía "procedimental" de la "Curva de Kuznets", manifestando la "disposición a pagar" (es decir, a afrontar los costes) la acción judicial, como único sistema procedimental alejado del "*Garbage Can Model*". Esta hipótesis parece confirmada por las observaciones empíricas (es. Cooter & Schäfer) sobre la relación entre la riqueza individual, la "disposición a pagar" y el recurso al juez para promover "estrategias medioambientales".

La estructura no "*Garbage Can*" del proceso

6

El carácter "constitucional" de la cosa juzgada: multidimensionalidad y superación del "falso negativo". ¿La teoría de la cosa juzgada climática como red de gobernanza?

¿Cuáles son los efectos de la "cosa juzgada climática" y cómo se pueden comparar?

Un análisis de 534 casos estadounidenses entre 1990 y 2016 destacó que el 42% de los litigios climáticos en ese país tuvo resultados favorables a la acción climática. Fuera de la jurisdicción de Estados Unidos, el 58% de los 187 casos entre 1994 y mayo de 2020 fueron favorables. Actualmente la situación es la siguiente [fuente: Savaresi, Setzer, *Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation*, 2021]

Formalmente, los resultados de la lucha climática parecen positivos. Pero, ¿qué consecuencias concretas producen y cuáles son las variables que condicionan esas consecuencias?

¿La "cosa juzgada" como límite de incumplimiento de todos los litigios climáticos?

En opinión de Markell y Ruhl (*An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?*, in 64 Florida Law Rev., 2012), el entusiasmo civil por los litigios climático no aborda plenamente las cuestiones relativas a la eficacia de las decisiones judiciales como herramienta de gobernanza efectiva para alcanzar adecuadamente los objetivos de reducción de emisiones y, especialmente, de mitigación de la temperatura global.

Los litigios sobre el clima corren el riesgo de reproducir, a nivel judicial, la "*tiranía de las pequeñas decisiones*" (como la define el ecologista W.E. Odum) que marca la acción política contra el cambio climático.

Pueden "mejorar" la situación de peligro, pero no "resolver" el problema climático, por lo que se convierten en una estratagema "simbólica" porque las sentencias favorables no materializan una protección efectiva de los derechos frente a los riesgos climáticos planetarios.

¿Riesgo planetario frente a beneficios multidimensionales?

Se ha dicho que el litigio climático es fisiológicamente estratégico por su contenido y sus objetivos, que no son unidimensionales (los intereses de los demandantes) sino multidimensionales (los intereses de todos los sujetos que pueden identificarse con los demandantes: ciudadanos, menores, asociaciones, otros seres vivos, etc.). Esta multidimensionalidad se deriva de la multipolaridad del riesgo (cfr. de Jong, *Tort Law and Judicial Risk Regulation*, in *European Journal of Risk Regulation*. *Bipolar and Multipolar Risk Reasoning in Light of Tort Law's Regulatory Effetcs*, in 9 European J. of Risk Regulation, 1, 2018).

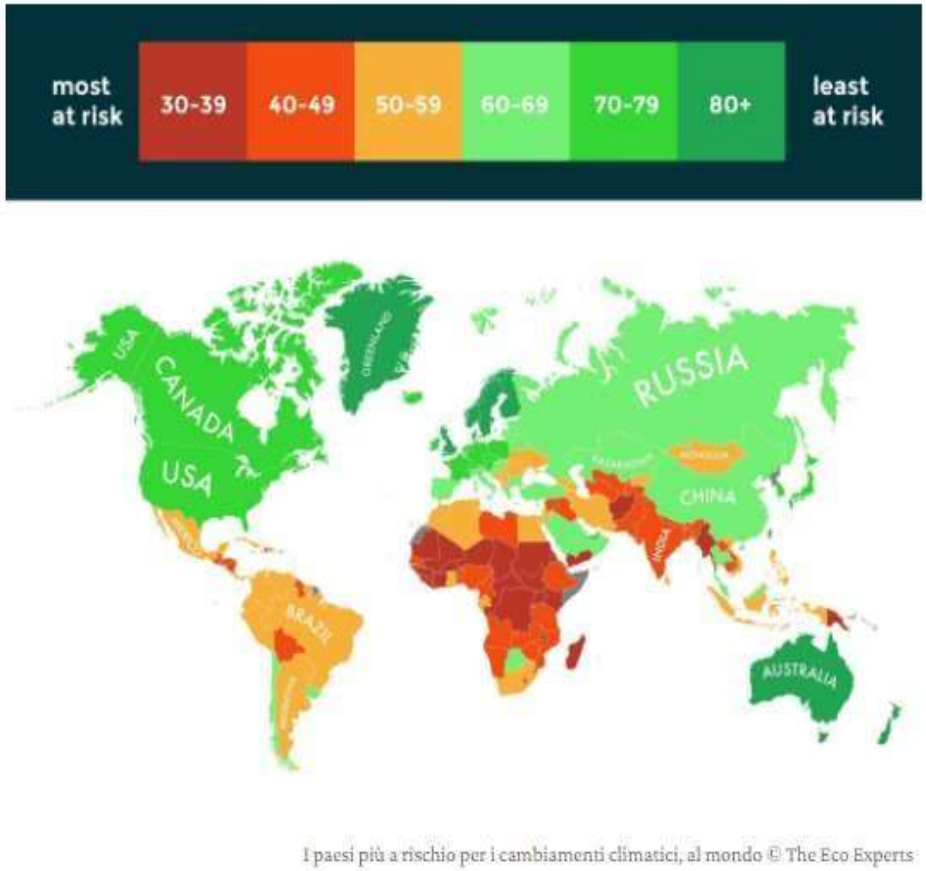
Pero esta multipolaridad no significa que los litigios contribuyan automáticamente a los beneficios mundiales en la lucha contra el cambio climático. Se necesitarían tribunales internacionales para promover la "vía judicial" a los beneficios globales de los litigios (como demuestra, a nivel regional, el caso pendiente dentro del Consejo de Europa *Carvahlo et al. contra 33 Estados*).

Por lo tanto, la idea de que el "poder judicial" pueda alimentar una red de "gobernanza" sobre el clima (tal como lo plantean Peel y Osofsky) sigue siendo ilusoria. Los efectos "constitucionales" siempre se refieren sólo a la dimensión estatal de los "beneficios".

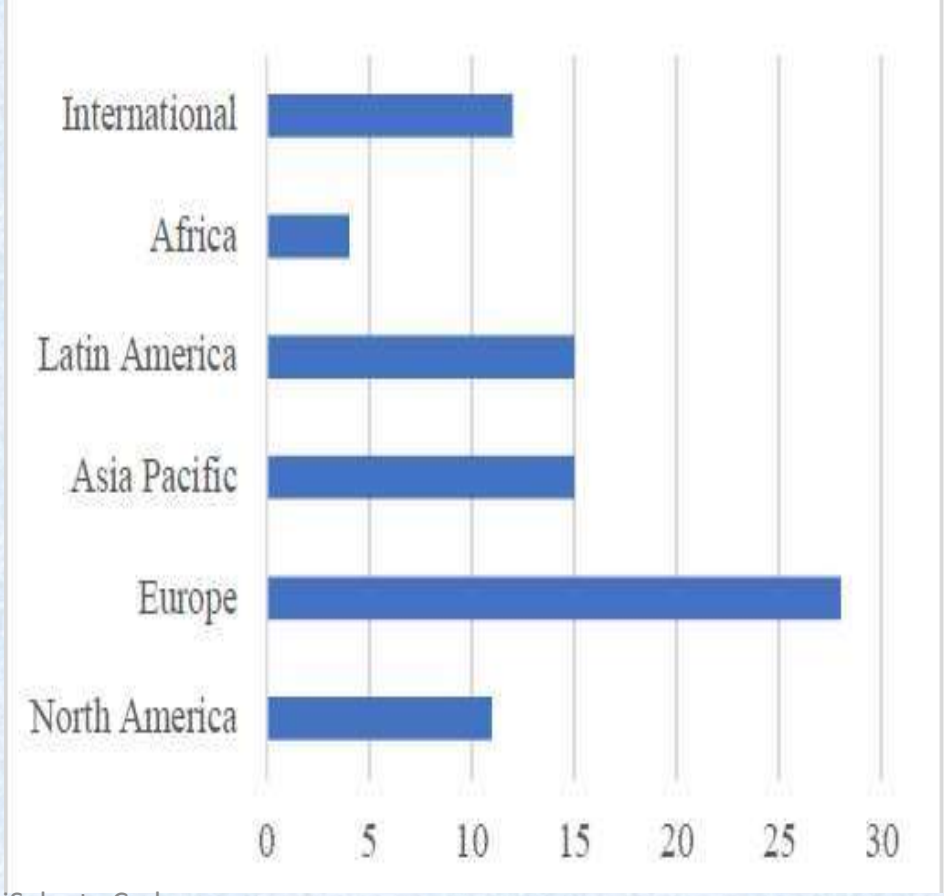
Cosa juzgada y "falso positivo" planetario

La comparación entre el riesgo climático planetario y la "cosa juzgada" en las jurisdicciones nacionales revela una "dislocación injusta" de los efectos positivos del juicio climático. Los riesgos afectan principalmente al "Sur Global", mientras que el "Norte" se beneficia de las intervenciones jurisdiccionales. Esto alimenta el "intercambio ecológico desigual" entre la geografía de los riesgos y la geografía de los litigios climáticos. La "ventaja mundial" del litigio se convierte paradójicamente en un "falso positivo" para el Mundo.

Geografía de los riesgos (fuente: EcoExpert)



Geografía de los litigios (fuente: Savaresi, Setzer, *cit.*)



"Cosa juzgada" y "seguimiento democrático": el caso suizo

Otro aspecto problemático se refiere al "seguimiento democrático" de las sentencias. ¿Las sentencias condicionan o limitan la deliberación democrática de la mayoría? Se pueden citar ejemplos de Suiza y Alemania.

Un referéndum en Suiza rechaza una propuesta de ley ambiental, formulada en espera de una apelación de los ciudadanos (el llamado "*caso Klima Seniorinnen*") ante el TEDH por una mitigación climática inadecuada. ¿Cómo hacer "compatibles" estos cortocircuitos deliberativos? Una ley ambiental "integra" medidas para combatir el cambio climático. Si se rechaza, aún compromete la estabilidad climática.

"Cosa juzgada" y "seguimiento democrático": el caso alemán

Un caso aún más paradójico es el alemán. El Tribunal Constitucional, en marzo de 2021 (*BVerfGE* 24.3/29.4.2021), declaró incompatible la ley climática, fijando un plazo para su adecuación para reducir las emisiones. Sin embargo, la perspectiva cercana de las elecciones generales está condicionando los programas de los partidos en la búsqueda de consensos sobre los "sacrificios" o "cambios radicales" que debe conllevar una ley climática valiente. El principal temor es que grupos extremos puedan aprovechar las incertidumbres o el desconocimiento de los ciudadanos para transmitir soluciones alternativas (por ejemplo, tratar el tema de los migrantes como un "obstáculo" a las políticas climáticas o temas similares).

"Cosa juzgada" y legitimidad (comprobada mediante juicio) de la "*Equity*"

Otra perspectiva que está surgiendo en el panorama del litigio es la del "precedente judicial" climático como fuente de legitimación de la "*Equity*" en la definición de medidas de mitigación. En la práctica, cuando un Tribunal declara inadecuada una medida de mitigación de un Estado y ordena una reducción de emisiones de acuerdo con la CMNUCC y el Acuerdo de París y, por lo tanto, también de acuerdo con la "Equity", el contenido de la obligación climática de los otros Estados, con condiciones fácticas similares al Estado condenado, cambia, porque - en el frente a las "ventajas mundiales" - las medidas de otros Estados se vuelven insuficientes.

"Cosa juzgada" y "Trasfer" de la "*Equity*"

En la práctica, la única y efectiva "transferencia de reglas" del precedente judicial pasa a ser la de "Equity" (especialmente entre los Estados incluidos en el Anexo 1 de la CMNUCC) y referida solo a los Estados

Medida de mitigacion

- Estado A
- Litigio contra el Estado A

Violacion de la Equity

- Condena del Estado A
- modificación de medidas de mitigación y reducción de emisiones

Medida de mitigacion

- Estado B en condiciones similares al Estado A para los vínculos clímaticos del Anexo 1 de la CMNUCC (por ejemplo, Alemania - Italia)
- Insuficiencia transitiva de las medidas del Estado B

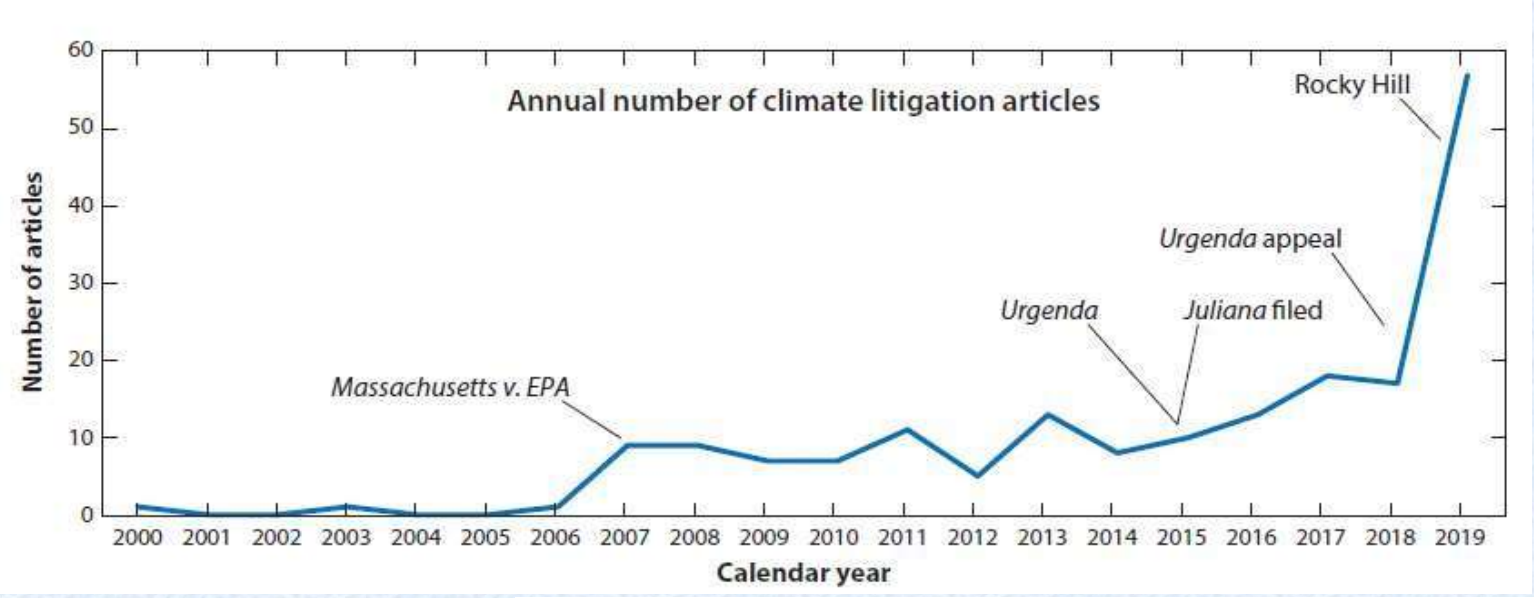
Aprobación de este escenario en la CMNUCC

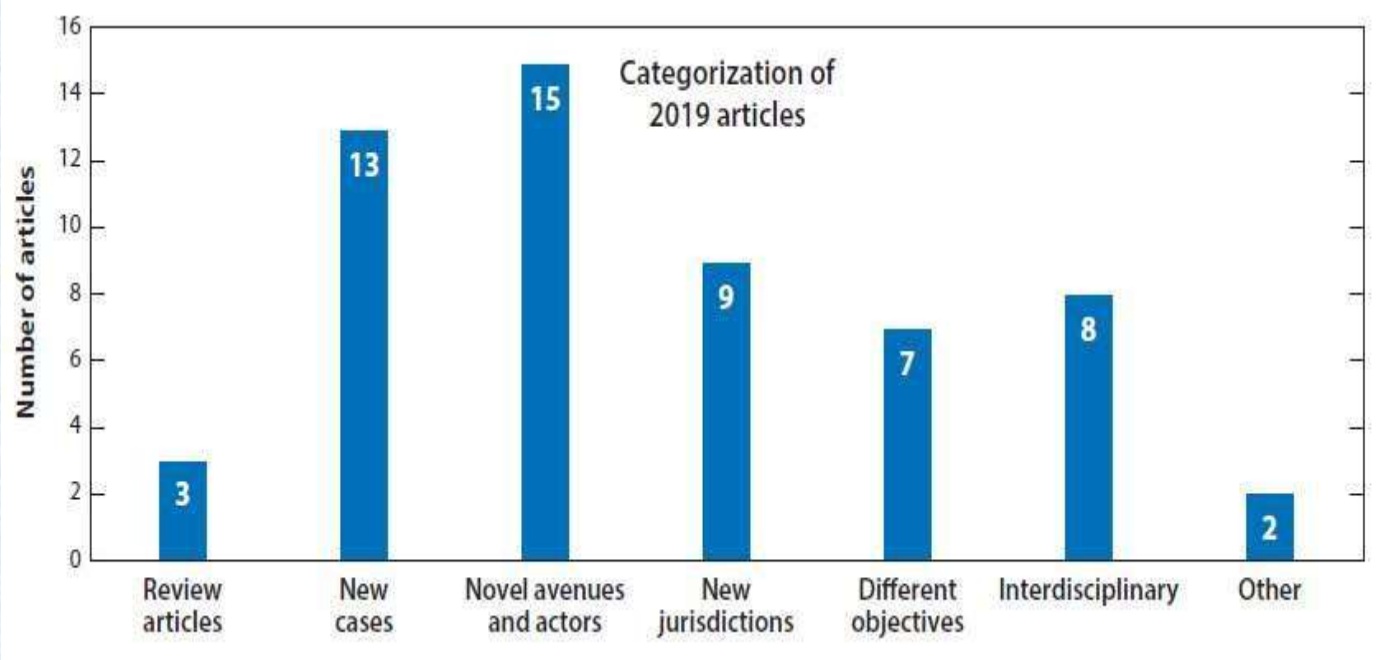
Esta perspectiva es parcialmente discutida por el "*Global cliamate litigation network*" (ver a continuación el llamado "*Urgenda Style*") pero encuentra su confirmación metodológica en las evaluaciones de los aportes estatales para la reducción de emisiones, realizadas por la CMNUCC (ver https://unfccc.int/news/climate-commitments-not-on-track-to-meet-paris-agreement-goals-as-ndc-synthesis-report-is-published) y por los llamados "*Emission Gap Report*" del PNUMA (ver https://www.unep.org/emissions-gap-report-2020).

7

La comparación "*entre*" litigios climáticos: revisión de métodos institucionales y métodos científicos

El enfoque doctrinal de los litigios climáticos independientemente de un "método comparativo" (fuente: Peel y Osofksy)





Los principales formantes doctrinales

- Peel & Osofsky, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy,* Cambridge, Cambridge University Press, 2015
- Deutscher Bundestag, *Rechtliche Grundlagen und Möglichkeiten für Klima-Klagen gegen Staat und Unternehmen in Deutschland*, Berlin,. 2016
- Cournil & Varison (eds.), *Les procès climatiques: du national à l'international*, Paris, Pedone, 2018
- Botter Fabri, Setzer, Cunha, *Litigancia Climática*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019
- Wedy, *Litígios Climáticos*, Salvador, Editora Juspodium, 2019
- Sindico, Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects,* Cham, Springer, 2021
- Alogna, Bakker & Gauci, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, Brill | Nijhoff, 2021

La comparación de los litigios climáticos y el problema del "método" de comparación. ¿Primero definir o primero clasificar?

En la literatura (formante doctrinal) parece que, para que haya "litigio climático", no hay que someter necesariamente a juicio la obligación climática ni los actos o hechos considerados ilícitos por su contribución a los efectos catastróficos del cambio climático. Puede ser, y la mayoría de las veces lo es, otra cosa: un determinado acto a impugnar; un determinado suceso a objetar como hecho ilícito; un determinado comportamiento considerado negligente; un determinado interés precluido de un determinado procedimiento; un determinado impacto; en fin, otra cosa, dentro de la cual el clima se convierte en un "elemento presupuesto" para reforzar la pretensión judicial, no en cambio en un objeto único y absorbente del juicio.

Cfr. Setzer; Bangalore, *Regulating climate change in the Courts*, in A. Averchenkova, Fankhauser (eds), *Trends in Climate Change Legislation*, Cheltenham, 2017

La influencia del formante doctrinal en las clasificaciones "institucionales" (PNUMA, Sabin Center, etc.)

Las clasificaciones doctrinales pasan por alto el paralelismo entre la trayectoria de los litigios climáticos, la evolución de las fuentes del derecho climático y la trayectoria de los problemas climáticos (hasta la emergencia climática)

Esto produce dos consecuencias:

- la doctrina tiene poca influencia en el contenido de los argumentos jurídicos en los litigios;
- la doctrina discute poco y marginalmente las categorías jurídicas utilizadas en los casos judiciales individuales ("*Tort*"; categorías de daños; "*Public Trust*" en el sistema américano de *Common Law* vs. deberes de custodia en el sistema europeo de *Civil Law*, diferencia entre situación de hecho inconstitucional y la situación de daño civil en el derecho latinoamericano etc.).

Por lo tanto, surgen clasificaciones "concéntricas" generalistas (como la de Peel y Osofsky)

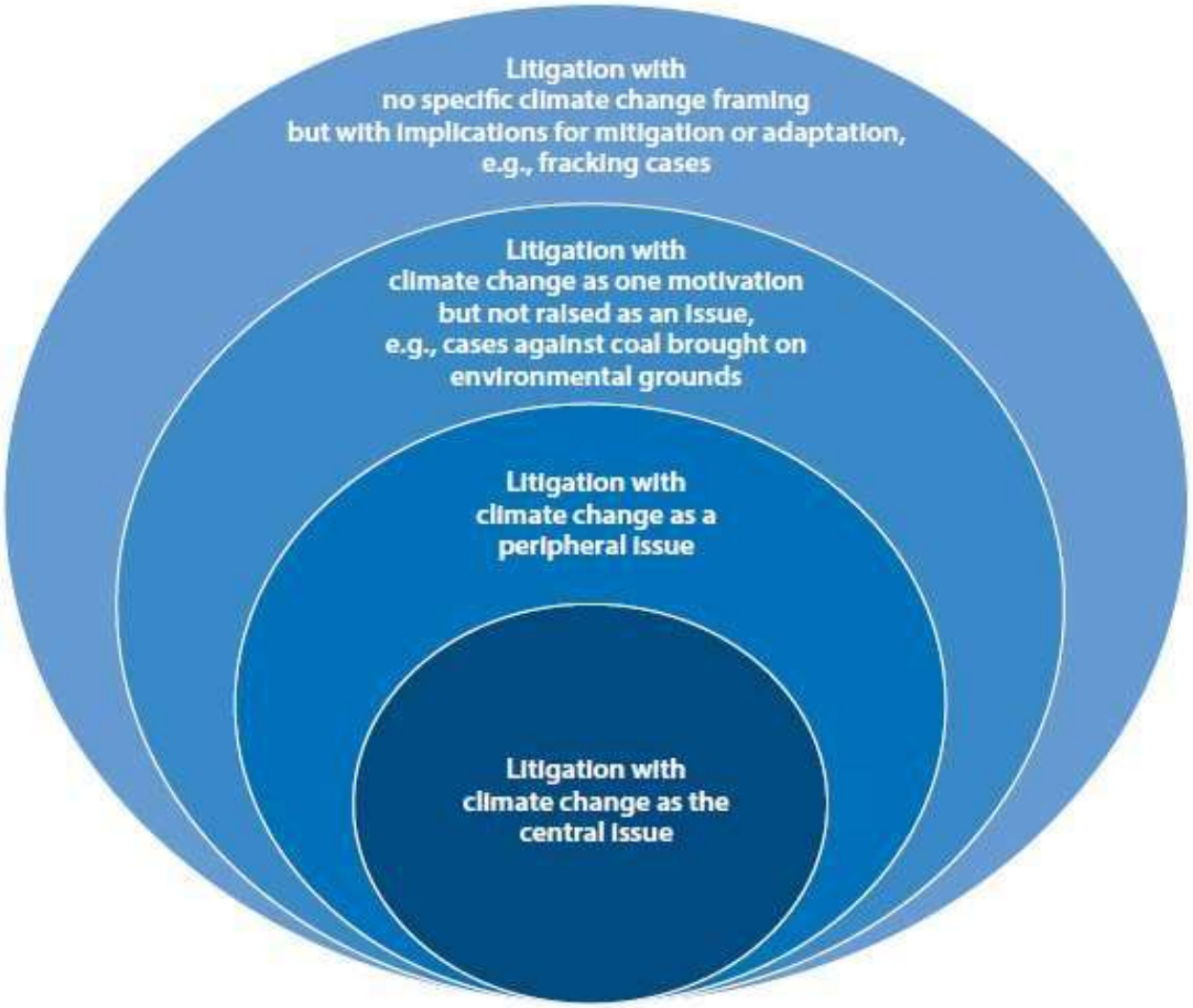


Figure 1

Different notions of climate litigation (adapted with permission from Peel & Osofsky 2015a).

Las principales clasificaciones doctrinales

Clasificaciones «globales»

De carácter "cognitivo"

El modelo de cluster *del "Sabin Center*" de la Columbia University

sus límites

- el solapamiento entre las cuestiones medioambientales y climáticas y la consiguiente inclusión en el modelo de litigios medioambientales sobre obras públicas y privadas, de modo que el petitum "climático" puede tener un contenido tanto "directo" (reducción de las emisiones per se) como "indirecto" (consideración de las emisiones para otra cosa, como, por ejemplo, una EIA o una EAE);
- no hay clasificación de las fuentes utilizadas (no necesariamente de "derecho climático")
- no hay distinción entre los sistemas jurídicos (debido únicamente a la separación entre Litigios en Estados Unidos y Litigios fuera de Estados Unidos)
- no se distingue entre sentencias de conformidad y sentencias de adecuación en la clasificación de las sentencias definitivas (por ejemplo, los litigios nacionales, europeos y convencionales del CEDH sobre el llamado "caso ILVA" no clasificados por el Centro Sabin)

Las principales clasificaciones doctrinales

Clasificaciones «globales»

De carácter evaluativo"

el modelo univeraslista de "Enfoque de Derechos Humanos" del *Business & Human Rights Resource Centre*

sus límites:

- centrarse en el tema de la protección de los derechos humanos, independientemente del tipo de juez, del proceso y del papel de las partes, presentes en los diferentes sistemas considerados
- promoción de un discurso universalista pero abstracto sobre la relación entre los derechos humanos, las empresas y el papel de los jueces

¿La utilidad heurística de estas clasificaciones "globales"?

¿para identificar las variables nacionales diferenciadoras en las experiencias jurídicas de los litigios climáticos?

muy bajas,

porque no las cuestiona

cfr. https://www.gold.ac.uk/calendar/?id=13528

https://reliefweb.int/report/world/climate-change-and-human-rights-can-courts-fix-it

Clasificaciones «eco-políticas»

De carácter "integral"

Modelo "Norte-Sur del mundo" elaborado principalmente por la literatura comparativa "latina" y por la literatura de ecología sistémica y política

sus límites

- enfatiza la dimensión local del conflicto "climático", superponiéndolo a las cuestiones de "justicia ambiental", reduciendo todo a un perfil cultural, identitario y político que deja fuera los temas de "*Equity*" y la llamada "reserva científica", que son en cambio constitutivos del derecho climático
- privilegia la referencia al papel, en los litigios, de la "reserva cultural" o de los "derechos de la naturaleza" con respecto a la "reserva de ciencia", prevista en las fuentes climáticas del derecho
- privilegia la referencia a las fuentes de derecho interno o internacional para la protección de los derechos humanos (a partir de la CIDH), leyendo su jurisprudencia como resolviendo también los problemas climático, incluso de forma implícita.

¿Utilidad heurística de estas clasificaciones para identificar las variables nacionales de diferenciación de las experiencias jurídicas de los litigios climáticos?

Relativo únicamente a los contextos jurisdiccionales de referencia.

Clasificaciones de prácticas "estratégicas

De carácter operativo

modelo de la "*Global Climate Litigation Network*" de Urgenda, adoptado exclusivamente por abogados que operan en litigios climáticos

sus límites

- practica exclusivamente la "*Reutilización*" (*Re-Use*) de la experiencia del "*caso Urgenda*", proponiendo la réplica de algunos elementos "estratégicos" o "tácticos" de carácter práctico (el llamado método "*Pick and Choose*"),

Este mismo enfoque es el que sigue la *IBA* (*International Bar Association*).

cfr. https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/global-climate-litigation/

https://www.ibanet.org/Climate-Change-Model-Statute

¿Utilidad heurística de este enfoque, para identificar las variables nacionales de diferenciación de las experiencias jurídicas de los litigios climáticos?

ninguna,

porque de hecho cae en la llamada lógica de las "*comparaciones por Reglas Vacías*" (G. Frankenberg)

Clasificaciones por "problemas concretos (considerados) comunes" (el llamado modelo los "*Cornell Universiy's Seminars in Comparative Law*")

Sindico, Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects,* Cham, Springer, 2021

Climate change, the individual and moving forward the international climate change agenda (mitigation and adaptation)	Can an individual in your legal system bring a case against the government for allegedly not complying with its international climate change obligations?
Climate change, the individual, human rights and moving forward the international climate change agenda (mitigation and adaptation)	Can an individual in your legal system bring a case against a public or private actor that allegedly does not comply with climate change obligations (national or international), on human rights grounds?
Climate change, the individual and moving forward the climate change agenda against public actors (I) (mitigation)	Can an individual bring a case in your legal system against a public actor charged to authorise a major infrastructure operation that allegedly does not comply with national obligations leading to a rise in greenhouse gas emissions?
Climate change, the individual and moving forward the climate change agenda against public actors (II) (adaptation)	Can an individual bring a case in your legal system against a public actor that allegedly does not comply with national obligations leading to a failure to adapt to climate change?
Climate change, the individual and moving forward the climate change agenda against private actors (I) (mitigation)	Can an individual in your legal system bring a case against a private actor whose acts lead to a large rise in greenhouse gas emissions?
Climate change, the individual and moving forward the climate change mitigation agenda against private actors (II) (mitigation/adaptation)	Can an individual in your legal system bring a case against a pension fund (or a similar entity) whose actions (i.e. investments) contribute to a global rise in greenhouse gas emissions or difficult adaptation to climate change?

¿Hay algo en común entre estas clasificaciones globales, ecopolíticas y estratégicas?

SI

Todas ellas no hacen énfasis en la inédita y dramática situación de peligro planetario, representada por la emergencia climática, aunque denunciada por la ciencia, reconocida por la ONU y declarada por diversas instituciones (como la UE),

como si la emergencia climática no fuera una variable determinante de cualquier litígio climático en cualquier parte del mundo, ya que es "planetaria".

Esta indiferencia dificulta el "diálogo" entre estas decisiones y su función convergente en la lucha contra el cambio climático.

En consecuencia, el uso de cada sentencias como precedente es mínimo, precisamente porque, aunque sean "estratégicas", todas no convergen en una estrategia única comparativa.

Consecuencias de estas clasificaciones sin convergencia comparativa

El límite de una catalogación tan amplia es que el concepto de litigio climático puede extenderse a todas las acciones legales destinadas a perseguir "cualquier propósito en nombre del clima", incluyendo, por ejemplo, los arbitrajes *SLAPP* (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*) e ISDS (*Investor-State Dispute Settlement Mechanism*). De hecho, este tipo de litigios suelen basarse en la protección del interés económico de la empresa y no en la protección de los individuos o las comunidades de los peligros del cambio climático, un elemento que es relevante para esta investigación (cfr. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in 43 *DPCE Online*, 2, 2020).

La fórmula SLAPP "*Demanda estratégica contra la participación pública*" define las acciones legales destinadas a limitar o impedir la participación pública en determinados procesos. Puede considerarse una práctica desleal, que tiene como objetivo principal actuar como elemento disuasorio y obstaculizar los agravios de la otra parte (normalmente formada por actores sociales) en diferentes tipos de litigios. En algunos países, sobre todo de tradición anglosajona, el recurso a estas acciones está limitado por disposiciones reglamentarias específicas (cfr. Pring, Canan, S*tudying Strategic Lawsuits Against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches*, in *Law and Society Rev.*, 22, 1988).

La solución de controversias inversor-Estado (ISDS) es un instrumento de derecho internacional público que otorga a un inversor extranjero el derecho a iniciar un procedimiento de solución de controversias contra un gobierno extranjero, es decir, el gobierno del Estado en el que la entidad privada ha realizado la inversión (el llamado "Estado receptor"). Este mecanismo está previsto e incluido en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión, a partir de la "Carta de la Energía", verdadera "Constitución de la Energía" del mundo en las relaciones entre empresas y Estados (cfr. Broude, *Not all rights are created equal: A loss–gain frame of investor rights and human rights*, in 34 *Leiden J. of International Law*, 34, 1, 2020).

Comparación basada no en el riesgo climático sino en el riesgo de costes a cargo del condenado (Estado o empresa)

Este tipo de comparación fue desarrollado y propuesto por "*The Geneva Association*".

(ver: Golnaraghi, Setzer, Brook, Lawrence, Williams, *Climate Change Litigation – Insights into the evolving global landscape*, 2021)

Su objetivo no es identificar las características específicas de los formantes legales, sino exclusivamente- el tipo de obligación de "hacer" resultante de la condena;- el tiempo, el coste y la cobertura del seguro para su realización;- consiguiente calificación del "riesgo" de seguro de este tipo de ejecución judicial.

Consecuencias para la cuestión de la atribución causal de la responsabilidad

Las demandas relativas a las repercusiones del cambio climático formulan reclamaciones causales sobre el efecto de las emisiones de gases de efecto invernadero de los demandados en los demandantes.

Por lo tanto, este tipo de comparación se centra en evaluar la base científica y jurídica para establecer la causalidad y el tratamiento judicial de las pruebas científicas en estos casos. En general, se observa que las pruebas presentadas y citadas en estos casos van muy por detrás del estado del arte de la ciencia climática, en detrimento de una consideración completa de la causalidad climática (vínculos termodinámicos y fluidodinámicos), en beneficio de los demandados que buscan limitar su responsabilidad legal.

(ver: Stuart-Smith et al., *Filling the evidentiary gap in climate litigation*, in *Nature Climate Change*, 11, 2021, 651-655)

8

La comparación "*dentro del*" litigio climático: del enfoque de "reutilización" del *Global Climate Litigation Network* al precedente climático como nivel esencial de protección de derechos o elemento constitutivo de la "*Equity*"

Comparación solamente de los casos de mitigación climática

Muy recientemente, los abogados del "caso Urgenda" han propuesto un método para promover el "diálogo judicial" en los litigios sobre el clima, con referencia específica a la cuestión de la "mitigación del clima".

En este sentido, se habla de "*Urgenda Style*" para la promoción global del método estatal de "mitigación sistémica" en la lucha contra el cambio climático. El "estilo" se resumiría en el siguiente argumento del Tribunal Supremo holandés en el "caso Urgenda" (Tribunal Supremo de los Países Bajos, Urgenda contra los Países Bajos, diciembre de 2019):

"Los tribunales pueden considerar si las medidas adoptadas por el Estado son demasiado escasas, teniendo en cuenta lo que es claramente el límite inferior de la cuota de emisiones que debe reducirse del nivel global necesario para acabar con el peligroso cambio climático".

«Urgenda Style»

De hecho, pocos tribunales, con algunas excepciones, han procedido a evaluar la suficiencia o razonabilidad de los esfuerzos generales de mitigación del clima de un Estado.

A la luz de esto, se propone un marco mediante el cual los tribunales pueden juzgar los esfuerzos generales de mitigación de los Estados, basándose en los principios desarrollados por los tribunales holandeses en Urgenda y en sentencias recientes de otros tribunales nacionales.

Este marco común contiene elementos de procedimiento y de fondo destinados a demostrar que el Estado cumple con sus obligaciones en el marco global de la "*Equity*" de la CMNUCC y del Acuerdo de París.

Este enfoque centra la comparación exclusivamente en los litigios climáticos contra los Estados.

Los elementos comunes de comparación sobre la "mitigación sistemática", basada en la "*Equity*"

La "*Equity*" se convierte en el *tertium comparationis* para comparar los argumentos judiciales sobre la responsabilidad climática de los Estados, con respecto a los siguientes elementos:

- el incumplimiento por parte del Estado de su "presupuesto de carbono" (*Carbon Budget*) o de sus objetivos de reducción de emisiones;
- la falta de coherencia entre los objetivos del Estado (como un objetivo ambicioso para 2050 y un objetivo intermedio para 2030);
- el aplazamiento o la rebaja del objetivo estatal de reducción de emisiones;
- la fuerte dependencia de la tecnología de emisiones negativas propuesta para reducir las emisiones en el futuro y/o la incapacidad de establecer objetivos de reducción de emisiones que reflejen la "parte justa" del Estado en la reducción de emisiones globales, por el hecho de que el Estado esté clasificado como "desarrollado" o "en desarrollo" en la CMNUCC.

Resultados útiles de este tipo de comparación

Partiendo de la premisa de que todos los Estados tienen una obligación legal exigible con respecto a la mitigación del cambio climático, basada en las fuentes del derecho climático, este tipo de comparación nos permite examinar si:

- estas obligaciones también corresponden a disposiciones constitucionales, de derechos humanos y/o de derecho de daños dentro de los estados;
- el Estado no ha mitigado suficientemente el cambio climático mediante la reducción de sus emisiones de gases de efecto invernadero, violando así su deber de protección del clima.

De este modo, las sentencias de los tribunales pueden utilizarse como "argumento comparativo" sobre los deberes de mitigación en virtud de la "equidad" en diferentes litigios climáticos, según la lógica de la "reutilización" ("*Re-Use*"), pero no de una regla, sino un deber climático específico: la "mitigación sistemática".

9

Variables constitucionales nacionales que inciden en el uso del precedente climático: formas de acceso al juez; el modelo constitucional de la ciencia; el control judicial de las políticas públicas en la división de competencias; el régimen legal de la carga de la prueba; la disciplina del daño.

Catalogación y Clasificación de Marica Di Pierri según estas variables (fuente: Di Pierri, *Cambiamenti climatici e diritti umani*, Tesi Dottorato, Palermo, 2021)

1. Catalogación sobre la base del acusado en el juicio

2. Doble clasificación en función

de las fuentes jurídicas utilizadas y de las tendencias observadas en el desarrollo de los litigios

3. Tendencias establecidas

en cuanto a la finalidad de la acción

- creciente atención a los derechos humanos
- relevancia de los derechos de las generaciones futuras
- especificidad del tema de los "desplazados climáticos" y la migración
- separación del "*Thema decidendum*" entre políticas de adaptación y mitigación

4. Calificación de los conflictos climáticos del "Sur Global"

como estrategias de presión más amplias (derechos indígenas, derechos de la naturaleza, diversidad cultural, primacía de la biodiversidad sobre el clima)

5. Problemas comunes a las cuestiones jurídicas emergentes

- justiciabilidad
- *standing* (titularidad de acción judicial)
- establecimiento de la causalidad e imputación de la responsabilidad
- impacto sobre la separación de poderes
- centralidad de la ciencia del clima

Clasificación de Michele Carducci (fuente cit.)

Es una estructura de árbol con nueve ramas, que corresponden al mismo número de parámetros distintivos de clasificación utilizados con frecuencia:

- *ubicación geográfica del litigio* (nacional, local, supranacional, internacional)
- *naturaleza del denunciado* (Estado, organismo público, empresa u otra entidad privada)
- *actores del conflicto* (ciudadanos, asociaciones, administraciones locales, inversores públicos o privados, accionistas o grupos de accionistas de empresas)
- *contenido del litigio* (desde la protección de los derechos humanos hasta el acceso a la información, la regularidad de las autorizaciones administrativas, etc.)
- *parámetro utilizado* (fuentes internacionales, deber de cuidado y diligencia debida de las fuentes internas, Codigo Civil, Codigo ambiental, Codigo penal, autorizaciones administrativas, contratos)
- *conducta censurada* (comisión, negligencia u omisión, actividad instantánea o continuada)
- *responsabilidad legal reclamada* (contractual, extracontractual por negligencia, objetiva, penal. administrativa, contable)
- *régimen legal de la carga de la prueba*
- *perjuicio concreto denunciado* (perturbación de la paz pública, perturbación de los derechos de uso y disfrute de la propiedad, comercialización de un producto defectuoso, superación de los límites de emisión, humos y emisiones molestas, enriquecimiento injusto, actos emulativos y abuso de derecho, transparencia y veracidad de la información)
- *evento perjudicial denunciado* (eventos de tipo global, como consecuencia de las emisiones globales de CO_2, o local, como incremento procedente de un comportamiento local).

10

La especificidad del litigio climático en el "*Sur del mundo*", entre "reserva de ciencia" y "reserva de cultura" y "de naturaleza".

¿Cuál es la base de esta distinción "geopolítica"?

Hay dos fundamentos normativo positivos:

- Apéndice I de la CMNUCC (con la diferencia entre los países desarrollados más responsables de las emisiones y otros países) y el criterio de "responsabilidad común pero diferenciada"
- la doble referencia, en el *Preámbulo* del Acuerdo de París, a las "culturas" que se reconocen en los derechos de la naturaleza y los derechos de los pueblos indígenas.

Estas referencias normativas han alimentado el debate sobre la "culturalización" del derecho climático (en relación con los pueblos indígenas) y la "ecologización" del derecho climático (por ejemplo, mediante la declinación del criterio "in dubio pro natura" por el principio de precaución climática "in dubio pro clima"), colocando en el centro del discurso jurídico las referencias normativas y jurisprudenciales nacionales (en lugar de las comparativas) como demostración de esta especificidad "local" del litigio.

Cfr. Leite Morato, *A ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*, 2ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020; Osofsky, Hari, *The geography of emerging Global South climate change litigation.* Symposium on Jacqueline Peel & Jolene Lin, *Transnational climate litigation: the contribution of the Global South*, 2020; Ayala & Mariana, *Na dúvida em favor da natureza?* Levar a sério a Constituição Ecológica na época do Antropoceno, in 10 *Brazilian Journal of Public Policy*, 3, 2020).

Dos variantes de contexto del «Sur»

Variante cultural-naturalista	*Variante político-social*
Principalmente en los países andinos	**Principalmente en Brasil**
Énfasis en el Derecho ambiental en una perspectiva ecosocial	**Énfasis en el clima como política pública socioeconómica**
Promovida por comunidades vulnerables	**Promovida para permitir un control judicial sobre políticas públicas**
Reivindicación de de reconocimiento de identidades indígenas	**Reivindicación de necessidades sociales de protección**

Referencias bibliográficas básicas para la distinción anterior

Auz, *Human Rights-Based Climate Litigation in Latin America* (https://ohrh.law.ox.ac.uk/human-rights-based-climate-litigation-in-latin-america-2/?fbclid=IwAR14cMa2Xe4-J8rdDTNUWS2CJU6EuxgttRaxNitcKu%E2%80%A6)

Wedy, Costa Moreira, *O controle judicial das ações e das omissões estatais em políticas climáticas* (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3874703)

La variable del derecho informal y la "*teoría de la carencia*" (*Theory of Lack*) en los litigios climáticos

La consideración de la "especificidad" del "Sur del Mundo" como un contexto diferente de litigio climático deriva de dos consideraciones comparativas

- la presencia de un derecho "no oficial" de reconocimiento y protección de las prácticas de sostenibilidad funcionales a la preservación de la biodiversidad y la propia estabilidad climática;
- la crítica a las "lagunas cognitivas" de los juristas del derecho climático, acostumbrados a razonar sobre la "justicia climática" en una perspectiva unilateral y ajena a la riqueza de las prácticas "no oficiales" de sostenibilidad (la llamada "*Teoría de la Carencia*").

Cfr. Nader, *Law and Theory of Lack*, in 28 *Hasting Int.'l & Comp. L. Rev.*, 191, 2005

Ahora esta "carencia" también es reconocida por el PNUD

(ver http://hdr.undp.org/en/content/2020-hdr-qa-why-local-and-indigenous-communities-are-vital-sustainable-human-development).

La clasificación del Sabin Center como confirmación de la " carencia"

Una confirmación de esta "carencia" se encuentra en el propio concepto de "litigio climático" proporcionado por la Columbia Law School y el Sabin Center for Climate Change Law: "[...] *cualquier litigio administrativo o judicial federal, estatal, tribal o local en el que las decisiones del tribunal planteen directa y expresamente una cuestión de hecho o de derecho relativa al fondo o a la política de las causas e impactos del cambio climático*" (Columbia Law School - Sabin Center for Climate Change Law & Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, U.S. Climate Change Litigation), como si "*tribal*" fuera una variable homogénea a "*local*", "*federal*", etc...

Especificidad reconocida por la CIDH

Esto explica por qué el litigio climático en el "Sur Global" es diferente y original de los que se originan en Estados Unidos y luego en Europa.

Esta especificidad está autorizadamente avalada por la jurisprudencia de la CIDH. Por ejemplo, en el caso "*Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*", la Corte IDH reconoció formalmente la violación del derecho humano al medio ambiente independientemente de los otros temas discutidos y enfatizó que este derecho implica no sólo obligaciones de respeto, sino también obligaciones de garantía, para prevenir violaciones. Además, en la Opinión Consultiva 23/17, la Corte reconoció el derecho al medio ambiente como autónomo y declaró las interconexiones entre las reivindicaciones medioambientales y los derechos humanos, incluidas las cuestiones relativas al cambio climático. En ambos casos, se destacó la dimensión comunitaria de la vulnerabilidad ambiental y climática, que también está vinculada a la cultura y la visión de la naturaleza de los vulnerables. La Corte, por tanto, parece sugerir el enfoque "holístico" de las cuestiones, incluidas las climáticas, que pide el Acuerdo de París.

Crítica a la perspectiva del "*Sur Global*"

La crítica a la consideración de la "diferencia" en los litigios climáticos entre el "Norte" y el "Sur" recupera las teorías de la diferencia entre "Normas" y "Reglas". Argumentan que:

-las referencias "culturales" y "derechos de la naturaleza" son vagas y, por tanto, poco concluyentes en las decisiones de protección del medio ambiente, al igual que las "Normas" utilizadas en el derecho ambiental, cuya concreción requeriría un "capital humano" (de juristas en la judicatura o en los organismos administrativos) mucho más preparado e independiente que el existente en muchas realidades del "Sur";

-que la traducción en normas de las variables "culturales" y de los "derechos de la naturaleza" (como, por ejemplo, el criterio "in dubio pro natura") tiene poco efecto en la transformación de la realidad porque requiere la intervención del legislador o de los niveles superiores del poder ejecutivo, a menudo "capturados" por poderosos intereses económicos multinacionales (R. Gargarella).

Por consiguiente, defender una "especificidad" de los litigios climáticos "del Sur" sería una mera operación literaria, pero nada más.

Cfr. Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, in *Duke Law J.*, 42, 1992; Schäfer, *Rules versus standards in rich and poor countries: Precise legal norms as substitutes for human capital in low-income countries*, in *Univ. Chic. Supreme Court Econ. Rev.*, 14, 2006.

11

La especificidad del litigio climático en el derecho de la UE: sistema multinivel; cuatridimensionalidad de los derechos humanos involucrados; calificación de la naturaleza "no significante" del daño (*DNSH*).

¿Existe una especificidad del litigio climático en el contexto de la UE?

En opinión de Osofsky y Peel(*The Role of Litigation in Multilevel Climate Change Governance: Possibilities for a Lower Carbon Future?*, 30 *Envtl.&Planning. L.J.*, 2013), el contexto supranacional o internacional no afecta a las características de un conflicto climático, cuyo punto central seguiría siendo la cuestión "climática" independientemente de cualquier otra variable, operando como "cuestiones periféricas de la demanda".

Esta homologación es negada por la práctica de la jurisprudencia (piénsese en la influencia de la mencionada jurisprudencia de la CIDH en el "giro ecocéntrico" de los litigios latinoamericanos) pero también por el derecho positivo (piénsese en la "europeización" del derecho internacional del clima provocada por los Reglamentos de la UE nn. 2018/842, 2018/1999, 2020/852, 2021/241).

Por tanto, es metodológicamente incorrecto superponer litigios climáticos nacionales, supranacionales e internacionales, omitiendo los elementos determinantes de cada ordenamiento jurídico.

Regulación multinivel y derecho climático (transformado en) multinivel

Por otra parte, el propio ejemplo europeo muestra cómo la dinámica multinivel condiciona al derecho climático de forma diferente al derecho medioambiental.

De hecho, el derecho ambiental opera a través de regulaciones locales que deben tener en cuenta las especificidades de los lugares, y esto puede causar las llamadas "distorsiones de elección pública" (*Public Choice Distortion*), que son frecuentes sobre todo en los niveles más bajos de gobierno (mala aplicación del derecho ambiental supranacional): cfr. Revesz, *Federalism and Environmental Regulation*, in Revesz, Sands, Stewart (eds.), *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2000.

Por el contrario, el derecho climático es un derecho "planetario" que vincula por igual a las organizaciones regionales y a los Estados (como reconoce explícitamente el Acuerdo de París). En consecuencia, este tipo de derecho no conoce "distorsiones de aplicación", porque cualquier "distorsión" supondría una violación del propio derecho climático.

Confirmaciones en el ordenamiento de la UE

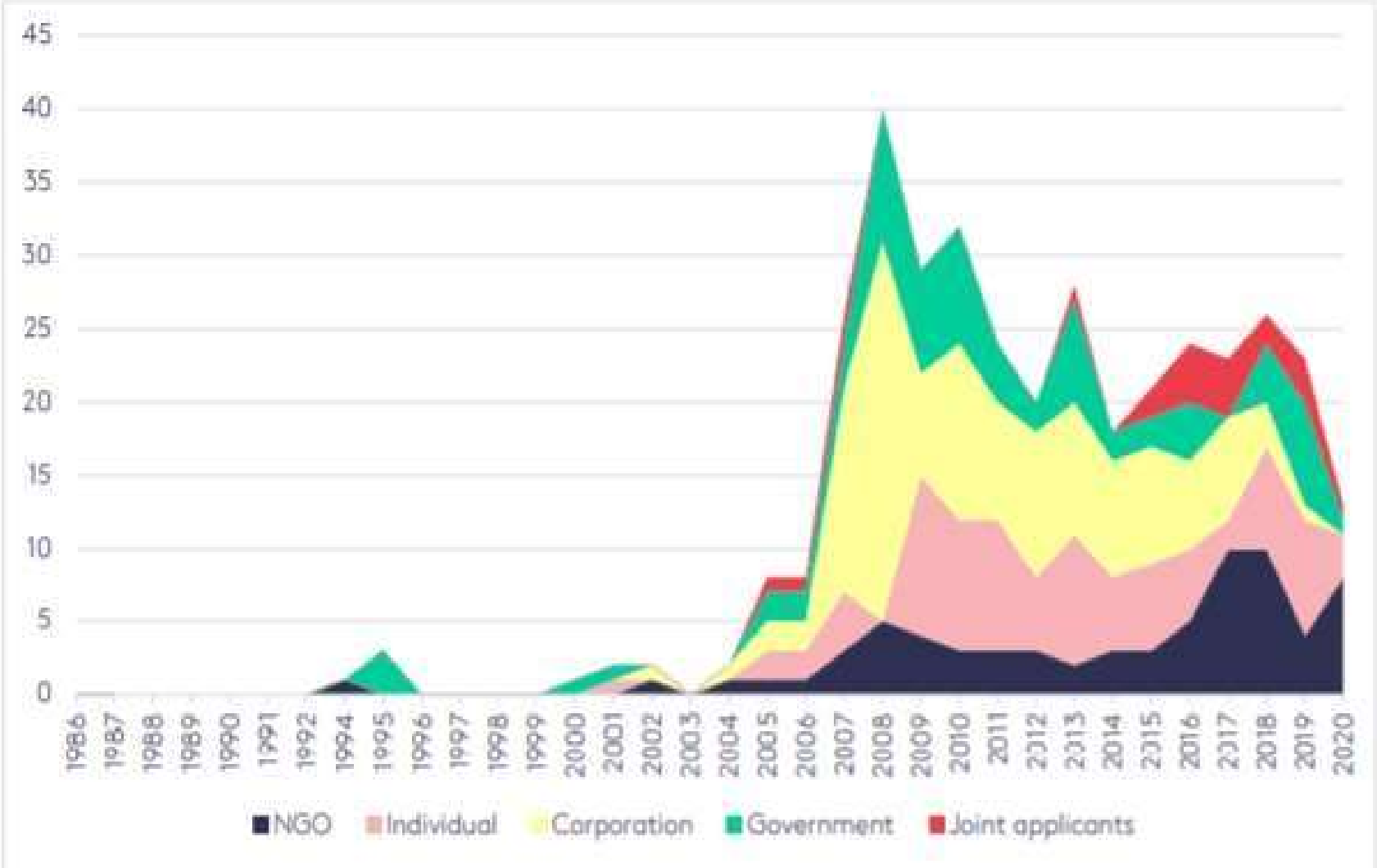
En la UE, todos los Estados miembros están incluidos en el sistema euro-unitario de fuentes climáticas, de acuerdo con lo que establece el Acuerdo de París sobre las organizaciones supranacionales y con lo que se deduce de la adhesión formal de la UE a la CMNUCC y precisamente al Acuerdo de París, así como de los Reglamentos de la UE nn. 2018/842, 2018/1999, 2020/852, 2021/241, que han "europeizado" el contenido de las fuentes internacionales, con las consecuencias de primacía y efecto útil, enmarcándolas también, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, en el contexto de la protección de los derechos [desde el "*caso Haegeman*" (asunto C-181/73) hasta el asunto C-66/18, en la que el Tribunal de Luxemburgo reiteró que la participación de la UE en un sistema internacional convencional (como la CMNUCC y el correspondiente Acuerdo de París) implica la inclusión de sus acuerdos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en términos de derecho real de la Unión, como tal invocable incluso en una acción por infracción, en virtud del art. 258 TFUE, que también es parte integrante del sistema de competencias entre la Unión y los Estados (como lo es, para la cuestión del cambio climático, el artículo 191 TFUE)].

Estos derechos implicados son identificables en cuatro niveles: derechos constitucionales; derechos de la "Carta de Niza"; derechos del CEDH (véase el art. 6 del TUE) y derechos humanos internacionales de fuentes "relacionadas" con las cuestiones del cambio climático (como los Pactos de la ONU de 1966, etc.). Esta compleja estructura está ahora oficialmente reconocida por el Reglamento de la UE n. 2020/852, que introdujo el enfoque proactivo de la lucha contra el cambio climático a través del llamado mecanismo DNSH (actuar en la mitigación del clima sin producir daños significativos en cualquier otro objetivo medioambiental).

12

La especificidad del litigio contra multinacionales: la centralidad de la información sobre el riesgo para los "*stakeholders*" y "accionistas"

Litigios contra las empresas y tipo de demandantes

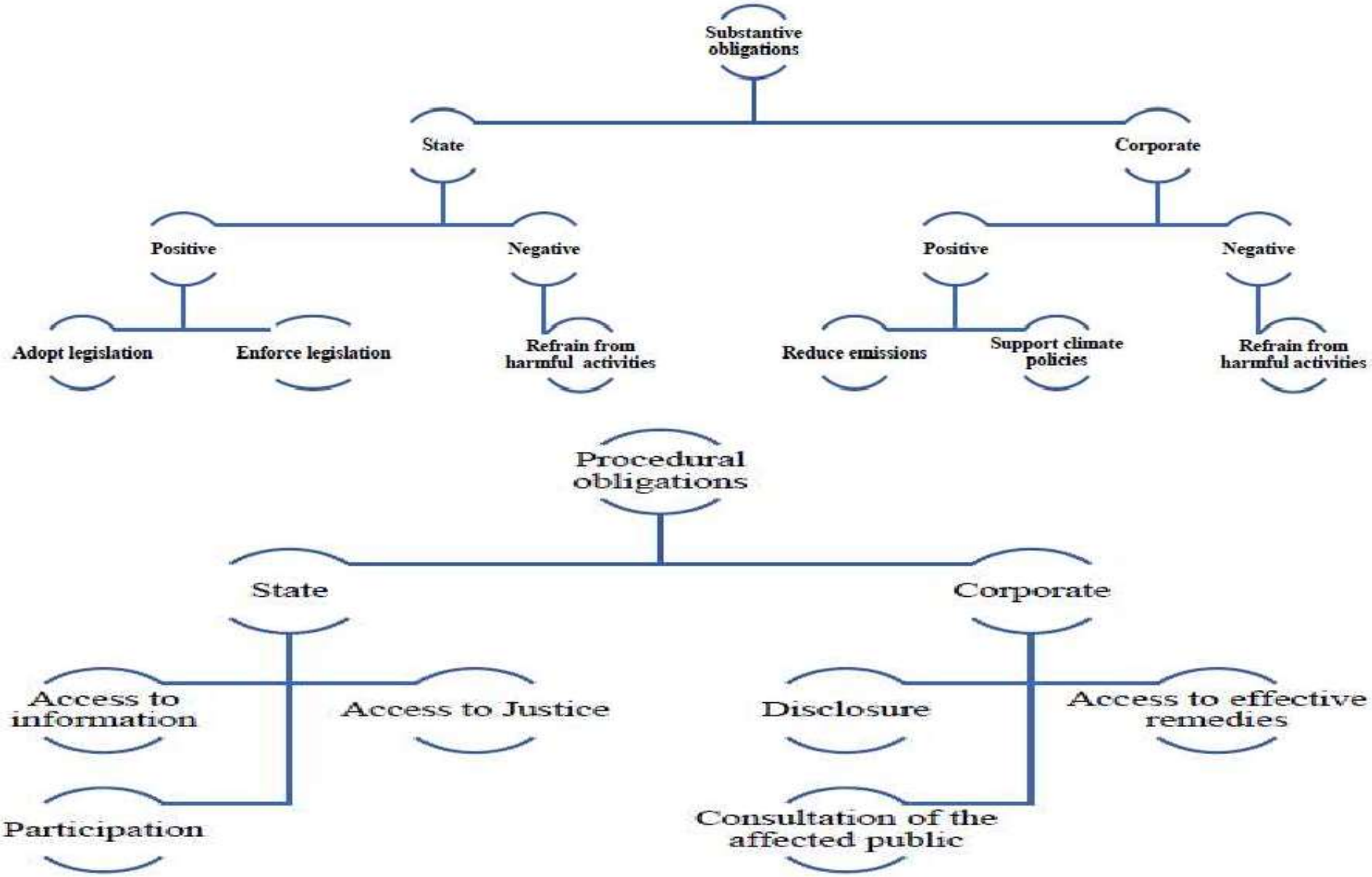


¿Los litigios contra las empresas tienen características diferentes a los litigios contra los Estados?

En realidad, no, porque la obligación climática (tal como la identifican los artículos 2-6 de la CMNUCC: ver el párrafo 1 anterior) identifica obligaciones sustanciales y de procedimiento previstas para cualquier "acción" que produzca gases de efecto invernadero, incluso si procede de un particular. La Convención vincula formalmente a los Estados, pero la obligación climática identificada en ella se refiere a cualquier actividad, independientemente de la naturaleza del tema del "cambio climático". El hallazgo ha sido confirmado ahora por la sentencia holandesa "*Shell Case*" (cfr. https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5337). Además, en la UE, debe tenerse en cuenta la "sentencia Demirel" (C-12/86) sobre la aplicación directa de normas individuales de los Tratados a los que se adhiere la UE.

¿Qué obligaciones prevalecen en los litigios con empresas?

Prevalece la referencia a las obligaciones procesales



¿Qué tipo de juez debe ser el que decida sobre cuestiones climáticas?

O

Juez "consecuencialista" (cuestiona las consecuencias "políticas" y "sistémicas" de sus decisiones)

O

Juez "estratégico" (que modula sus decisiones en función del "valor salvífico" de la lucha contra el cambio climático)

Ver: Epstein, Weinshall, *The Strategic Analysis of Judicial Behavior: A Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2021.

Bibliografia

Sobre la fórmula y las declaraciones de emergencia climática

Aquí la fórmula científica y las fuentes de referencia
https://globaia.org/planetaryemergency

Estos son los reconocimientos oficiales
(ONU-PNUMA)
https://www.unep.org/explore-topics/climate-change/facts-about-climate-emergency
(OECD)
https://www.oecd.org/naec/confronting-planetary-emergencies/
(Club de Roma)
https://www.clubofrome.org/publication/the-climate-emergency-plan/

Estas son las declaraciones de emergencia repartidas por todo el mundo
https://climateemergencydeclaration.org/climate-emergency-declarations-cover-15-million-citizens/

Infografía de las negociaciones sobre el clima en la UE
https://www.europarl.europa.eu/infographic/climate-negotiations-timeline/index_it.html#event-2020-10-07

Perspectiva del «*Sur Global*»
https://co.boell.org/es/2020/05/22/litigio-climatico-en-el-sur-global-versus-justicia-climatica-puede-el-deber-de

Bibliografía mínima

https://www.cedeuam.it/diritto-climatico/

Formantes doctrinales que han dirigido o influido en el formante jurisprudencial

Cox, *Revolution Justified*, Maastricht, Planet Prosper. Found, 2012

Peel, Osofsky, *Climate Change Litigation*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2020

Peel, Osofsky, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?, 7 Transnational Environmental Law,* 37, 2018;

Preston, *Mapping Climate Change Litigation*, 92 *ALJ*, 2018

Setzer, Rebecca, *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*.

Wood, *Atmospheric trust litigation*, in Burns & Osofsky (ed.) *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches,* Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2009

Wood, Woodward, *Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last*, in 6 *Wash. J. Environ. Law Policy*, 2, 2016

Principales fuentes de formantes científicos utilizados en los litigios climáticos

Revistas del Grupo "*Nature*", *PNAS*, *Bioscience*; *Geophysical Research Letter*

Principales paneles científicos utilizados en los litigios climáticos

IPCC; IPBES; WMO; IEA; OMS

Grazie

www.cedeuam.it

michele.carducci@unisalento.it

Siguen dos lecturas útiles para completar la comparación

No se trata de propuestas de "clasificación", sino de enmarcar el "fenómeno" del litigio climático en función de sus contenidos (el "*Guia de litigância climatica*") y sus orígenes geopolíticos (el ensayo de César Rodríguez-Garavito).

GUIA DE LITIGÂNCIA CLIMÁTICA

conectas
direitos humanos

A Conectas Direitos Humanos agradece o apoio de todas as pessoas e entidades que colaboraram com a produção deste documento. Esta publicação é resultado de esforços coletivos e de diálogos com diversos especialistas em mudanças climáticas, litigância estratégica e direitos socioambientais. A Conectas agradece especialmente aos parceiros e parceiras que colaboraram com este projeto por meio de entrevistas, consultas e participação em oficinas e seminários. Agradecemos especialmente ao apoio de **Ana Nusdeo** (USP), **Carlos Portugal** (USP e PG Law), **Caroline Prolo** (Stocche Forbes Advogados), **César Garavito** (Universidad de los Andes), **Eduardo Canina** (WWF), **Eloísa Machado** (CADHU), **Fernanda Damacena** (Unisinos e PUC-PR), **Flavio Siqueira** (IDEC), **Gabriel Wedy** (Justiça Federal), **Gabriela Vuolo** (Purpose), **Joana Setzer** (LSE Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment), **João Paulo Godoy** (Conectas), **Joana Nabuco** (FGV), **Joilson Costa, Juliana Santos** (Rubens Naves Santos Jr. Advogados), **Kamyla Borges** (ICS), **Michael Burger** (Columbia Sabin Center for Climate Change Law), **Rafael Giovanelli** (WWF) e **Vinicius Bernardo** (MPRJ). Esta publicação não teria sido possível sem a fundamental parceria do **Instituto Clima e Sociedade** (iCS), a quem agradecemos especialmente nas pessoas de **Ana Toni** e **Alice Amorim**. Os possíveis erros remanescentes são de exclusiva responsabilidade da Conectas.

AGRADECIMENTOS

Conectas Direitos Humanos
Diretora-executiva: Juana Kweitel
Diretor jurídico-financeiro: Marcos Fuchs

Coordenação:
Coordenadora de programas: Camila Asano
Coordenadora administrativa-financeira: Fernanda Mioto
Coordenador de enfrentamento à violência institucional: Gabriel Sampaio
Coordenadora de desenvolvimento e direitos socioambientais: Julia Neiva
Coordenador de comunicação e engajamento: Leonardo Medeiros

Conselho deliberativo: Theo Dias (presidente), Anamaria Schindler, Andre Degenszajn, Denise Dora, Flavia Regina de Souza, Malak Poppovic, Margarida Genevois, Marcelo Furtado, Silvio Almeida e Sueli Carneiro.
Conselho fiscal: Emilio Martos, Heloísa Motoki, Luigi Puntel.

Litigância climática na prática: estratégias para litígios climáticos no brasil
Autores: Gabriel Mantelli, Joana Nabuco e Caio Borges
Assistentes de pesquisa: Laura Kirsztajn e Luiz Gabriel Franco
Revisão técnica: Conrado Hubner Mendes, Júlia Neiva e Marco Antônio Moraes Alberto
Diagramação: Joana Resek
Revisão de texto: Renato Barreto
Apoio: Instituto Clima e Sociedade

Conectas Direitos Humanos. 2019
contato@conectas.org

EXPEDIENTE

SUMÁRIO

3 Agradecimentos
7 Prefácio
11 Introdução

14 PARTE I – EXPERIÊNCIAS DE LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO MUNDO
15 Contextualizando as mudanças climáticas
18 O que são litígios climáticos?

24 PARTE II – POSSIBILIDADES DE LITÍGIOS CLIMÁTICOS NO BRASIL
25 A questão climática no contexto brasileiro
28 Quando entrar com um litígio climático?
28 Quais os desafios da litigância climática?
29 Quais as possibilidades judiciais para a litigância climática?
33 Quem pode ser parte em um litígio climático?
34 Quem pode litigar?
34 Contra quem litigar?
35 Quais tipos de ações judiciais podem ser utilizadas em um litígio climático?
35 Ação Civil Pública
36 Ação Popular
36 Mandado de segurança coletivo
37 Mandado de injunção
37 Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo
38 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão
38 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
39 Quais fundamentos jurídicos podem ser usados em um litígio climático?
40 Tutela constitucional do meio ambiente
40 Políticas nacionais do meio ambiente e do clima
41 Proteção jurídica internacional ao meio ambiente
42 Normas internacionais de combate às mudanças climáticas
42 Salvaguardas contra violações aos direitos humanos
43 Direito à participação e à informação ambiental
44 Fundamentos jurídicos inovadores
45 Quais os possíveis pedidos em um litígio climático?
47 Como aumentar as chances de vencer um litígio climático?
48 Preste atenção às formalidades do processo
48 Se possível, faça uso de tutela provisória
49 Acompanhe de perto o andamento da ação
49 Dê visibilidade ao litígio
49 Exija a execução da ação climática em caso de vitória

50 Materiais para consulta

PREFÁCIO

Ricardo Abramovay

Professor Sênior do Programa de Ciência Ambiental do Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo (IEE/USP) e autor de Amazônia. Por uma Economia do Conhecimento da Natureza. São Paulo: Ed. Elefante/Terceira Via, 2019.

Apesar do aumento na oferta e da redução nos preços das energias renováveis, ampliou-se a distância que separa a sociedade contemporânea dos objetivos, estabelecidos em 2015 no Acordo de Paris, de limitar a elevação da temperatura global média a um patamar variando entre 1,5º e 2º. A meta de 1,5º exigiria que a intensidade em carbono da economia global (ou seja, o quanto de gases de efeito estufa se emite para cada unidade de PIB produzida) fosse reduzida em 11,3% ao ano até 2050. Se o objetivo for mais modesto, dois graus, a intensidade em carbono da produção global teria que cair, em média, 7,5% neste período.

Qual foi a taxa de descarbonização de 2018? Apenas 1,6%.

A consultoria global PwC[1], responsável por estes números, comenta:

"É imensa a distância entre a retórica da 'emergência climática' e a realidade da resposta global inadequada".

Isso quer dizer que o mundo empresarial e os governos estão inertes, contemplando a crise climática sem fazer nada? Não: a profusão de medidas legislativas, as transformações tecnológicas na geração e na distribuição de energia e nos sistemas de mobilidade urbana e o vigor das manifestações empresariais reconhecendo os perigos da crise climática são exemplos de que este é um tema que ganhou posição de urgência nas políticas públicas e na própria governança empresarial contemporânea.

Estes avanços, porém, nem de longe são suficientes para evitar o agravamento daquele que o Future of Humanity Institute, da Oxford University, considera um dos três grandes riscos existenciais às sociedades atuais (ao lado de uma guerra atômica e da ausência de governança na Inteligência Artificial): o das mudanças climáticas. O que vai ficando cada vez mais claro, não só nos trabalhos científicos, como nos inúmeros relatórios produzidos por organizações não governamentais, por grupos empresariais e por organismos multilaterais, é que o gradualismo não é e não será um caminho viável para enfrentar o tema. Não há a menor chance de que, deixados à sua própria dinâmica, os mercados transmitam aos responsáveis pela oferta de bens e serviços os sinais mostrando a urgência das mudanças capazes de salvar o sistema climático.

Por incrível que pareça, tendo em vista as ameaças atuais, os combustíveis fósseis continuam desfrutando de subsídios superiores aos que se oferecem às fontes renováveis de energia. É em grande parte sobre a base destes subsídios que vivem as vinte maiores petrolíferas do mundo (entre as quais, a Petrobras), que respondem por nada menos que um terço das emissões de gases de efeito estufa da era moderna.[2]

É verdade que manter o aumento da temperatura global média nos limites definidos pelo Acordo de Paris exige transformações decisivas nos atuais modelos de produção e de consumo. Mas não é menos certo de que já estão disponíveis as soluções tecnológicas que permitem a sociedades altamente dependentes de combustíveis fósseis acelerarem sua transição para uma economia de baixo carbono. É o que mostra, por exemplo, o relatório da Energy Transitions Commission,[3] com soluções tecnológicas e economicamente viáveis para abater drasticamente as emissões em cimento, aço, plásticos, transporte rodoviário pesado e navegação.

Esta redução depende de três passos:

1. **redução da demanda de produtos intensivos em carbono**
2. **aumento de eficiência energética**
3. **tecnologias de descarbonização**

Mas é claro que há um passo adicional sem o qual os três anteriores não alcançarão seus objetivos: trata-se de enfrentar os interesses constituídos e que hoje dominam a oferta de bens e serviços no mundo contemporâneo, sobre a base de tecnologias intensivas em carbono e de políticas públicas voltadas a sua manutenção. Mais que isso, trata-se de desfazer a imagem de que as emissões de gases de efeito estufa são um mal necessário, uma espécie de premissa para o bem-estar.

É em torno deste duplo desafio (contra os interesses constituídos da economia apoiada em emissões e por uma narrativa capaz de universalizar a convicção de que a vida numa economia descarbonizada será melhor e não pior que a vida atual) que está sendo organizado um dos mais importantes movimentos sociais do século XXI: aquele que procura responsabilizar governos centrais, administrações locais e empresas por sua ação ou por sua inação diante do avanço da crise climática.

A força deste movimento não está nos tribunais e nos advogados, apesar de sua inegável importância. Ela está na crescente tomada de consciência, que atinge os mais variados segmentos das sociedades contemporâneas, tanto sobre os perigos pelos quais estamos passando, quanto da urgência de adotar transformações capazes de provocar a emergência de soluções construtivas.

O caso brasileiro é extremamente promissor, neste sentido. O Brasil hoje é o sexto maior emissor global de gases de efeito estufa. Entre os grandes emissores somos os únicos (junto com a Indonésia) em que metade das emissões deriva de desmatamento. Se na China, na Índia, nos Estados Unidos e na União Europeia reduzir as emissões exige muita ciência e tecnologia e transformações disruptivas em sistemas produtivos consolidados, entre nós o maior desafio é institucional, e não científico ou tecnológico. Trata-se de cumprir a lei. E aí a litigância pode desempenhar um papel catalisador importantíssimo.

Em outubro de 2019 a Mesa Redonda da Soja Responsável defendeu o desmatamento (legal e ilegal) zero. O lema: "Zero é zero". A organização representa sete mil produtores de países como Brasil, China, EUA e Argentina, entre outros. Aplicar este lema seria fundamental não só para a Amazônia, mas também para o Cerrado, cujo gigantesco grau de destruição dificilmente chama a atenção da opinião pública brasileira e internacional.

Governadores dos Estados da Amazônia vêm reiterando também a mensagem de que a destruição não é o caminho para o crescimento econômico da região. Inúmeros empresários e ex-ministros vêm se manifestando na mesma direção. Trabalhos científicos baseados em pesquisas de organizações não governamentais mostram a irracionalidade econômica da destruição a que a Amazônia e o Cerrado estão sendo submetidos. E a colaboração das comunidades indígenas e ribeirinhas com empresários, cientistas e ativistas está abrindo horizontes promissores para a economia da floresta em pé.

Da mesma forma que em mais de 1.200 casos ao redor do mundo (como mostra esta publicação), a litigância climática será importante para que a sociedade faça valer seu direito a que os recursos ecossistêmicos de que todos dependem não sejam destruídos. A litigância climática pode contribuir para que os brasileiros encontrem na lei e na Justiça o apoio necessário para lutar contra práticas que até aqui vêm impedindo que o Brasil, como portador da maior biodiversidade do planeta, afirme-se internacionalmente como potência ambiental, em benefício dos brasileiros e de toda a humanidade.

INTRODUÇÃO

A mudança do clima – a que alguns já se referem por "crise climática"[4] – é um dos maiores desafios da humanidade nos dias atuais. O aumento das temperaturas e da intensidade e frequência de eventos climáticos extremos já tem afetado de maneira grave a vida das pessoas. De acordo com o Banco Mundial, as mudanças climáticas forçarão 143 milhões de pessoas a migrar nas regiões da África Subsaariana, da Ásia do Sul e da América Latina.[5] Violações aos direitos humanos estão – e estarão cada vez mais – associadas a esse novo cenário.

A sociedade civil organizada já tem intensificado sua atuação nesse novo contexto, especialmente nas iniciativas que buscam proteger áreas naturais, fiscalizar atividades poluidoras, influenciar o desenvolvimento de marcos normativos e articular a luta dos defensores e das defensoras socioambientais. Cabe, agora, um passo além, a fim de que as medidas legislativas e administrativas, bem como as políticas corporativas alinhadas ao combate à mudança do clima, sejam reconhecidas como garantias necessárias para a proteção efetiva dos direitos humanos.

Em 2018, estudo elaborado pelo Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, centro de pesquisas sobre o clima da London School of Economics and Political Science (LSE), apontou algumas questões importantes sobre a relação entre direito e clima:

1. **todos os signatários ou ratificadores do Acordo de Paris têm pelo menos uma política sobre mudança climática;**

2. **existem mais de 1.500 políticas climáticas em todo o mundo, sendo que 106 foram introduzidas desde que o Acordo de Paris foi alcançado; e**

3. **processos judiciais estratégicos contra governos estão tendo algum sucesso e mais casos de direitos humanos relacionados ao clima estão surgindo.**

O avanço da legislação climática nos contextos nacionais é um fenômeno que traz resultados ambíguos, pois não necessariamente melhora a efetividade da proteção climática, mas abre oportunidades para novos mecanismos e espaços de atuação nos níveis institucional e jurídico.[6]

ESTE GUIA EXPLORA AS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO LITÍGIO CLIMÁTICO E, EM LINGUAGEM ACESSÍVEL E INFORMATIVA, DISCUTE AS POSSIBILIDADES E ESTRATÉGIAS PARA MAIOR USO DO MECANISMO NO CONTEXTO BRASILEIRO.

Os litígios climáticos se apresentam como uma possibilidade estratégica na luta contra a mudança do clima e a favor da defesa dos direitos humanos. Cada vez mais, organizações da sociedade civil têm se utilizado desses mecanismos. Isso porque não só existe um fenômeno mundial de compartilhamento de experiências em torno desse instrumento – o que se pode constatar nos esforços da Organização das Nações Unidas (ONU) de dar visibilidade ao tema por meio do documento *The status of climate change litigation: a global review*[7] –, mas também porque o uso do litígio climático representa mais uma oportunidade de trazer à tona a emergência climática no debate público.

O litígio climático se define como uma ferramenta jurídica apta a acionar Poder Judiciário e órgãos extrajudiciais para avaliar, fiscalizar, implementar e efetivar direitos e obrigações jurídicas relacionados às mudanças climáticas. Dados indicam a existência de pelo menos 1.200 litígios climáticos ao redor do mundo, com o registro de casos de sucesso a favor da proteção do clima,[8] como Massachusetts x EPA nos Estados Unidos, o caso *Urgenda* na Holanda e o caso *Leghari* no Paquistão. Nesses dois últimos casos, as ações demandavam melhores padrões de proteção climática, processos nos quais o Poder Judiciário exigiu que autoridades obedecessem a melhores padrões de proteção climática.[9]

No Brasil, a discussão sobre a viabilidade da litigância climática avança. Além de a litigância climática ser um fenômeno global, o Brasil é o sétimo maior emissor global de gases de efeito estufa, e o país já está sofrendo com os efeitos das mudanças climáticas. Eventos como a alteração dos regimes de chuvas no Sudeste e o aumento de temperatura em algumas regiões do Nordeste vêm sendo cada vez mais associados a alterações estruturais nas condições climáticas.

Este guia explora as características essenciais do litígio climático e, em linguagem acessível e informativa, discute as possibilidades e estratégias para maior uso do mecanismo no contexto brasileiro. Ele também traz análises das principais experiências internacionais em litígio climático e propõe alternativas promissoras de atuação prática, por diversos atores, no Brasil. A pesquisa que resultou neste guia contou com revisão bibliográfica, busca em bases de dados jurisprudenciais brasileiros e consultas com especialistas da área. Esta publicação reflete, ainda, parte das discussões realizadas no evento *Judicialização do clima: experiências internacionais e possibilidades para o contexto brasileiro*, realizado pela C onectas Direitos Humanos, com o apoio do Instituto Clima e Sociedade (iCS), no dia 26 de fevereiro de 2019, em São Paulo.

Esta publicação está dividida em duas partes.

1 **Na primeira parte, é apresentado um panorama global do fenômeno da litigância climática. Busca-se contextualizar a mudança do clima e explorar o mecanismo do litígio climático como uma possibilidade de combate às adversidades da crise climática.**

2 **Na segunda parte, é proposto um olhar prático sobre a realidade brasileira. Partindo-se do diagnóstico de que ainda não existem experiências diretas de litígio climático no Brasil, apresentam-se possíveis estratégias de atuação nessa temática.**

O guia não esgota o debate, as possibilidades e as estratégias da litigância climática, mas busca preencher uma lacuna neste tema, uma vez que este material é o primeiro do tipo a ser publicado no Brasil.

1

EXPERIÊNCIAS DE LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO MUNDO

CONTEXTUALIZANDO AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

As mudanças climáticas e seus efeitos negativos para o meio ambiente e a humanidade representam uma das maiores ameaças da atualidade. A interferência do ser humano na natureza tem se intensificado desde o último século, ainda mais quando se leva em conta o papel da industrialização nesse período, de tal modo que indicadores ambientais – como aumento de temperatura, alterações no ciclo hidrológico, derretimento de geleiras continentais, redução de gelo no Ártico, aumento do nível do mar – têm mostrado que algo tem, de fato, mudado profundamente em termos climáticos.

Essas mudanças, que também podem ser entendidas de forma socioambiental, têm gerado consequências particularmente danosas para comunidades e populações em situação de vulnerabilidade. Apesar disso, a sociedade como um todo está exposta aos efeitos adversos das mudanças climáticas. Crises hídricas, desertificação, enchentes, furacões e alterações nas estações do ano são exemplos de eventos que afetam milhões de pessoas, o que reforça a noção de que as mudanças climáticas são um problema que requer soluções compartilhadas e senso de coletividade local e global.

A agenda dos direitos humanos esteve relativamente distanciada das pautas ambientais e climáticas. A comunidade internacional tem, contudo, reconhecido cada vez mais que a relação entre direitos humanos e mudanças climáticas é bastante próxima. O aumento dos impactos das mudanças climáticas afeta os direitos humanos, especialmente de pessoas e comunidades em situação de vulnerabilidade. Uma das repercussões das mudanças climáticas é o aumento de eventos climáticos extremos e desastres socioambientais, o que impacta diretamente a agricultura e as cidades. Direitos como alimentação e moradia adequadas ficam comprometidos em função de tais eventos.

Estados e organismos internacionais têm avançado no reconhecimento do vínculo entre as mudanças climáticas e os direitos humanos. Essa relação direta foi expressamente reconhecida pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2008, por meio da Resolução 7/23. Outros documentos, como a Declaração de Malé de 2007, os Acordos de Cancún de 2010 e o Acordo de Paris de 2015 têm seguido o mesmo diagnóstico de reconhecer que há um vínculo forte entre direitos humanos e mudanças climáticas.

Entre os impactos das mudanças climáticas sobre os direitos humanos, podem-se destacar aqueles que incidem sobre os direitos a um ambiente sadio, a uma vida digna, à saúde, à alimentação, à moradia adequada, à água, à propriedade individual e coletiva, ao acesso à cultura e à livre determinação de milhões de pessoas. Levando-se em consideração normas internacionais, é cada vez mais importante a obrigação dos Estados e de seus governos de proteger ativamente os direitos humanos diante dos perigos previsíveis, incluindo os causados pelas mudanças do clima. O movimento por justiça ambiental e climática busca garantir que essas obrigações sejam cumpridas e direcionam a atenção do debate público para os maiores riscos associados aos países e comunidades vulneráveis em termos socioambientais.

QUAIS OS PERIGOS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS?

DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL ATÉ 2018, **A CONCENTRAÇÃO DE CO2** NA ATMOSFERA AUMENTOU DE **280** PARTES POR MILHÃO PARA **404** PARTES POR MILHÃO, SENDO QUE O MUNDO ESTÁ, EM MÉDIA, UM GRAU MAIS QUENTE[10]

A MAIORIA DOS **PERIGOS NATURAIS** QUE AFETARAM QUASE **62** MILHÕES DE PESSOAS, EM 2018, ESTEVE ASSOCIADA A FENÔMENOS METEOROLÓGICOS E CLIMÁTICOS EXTREMOS[11]

ESTIMA-SE QUE O **NÚMERO DE PESSOAS SUBALIMENTADAS** TENHA CHEGADO A **821** MILHÕES, EM 2017, DEVIDO EM PARTE ÀS GRAVES SECAS ASSOCIADAS AO INTENSO EPISÓDIO DO EL NIÑO DE 2015[12];

17% DOS DESLOCADOS SÃO PESSOAS DESLOCADAS POR CONTA DE DESASTRES RELACIONADOS A **FENÔMENOS METEOROLÓGICOS E CLIMÁTICOS**?[13]

DOCUMENTOS INTERNACIONAIS QUE RELACIONAM AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS AOS DIREITOS HUMANOS

2007

A **DECLARAÇÃO DE MALÉ**, documento emitido por representantes de pequenos Estados insulares, reconhece que as mudanças climáticas têm implicações claras e imediatas para o pleno gozo dos direitos humanos;[14]

2008

A **RESOLUÇÃO 7/23** do Conselho de Direitos Humanos da ONU expressa a preocupação do órgão com o rápido avanço das mudanças climáticas e solicita a elaboração de um estudo sobre direitos humanos e mudanças climáticas;[15]

em resposta

2009

Em resposta à Resolução 7/23, o **RELATÓRIO ANUAL DO ALTO COMISSARIADO DA ONU** para Direitos Humanos de 2009 teve por foco a relação entre mudanças climáticas e direitos humanos;[16]

2010

Os **ACORDOS DE CANCÚN** adotados na COP16 da Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima também se referem à vinculação entre direitos humanos e mudanças climáticas[17] e fazem menção à Resolução 10/4 do Conselho de Direitos, que trata do assunto;[18]

2012

Dada a relevância da vinculação entre direitos humanos e mudanças climáticas, o Conselho de Direitos Humanos da ONU estabeleceu, por meio da **RESOLUÇÃO 19/10**, mandato para um especialista independente na temática que, em 2015, teve o mandato convertido para uma relatoria especial;[19]

2015

O histórico **ACORDO DE PARIS** reconhece, em seu preâmbulo, que a mudança climática é uma preocupação comum da humanidade e que as partes deverão tomar medidas para combatê-la considerando suas respectivas obrigações em termos de direitos humanos.[20]

O QUE SÃO LITÍGIOS CLIMÁTICOS?

Para avançar na defesa do meio ambiente e da vida das futuras gerações, a sociedade civil precisa estar preparada para lutar contra a mudança do clima. As possibilidades de atuação são diversas, desde o foco na proteção ambiental, a conscientização social e a disputa nos espaços institucionais e jurídicos. Tratando-se de políticas públicas, o Estado acaba assumindo funções de proteção ambiental e climática, e cabe à sociedade civil cobrá-lo para que seja atuante e o faça de maneira adequada e eficiente. Para isso, o litígio climático funciona como uma maneira de provocar o Poder Judiciário a cobrar e auxiliar o Poder Executivo na execução de medidas de combate às mudanças climáticas e o Poder Legislativo na elaboração e revisão de marcos normativos climáticos. Por fim, o litígio climático também pode funcionar como um indutor de mudanças nos setores privados e empresariais.

O CLIMA NO DIREITO E NA LEI

"PRATICAMENTE TODOS OS PAÍSES DO MUNDO APROVARAM LEIS E POLÍTICAS QUE LIDAM DIRETA OU INDIRETAMENTE COM O TEMA DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS. OS 197 PAÍSES QUE ASSINARAM OU RATIFICARAM O ACORDO DE PARIS POSSUEM PELO MENOS UMA LEI OU POLÍTICA CLIMÁTICA. AO MESMO TEMPO EM QUE SE OBSERVA O ENGAJAMENTO DO LEGISLATIVO E DO EXECUTIVO, O JUDICIÁRIO TAMBÉM PASSOU A SER CHAMADO CADA VEZ COM MAIOR FREQUÊNCIA A SE MANIFESTAR SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES ESTABELECIDOS POR ESSAS LEIS E POLÍTICAS."[21]

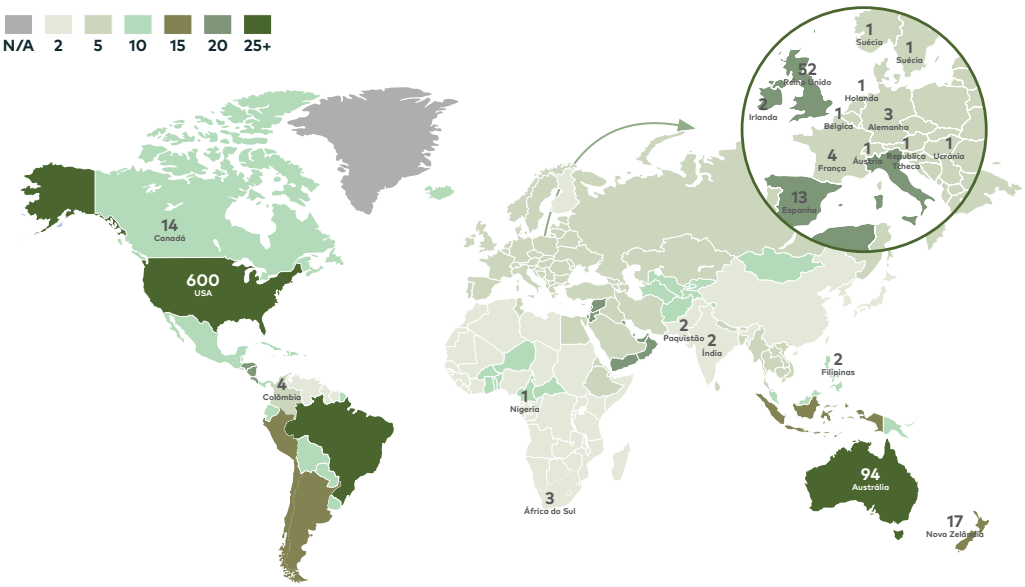
Normas jurídicas no mundo todo já são favoráveis à proteção do clima. O vínculo entre equilíbrio climático e a garantia de direitos, somado à insuficiência das medidas implementadas por agentes públicos e privados e à crescente presença da questão climática no direito internacional e doméstico, têm contribuído para o surgimento de inúmeras ações judiciais de teor climático. O litígio climático enquanto fenômeno que ambiciona a mitigação ou adaptação das mudanças climáticas possui algumas características e desafios comuns que merecem ser compreendidos e debatidos por organizações e indivíduos que tenham a intenção de se dedicar ao tema.

Os litígios climáticos podem ser entendidos, em geral, como ações judiciais que requerem do Poder Judiciário ou de instâncias administrativas decisões que expressamente abordem questões, fatos ou normas jurídicas relacionadas, em sua essência, às causas ou aos impactos das mudanças

climáticas.[22] Centros de pesquisas já identificaram cerca de 1.200 experiências internacionais de litígio climático (*ver mapa adiante*) envolvendo questões relacionadas à redução das emissões de gases de efeito estufa (como no caso *Urgenda v. Holanda*), à redução da vulnerabilidade (como no caso Leghari v. Paquistão), à reparação de danos (como no caso *Lliuya v. RWE AG*) e à avaliação e gestão dos riscos climáticos (como no caso *Nova Iorque v. Exxon Mobil*).

LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E LEGISLAÇÃO SOBRE CLIMA NO MUNDO

Os números indicam a quantidade de litígios climáticos no país, em 2018, e as cores apontam o número de leis sobre o clima, também em 2018.



Fonte: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment.
Policy brief - Global trends in climate change legislation and litigation: 2018 snapshot.

EXEMPLOS DE LITÍGIOS CLIMÁTICOS[23]

URGENDA V.
HOLANDA
(2015)

Na Holanda, a Urgenda, uma organização da sociedade civil, ajuizou em 2015 ação contra o governo solicitando que o país assumisse a obrigação de reduzir ou garantir a redução das emissões de gases de efeito estufa (GEE) da Holanda em 40% até 2020 ou, ao menos, 25%, em comparação com os níveis de 1990. O pedido acabaria por impor uma meta mais ambiciosa do que aquela assumida pelo governo holandês. A fundamentação do pedido se baseou em dados científicos e obrigações legais assumidas pelo país nos níveis internacional, regional e nacional. A decisão do caso, em 2018, foi favorável ao pedido da Urgenda, fundamentando-se na possibilidade de o Poder Judiciário avaliar o atendimento ou não a direitos fundamentais.[24]

LEGHARI V.

PAQUISTÃO

(2015)

No Paquistão, um agricultor entrou com uma ação judicial, em 2015, contra o governo alegando omissão e atrasos por parte deste na implementação da Política Nacional de Mudanças Climáticas e no enfrentamento das vulnerabilidades associadas às mudanças climáticas. A corte responsável aceitou o pedido e determinou, em 2018, a criação de uma comissão para monitorar a implantação da política em questão.[25]

LLIUYA V.

RWE AG

(2015)

Em 2015, o peruano Saúl Luciano Lliuya entrou com uma ação, no judiciário alemão, contra a RWE, maior empresa energética da Alemanha, com o objetivo de ordenar a empresa a pagar uma parcela dos custos de medidas de adaptação às mudanças climáticas que ele e seus coabitantes de Huaraz terão de implementar. Na região, barragens precisam ser construídas para proteger a cidade do crescimento do lago glacial Palcacocha, que se formou em decorrência do derretimento de geleiras nas proximidades. Lliuya alega que a RWE, como emissora de volumes substanciais de GEE, é parcialmente responsável pelos danos iminentes aos cidadãos peruanos. O judiciário alemão, em primeira instância, rejeitou as alegações com base no argumento da ausência de nexo causal; mas, em 2017, em sede de recurso, a corte admitiu seu pleito.[26]

NOVA IORQUE V.

EXXON MOBIL

(2018)

Em 2018, nos EUA, o estado de Nova Iorque processou a Exxon Mobil, multinacional de petróleo e gás, alegando que a empresa enganou acionistas ao minimizar os riscos esperados das mudanças climáticas em seus negócios. O litígio não cobra da Exxon um papel na criação da mudança climática, embora a queima de combustíveis fósseis seja um dos principais contribuintes para as mudanças climáticas. Trata-se de um litígio climático indireto, uma vez que é um processo de fraude de acionistas que tem implicações na temática das mudanças climáticas.[27]

FUTURAS GERAÇÕES (CIDADÃOS COLOMBIANOS) V.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE DA COLÔMBIA

(2018)

Na Colômbia, 25 jovens entraram com ações em diferentes níveis, especialmente contra o Ministério do Meio Ambiente da Colômbia, exigindo seus direitos ao meio ambiente, à vida, à saúde, à alimentação e à água. Os autores alegaram que as mudanças climáticas, juntamente com o fracasso do Estado em reduzir o desmatamento e garantir o cumprimento da meta de desmatamento líquido zero na Amazônia colombiana até o ano de 2020 (estabelecido no Acordo de Paris), representam grandes ameaças aos direitos fundamentais das futuras gerações. Com perdas na primeira instância, o caso chegou à Suprema Corte que, em 2018, reverteu as decisões a favor dos pedidos dos cidadãos colombianos.[28]

ESPECIALISTAS APONTAM, AINDA, CINCO TENDÊNCIAS NA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA MUNDIAL:

1. **governos são chamados a cumprir seus compromissos legislativos e políticos;**
2. **há uma ligação entre os impactos da extração de matéria-prima e as mudanças climáticas e resiliência;**
3. **a busca por estabelecer que determinadas fontes de emissões de gases de efeito estufa são a causa direta de impactos climáticos específicos;**
4. **a busca por estabelecer a responsabilidade por falhas em adaptar ou por impactos da adaptação às mudanças climáticas; e**
5. **a adoção da *public trust doctrine* (doutrina da confiança pública) às mudanças climáticas.[29]**

Dentro desse panorama, os litígios climáticos podem envolver questões relacionadas:

- **à redução das emissões de gases de efeito estufa (MITIGAÇÃO),**
- **à redução da vulnerabilidade aos efeitos das mudanças climáticas (ADAPTAÇÃO),**
- **à reparação de danos sofridos em razão das mudanças climáticas (PERDAS E DANOS) e ;**
- **à gestão dos riscos climáticos (RISCOS).**

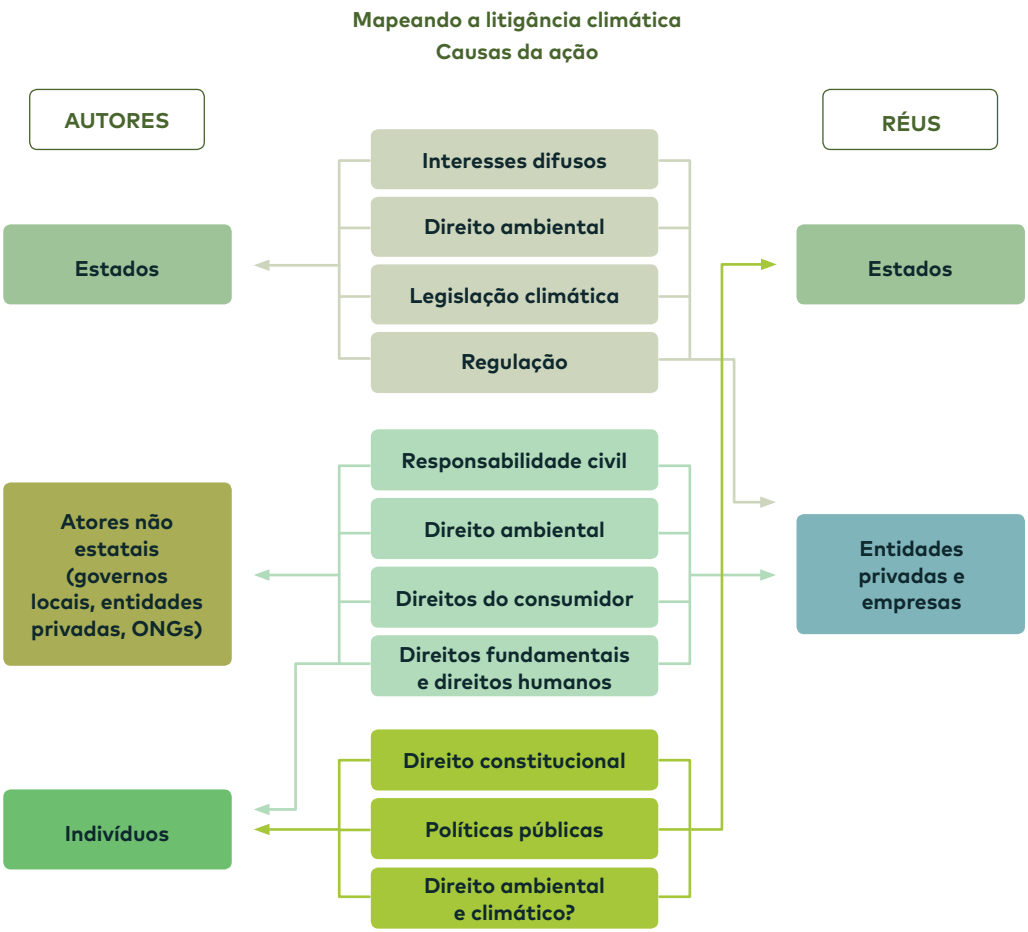
Litígios climáticos de *mitigação* podem exigir que o Poder Público implemente medidas destinadas a reduzir emissões de GEE, garantindo a efetividade de metas de redução ou de mercados de carbono e fiscalizando ações de combate ao desmatamento, medidas no planejamento urbano e em processos de licenciamento ambiental. Litígios climáticos de adaptação podem responsabilizar governos e empresas pela avaliação de riscos e obrigar a implementação de ações necessárias para combater impactos adversos das mudanças climáticas. Como exemplo hipotético, um litígio pode forçar municípios a desenvolver planos e outros instrumentos legais para lidar com mudanças no regime de chuvas, incidência mais constante de secas e aumento do nível do mar.

Litígios climáticos de perdas e danos almejam a responsabilização civil de entes governamentais e grandes emissores por danos causados a indivíduos e grupos em razão de eventos climáticos extremos e mudanças significativas no meio em que vivem (ex.: derretimento de geleiras e seus impactos sobre povos tradicionais). Finalmente, litígios climáticos de riscos envolvem a consideração de riscos climáticos em processos de licenciamento ambiental, estudos de impacto ambiental e elaboração de planos setoriais relacionados às questões climáticas (como energia e mobilidade). Nesse último, pode-se pleitear a prestação de informações sobre riscos e avaliação das medidas de mitigação, até mesmo financeiros e socioambientais, relacionados às mudanças climáticas.

As experiências internacionais demonstram que existem diversas possibilidades para a litigância climática em termos de causa de pedir e objeto da ação, assim como de partes legitimadas para agir. Como também se explorará a seguir, os principais atores que ingressam com litígios climáticos (polo ativo) são Estados, organizações não governamentais e indivíduos. Os principais demandados (polo passivo) são também os Estados, mas também aparecem as empresas. O organograma a seguir ilustra tais configurações processuais, assim como os fundamentos jurídicos mais utilizados por cada um desses legitimados como a legislação ambiental e os direitos humanos e fundamentais.

ORGANOGRAMA DE PRINCIPAIS ARRANJOS PROCESSUAIS

com base nas experiências internacionais de litigância climática



Fonte: ClientEarth, 2018. Climate change litigation - a global phenomenon.

2

POSSIBILIDADES DE LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO BRASIL

A QUESTÃO CLIMÁTICA NO CONTEXTO BRASILEIRO

No contexto brasileiro, a importância dada ao debate climático pelo governo federal remonta aos anos 1990, ainda nas discussões e iniciativas para proteção da camada de ozônio. A partir dos anos 2000, o Brasil passa a demonstrar uma postura mais altiva sobre a temática, especialmente se levarmos em consideração a elaboração de um plano nacional voltado ao assunto em 2008 e o estabelecimento da Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) em 2009. A legislação sobre mudanças climáticas e a estrutura institucional responsável por colocá-la em prática é bastante vasta no Brasil (consultar quadro temporal abaixo). Por mais que, em 2015, o Brasil tenha se empenhado no Acordo de Paris, comprometendo-se a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em níveis consideráveis,[30] vê-se que, nos anos mais recentes, as políticas ambiental e climática perderam seu protagonismo, o que fica evidente com o aumento dos índices de desmatamento e com as ameaças políticas de abandono do Acordo de Paris por parte do governo federal.[31]

A questão climática no Brasil é normalmente debatida nas esferas institucionais dos Poderes Legislativo e Executivo – seja por meio de iniciativas legislativas, elaboração de planos ou pela atuação prática dos órgãos ambientais.

Ainda que alguns litígios lidem tangencialmente com a questão do clima, pode-se dizer que, até o momento, não há nenhum caso relevante no Brasil (consultar quadro abaixo sobre experiências indiretas de litígios climáticos). De um lado, de fato, a maior parte dos casos que podem ser classificados como litigância climática consiste em ações genéricas ambientais e/ou de direitos humanos que tangenciam o tema das mudanças climáticas. Por outro lado, há uma crescente literatura e mobilização no Brasil que tem se orientado para a reflexão dos temas de direito ambiental e mudanças climáticas, como justiça climática e direito dos desastres, e, em termos práticos, da litigância climática.

ARCABOUÇO JURÍDICO-INSTITUCIONAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO BRASIL:

exemplos de instrumentos jurídicos e administrativos

1981

É instituída a **POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (PNMA)** por meio da Lei nº 6.938/1981;

1988

O **ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988** reconhece o direito fundamental ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável;

1990

É promulgada, por meio do Decreto nº 99.280/1990, a Convenção de Viena para a **PROTEÇÃO DA CAMADA DE OZÔNIO E DO PROTOCOLO DE MONTREAl** sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio;

2005

O Decreto nº 5.445/2005 promulga o **PROTOCOLO DE QUIOTO** à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC);

2007

O **AMAZONAS**, por meio da Lei Estadual nº 3.135/2007, é o primeiro Estado brasileiro a instituir uma **POLÍTICA ESTADUAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS**;

2008

O governo federal brasileiro lança o **PLANO NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA**;[32]

2009

A Lei nº 12.114/2009 estabelece o **FUNDO NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA** e a Lei nº 12.187/2009 institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC);

2015

O Brasil se compromete a **REDUZIR AS EMISSÕES DE GASES DE EFEITO ESTUFA** em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025;[33]

2016

A Portaria do Meio Ambiente nº 150 institui o **PLANO NACIONAL DE ADAPTAÇÃO À MUDANÇA DO CLIMA**;

2018

O Decreto nº 9.578/2018 consolida a regulamentação sobre o **FUNDO DO CLIMA E A PNMC**.

LITÍGIOS RELACIONADOS INDIRETAMENTE ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO BRASIL[34]

NO STF

- Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade do Código Florestal de 2012. Mesmo não trazendo diretamente a questão das mudanças climáticas, as ações tangenciam a temática sobre controle da preservação de fragmentos florestais ou para compensação das áreas consolidadas.[35]

NO STJ

- Em 2007, Recurso Especial 650.728/SC, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, ao decidir sobre aterro e drenagem ilegal de manguezal, menciona mudanças climáticas e aumento do nível do mar;[36]

- Em 2009, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.094.873/SP proibiu a queimada da palha na colheita da cana-de-açúcar e, no voto do Ministro Humberto Martins, houve menção à liberação de GEEs na conduta;[37]

- Em 2010, Recurso Especial 1.000.731/RO cita expressamente o fenômeno da mudança climática para justificar o cabimento de multa em virtude de infração administrativa decorrente de queimadas ilegais.[38]

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

- Em 2010, o Ministério Público (MP) de São Paulo ajuizou Ações Civis Públicas contra mais de 30 companhias aéreas que operam no Aeroporto de Guarulhos com pedido de indenização ou a compensação das emissões de GEE por elas causadas nas decolagens e aterrissagens diárias de suas aeronaves;[39]

- Em 2017, decisão em ACP ajuizada pelo MP de São Paulo contra a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB) menciona a importância das áreas de restinga para a adaptação ao aumento do nível do mar.[40]

QUANDO INICIAR UM LITÍGIO CLIMÁTICO?

A decisão sobre o ingresso de um litígio climático deve ser tomada levando-se em consideração diversos fatores jurídicos, práticos e estratégicos. Os fatores jurídicos são aqueles que influenciam diretamente no desenho da própria ação e da estratégia processual. Nesse sentido, a revisão sistemática das ações já ajuizadas ao redor do mundo e a análise de oportunidades ainda inexploradas apontam para uma série de opções e caminhos. Construir uma ação climática deve passar por um diagnóstico de oportunidades capaz de identificar os desafios que um litígio climático enfrentaria no quadro institucional brasileiro e uma análise de teor processual, a fim de se arquitetar a medida jurídica mais aplicável para o caso concreto (litigância estratégica).

QUAIS OS DESAFIOS DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA?

1. PODER JUDICIÁRIO
2. CONTEXTO POLÍTICO
3. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

O primeiro conjunto de desafios passa necessariamente por questões fundamentalmente afetas ao direito. De modo mais amplo, é importante se atentar para desafios no **Poder Judiciário**. Nesse caso, a conhecida morosidade das ações judiciais no Brasil e sua tecnicidade elevam os custos de se intentar a via da litigância. De modo mais pragmático, apresenta-se como desafiador o fato de ser comum o não cumprimento de termos de ajustamentos de conduta e de decisões judiciais.

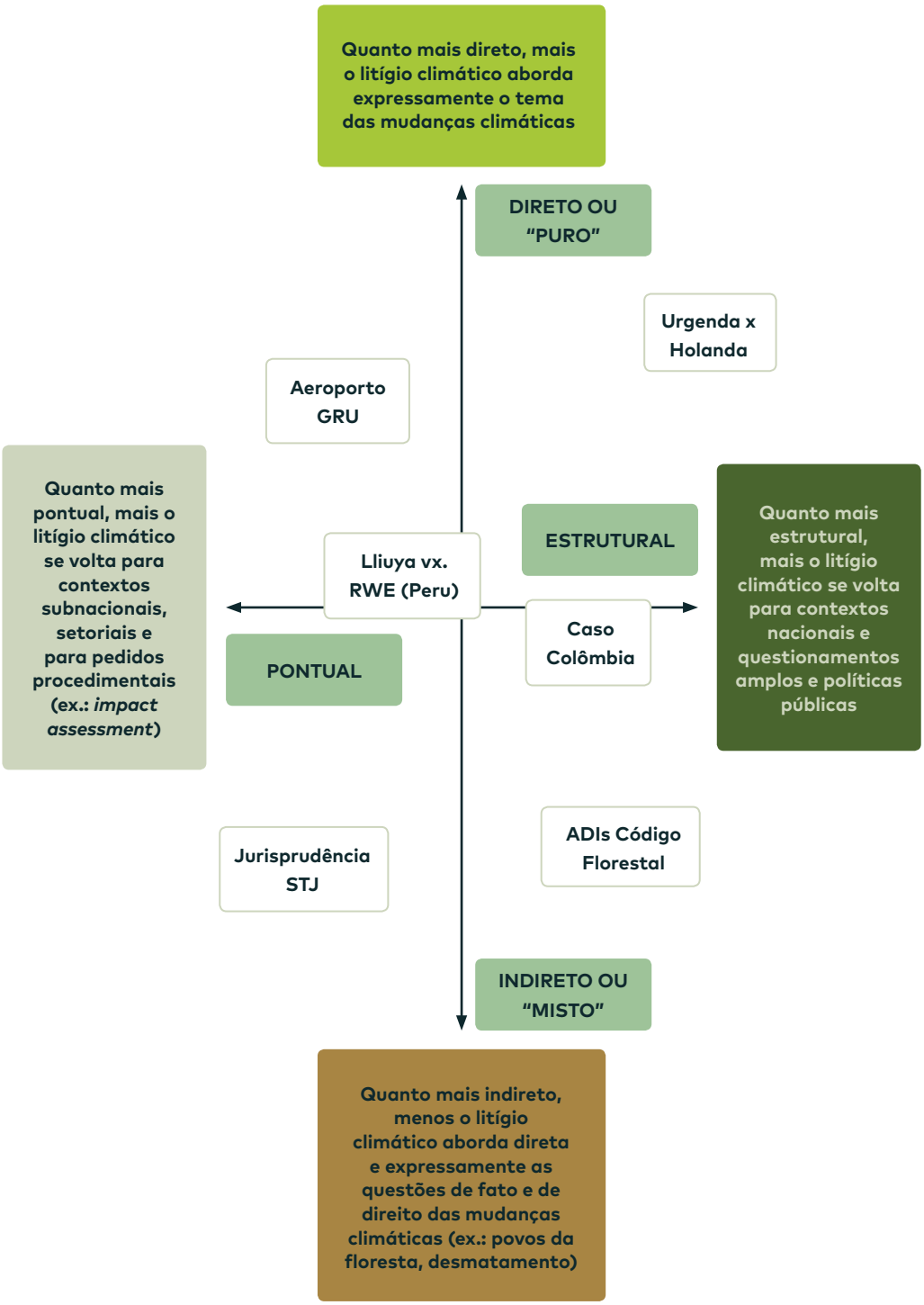
Do ponto de vista jurídico em sentido estrito, o principal desafio diz respeito à caracterização jurídica da temática ainda pouco explorada pelo Judiciário e, muitas vezes, desconhecida pelos órgãos de decisão judicial e seus magistrados. Nos possíveis casos de litigância climática envolvendo o setor privado, há ainda outros desafios mais particulares, como os obstáculos para reparação, pela via judicial, das violações cometidas por empresas, em que existe dificuldade para provar teses jurídicas, como nexo de causalidade; a existência do "véu corporativo", que blinda empresas de possível responsabilização; e, por fim, o poder político e econômico de determinados setores empresariais, o que pode acarretar em litígios com desnível de força material.[41]

O segundo conjunto de desafios se vincula com o atual **contexto político**. No contexto dos espaços democráticos, a redução atentada pelas recentes administrações aparece como um elemento desafiador, especialmente porque a atuação nas questões climáticas e ambientais depende necessariamente de informação e participação. Outro ponto, nessa esfera, diz respeito aos riscos decorrentes da incerteza sobre a continuidade das políticas climáticas e os eventuais problemas causados por decisões desse teor – o que, por outro lado, também pode servir de fundamento fático em um litígio climático concreto. Finalmente, importante encarar o contexto de avanço de pautas conservadoras que, em determinados pontos, não se coaduna com o ativismo ambiental e climático.[42] Como desafio aparece a necessidade de se pensar em campanhas e iniciativas de mobilização da sociedade civil que não só informem sobre a urgência da temática, mas também convençam sobre a importância do tema por si só.

Por fim, o terceiro desafio se relaciona com a capacidade das **organizações da sociedade civil** de lidar com uma temática ainda pouco explorada no Brasil. Vê-se que muitas dessas organizações já atingiram maturidade com casos de litigância estratégica envolvendo direitos humanos e socioambientais, porém não se tem notícia, até agora, de precedentes de litigância climática ajuizados por essas organizações no Brasil. Necessário também incorporar a expertise já acumulada por essas organizações nos seus campos de atuação, agora utilizando a litigância estratégica como fundamento para a realização das ações climáticas. Outros desafios são relativos à escassez de recursos financeiros, dados os custos e o tempo para conclusão de uma ação judicial, e humanos, dada a considerável falta de advogados(as) e consultores(as) nos quadros das organizações que atuam especificamente com litigância climática.

QUAIS AS POSSIBILIDADES JUDICIAIS PARA A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA?

As experiências mundo afora têm demonstrado que diferentes arranjos jurídico-processuais têm sido utilizados nos litígios climáticos. De fato, a diversidade presente no fenômeno da litigância climática incentiva à expansão desse mecanismo. Se, de um lado, esse cenário é bastante favorável para a sociedade civil, uma vez que é capaz de engajar organizações com perfis e atuações das mais diversas, por outro lado, pode causar certa confusão no momento da preparação da estratégia jurídica diante do caso concreto. Para facilitar a visualização do rol de possibilidades de configuração de um possível litígio climático, o gráfico abaixo ilustra, por meio de um eixo cartesiano, as combinações possíveis de ações climáticas a partir de dois critérios: o escopo da ação e a relação com a legislação específica sobre o clima. Quanto ao primeiro critério (escopo), a ação pode ser “estrutural” ou “pontual”. Em relação à abordagem sobre normas climáticas, ela pode ser “direta” ou “indireta”.



Fonte: Elaboração própria.

Ações estruturais são aquelas que tendem a questionar políticas públicas complexas e com abrangência territorial ampla (como políticas nacionais de adaptação). As ações pontuais podem existir sob diferentes modalidades. Elas podem ser aquelas em que:

1. **o objetivo da ação é obter um pronunciamento de caráter mais administrativo (como a exigência de uma avaliação de impacto climático no licenciamento de uma usina termelétrica);**

2. **o enfoque é setorial (como nos casos de energia e mobilidade urbana); ou**

3. **é uma demanda apresentada em face de autoridades subnacionais – governos estaduais e municipais.**

Importante ressaltar que apenas o caso concreto dirá se a ação se encaixa mais na definição de ação estrutural ou pontual. Uma ação proposta em nível subnacional, a depender de seu escopo e do tipo de provimento judicial a ser buscado, bem como da complexidade da matéria, pode ter um caráter estrutural. Da mesma maneira, uma ação setorial pode requerer mudanças estruturais, caso ela venha a suscitar limitações e falhas em políticas setoriais amplas em setores como a agricultura.

Ações "diretas" são aquelas em que o fundamento jurídico principal é a questão climática, de fato e de direito. Exemplo de litígio climático desse tipo é aquele que questiona diretamente programas e políticas climáticas, fundamentando-se expressamente em normas e arcabouços institucionais climáticos (como uma ação cuja intenção é fiscalizar o cumprimento das metas de redução de gases de efeito estufa assumidas pelo governo). Ação climática indireta é aquela em que são invocadas normas ambientais e outros fundamentos jurídicos, mas cujo resultado, caso favorável, teria um impacto relevante na mitigação ou adaptação ao clima. Exemplo de ação indireta hipotética é um litígio que exija das autoridades a proteção dos povos da floresta, em que se poderia argumentar a importância desses povos no manejo florestal, mas sem menção expressa à conservação de ecossistemas que reservam o carbono.

A combinação desses dois critérios – escopo e abordagem climática – leva a inúmeras possibilidades de configuração de um litígio climático concreto. Quaisquer ações elaboradas com base em uma maior ou menor presença desses critérios possuem suas próprias chances de êxito e seus desafios. Ações estruturais tendem a atrair com mais intensidade questões controversas e que fazem parte do debate jurídico mais amplo sobre a relação entre o Judiciário e os demais poderes, como a legitimidade do Judiciário para intervir em políticas públicas; o nexo de causalidade entre a omissão do Poder Público e os danos (ou a ameaça de danos); e o tipo de provimento judicial adequado para sanar as falhas dos demais poderes. Ações estruturais também podem demandar mais custos, especialmente nas fases processuais preliminares, em que a parte autora deve coletar evidências empíricas sobre o cumprimento ou descumprimento de políticas de abrangência nacional ou setorial. Ações pontuais, por sua vez, podem ser promissoras na medida em que elas diminuem o risco

de “tudo ou nada”, ou seja, podem servir como experiência de litigância, ainda que o resultado venha a ser negativo. Ademais, ações pontuais, especialmente aquelas que se encaixem em um recorte geográfico (como ações em face de municípios), podem ser replicáveis. Pode-se testar a abertura de diferentes comportamentos do Judiciário frente a demandas que, por si só, envolvam teses e argumentos ainda inexplorados.

As ações “diretas” podem auxiliar na conscientização, difusão e no esclarecimento do Poder Judiciário e demais atores do sistema de justiça acerca de exigibilidade direta de normas climáticas. Entretanto, há o risco de que seja imposto um ônus inicial de demonstração da própria existência e evidência científica do fenômeno, além de trazer novamente o problema do nexo de causalidade. As ações indiretas são uma alternativa para adentrar na questão do clima de modo sutil, abordando as determinantes do aquecimento global em linguagem mais testada nos tribunais. Uma decisão favorável em uma ação indireta pode ter repercussões positivas sobre a questão climática como um todo. Como aspecto negativo, está o fato de que, ao não se abordar diretamente o clima no fundamento fático e jurídico, torna-se ainda mais distante a possibilidade de que juízes e tribunais se sensibilizem sobre o fenômeno climático em sua normatividade e exigibilidade jurídica.[43]

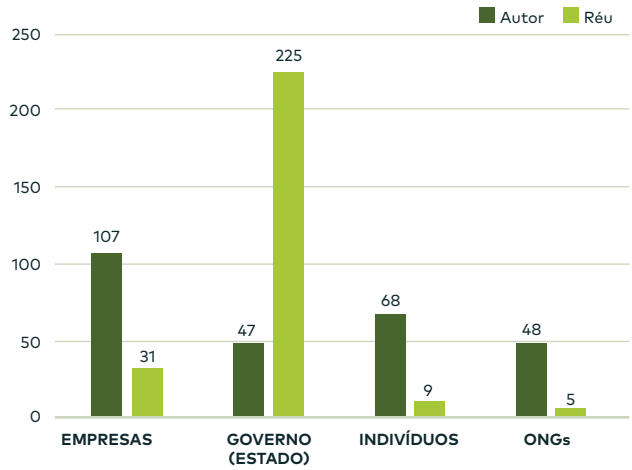
QUEM PODE SER PARTE EM UM LITÍGIO CLIMÁTICO?

Os litígios envolvem, em geral, um polo ativo, normalmente denominado parte autora, que apresenta os pedidos na ação que propõe, junto com argumentos fáticos e jurídicos para sustentá-la, e um polo passivo, normalmente chamado de réu, que, ao longo do litígio, poderá se defender das alegações apresentadas pelo polo ativo. A experiência internacional demonstra que os entes governamentais são o principal alvo da litigância climática. Empresas, indivíduos e organizações não governamentais, nessa ordem, aparecem como os principais autores de ações climáticas (ver gráfico abaixo). No caso das empresas enquanto autoras, o que se tem notícia é principalmente da existência de litígios climáticos negativos, ou seja, ações que questionam o avanço da proteção contra as mudanças climáticas.

Em termos de possibilidades no contexto brasileiro, o polo ativo pode ser ocupado pela sociedade civil – associações e indivíduos – ou pelo poder público – os entes federativos e seus órgãos, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Esse rol de autores poderá acionar, no polo passivo, entes federativos e seus órgãos, além de empresas privadas.

NÚMEROS SOBRE AUTORES E RÉUS EM LITÍGIOS CLIMÁTICOS

Tipos de autores e réus em casos climáticos (25 países com exceção dos EUA)



Fonte: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment. Policy brief - Global trends in climate change legislation and litigation: 2018 snapshot.

QUEM PODE LITIGAR?

A sociedade civil tem o potencial de ser o principal ator da litigância climática no Brasil, podendo as associações e os indivíduos figurar como autores de potenciais litígios climáticos. Às associações, estrutura jurídica mais frequente de ONGs em nosso país, o direito brasileiro confere determinadas capacidades processuais que são de extrema relevância para futuros casos de litigância climática. A principal delas é a legitimidade para propor ações coletivas em prol de interesses metaindividuais. Aos indivíduos, é cabível explorar as possibilidades de litígio na esfera privada, existindo violações e danos particulares decorrentes de consequências danosas das mudanças climáticas, e no plano coletivo por meio da ação popular.

Ao Ministério Público (MP) também cabe a prerrogativa de mover litígios climáticos. O MP é potencialmente um ator relevante no caso dos litígios climáticos porque possui, em suas competências e prerrogativas de atuação, muitas das temáticas e objetos que dialogam diretamente com as questões ambientais e climáticas, especialmente a competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados; e defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

A Defensoria Pública é uma instituição pública que presta assistência jurídica gratuita às pessoas que não podem pagar por esse serviço. Por determinação constitucional, a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo-lhe inerente a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, de interesses dos necessitados. Atualmente, o órgão, assim como o MP, também tem competência para propor ação civil pública.

Outro grupo de legitimados ativos para proposição de ações climáticas são os entes federativos – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios – e seus órgãos.

Existe, por fim, uma nova tendência em que esses interessados apresentam litígios climáticos a fim de questionar o avanço da legislação climática. Nesse último grupo, estão incluídos agentes privados, como empresas e financiadores.

CONTRA QUEM LITIGAR?

No sistema jurídico do Brasil, cabe fundamentalmente ao Estado brasileiro a proteção climático-ambiental e, por isso, os entes federativos e seus órgãos estarão normalmente entre as figuras mais acionadas em ações climáticas. Além deles, as empresas também podem figurar no polo passivo das ações climáticas. Percebe-se uma nova onda de litígios climáticos no mundo com esse teor, especialmente em ações de violações a direitos humanos relacionados às mudanças climáticas.

QUAIS TIPOS DE AÇÕES JUDICIAIS PODEM SER UTILIZADA EM UM LITÍGIO CLIMÁTICO?

Como apresentado, as possibilidades de litigância climática envolvem estratégias que se relacionam com o escopo da ação (pontual ou estrutural) e o quanto essa ação está ligada à questão jurídica do clima (direta ou indireta). A partir dessa primeira análise estratégica, pode-se avançar, em concreto, para que se estipule qual tipo processual de ação judicial é o adequado para os objetivos e impactos pretendidos com o litígio climático. A Ação Civil Pública (ACP), dadas as suas características e possibilidades de ajuizamento para questões ambientais e climáticas, aparece como o principal mecanismo processual para eventual litigância climática no Brasil. Indivíduos almejando acionar entes governamentais podem se utilizar da Ação Popular (AP). Tais mecanismos processuais, além de outros ilustrativos, são apresentados a seguir.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública (ACP) é um instrumento processual, regido especialmente pela Lei nº 7.347/1985, que objetiva tutelar direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Um dos diferenciais é que nela podem figurar como réus não apenas a Administração Pública, mas qualquer pessoa física ou jurídica que cause danos ao meio ambiente, aos consumidores em geral, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Ela é cabível para prevenir e reparar danos envolvendo poluição e pode ser utilizada em casos de perdas envolvendo mudanças climáticas. Cabe uma ACP, por exemplo, quando uma comunidade é atingida pelo rompimento de uma barragem. Os responsáveis podem ser condenados a reparar, financeiramente, os danos morais e materiais da coletividade atingida. Esse tipo de ação também pode ser movido com o objetivo de obrigar o réu a corrigir o ato praticado ou, havendo omissão, a tomar determinada providência. Em termos de pedidos, os demandantes podem exigir condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. Trata-se de uma possibilidade eficaz porque o número de legitimados para proposição da ACP é significativo. Possuem legitimidade ativa para propô-la o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos e seus órgãos, assim como as associações.

AÇÃO POPULAR

A Ação Popular (AP) é um instrumento processual que objetiva tutelar direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, sendo regido pela Lei nº 4.717/1965. A AP é um mecanismo processual interessante para a litigância climática para indivíduos, uma vez que esse tipo de ação permite ao cidadão recorrer à Justiça na defesa da coletividade para prevenir ou reformar atos lesivos que forem cometidos por agentes públicos ou a eles equiparados por lei ou delegação. Qualquer cidadão brasileiro tem legitimidade para propor uma AP que vise anular ato lesivo ao meio ambiente e ao clima. Há também a possibilidade de uma AP ser aberta quando a Administração Pública for omissa em relação a atos que deveria praticar. Nesses casos, vislumbra-se a possibilidade de AP climática para os casos de dispositivos da legislação climática que não estão sendo cumpridos. Mas caberia também em relação a qualquer prática lesiva mesmo que ativa da Administração Pública que ameace bens ambientais tutelados por ela. Em regra, a competência para o início da tramitação da AP é do juízo de primeiro grau da Justiça Federal ou Estadual, dependendo da esfera administrativa da parte acionada. Em ambos os casos, a ação é acompanhada pelo Ministério Público.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança coletivo é um tipo de remédio constitucional, disposto na Lei nº 12.016/2009, com a finalidade de proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus (ação para proteção do direito de liberdade de locomoção) ou habeas data (ação para livre acesso de informações próprias), quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Possuem legitimidade para propor esse tipo de ação as organizações sindicais, as entidades de classe ou as associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Na possibilidade de litigância climática, é cabível contra autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público quando violar o direito líquido e certo ao clima estável ou praticarem ilegalidade ou procederem com abuso de poder consubstanciados em desmatamento ou emissões irregulares de gases de efeito estufa. Os mandados de segurança coletivos, particularmente úteis em litígios climáticos de maior abrangência e maior escopo, aparecem como alternativas cabíveis para acionamento do Poder Público e podem ser utilizados para objetos diversos, como ilegalidades em processos de licenciamento e avaliação de riscos ambientais, descumprimento de diretrizes climáticas, falta de fiscalização ambiental em casos de desmatamento e poluição atmosférica.

MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção, disposto na Lei nº 13.300/2016, é uma ação cabível na ausência de normas que regulamentem direitos e garantias constitucionais. É um remédio constitucional utilizado de modo semelhante à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, porém voltado exclusivamente a litígios que se deem em torno de controvérsias nas quais não se discute um ato normativo abstrato, e sim uma situação concreta e específica entre as partes. As possibilidades de impetração de mandado de injunção são amplas e esse tipo de ação é cabível nos casos em que faltarem normas que regulamentem a proteção do meio ambiente e da estabilidade do clima. O mandado de injunção não é cabível para toda e qualquer ausência de regulamentação, mas apenas àquelas nas quais a regulamentação é mandatória por comando constitucional ou legal. Isso significa que é preciso, para propor mandado de injunção, que haja um comando concreto, direto e específico para que determinada regulamentação (ambiental, climática) seja implementada pelos poderes competentes. Têm legitimidade ativa para o mandado de injunção pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (ADI), conforme a Lei nº 9.868/1999, tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, seja por vício de forma, seja por vício material, seja por dupla inconstitucionalidade (formal e material). Os atos impugnáveis mediante ADI são a lei e o ato normativo federal ou estadual primários, isto é, que retiram fundamento diretamente da Constituição. Em ações climáticas, trata-se de um mecanismo hábil para impugnar normas que contrariem o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, no que tange à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do clima propício a uma sadia qualidade de vida. Em sentido amplo, esse tipo de ação é cabível para questionar abstratamente a lei e atos normativos que contrariem a proteção constitucional dada às normas ambientais e climáticas. Possuem legitimidade para propor ADI o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO), disposto na Lei nº 9.868/1999, é um mecanismo de controle de constitucionalidade concentrado que visa combater a inércia do legislador que se tornou omisso por deixar de criar lei necessária à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais, em especial quando a Constituição estabelece a criação de uma lei regulamentadora. Também pode ser utilizada quando da inércia do administrador público que não adotou as providências necessárias para efetivar o comando constitucional.
A ADO destina-se a suprir a omissão de um dos Poderes, ou de uma autoridade da Administração Pública, em relação às matérias ambiental e climática, e os legitimados são os mesmos na ADI.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), conforme a Lei nº 9.882/1999, tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultando de ato do Poder Público e é cabível na hipótese de relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988.
Os legitimados para propor a ADPF são os mesmos com legitimidade para propor ADI. Contudo, é importante lembrar que a ADPF é subsidiária em relação à ADI. Então, cabe ADPF, para proteção ambiental e climática, sempre que por alguma razão não couber ADI.
A violação dos direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável pode ser objeto de ADPF especialmente quando há relação com outros preceitos fundamentais.

QUAIS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PODEM SER USADOS EM UM LITÍGIO CLIMÁTICO?

Os fundamentos jurídicos de uma ação judicial dizem respeito aos argumentos de direito que serão utilizados para embasar os pedidos do autor do litígio. Em outras palavras, os fundamentos jurídicos são os argumentos que trazem normas, decisões e doutrina para explicar ao Judiciário porque a ação deve ser julgada a favor do autor do litígio. No ordenamento brasileiro, os fundamentos jurídicos que mais ressoam no Poder Judiciário são os que apresentam elementos normativos e legais claros. Também a jurisprudência dos tribunais e as normas internacionais são relevantes nesse sentido. Em relação às normas internacionais, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos têm status de supralegalidade, conforme precedente do STF no HC 82.424/2004, ou seja, são normas que estão "acima" das leis. Importante atentar ainda que, se esses tratados forem aprovados por 3/5 de cada Casa do Congresso em votação de dois turnos, o status será o de constituição (art. 5º, § 3º, CF, redação dada pela EC 45/2004). Isso lhes garante uma força jurídica bastante relevante para fundamentar ações. Como abordado, uma das possíveis estratégias é vincular os direitos humanos às mudanças do clima, a fim de forçar o Judiciário a se manifestar sobre essas questões.

A proteção constitucional do meio ambiente e a existência de um sólido arcabouço jurídico-institucional para questões climáticas

são os principais fundamentos para litigância climática no Brasil.

Esta parte do guia apresenta os fundamentos mais relevantes para se utilizar em possíveis litígios climáticos, o que não exclui a possibilidade de outros aqui não apresentados. Os fundamentos expostos não esgotam as possibilidades jurídicas para litigância climática.

TUTELA CONSTITUCIONAL
DO MEIO AMBIENTE

A proteção ambiental tem garantia constitucional e status de direito fundamental. Os pedidos ao Poder Judiciário nas ações climáticas devem se estabelecer por meio, principalmente, da referência a esse patamar constitucional de proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com clima estável e sem influências antrópicas extremas, capaz de sustentar a vida e a dignidade humana. A norma constitucional de proteção ambiental irradia o ordenamento brasileiro e abre possibilidade de se argumentar que as políticas ambiental e climática são transversais e devem ser observadas em todas as atividades exercidas pelo Poder Público e pelos agentes privados.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 estabelece o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;

O artigo 23, VI da Constituição Federal de 1988 estabelece que é competência comum a todos os entes federativos proteger o meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas.

POLÍTICAS NACIONAIS
DO MEIO AMBIENTE E DO CLIMA

O ordenamento brasileiro conta com um robusto arcabouço jurídico-institucional dedicado à proteção ambiental e ao combate às mudanças climáticas. A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) dispõe sobre princípios do direito ambiental aplicáveis no contexto brasileiro, assim como estrutura o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), o sistema brasileiro ambiental que conta com órgãos ambientais em diversos níveis responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental. Em se tratando de clima, a Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009) estabelece programas e estipula princípios para a atuação dos entes públicos no combate à mudança do clima. Para possíveis litígios climáticos, a utilização da legislação climático-ambiental pode fundamentar pedidos de indenização e obrigações de fazer e não fazer.

A Lei nº 6.938/1981 estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente e assegura a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico;

A mesma Lei nº 6.938/1981, em seu artigo 14, estabelece o regime de responsabilidade por dano ambiental;

A Lei nº 7.735/1989 cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

A Lei nº 11.516/2007 cria o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes;

A Lei nº 12.114/2009 estabelece o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima; a Lei nº 12.187/2009 estabelece a Política Nacional sobre Mudança do Clima; e o Decreto nº 9.578/2018 consolida a regulamentação sobre o Fundo e a Política.

PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL
AO MEIO AMBIENTE

O ordenamento brasileiro seguiu a tendência do debate internacional de trazer a proteção ambiental para as políticas estatais. A disciplina internacional do meio ambiente tem sido estabelecida particularmente por meio dos encontros internacionais sobre a questão ambiental, trajetória iniciada a partir de 1972 por meio da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Para a litigância climática, quando em contexto interno, é importante levar em consideração a ratificação dos documentos internacionais em questão, ao passo que sua utilização tem a intenção de sensibilizar o Judiciário sobre a importância da temática e o caráter internacional da obrigação jurídica de proteção climática.

A Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972 estabelece princípios e comportamentos voltados à proteção ambiental;

A Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992, em seu artigo 6º, estabelece medidas gerais para a conservação e utilização sustentável de recursos naturais;

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 prevê, em seu princípio 2, que os Estados têm a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou áreas além dos limites da jurisdição nacional;

A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2007 garante, em seu artigo 29, o direito à conservação e proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras, territórios e recursos.

NORMAS INTERNACIONAIS DE COMBATE
ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Do mesmo modo, o Brasil somou esforços na proteção do sistema climático global. Atualmente em vigor, as principais normas internacionais são o Acordo de Paris e as NDCs, mas também é relevante arrolar o histórico da normatização e do debate internacional a fim de conscientizar o Poder Judiciário sobre a urgência da matéria. Ainda que a maioria das normas internacionais climáticas não estipule compromissos quantitativos ou regras claras de mitigação, elas proveem objetivos gerais, princípios, diretrizes, estrutura institucional e obrigação aos Estados que possibilitam o desenvolvimento do regime climático internacional e podem ser utilizados a favor de medidas efetivas de proteção climática.

O Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio de 1987 é um importante documento e resultou da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio de 1985. Foi enunciada uma série de princípios relacionados à disposição da comunidade internacional em promover mecanismos de proteção ao ozônio estratosférico;

Pode-se mencionar que o regime climático internacional nasceu em 1992 na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio-92), onde foi redigida a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima;

Em 1997, o Protocolo de Kyoto foi adotado na 3ª Conferência das Partes da Convenção do Clima definindo metas obrigatórias de redução nas emissões de gases de efeito estufa;

O Acordo de Paris de 2015 firmou o compromisso das Partes signatárias à obtenção de uma meta quantitativa de manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C.

SALVAGUARDAS CONTRA VIOLAÇÕES
AOS DIREITOS HUMANOS

A vinculação de uma agenda de direitos humanos e mudanças climáticas é cada vez mais frequente e entende-se que essa conjunção precisa ser informada e debatida no Poder Judiciário brasileiro. A proteção aos direitos humanos tem contextos internacionais, regionais e nacionais. No plano internacional, o regime de proteção de direitos humanos tem respaldo em diversas instituições do sistema ONU, assim como em tribunais de níveis internacional e regional. Para um litígio climático, pode-se apontar como os efeitos adversos e extremos das mudanças climáticas violam direitos humanos. Há dados e experiências negativas de violações

aos direitos à alimentação, ao desenvolvimento e à saúde, por exemplo, e esses contextos podem ser utilizados para se trazer o arcabouço jurídico-institucional dos direitos humanos para a litigância climática.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o documento internacional que sustenta as discussões jurídicas e institucionais sobre direitos humanos no mundo;

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 requer que os Estados tomem medidas, individualmente e por meio da cooperação e assistência internacional, até o máximo de seus recursos disponíveis, com o propósito de atingir progressivamente a realização completa de direitos econômicos, sociais e culturais por todas as formas apropriadas;

Normas climáticas e de direitos humanos estão cada vez mais vinculadas, como no caso dos Acordos de Cancún, adotados na COP16 da Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima em 2010;

No contexto da responsabilização de empresas, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou, 2011, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos.

DIREITO À PARTICIPAÇÃO
E À INFORMAÇÃO AMBIENTAL

Participar e informar são duas ações intimamente relacionadas nas atividades ambientais e climáticas. Importante atentar para o fato de que, no plano do direito público, a legislação brasileira vincula todas as decisões administrativas, inclusive em matéria ambiental, aos deveres de informação das medidas de proteção climática empreendidas e da avaliação de seus resultados (art. 37, caput, combinado com art. 5º, XXXIII, CF), e de motivação das escolhas e decisões capazes de interferir na política climática (art. 5º, XXXIV, b, e LV, CF). As normativas internacionais garantem ambos como princípios norteadores de diversas políticas e o ordenamento brasileiro os garante como direitos. Litígios climáticos pontuais podem se utilizar de maneira precisa dos procedimentos de acesso à informação e do pedido formal de participação de debates, discussões e estudos que envolvam questões ambientais e climáticas.

O Acordo de Escazú (Acordo Regional sobre o Acesso à Informação, à Participação Pública e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe) foi assinado pelo Brasil em 2018, com o objetivo de apoiar a aplicação do Princípio 10 da Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento na América Latina e no Caribe, que estabelece os direitos de acesso à informação, participação pública e justiça em assuntos ambientais;

A Política Nacional do Meio Ambiente dispõe sobre o princípio da participação, especialmente no artigo 2º, X quando afirma que através da educação ambiental se levaria efetivamente o cidadão a participar das decisões que envolvem o meio ambiente;

No Brasil, a Lei nº 10.650/2003 estabelece o acesso público aos dados e às informações existentes nos órgãos e nas entidades integrantes do SISNAMA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS
INOVADORES

Como no contexto brasileiro a litigância climática é um fenômeno ainda muito recente, trazer elementos fáticos e fundamentos jurídicos mais "tradicionais" do direito ambiental e das mudanças climáticas é um primeiro passo para conseguir dialogar com o Poder Judiciário. Os elementos trazidos anteriormente dizem respeito a essa primeira abordagem. Ainda assim, as experiências internacionais têm ensinado que, para além dessa argumentação mais "tradicional" – responsabilidade ambiental, princípio da precaução, direito à informação etc. –, a litigância climática também pode se beneficiar de atitudes mais inovadoras.

Investir em teses e argumentos jurídicos muito ousados, de fato, representa um risco para a ação climática. Porém, é um risco que, a depender do caso concreto, pode servir de oportunidade para que se avance ainda mais o debate da mudança climática no sistema de justiça. Um caso emblemático é o Lliuya v. RWE AGE, ocorrido no Peru (consultar imagem sobre experiências internacionais na página 20), em que, para fundamentar a ação, que envolvia o pedido de uma comunidade contra uma empresa emissora de gases de efeito estufa, utilizou-se de disposições do Código Civil alemão sobre direito de vizinhança.

QUAIS OS POSSÍVEIS PEDIDOS EM UM LITÍGIO CLIMÁTICO?

Em termos jurídicos, os pedidos dizem respeito à prestação jurisdicional que a parte autora faz na ação judicial. Quer dizer, em outras palavras, que é o conjunto de solicitações que a parte autora faz no processo judicial. A legislação brasileira prevê a possibilidade de pedidos certos (mais específicos) ou pedidos genéricos, desde que ambos se relacionem com o objeto da ação e a fundamentação de fato e de direito. Quando os pedidos são aceitos pelo Poder Judiciário, as decisões dos processos judiciais culminam em títulos executivos – decisões que ordenam os réus a fazerem o que está previsto nas decisões – com obrigações de dar coisa, obrigação de fazer, obrigação de não fazer e/ou obrigação de pagar quantia certa.

Ações climáticas comportam diversos tipos de pedidos, que vão depender do objeto da ação e do resultado pretendidos. Pedidos podem ter relação com alteração e fiscalização de políticas públicas, solicitação de disponibilização de informações climáticas, obrigações de fazer e não fazer relacionadas com mitigação e adaptação climáticas etc. Com base nos pedidos, o Poder Judiciário pode:

1. **obrigar o governo a desenhar planos de ação mais efetivos para a política climática e rever metas que não se adéquem a novas evidências das mudanças climáticas. O Judiciário pode obrigar também a administração a executar os planos que já existem, a prestar contas das medidas que estão sendo tomadas e fundamentar a razão de certas medidas não estarem sendo tomadas. O Judiciário pode também criar canais de monitoramento periódico dessas obrigações e desenvolver mecanismos de mitigação, compensação ou reparação de danos já verificados em matéria ambiental.**

2. **obrigar empresas a elaborar inventário de emissões ou a indenizar comunidades afetadas por atividades que intensifiquem a mudança do clima. A tabela abaixo, também exemplificativa, apresenta os pedidos dos principais casos de litigância climática.**

TIPO DE LITÍGIO	EXEMPLOS DE PEDIDOS
LITÍGIOS CLIMÁTICOS DE MITIGAÇÃO	• Exigir que o Poder Público implemente leis e políticas destinadas a reduzir emissões de GEE; • Solicitar a efetividade de metas de redução ou de mercados de carbono; • Pleitear ações de combate ao desmatamento e medidas no planejamento urbano; • Solicitar a revisão de processos de licenciamento ambiental.
LITÍGIOS CLIMÁTICOS DE ADAPTAÇÃO	• Responsabilizar governos e empresas pela avaliação inadequada de riscos climáticos; • Forçar municípios a desenvolver instrumentos legais e planos para lidar com as mudanças no regime de chuvas, a incidência mais constante de secas e o aumento do nível do mar.
LITÍGIOS CLIMÁTICOS DE PERDAS E DANOS	• Forçar a responsabilização de entes governamentais e grandes emissores por danos causados a indivíduos e grupos em razão de eventos climáticos extremos; • Pedir o reconhecimento do nexo de causalidade entre danos específicos com atividades causadoras de mudanças climáticas.
LITÍGIOS CLIMÁTICOS DE RISCOS	• Exigir a consideração de riscos climáticos em processos de licenciamento ambiental, estudos de impacto ambiental e elaboração de planos setoriais relacionados às questões climáticas (como no caso de energia e mobilidade); • Pleitear a prestação de informações sobre riscos, até mesmo financeiros e socioambientais, relacionados às mudanças climáticas.

COMO AUMENTAR AS CHANCES DE VENCER UM LITÍGIO CLIMÁTICO?

Compreendendo-se o litígio climático como inserido no litígio estratégico, alguns aspectos devem ser considerados. O planejamento da estratégia de advocacy e sensibilização do público passa a ser tão relevante quanto o desenho jurídico-processual do litígio climático em si. O litígio estratégico tem diversas funções; dentre elas, é importante assegurar o efeito simbólico da ação tomada. Nesse contexto, embora o provimento judicial favorável seja sempre um aspecto relevante, ele pode vir a não ser até mesmo o mais importante. A experiência do movimento de direitos humanos com litigância estratégica é testemunha de que algumas conquistas em avanços de proteção judicial dos direitos humanos e fundamentais podem levar anos. Organizações, por vezes, levam ao Judiciário uma mesma causa reiteradas vezes. Essa estratégia é um reconhecimento de que o contexto político, as transformações sociais e a evolução dos parâmetros jurídicos influenciam no resultado final.

Atingir um resultado positivo em um litígio climático é uma estratégia importante de médio e longo prazos. Para tanto, algumas medidas e iniciativas podem ser implementadas para que organizações e indivíduos aumentem as chances de êxito em um litígio climático.

AUMENTANDO A CHANCE DE GANHAR UMA AÇÃO CLIMÁTICA

1

PRESTE ATENÇÃO ÀS FORMALIDADES DO PROCESSO

Em primeiro lugar, ficar atento às formalidades processuais é condição preliminar para que o caso avance no seio do Poder Judiciário. Ainda que os instrumentos processuais brasileiros se pretendam democráticos e inclusivos, ainda existe uma série de formalidades e aspectos técnicos que podem fugir ao litigante eventual, ou seja, àquele que raramente aciona os tribunais.

O acompanhamento de especialistas na área e de advogados pode aumentar as chances de êxito na ação climática.

Nesse sentido, a ação precisa ser bem desenhada, também levando em consideração aspectos de sustentabilidade financeira, haja vista os custos desse tipo de mecanismo. Uma boa estratégia de captação potencializa a possibilidade de vitória no litígio. Também vale a pena levar em consideração o fato de que as evidências científicas das mudanças climáticas estão em constante evolução. O caso concreto dirá qual evidência científica é mais aplicável para fundamentar a ação, o que também pode implicar em custos e maior atenção a formalidades do processo no decorrer da eventual produção de provas.

2

SE POSSÍVEL, FAÇA USO DE TUTELA PROVISÓRIA

Em segundo lugar, a possibilidade de se utilizar tutela provisória – seja fazendo pedidos cautelares ou de tutela antecipada – é interessante porque já aciona o Poder Judiciário de forma célere e também é capaz de funcionar como um "termômetro" da ação.

Pedidos de tutela provisória são aqueles pedidos feitos para serem atendidos antes da análise completa da ação, o que faz o autor acelerar a possibilidade de ver seu pedido sendo garantido.

Os pedidos cautelares são aplicáveis na hipótese de existir risco de se perder o bem a ser tutelado pela ação; já a tutela antecipada diz respeito à antecipação do resultado final do processo. Em ambos os casos, também funciona como uma maneira de se antever uma possível forma como o Judiciário lidará com a lide, sendo receptivo em maior ou menor grau de acordo com a circunstância.

3

ACOMPANHE DE PERTO O ANDAMENTO DA AÇÃO

Em terceiro lugar, é preciso compreender que ações judiciais são morosas e exigem custos de acompanhamento. Será necessário despender tempo, energia e verba para acompanhar o andamento completo da ação climática. Fazê-lo de forma próxima, com auxílio de profissionais e engajando a comunidade local, é uma dica importante para vencer o litígio.

4

DÊ VISIBILIDADE AO LITÍGIO

Em quarto lugar, como antecipado, dar visibilidade à ação e engajá-la em estratégias maiores de comunicação e sensibilização é uma tarefa bastante importante não só para aumentar a probabilidade de vitória na ação climática, como, também, para ampliar o respaldo social e político das comunidades de entorno. Trata-se de utilizar o arcabouço da litigância estratégica para abranger não só o litígio em si, mas um conjunto de ações de advocacy e comunicação para incidência em outras instâncias do poder e da sociedade. O que se busca é criar dimensões emblemáticas, capazes de criar precedentes e gerar resultados multiplicadores. Nesse sentido, o Poder Judiciário, nos últimos anos, tem estado cada vez mais atento às demandas da sociedade, e utilizar essa nova faceta dos tribunais é interessante nesses termos de litígio estratégico.

5

EXIJA A EXECUÇÃO DA AÇÃO CLIMÁTICA EM CASO DE VITÓRIA

Por fim, necessário apontar que, em caso de vitória do litígio climático, os trabalhos de implementação dos pedidos ainda não estarão totalmente concluídos.

A fase de execução do processo também tem suas formalidades, e estar atento a elas é de fundamental importância para que o objetivo pretendido pela estratégia de litigância climática seja efetivado.

MATERIAIS PARA CONSULTA

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo; LINO, Gabriel; RIBEIRO, Lauro; MACHADO, Rafael. Interesse difusos e coletivos. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: GEN, Editora Método, 2019.

BERNARDO, Vinícius Lameira. Mudanças climáticas: estratégias de litigância e o papel do Judiciário no combate as causes e efeitos do aquecimento global no contexto brasileiro. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, a. 4, n. 6, p. 283-322, 2017.

CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DAMACENA, Fernada Dalla Libera. Direito dos desastres e compensação climática no Brasil: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019. p. 219-270.

FOLHA DE SÃO PAULO. Crise do clima: no rastro do aquecimento global. 2018. Disponível em: < https://arte.folha.uol.com.br/ciencia/2018/crise-do-clima/introducao/>. Acesso em 20 de maio de 2019.

HUMPHREYS, Stephen (Ed.). Human rights and climate change. Cambridge University Press, 2009.

LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsca Buzelato (Org.). Responsabilidade civil e mudanças climáticas. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de processo coletivo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OAE, PARLAMERICAS. Mudanças climáticas: uma visão comparativa da abordagem baseada nos direitos nas Américas. Disponível em: <http://parlamericas.org/uploads/documents/Uma-visao-comparativa-da-abordagem-baseada-nos-direitos-nas-Americas.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2019.

PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. A rights turn in climate change litigation? Transnational Environmental Law, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2018.

ROCHA, Lilian Rose Lemos; COSTA, Pedro Almeida; PINTO, Gabriel R. Rozendo; NUNES, Leandro Soares. Prática processual ambiental. Brasília: UniCEUB, 2017.

SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália Botter (Coord.). Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. Manual de prática civil. 14. ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

UNEP. Climate change and human rights. UNEP, Sabin Center for Climate Change Law, 2015. Disponível em: <https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/climate-change/climate_change_and_human_rights.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2019.

WEDY, Gabriel. Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2019.

NOTAS

1 PWC. The Low Carbon Economy Index 2019. Disponível em: <https://pwc.to/2NjzC30>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

2 THE GUARDIAN. Revealed: the 20 firms behind a third of all carbon emissions. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/343tOkQ>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

3 ENERGY TRANSITION COMMISSIONS. Mission possible: Reaching net-zero carbon emissions from harder-to-abate sectors by mid-century. Disponível em: <http://bit.ly/2Nb00vG>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

4 O jornal The Guardian atualizou em 2019 seu guia de estilo e passou a estipular que as referências às mudanças climáticas devem ser referenciadas como "emergência, crise ou colapso climático". A alteração no guia de redação do jornal foi decidida após a publicação de dois relatórios de referência global relativos à crise ambiental: um sobre a urgência de cortes nas emissões de dióxido de carbono e outro sobre a aniquilação da vida selvagem e dos ecossistemas da Terra. O veículo também levou em conta as considerações de cientistas climáticos, da Organização das Nações Unidas (ONU) e do Met Office, o serviço de meteorologia britânico. Ver: THE GUARDIAN. Why the Guardian is changing the language it uses about the environment. Disponível em: <http://bit.ly/2PjpjhL>. Acesso em 20 de julho de 2019. Outras organizações, como o Greenpeace, têm seguido no mesmo sentido.

5 THE WORLD BANK. Climate Change Could Force Over 140 Million to Migrate Within Countries by 2050: World Bank Report. Disponível em: <http://bit.ly/2JlJpV1>. Acesso em 20 de julho de 2019.

6 Segundo o relatório do PNUMA-ONU, embora o número de leis e agências ambientais tenha aumentado de forma exponencial em todo o mundo nas últimas quatro décadas, a fraca aplicação das leis é uma tendência que está agravando os problemas ambientais. Ver: ONU MEIO AMBIENTE. Crescem as leis para proteger o meio ambiente, mas há falhas graves de implementação, afirma novo relatório da ONU. Disponível em: <http://bit.ly/33WYdkC>. Acesso em 20 de julho de 2019. Também acessar o relatório completo, disponível em inglês: UN ENVIRONMENT. Environmental rule of law – First global report. Disponível em: <http://bit.ly/2PfIR6R>. Acesso em 20 de julho de 2019.

7 UN ENVIRONMENT. The status of climate change litigation – A global review. Disponível em: <http://bit.ly/343IuR0>. Acesso em 20 de julho de 2019.
8 Diz-se "a favor da proteção do clima" para se referir às litigâncias climáticas que almejam aumentar a proteção climática em termos institucionais e jurídicos. Há que se atentar, como se discutirá, que existem litígios climáticos, como os ajuizados por empresas, que almejam diminuir a proteção climática.

9 WWF. Brasil e as mudanças climáticas. Disponível em: <http://bit.ly/2NjASTM>. Acesso em 20 de julho de 2019.

10 ARTAXO, Paulo. As bases científicas das mudanças climáticas. In: SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália Botter (Coord.). Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 44. G1. Mudança climática: 7 gráficos que mostram em que ponto estamos. Dezembro de 2018. Disponível em: <https://glo.bo/2Jn5YZ8>. Acesso em 20 de maio de 2019.

11 NAÇÕES UNIDAS. Situação do clima em 2018 mostrou aumento dos efeitos da mudança climática, diz relatório. Março de 2019. Disponível em: <http://bit.ly/2JnIMKy>. Acesso em 20 de maio de 2019.

12 NAÇÕES UNIDAS. Situação do clima em 2018 mostrou aumento dos efeitos da mudança climática, diz relatório. Março de 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/situacao-do-clima-em-2018-mostrou-aumento-dos-efeitos-da-mudanca-climatica-diz-relatorio/>. Acesso em 20 de maio de 2019.

13 NAÇÕES UNIDAS. Situação do clima em 2018 mostrou aumento dos efeitos da mudança climática, diz relatório. Março de 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/situacao-do-clima-em-2018-mostrou-aumento-dos-efeitos-da-mudanca-climatica-diz-relatorio/>. Acesso em 20 de maio de 2019.

14 CIEL. Male' Declaration on the Human Dimension of Global Climate Change. Disponível em: <http://www.ciel.org/Publications/Male_Declaration_Nov07.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2019.

15 HUMAN RIGHTS COUNCIL. Resolution 7/23 – Human rights and climate change. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_23.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2019.

16 UNITED NATIONS. Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for the Human Rights on the relationship between climate change and human rights. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/44/PDF/G0910344.pdf?OpenElement>. Acesso em 20 de maio de 2019.
17 UNFCCC. The Cancun Agreements, Disponível em: <https://unfccc.int/tools/cancun/index.html>. Acesso em 20 de maio de 2019.

18 HUMAN RIGHTS COUNCIL. Resolution 10/4 – Human rights and climate change. Disponível em: <https://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_4.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2019.

19 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS – OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. Overview of the mandate. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/Overview.aspx. Acesso em 3 de junho de 2019>. Acesso em 20 de maio de 2019.

20 UNFCCC. The Paris Agreement. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>. Acesso em 20 de maio de 2019.

21 SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália Botter (Coord.). Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 23.

22 Existem diversas formas de se conceituar um litígio climático. Neste guia, apresenta-se o litígio climático em sua faceta judicial e relacionada diretamente à legislação climática.

23 Os anos referenciados nos títulos dos casos dizem respeito ao ano de ajuizamento da ação.

24 SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. Urgenda Foundation v. State of the Netherlands. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

25 SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. Leghari v. Federation of Pakistan. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

26 SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. Lliuya v. RWE AG. Disponível em: < http://climatecasechart.com/non-us-case/lliuya-v-rwe-ag/>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

27 SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. People of the State of New York v. Exxon Mobil Corporation. Disponível em: <http://climatecasechart.com/case/people-v-exxon-mobil-corporation/>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

28 SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. Future Generations v. Ministry of the Environment and Others. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

29 UN Environment. The status of climate change litigation: a global review. Disponível em: <http://bit.ly/2BJDlRP>. Acesso em 20 de maio de 2019.

30 O comprometimento de redução de emissões se dá por meio da Contribuição Nacionalmente Determinada (iNDC, na sigla em inglês). O Brasil se comprometeu a promover uma redução das suas emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025. Além disso,

indicou uma contribuição indicativa subsequente de redução de 43% abaixo dos níveis de emissão de 2005, em 2030. Fonte: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/10570-indc-contribui%C3%A7%C3%A3o-nacionalmente-determinada>.

31 REVISTA PIAUÍ. ESTEVES, Bernardo. O meio ambiente como estorvo. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-meio-ambiente-como-estorvo/>. Acesso em 24 de julho de 2019.

32 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Plano Nacional sobre Mudança do Clima. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima/plano-nacional-sobre-mudanca-do-clima>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

33 BRASIL. Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para consecução do objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/images/arquivo/80108/BRASIL%20iNDC%20portugues%20FINAL.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

34 Também consultar: SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália Botter. Panorama da litigância climática no Brasil e no mundo. In: SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália Botter (Coord.). Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 59-86. WEDY, Gabriel. Litigância climáticas e os precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-23/ambiente-juridico-litigancia-climatica-precedentes-stj>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

35 STF. Concluído julgamento de ações sobre novo Código Florestal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370937>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

36 JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 650728 SC 2003/0221786-0. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8637993/recurso-especial-resp-650728-sc-2003-0221786-0/inteiro-teor-13682613?ref=juris-tabs>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

37 JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL: AgRg nos EDcl no REsp 1094873 SP 2008/0215494-3. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062048/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-1094873-sp-2008-0215494-3/inteiro-teor-12198977?ref=juris-tabs>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

38 CONJUR. STF mantém multa imposta pelo Ibama por queimadas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jan-31/stj-mantem-multa-imposta-ibama-queimadas-autorizacao>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

39 GUARULHOS HOJE. Guarulhense more mais cedo por causa do aeroporto. Disponível em: <https://www.guarulhoshoje.com.br/2019/06/12/guarulhense-morre-mais-cedo-por-causa-do-aeroporto/>. Acesso em 30 de Agosto de 2019.

40 JFSP, Subseção de Caraguatatuba, ACP 0000104-36.2016.4.03.6135.

41 COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. Acesso à justiça: violações de direitos humanos por empresas. p. 89-93. Disponível em: <https://www.conectas.org/arquivos-site/Brasil%20 ElecDist-6(1).pdf>. Acesso em 23 de julho de 2019.

42 REVISTA PIAUÍ. ESTEVES, Bernardo. O meio ambiente como estorvo. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-meio-ambiente-como-estorvo/>. Acesso em 24 de julho de 2019.

43 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Litigância e governança climática. Possíveis impactos e implicações. In: SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália Botter (Coord.). Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 139-156.

44

contato@conectas.org

siga nossas redes

/conectas

@conectas

@conectas

conectas.org

doi:10.1017/aju.2020.4

SYMPOSIUM ON JACQUELINE PEEL & JOLENE LIN, "TRANSNATIONAL CLIMATE LITIGATION: THE CONTRIBUTION OF THE GLOBAL SOUTH"

HUMAN RIGHTS: THE GLOBAL SOUTH'S ROUTE TO CLIMATE LITIGATION

César Rodríguez-Garavito[*]

After twenty-five years of climate litigation dominated by cases in the United States, Australia, and other jurisdictions in the Global North, a second wave of lawsuits arose in the mid-2010s that prominently feature cases filed in countries of the Global South. I argue that the use of human rights norms and strategies characterizes the "Global South route" to climate litigation, one that is firmly rooted in the trajectory of human rights adjudication and litigation in key Southern countries over the last three decades. I posit that, in order to understand the present and the future of this route, it is essential to (1) track its origins and features to the trajectory of "Global South constitutionalism" over the last three decades, especially litigation around socioeconomic rights, and (2) unpack the category of "Global South" countries, in order to avoid overgeneralizations and to identify the types of countries that are likely to see most climate litigation and court decisions. I close by suggesting that, in light of the planetary and urgent nature of the climate challenge, future research and advocacy should explore transnational forms of litigation that cut across the North-South divide and pay systematic attention to the impact of climate litigation.

The Door to Climate Litigation: Global South Constitutionalism

As Jacqueline Peel and Jolene Lin have documented, a distinctive trait of climate litigation in the Global South is the fact that human rights tend to provide the legal and moral basis for litigants' and courts' arguments to hold governments (and, to a lesser extent, corporations) accountable for climate harms.[1] Put differently, the climate emergency is framed, in most cases, as the source of human rights violations that courts are called upon to redress. This stands in contrast with cases based on statutory interpretation that predominate in jurisdictions such as the United States and Australia, where the majority of first-wave climate cases took place.[2]

My argument is that this Southern route to climate litigation is not serendipitous, or the result of the absence of specialized climate change legislation that litigants would otherwise have used in framing their cases. Instead, it is a route whose tracks were firmly laid over the last three decades through public interest law practice, research, and judicial activism regarding constitutional rights in general and socioeconomic rights (SERs) in particular. Indeed, lawsuits and judicial interventions to address situations of massive violations of SERs became widespread in some countries of the Global South beginning in the early 1990s, as new constitutions, constitutional amendments, and

* *Visiting Professor of Clinical Law, New York University School of Law.*

[1] Jaqueline Peel & Jolene Lin, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*, 113 AJIL 679 (2019); *see also* Joana Setzer & Lisa Benjamin, *Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations*, TRANSNAT'L ENVTL. L. (forthcoming).

[2] JAQUELINE PEEL & HARI M. OSOFSKY, CLIMATE CHANGE LITIGATION (2015).

© César Rodríguez-Garavito 2020. This is an Open Access article, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution licence (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/), which permits unrestricted re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

judicial doctrines embraced an expansive understanding of human rights and the role of the judiciary. Among the most prominent examples of this type of Global South constitutionalism is the jurisprudence of the Supreme Court of India, which has tackled such fundamental problems as hunger and malnutrition; the South African courts' rulings on the rights to housing and health; and the activist decisions of Latin American courts (from Argentina to Brazil, Colombia, Ecuador, and Costa Rica) that have adjudicated hundreds of thousands of constitutional cases on the rights to health, education, work, housing, and many others.[3]

SERs opened the door to the Southern route to climate litigation for three reasons. First, on the demand side, SERs have been promoted by a vibrant community of civil society actors—from social movements to NGOs to think-do tanks—that are readily carrying over lessons from past advocacy to more recent efforts at tackling environmental harms, including those associated with global heating. Second, on the supply side, the same courts that have been receptive and proactive with regards to SERs are likely to extend to climate cases the human rights doctrines and remedies they have developed to protect SERs. For instance, courts in countries such as Colombia, India, Kenya, Pakistan, the Philippines, and South Africa have crafted doctrines and remedies geared towards addressing massive violations of SERs. This type of structural reform litigation exhibits many of the traits of climate cases, in that it has an impact on a large and geographically dispersed group of rights holders; involves numerous government entities whose actions, omissions, or lack of interagency coordination is alleged to be associated with pervasive policy failures that contribute to violations of human rights; and results in structural injunctive remedies and supervisory jurisdiction mechanisms to monitor compliance with the court's orders. Third, although conducted before national courts, SER litigation and rulings in many Global South jurisdictions are founded both on constitutional norms and international human rights treaties. Such multilevel framing makes the experience with SERs directly relevant to climate lawsuits, given the multilevel nature of the climate challenge and governance.[4]

Although not as developed across regions of the Global South, indigenous rights litigation and jurisprudence provide another, complementary track on the human rights route to climate litigation.[5] Especially in Latin America, the "multicultural turn" towards the protection of indigenous peoples' rights has been a central component of progressive constitutionalism since the early 1990s. In response to legal challenges brought by indigenous and human rights organizations, courts have developed a rich body of case law on issues such as procedural rights (especially free, prior, and informed consultation and consent) as well as land and cultural rights. Since indigenous peoples inhabit and have preserved ecosystems such as the Amazon and other tropical forests that are crucial for carbon emissions mitigation, those legal precedents will be consequential in climate litigation.

Finally, the most obvious antecedent, albeit the least developed, is environmental jurisprudence in Global South courts. Given that most Southern countries joined—and, on some occasions, led—the "environmental rights revolution" by incorporating a right to a healthy environment in their constitutions and legal frameworks, climate litigants in these countries can rely on an emerging body of constitutional caselaw on issues such as water pollution, air quality, and the rights of local communities to participate in environmental decision-making.[6]

One of the cases referenced by Peel and Lin and other analysts illustrate the workings of this human rights route. Along with colleagues at Dejusticia, I represented before the Colombian courts the twenty-five young plaintiffs

[3] César Rodríguez-Garavito, *Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication*, *in* THE FUTURE OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS 233 (Katharine Young ed., 2019).

[4] César Rodríguez-Garavito, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, 89 TEX. L. REV. 1669 (2011).

[5] JAMES ANAYA, INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW (2004).

[6] DAVID BOYD, THE ENVIRONMENTAL RIGHTS REVOLUTION: A GLOBAL STUDY OF CONSTITUTIONS, HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT (2012); THE HUMAN RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT (John Knox & Ramin Pejan eds., 2018).

who sued the Colombian government for not fulfilling its own commitment to limit deforestation in the Amazon region, as part of the country's international pledge to reduce deforestation to net zero by 2020. Both in our initial filing and in the Supreme Court's 2018 decision that ruled in favor of the young plaintiffs, the case was squarely based on human rights arguments.[7] For each plaintiff, we documented how their constitutional rights—including the rights to life, physical integrity, health, housing, and a healthy environment—were directly violated or threatened by the climate emergency, which increasing deforestation made only worse. Both the Court and the plaintiffs invoked human rights norms enshrined in the Colombian Constitution and in international treaties, declarations, and soft-law norms. In choosing this framing and legal basis, we built on the advocacy experience and jurisprudence that Colombian and Latin American NGOs and courts have accumulated in the field of SER litigation.

The case and the ruling of the Court—ordering the Colombian government to issue an effective plan of action against deforestation in the Amazon, declaring the Colombian Amazon a subject of rights, and mandating the government to sign an "intergenerational pact" against climate change—entered the route of climate litigation on the back of SERs and environmental litigation. The connection between the case and the trajectory of Global South constitutionalism is also visible in the ongoing process of implementing the Court's orders. In mid-2019, we proposed that the Court keep supervisory jurisdiction by convening public hearings in which the government would report on progress towards the fulfillment of the Court's orders and the plaintiffs and civil society organizations would have an opportunity to participate as well. By doing so, we took a page from the Indian Supreme Court's and the Colombian Constitutional Court's monitoring of their decisions on structural cases on the right to food and the rights of internally displaced people, respectively. The Supreme Court accepted the petition and entrusted the Bogota High Tribunal with the task of holding the hearings, which were held in late 2019, with the participation of key government agencies, some of the plaintiffs, Dejusticia, and other civil society organizations.

The Stops on the Route: Which Global South Countries?

As Peel and Lin note, while the category of the Global South is useful to capture North-South differences in climate litigation, such as the predominance of a human rights route in the South, greater empirical nuance is needed in order to explain and anticipate developments in climate advocacy and jurisprudence. For differences *among* Global South countries with regards to relevant variables—judicial independence, civil society activism, legal culture, democratic governance, etc.—are as consequential or even more consequential in explaining the volume and traits of climate litigation as differences *between* Southern and Northern countries.

Therefore, in order to advance the analytical agenda of climate litigation research, the following question needs to be addressed: why have most climate cases in the Global South taken place in a handful of countries such as Brazil, Colombia, Indonesia, Pakistan, South Africa, and the Philippines? The answer, I think, is to be found in the institutional and social variables that have been shown to encourage litigation in other policy fields. Again, research on socioeconomic rights litigation provides useful data and lessons—and it gives rise to a hypothesis that I submit for empirical scrutiny: it is likely that the Global South jurisdictions that will lead the human rights route in climate cases will be the same ones that have led socioeconomic rights litigation and jurisprudence.

Following law and development literature, I have elsewhere characterized the countries of the Global South where human rights litigation and adjudication have been most prolific and consequential as falling into the

[7] *Andrea Lozano Barragán et al. v. Presidencia de la República et al.*, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de abril de 2018, MP Luis Armando Tolosa Villabona, STC4360-2018 (Colom.).

category of Middle Income Countries (MICs).[8] These countries are located, by definition, in an intermediate socio-economic space between the Global North and the lowest-income countries of the Global South. In terms of the capacity of state institutions, MICs also tend to exist in an in-between category on this North-South continuum. Their institutional fields are hybrid, in that they exhibit elements of capacity and incapacity, and are marked by contrast—for example, between an authoritarian executive captured by private interests on the one hand, and an independent judiciary that protects rights on the other. Discontinuity is also common within a single institution. For example, an environmental protection agency may be efficient in the cities, but absent or weak in the periphery of the country.

This institutional contrast creates conditions that are conducive to the judicialization of policy debates, such as those related to the climate emergency and the environment writ large. While state institutions are not strong enough to address rights-holders' demands and avoid major policy flaws, they tend to be strong enough to be able to fulfill courts' orders, albeit to a limited extent. When courts are independent and have adequate institutional capacity, the judicial route is a particularly attractive one for litigants frustrated with the government's or corporations' actions or omissions with regards to environmental protection.

Whether or not advocates take advantage of this favorable structure of opportunities for litigation depends on a number of other variables. Among them are the strength of constitutional protection of human rights in general and environmental rights in particular, the incorporation of international human rights law into domestic law, courts' activism with regards to the protection of rights, and the existence of a tradition of public interest law litigation. Who the predominant litigants are also depends on institutional variables: while litigants are often NGOs in India, South Africa, and most of Latin America, in other countries they tend to be state agencies such as public prosecutors (as will probably be the case in Brazil) or human rights ombudsman's offices (as is currently the case in the Philippines).

Given that the same set of variables has proved decisive to the judicialization of SERs, it is to be expected that a large percentage of climate cases will arise in the MICs in which courts have been particularly proactive in adjudicating SERs, such as South Africa, India, Pakistan, Brazil, Colombia, Indonesia, Argentina, and Costa Rica. The fact that several of these countries are already represented in the existing Global South docket of climate cases is not coincidental.

The Road Ahead: Transnational Litigation Across the South-North Divide

Peel and Lin and other analysts such as Joana Setzer and Lisa Benjamin should be praised both for having flagged the gap in documentation of climate litigation taking place in the Global South, and for contributing to filling it. Together with the growing literature on climate litigation in the Global North, these and other contributions hold out the prospect of a more balanced and empirically rich assessment of the ongoing, second wave of climate litigation from the viewpoint of comparative law.

In closing, I want to suggest that future research and practice needs to take two additional steps so as to address the unique features of the climate challenge. First, in order to match the planetary scale of the climate emergency and advance climate justice, research and litigation need to complement the comparative law framework (including South-North comparisons) with a focus on transnational litigation that cuts across national jurisdictions and the South-North divide. As a preliminary typology, I posit that transnational litigation includes three kinds of cases that merit systematic attention: (1) lawsuits before courts in the North that include Southern plaintiffs holding Northern governments and corporations accountable for climate harms in the Global South; (2) litigation in

[8] The following discussion is based on César Rodríguez-Garavito, *The Judicialization of Health Care*, *in* LAW AND DEVELOPMENT OF MIDDLE-INCOME COUNTRIES 246 (Randall Peerenboom & Tom Ginsburg eds., 2014).

Southern courts against Northern states or corporations for climate harms in the South; and (3) simultaneous, synchronized litigation in Northern and Southern courts against corporate or state actors from both regions (for instance, against carbon majors, that is, the state and private companies that have produced most fossil fuels).

Second, we need to complement the extant literature documenting climate rulings with efforts to assess the *impact* of litigation. In addition to having scholarly value, a new emphasis on impact would shed light on pressing practical questions. Given the unique challenge posed by climate change, what types of litigation efforts may contribute to attaining the urgency that, according to science, is needed for climate action to be timely and impactful? In tackling this type of question, we are well advised to take advantage of the lessons of three decades of research and practice on socioeconomic rights in the Global South, which has crucially included analysis of implementation and impact.[9]

[9] Varun Gauri & Daniel Brinks, Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World (2009); César Rodríguez-Garavito & Diana Rodríguez-Franco, Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South (2015).

Fonti: https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/7d58ae66/climate-change-litigation-update#autofootnote4; https://www.duegradi.eu/news/giustizia-climatica/