

4

Litigância climática no caso da Política do Estado de São Paulo: fundamentos a partir de análise comparada de mudanças climáticas

Climate litigation based on São Paulo climate Policy: comparative analysis

Kamyla Borges Cunha*

Fernando Rei**

Resumo: O artigo tem como tema a litigância climática no contexto brasileiro, em especial, como medida de efetivação da Política do Estado de São Paulo de Mudanças Climáticas (PEMC). O objetivo do artigo é avaliar a pertinência e a oportunidade de aplicação, para obrigar o Estado de São Paulo a implementar a PEMC, especificamente, no que toca à inserção de padrões de referência de emissão de gases de efeito estufa no âmbito do licenciamento ambiental-estadual, de argumentos jurídicos, como o dever de proteção do Estado, a correlação entre o enfrentamento das mudanças climáticas e os direitos humanos fundamentais e a causalidade complexa, adotados em ações bem-sucedidas de litigância climática do Direito Comparado. Para sua elaboração, adotou-se como metodologia o levantamento de referencial bibliográfico, trazendo, em especial, exemplos de três ações judiciais – Massachusetts *versus* EPA, Urgenda *versus* Holanda e Leghari *versus* Paquistão. Feito isso, avaliou-se como os argumentos consagrados nessas ações encontram respaldo na doutrina e na jurisprudência pátrias. Por fim, foi então analisado o caso da PEMC. O artigo conclui destacando que há respaldo no Direito brasileiro para uma ação judicial a demandar a obrigação de fazer perante o governo do

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestra e Doutora em Planejamento de Sistemas Energéticos pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Engenharia Mecânica da Universidade de Campinas (Unicamp). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Católica de Santos (Unisantos).

** Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Comunitário pela Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor em Direitos Fundamentais pela *Universidad Complutense de Madrid*, em Direito Internacional pela USP e em Direito do Estado/Direito Ambiental pela *Universidad de Alicante, Valência – Espanha*. Professor Titular de Direito Ambiental na Fundação Armando Álvares Penteado e Professor-Assistente no Programa de Doutorado em Direito Ambiental Internacional da Unisantos.

Estado de São Paulo, relativa à cominação dos padrões de referência para emissão de gases de efeito estufa.

Palavras-chave: Dever de proteção ambiental. Litigância climática. Política Estadual de Mudanças Climáticas.

Abstract: This paper focuses on climate litigation in the Brazilian context, in particular, as a measure to implement the Climate Change Policy of the State of São Paulo (PEMC). The purpose of the paper is to evaluate the pertinence and the opportunity of application, in order to oblige the State of São Paulo to implement the PEMC, specifically, as regards the insertion of greenhouse gases emissions standards in the environmental licensing process, of legal arguments such as the State's duty of care, the correlation between tackling climate change and fundamental human rights and complex causality, adopted in successful lawsuits issued in other countries. It was adopted as methodology the survey of bibliographic references, bringing, in particular, examples of three lawsuits – Massachusetts x EPA, Urgenda x Netherlands and Leghari x Pakistan. Once this has been done, it was evaluated how the arguments enshrined in these lawsuits find support in doctrine and in the jurisprudence of the country. Finally, the PEMC case was analyzed. The paper concludes by pointing out that there is support in Brazilian law for a legal action to demand the obligation to make before the Government of the State of São Paulo, regarding the emissions standards.

Keywords: Climate litigation. Environmental protection duty of care. State Policy on Climate Change.

Introdução

Apesar de o enfrentamento das mudanças climáticas no Brasil ter avançado nos últimos anos, ainda persiste a dificuldade de efetivação de muitas das políticas, medidas, planos e programas de mitigação e de adaptação estabelecidos. Esse é o caso, por exemplo, da (PEMC), de São Paulo (Lei n. 13.798/2009) a qual estabeleceu um conjunto de diretrizes para a mitigação e a adaptação em nível regional, definindo, aos entes da Administração Pública paulista direta e indireta, obrigações relacionadas à viabilização de instrumentos tais como: avaliação ambiental estratégica; zoneamento ecológico-econômico; registro público de emissões; indicadores de monitoramento da implantação da PEMC; plano de transporte sustentável, etc. Contudo, o estado atual

de implantação da PEMC revela-se incompleto, com instrumentos parcialmente operacionais, outros ainda sequer implementados ou até mesmo regulamentados.

Em várias partes do mundo, problemas de efetividade da governança climática semelhantes aos encontrados no Brasil têm ganhado os tribunais. É o que se denomina *litigância climática*. As referidas ações judiciais apresentam uma abordagem estratégica que extrapola os pedidos específicos de proteção dos direitos concretos nela inferidos, na medida em que buscam impor obrigações de efetivação de políticas públicas, opondo-se à omissão do Poder Público em implementar ações já previstas no arcabouço jurídico-institucional, ou até mesmo se contrapondo à ação insuficiente do Estado em garantir o enfrentamento das mudanças climáticas globais.

Dentre essas ações de *litigância climática*, podem ser destacados três casos do Direito Comparado: Massachusetts *versus* EPA (EUA); Urgenda *versus* Holanda; e Leghari *versus* Paquistão. Mais do que resultar em desdobramentos favoráveis à proteção climática, essas ações são consideradas emblemáticas por conta dos argumentos jurídicos adotados, com destaque para o reconhecimento da causalidade complexa na comprovação da responsabilidade dos réus pelos danos, associando-se esses, expressamente, ao conceito de risco; a teoria do dever de proteção do Estado; e a correlação entre mudanças climáticas e direitos humanos fundamentais.

Considerando o quanto exposto, o objetivo do presente artigo é avaliar qual é a aderência dos argumentos jurídicos adotados no Direito Comparado mencionado ao Direito pátrio, adotando-se como caso de estudo a insuficiente implantação da PEMC no Estado de São Paulo. Para tanto, adotou-se como metodologia a revisão de referencial bibliográfico, incluindo-se doutrina e jurisprudência.

De modo a cumprir o objetivo proposto, este artigo foi estruturado em duas partes: na primeira, optou-se por apresentar os casos do Direito Comparado escolhidos como referencial para a discussão; feito isso, passou-se a avaliar a viabilidade de uma ação judicial que tenha por escopo obrigar o Estado de São Paulo a implementar medidas necessárias à efetivação das diretrizes de mitigação das emissões de Gás

de Efeito Estufa (GEE) constantes da PEMC. Ao final, foram feitas algumas considerações a título de conclusão.

1 Direito Comparado

Na literatura internacional, a *litigância climática* tem sido associada a litígios climáticos que requerem do Poder Judiciário ou de instâncias administrativas, decisões que abordem questões, fatos ou normas jurídicas relacionadas, em sua essência, às causas ou aos impactos das mudanças climáticas.^{3, 4, 5, 6} Também se tem agregado à *litigância climática* uma abordagem estratégica, na medida em que essa vai além de permitir que indivíduos e instituições busquem atendimento a direitos específicos desrespeitados, passando, também, a contemplar objetivos como pressionar os governos para avançar nas medidas de governança climática, forçando-os a adotarem regulações pró-clima ou que aperfeiçoem as existentes, trazer para o Poder Judiciário discussões sobre os múltiplos níveis de políticas públicas em que se dá a governança, buscando clarificar em que medida é possível potencializar as esferas de cooperação e onde é preciso evitar sobreposições desnecessárias, pressionar as empresas para mudanças de comportamento em relação às suas responsabilidades e emissões, bem como ampliar o engajamento da opinião pública sobre o assunto.⁷

Dentre as estratégias de *litigância climática* adotadas, destaca-se aquelas que buscam, como resultado, impactos regulatórios positivos por meio da determinação de uma obrigação ao Poder Público de estabelecer norma relacionada à mitigação ou adaptação, ou de detalhar/aprimorar norma existente ou de tomar medidas para implementar

³ MARKELL, David; RUHL, J. B. An empirical assessment of climate change in the courts: a new jurisprudence or business as usual? *Florida Law Review*, v. 64, Issue 1, p. 17-86.

⁴ OSOFSKY, H. M. The continuing importance of climate change litigation. *Climate Law*, n. 1, p. 3-29, 2010.

⁵ PRESTON, Brian J. The contribution of the courts in tackling climate change. *Journal of Environmental Law*, v. 28, p. 11-17, 2016.

⁶ WILENSKY, M. *Climate change in the courts: an assessment of non-US climate litigation*. *Duke Environmental Law and Policy Forum*, v. XXVI, n. 131, 2015.

⁷ PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. *Climate change litigation: regulatory pathways to cleaner energy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

norma já estabelecida. Nessa tipologia, também se enquadram ações no sentido contrário, ou seja, que demandam do Poder Judiciário manutenção de regras existentes ou interpretações dessas menos condizentes com esforços de mitigação e/ou adaptação.⁸

Dentre os casos mais emblemáticos de litigância climática, que demandaram impactos regulatórios positivos, pode-se citar: *Massachusetts versus EPA*; *Urgenda Foundation versus The Netherlands*; e *Leghari versus Paquistão*.

1.1 Massachusetts versus EPA

Em 2007, o estado norte-americano de Massachusetts, juntamente com outros 11 governos estaduais, 3 cidadãos, 2 territórios e um conjunto de organizações da sociedade civil entraram com uma ação judicial contra a Agência de Proteção Ambiental (EPA) contra a negativa dessa em regular as emissões de GEEs no âmbito do art. 202 (a) (1) da Lei de Ar Limpo (*Clean Air Act*), o qual exige a especificação de limites de emissão de poluentes para veículos automotores.⁹

A ação chegou até a Suprema Corte dos EUA, cujo foco de análise centrou-se em identificar se era o caso de considerar os GEEs como poluentes atmosféricos, ou não, de modo a enquadrá-los dentro do regramento imposto pela Lei de Ar Limpo. Para tanto, a Suprema Corte seguiu como método a avaliação de três condições:¹⁰

- a) os autores da ação deveriam estar sofrendo um dano concreto e particularizado, real ou iminente;
- b) o dano deveria ser correlacionável com a ação ou omissão praticada pela ré; e
- c) deveria ser possível que o dano fosse reversível com uma decisão favorável.

⁸ *Idem*.

⁹ FAURE, Michael G.; NOLKAEMPER, Andre. *Analyses of issues to be addressed: climate change litigation cases*. Amsterdam: Friends of the Earth Netherlands: Milieudefensie, 2007.

¹⁰ PRESTON, Brian J. The influence of climate litigation on governments and private sector. *Climate Law*, v. 2, n. 4, p. 485-513, 2011.

A avaliação da Suprema Corte foi no sentido de confirmar que o Estado de Massachusetts estava na iminência de sofrer danos concretos, uma vez que poderia ter de arcar com os prejuízos do aumento dos níveis do mar e de tempestades na costa por força das mudanças climáticas. A mesma corte entendeu que a não limitação das emissões de GEEs dos veículos automotores, a maior fonte de emissão dos EUA, poderia intensificar a probabilidade de ocorrência do dano, e que, portanto, o controle das mesmas poderia contribuir para reverter o quadro de risco.¹¹

Ainda que a Suprema Corte tenha sustentado sua decisão com base no risco de ocorrência de danos concretos ao Estado de Massachusetts, em especial no que toca ao aumento dos níveis do oceano, usou, para tanto, um conjunto probatório bastante amplo, fundado em diversos estudos científicos que apontavam à correspondência entre o crescimento das emissões de GEEs, o aumento da temperatura média da superfície terrestre e a consequente elevação dos oceanos.

Como pontuam Byers *et al.*,¹² esse posicionamento abriu caminho para a aceitação da causalidade *geral*, a qual passou a fundamentar várias ações judiciais que se sucederam, definindo-a como:

General causation is considered an *objective* inquiry, and is often established through statistical, probabilistic, and epidemiological studies. For example, in toxic tort cases such as those involving Agent Orange, plaintiffs relied upon scientific data demonstrating the association between exposure to the substance and health problems as evidence of general causation. In the context of a climate damages case, for example, statistical models found in studies such as those released by the United Nations' Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) could be used to demonstrate that greenhouse gas emissions *could have* caused a rise in sea-levels and consequent property damage.¹³

¹¹ *Idem*.

¹² BYERS, Michael; FRANKS, Kelsey; KAGE, Andrew. The internationalization of climate damages litigation. *Washington Journal of Environmental Law & Policy*, v. 7, n. 2. p. 265-319, 2017.

¹³ BYERS, Michael; FRANKS, Kelsey; KAGE, Andrew. The internationalization of climate

Ao trazer fundamentos que permitiram uma discussão sobre o conceito de causalidade, o caso Massachusetts *versus* EPA amplia as possibilidades de acionamento judicial do Estado por falhas no seu dever de proteção. Não à toa é considerado, por Alberto e Mendes¹⁴ (2019) como um caso de litígio estrutural.

1.2 Urgenda *versus* governo da Holanda (Ministério de Infraestrutura e Meio Ambiente)

Urgenda, uma organização da sociedade civil, ajuizou ação contra o Governo da Holanda, na pessoa do Ministério de Infraestrutura e Meio Ambiente, com o pedido para que o Poder Judiciário do país impusesse a obrigação de reduzir ou garantir a redução das emissões de GEEs da Holanda em 40% até 2020 ou, ao menos, 25% comparado com os níveis de 1990. Alternativamente, pediu-se que as reduções chegassem a 40% em 2030 comparadas a 1990. Trata-se de um pedido que imporia uma meta mais ambiciosa do que aquela assumida formalmente pelo governo da Holanda, o qual havia se comprometido, no âmbito de suas obrigações com a União Europeia, a contribuir para a redução do bloco em 20% até 2020, o que levaria a um compromisso de redução do país em torno de 17% até 2020 em comparação com 1990.¹⁵

Em exemplo claro de causalidade geral, a fundamentação da ação judicial baseou-se em considerações científicas e técnicas retiradas dos relatórios do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC) e de entidades científicas públicas e privadas holandesas, as quais demonstravam: 1) as evidências das mudanças climáticas; 2) o papel das emissões antrópicas; 3) os cenários de emissão e os impactos previstos; e 4) as projeções de orçamento (*budget*) de emissões feitas para grupos de países. Os dados trazidos corroboravam a tese de que

damages litigation. *Washington Journal of Environmental Law & Policy*, v. 7, n. 2, p. 279-280, 2017.

¹⁴ ALBERTO, M. A. M.; MENDES, C. H. Litigância climática e separação de poderes. In: SETZER, J.; CUNHA, K.; BOTTER FABRI, A. *Litigância climática: novas fronteiras para o Direito Ambiental no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 117-138.

¹⁵ LAMBRECHT, J.; ITUARTE-LIMA, C. Legal innovation in national courts for planetary challenges: Urgenda v State of the Netherlands. *Environmental Law Review*, v. 18, p. 57-64, 2016.

os compromissos assumidos pela Holanda não seriam suficientes para a proteção adequada dos cidadãos do país e de fora dele.¹⁶

Como fundamento de direito, os advogados da Urgenda levantaram: 1) obrigações legais assumidas pelo país no nível internacional, destacando cada um dos tratados e normas internacionais, desde a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), até mesmo o Plano de Ação de Bali; 2) obrigações assumidas no âmbito do arcabouço legal-regional, em especial as diretivas europeias de proteção do meio ambiente e de proteção do clima; 3) os direitos fundamentais tutelados na Constituição do país; e 4) normas legais sobre mitigação da emissão de GEEs.¹⁷

O governo da Holanda conduziu sua defesa alegando que os compromissos assumidos estavam condizentes com as diretrizes internacionais, constitucionais e legais previstas no arcabouço jurídico acionado. Alegou, também, que a emissão do país era pequena se comparada com a de outras nações e que, portanto, trata-se de uma obrigação comum a ser buscada em cooperação internacional. Argumentou que o governo da Holanda, em si, não é responsável pela emissão e, portanto, não poderia assumir obrigação por reduzi-las. Por fim, alegou que a decisão quanto às medidas de mitigação conferidas à Holanda seriam de competência discricionária do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário arbitrar as condições ideais de mitigação a que o Estado deveria enquadrar-se.¹⁸

A decisão da Suprema Corte holandesa veio em 2015 e foi favorável à Urgenda, tornando o governo da Holanda responsável por reduzir ou fazer reduzir a emissão de gases do país em, no mínimo, 25% até 2020 em comparação a 1990. Para tanto, entendeu que, no caso holandês, a separação entre os poderes não é tão clara, permitindo às cortes judiciais avaliar o atendimento, ou não, dos direitos fundamentais, como era o caso. Considerou, também, que o governo da Holanda não havia conseguido comprovar a impossibilidade de assumir metas mais ambiciosas de mitigação ou mesmo de demonstrar ter o país um papel

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

menor de redução da emissão.¹⁹

Conforme pontuam Estrin,²⁰ Banda e Fulton,²¹ Peel e Osofsky,²² e Spitzer e Burtscher,²³ o caso *Urgenda versus* governo da Holanda foi considerado um marco para a *litigância climática*, na medida em que fortaleceu a flexibilização da comprovação da causalidade, corroborando o caminho aberto no caso *Massachusetts versus* EPA de aceitação do acúmulo científico existente, ainda que não exatamente específico ao caso concreto. No caso de *Urgenda*, avançou-se na direção de reconhecer a base científica desenvolvida pelo IPCC. Além disso, esse caso consagrou a teoria do dever de proteção ambiental do Estado, correlacionando, de forma explícita, as mudanças climáticas globais aos direitos humanos fundamentais.

1.3 Leghari *versus* Paquistão

A correlação entre mudanças climáticas e direitos humanos fundamentais não foi usada apenas no caso *Urgenda*. Ao contrário, como pontuam Peel e Osofsky,²⁴ esse tem sido um dos principais fundamentos adotados nas crescentes ações de *litigância climática* ao redor do mundo. Parte-se do pressuposto de que os impactos das mudanças climáticas ocasionarão sérias agressões ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, particularmente porque coloca em risco as condições de saúde, segurança territorial e alimentar.

O caso *Leghari versus* Paquistão evidencia um bom exemplo de aplicação dessa teoria. Em 2015, um agricultor entrou com uma ação

¹⁹ ELAW. *Urgenda Foundation versus The State of Netherlands*. Disponível em: <https://elaw.org/nl.urgenda.15>. Acesso em: 2 nov. 2017.

²⁰ ESTRIN, David. *Limiting dangerous climate change: the critical role of citizen suits and domestic courts: despite the Paris Agreement*. Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2016.

²¹ BANDA, Maria L.; FULTON, Scott. Litigating climate change in national courts: recent trends and developments in global climate law. *Environmental Law Reporter*, v. 2, p. 20-34, 2017.

²² PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2018.

²³ SPITZER, Martin; BURTSCHER, Bernhard. Liability for Climate Change: cases, challenges and concepts. *Journal of European Court Law*, v. 2017, issue 2, 2017.

²⁴ PEEL; OSOFSKY, *op. cit.*, v. 7, n. 1, p. 37-67, 2018.

judicial contra o governo do Paquistão alegando omissão e atraso por parte desse na implementação da Política Nacional de Mudanças Climáticas e no enfrentamento das vulnerabilidades associadas às mudanças do clima, condutas, essas, que violavam seus direitos fundamentais constitucionalmente protegidos à vida e à dignidade. A ação trouxe argumentos que ligavam as mudanças climáticas ao risco de inundações, perda de condições de pesca, etc. Solicitou, assim, a determinação de obrigações ao governo para a imediata implantação das diretrizes previstas na referida política de mudanças climáticas.²⁵

A corte responsável pela ação acatou o pedido feito, decidindo pela definição, em todos os órgãos governamentais envolvidos na ação judicial, de uma pessoa responsável por atuar juntamente com o Ministério de Mudanças Climáticas para implementar as diretrizes da Política Nacional de Mudanças Climáticas (PNMC). Essas pessoas também deveriam atuar como pontos focais perante a corte para fins de mantê-la informada sobre as medidas em andamento com o fim de cumprimento da determinação feita. A corte também determinou a criação de uma comissão, formada por representantes de órgãos do governo, especialistas técnicos e organizações da sociedade civil, para monitorar a implantação da PNMC.²⁶

2 Direito pátrio e o caso da Política do Estado de São Paulo de Mudanças Climáticas (PEMC)

A PEMC foi promulgada em 2009 como o arcabouço jurídico e institucional para a tutela das ações em mitigação e adaptação às mudanças climáticas no Estado de São Paulo. Na perspectiva da governança climática, sua força reside não apenas no protagonismo com que foi conduzida à época de sua discussão, entre 2008 e 2009, como também no fato de que a PEMC serviu de inspiração para iniciativas semelhantes em outros estados da federação.²⁷

²⁵ *Idem*.

²⁶ ELAW. *Asghar Leghari versus Pakistan Federatiob*. Disponível em: https://elaw.org/PK_AsgarLeghari_v_Pakistan_2015. Acesso em: 2 nov. 2017.

²⁷ CUNHA, K. B.; REI, F. C. F.; WALTER, A. Sub-National climate-friendly governance initiatives in the developing world: a Case Study of the State of São Paulo, Brazil. *In*:

Ao longo de 19 seções, a PEMC estabelece os princípios, as definições, os objetivos, as diretrizes e os instrumentos aplicáveis à mitigação e à adaptação às mudanças do clima no contexto paulista. Ao analisar tais instrumentos, a estratégia adotada foi direcioná-los conforme as áreas mais relevantes, seja da perspectiva das emissões, como os transportes (prevendo a seção XII – Transportes Sustentáveis), seja da prevenção de impactos (estabelecendo a seção XIV – Planejamento Emergencial Contra Catástrofes). A PEMC também se diferencia de outras políticas ambientais na medida em que estabelece metas para o governo do Estado de São Paulo, a começar pela de redução global de sua emissão de CO₂ em 20% em relação a 2005 em 2020.

A PEMC foi regulamentada pelo Decreto n. 55.947/2010, que detalhou os mecanismos pelos quais o governo do Estado deveria implementar as diretrizes e concretizar os instrumentos nelas previstos.

Dentre os mecanismos de implantação da PEMC, tanto o texto da lei quanto o decreto regulamentador estabeleceram obrigações específicas aos órgãos da Administração Pública direta e indireta do Estado de São Paulo, inclusive, definindo, para alguns casos, prazos para seu cumprimento.

Para a concretização das obrigações de atribuição da Secretaria do Meio Ambiente e órgãos vinculados, foi editada a Resolução da Secretaria de Estado do Meio Ambiente de 5 de janeiro de 2012, por meio da qual se detalharam que medidas deveriam ser conduzidas e por quais órgãos, diretorias e/ou departamentos.

Passados quase 15 anos desde a promulgação da PEMC, e mesmo tendo havido o esforço de regulamentação da lei, muitos de seus dispositivos ainda não foram plenamente operacionalizados.

Dentre eles, vale destacar a inserção de padrões de referência de emissão de GEEs no licenciamento ambiental. A PEMC foi bastante clara ao exigir que a finalidade climática fosse incorporada nesse instrumento e em suas bases de dados, conforme reza o art. 15. O mesmo dispositivo vai mais longe e chega a especificar que a “redução

BROUSSEAU, E.; DEDEURWAERDERE, T.; SIEBENHÜNER, B. *Reflexive governance for global public goods*. Stuttgart, MIT Press, 2012.

na emissão de gases de efeito estufa deverá ser integrada ao controle da poluição atmosférica e ao gerenciamento da qualidade do ar e das águas, instrumentos pelos quais o Poder Público impõe limites à emissão de contaminantes locais” (§ 1º).

O art. 15 da PEMC foi regulamentado pelo Dec. n. 55.947/2010, por meio dos arts. 32, 33 e 34, aqui transcritos:

Art. 32 – No processo de licenciamento ambiental de obras, de atividades e de empreendimentos de grande porte ou alto consumo energético, deverão ser observados os efeitos e as consequências às mudanças climáticas.

§ 1º – O licenciamento ambiental poderá estabelecer limites para a emissão de gases de efeito estufa, tendo por base as metas global e setoriais, após estas serem definidas.

§ 2º – Caberá a CETESB, por meio de norma própria, a elaboração e divulgação dos novos procedimentos de licenciamento ambiental, visando ao atendimento das metas global e setoriais, após esta serem definidas, ouvido o Comitê Gestor.

§ 3º – A CETESB poderá definir critérios de compensação de emissões de gases de efeito estufa no processo de licenciamento ambiental, para fins de instituição de mecanismos adicionais de troca de direitos obtidos.

§ 4º – Os mecanismos a que alude o parágrafo anterior deverão ser mensuráveis, reportáveis e verificáveis, sem contudo necessariamente estarem vinculados às regras do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo do Protocolo de Quioto.

§ 5º – O Anexo II deste decreto contém o potencial de efeito estufa para o efeito de conversões e compensações de emissão.

§ 6º – A compensação de emissões de gases de efeito estufa admitirá abatimentos por projetos e atividades realizados fora dos limites territoriais do Estado de São Paulo, para fins de mecanismos adicionais de troca de direitos obtidos.

Art. 33 – Deverão ser observadas no processo de licenciamento ambiental as recomendações das Avaliações Ambientais Estratégicas aprovadas pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente e dos Zoneamentos Ecológico-Econômicos vigentes.

Parágrafo único – Nestes casos, as obras, atividades e

empreendimentos que forem contemplados nas Avaliações Ambientais Estratégicas poderão ser submetidos a procedimentos de licenciamento ambiental simplificados, a serem definidos pela CETESB por norma própria, ouvido o CONSEMA.

Art. 34 – A CETESB deverá estabelecer, por meio de norma própria, os padrões de referência de emissão de gases de efeito estufa medidos em toneladas de CO₂ equivalente, que deverão ser referendados pelo Comitê Gestor.

A Resolução de 5 de janeiro de 2012 da Secretaria de Meio Ambiente ordenou à Cetesb a tarefa de estabelecer padrões de referência de emissão de GEEs previstos no art. 34 do Decreto supramencionado. Em cumprimento a essa atribuição, foi criado um grupo de trabalho, subdividido em cinco subgrupos, sendo que três deles tiveram como objetivo avaliar e propor meios para a concretização, no âmbito do licenciamento ambiental-estadual, das diretrizes impostas pela PEMC e no seu decreto regulamentador:

- a) Subgrupo C, criado para propor critérios de compensação da emissão, nos termos do art. 32, §§ 3º a 6º do Dec.;
- b) Subgrupo D, com o objetivo de propor os padrões de referência, tais quais previstos no art. 34 do Dec.; e
- c) Subgrupo E, com a finalidade de proposição de novos procedimentos para inclusão da componente climática no licenciamento ambiental.

Como resultado do trabalho do Subgrupo C, chegou-se a propor um mecanismo de compensação para atividades sujeitas a licenciamento, baseado na geração de créditos a partir de três hipóteses: i) quando empreendimentos sujeitos à obrigação de redução da emissão alteram o processo produtivo ou encerram as atividades; ii) quando empreendimentos, obrigados a reduzir a emissão devido ao cumprimento de metas estabelecidas, reduzirem emissões que superarem suas metas; e iii) quando atividades que não estiverem obrigadas a atender às metas, reduzirem a emissão, desde que a implantação das medidas de redução ou absorção sejam analisadas pelo órgão competente e consideradas

válidas. Porém, a viabilização da compensação ainda precisava passar pela definição sobre quais setores deveriam enquadrar-se na obrigação de reduzir a emissão de GEEs, quais os volumes a serem reduzidos e a periodicidade de redução, assuntos, esses, que não avançaram.

O Subgrupo D tomou como piloto a análise dos setores de vidro, cimento, ferro, aço e negro de fumo, chegando a propor valores de referência para cada um. O grupo também recomendou a melhoria da base de dados para aprimoramento dos resultados encontrados e a inclusão de valores para outros setores relevantes à emissão de GEEs, notadamente, papel e celulose, indústria química e petroquímica e refino de petróleo, o que não foi feito.

Os resultados dos trabalhos desses subgrupos foram apresentados e acolhidos em Decisão da Diretoria da Cetesb n. 068/2014/V/I, de 25 de março de 2014. Desde então, contudo, não se viu nenhum efeito prático desses esforços.

O trabalho do Subgrupo E chegou a ser reforçado pela Resolução Cetesb n. 77/2012, que exigiu a elaboração de uma

minuta de norma própria acerca do processo de licenciamento ambiental de obras, atividades e empreendimentos de grande porte ou de alto consumo energético, na conformidade do disposto no artigo 32 e § 2 do Decreto n. 55.947, de 2010, e das metas global e setoriais definidas pelo Comitê Gestor, como estabelece o § 2º do citado artigo.

Não se tem notícia, porém, dessa minuta.

A questão que se levanta é se caberia usar os argumentos da causalidade geral, do dever de proteção do Estado e da correlação com os direitos humanos fundamentais, trazidos pelo Direito Comparado, como fundamento para eventual medida judicial conta o governo do Estado de São Paulo, com pedido de imposição de obrigação de fazer relativa à efetivação dos padrões de referência para emissão de GEEs no licenciamento ambiental paulista. Para tanto, o primeiro passo é avaliar como o Direito brasileiro incorporou tais argumentos, e o segundo é trazer essa análise para o caso *in concreto*. Vejamos.

2.1 Direitos fundamentais e mínimo existencial ecológico

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o art. 225, atribuiu ao meio ecologicamente equilibrado um papel de condicionante à sadia qualidade de vida, e, portanto, da integridade da dignidade da pessoa humana, razão pela qual a doutrina o associa a um direito fundamental. Nas palavras de Fensterseifer, lê-se:

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são pacíficas no sentido de reconhecer o direito ao ambiente como integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, constante da Carta Magna de 1988. Na medida em que integra a Constituição formal (art. 225), mesmo que não inserido expressamente no catálogo dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o direito ao ambiente se trata de um direito formal e materialmente fundamental. A despeito de não estar previsto no Título II da Constituição, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que é atribuído ao direito ao ambiente fundamentalidade material.²⁸

Ao condicionar a dignidade da pessoa humana ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a doutrina tem avançado no conceito de mínimo existencial ecológico.^{29, 30} Segundo explica Garcia,³¹ essa qualificação traz duas principais implicações: a primeira, o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e a segunda, o direito de exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo, o que, por sua vez, fundamenta o dever de proteção do Estado, a ser detalhado adiante. Canotilho³² acrescenta o direito-dever dos cidadãos e da sociedade

²⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. *A dimensão ecológica da dignidade humana*: as projeções normativas do direito (e dever) fundamental ao ambiente no Estado Socioambiental de Direito. 2007. 320 f. Dissertação (Mestrado em Instituições de Direito do Estado) – Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, 2007.

²⁹ *Idem*.

³⁰ GARCIA, Denise S. S. Mínimo existencial ecológico: a garantia constitucional a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável. *Jurídicas*, n. 1, v. 10, p. 31- 46, 2013.

³¹ *Idem*.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. 1, VIII, n. 13, p. 7-18, 2010.

civil de defender os bens e direitos ambientais.

A teoria do mínimo existencial ecológico tem encontrado eco na Jurisprudência pátria. A esse respeito, cabe mencionar o RESP 835.558/SP, tendo como relator o ministro Luiz Fux:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAR CRIMES AMBIENTAIS COM BASE NA RELAÇÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS + CONCEITO DE CORRELAÇÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS COMO MÍNIMO EXISTENCIAL. Impende destacar, dentre estas hipóteses, a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento das “causas relativas a direitos humanos”, incluída pela Emenda Constitucional 45/2004 no texto constitucional (art. 109, V-A). Deveras, nas hipóteses de graves violações de direitos humanos, passou-se a admitir que “o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal” (art. 109, § 5º, CF/88). É indene de dúvidas que as violações ambientais mais graves, que temos recentemente testemunhado não apenas no plano internacional mas, também, em nosso próprio país, podem repercutir de modo devastador na esfera dos direitos humanos e fundamentais de toda uma comunidade. No magistério especializado de Édis Milaré, o mínimo existencial ecológico seria essencial à preservação da integridade física, moral e intelectual das pessoas, razão pela qual constituiria direito fundamental personalíssimo, uma vez que está interligado com a própria dignidade da pessoa humana (MILARÉ, Édis. *Direito ao ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 136). Consectariamente, é inegável que graves violações ambientais podem constituir, a um só tempo, graves violações de direitos humanos, máxime se considerarmos que o núcleo material elementar da dignidade humana, conforme lição

acadêmica do Ministro Luís Roberto Barroso, “é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”.

Para Canotilho³³ o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental deve ser interpretado de forma ampla, já que é direito condicionante da vida das presentes como também das *futuras gerações*. Esse autor reforça um dever constitucional de solidariedade entre gerações e, para além disso, consagra a prevenção e a precaução como princípios norteadores da aplicação do Direito Ambiental Constitucional.

Com a prevenção e, mais ainda, com a precaução, a noção de dano ambiental é ampliada, já que o risco passa a ser considerado elemento para configuração do mesmo.³⁴ Esse entendimento está na base para a relativização da causalidade, como se verá no item 2.3.

2.2 Violação do dever de proteção ambiental

Tomando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como mínimo existencial ecológico, o Direito brasileiro tem acatado a teoria do dever de proteção ambiental do Estado.³⁵ Mirra esclarece:

Sendo o meio ambiente, *res omnium*, propriedade de toda a coletividade, o Estado obriga-se, enquanto estrutura tendente a assegurar a coesão social, dentro dos limites que lhe são confiados (entenda-se a legalidade), a atuar, estabelecendo freios à atividade individual e assegurando a defesa do bem

³³ *Idem*.

³⁴ AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do; RICETTO, Pedro Henrique Arcain. Responsabilidade Civil e Sustentabilidade: normatividade em prol do meio ambiente. *Sequência*, n. 75, p. 105-128, abr. 2017.

³⁵ BITTENCOURT, D. R.; MARCONDES, R. K. Lineamentos da responsabilidade civil ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 68. (Coleção doutrinas essenciais, 5).

“de uso comum do povo”. Perceba-se que o constituinte, além de impor um dever genérico de defesa, determinou ao Estado a adoção de providências mínimas para a efetivação plena do direito ao meio ambiente.³⁶

Herman Benjamin³⁷ reforça ao menos dois efeitos decorrentes do dever de proteção do Estado por força do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

- a) a imposição da intervenção estatal para a proteção ambiental: “em face da exploração dos recursos naturais, a ausência do Poder Público, é que demanda cabal justificativa, sob pena de violação do dever inafastável de (prontamente) agir e tutelar”;³⁸ e
- b) a redução da discricionariedade administrativa, impondo ao Poder Público um comportamento pró-ambiente, “abrindo ao cidadão a possibilidade de questionar ações administrativas que de forma significativa prejudiquem os sistemas naturais e a biodiversidade”.³⁹

O dever de proteção ambiental do Estado encontra respaldo na teoria do respeitado jurista Canotilho, para quem vigora a responsabilidade de longa duração do Poder Público:

[...] 15. Em termos jurídico-constitucionais, ela implica, desde logo, a obrigatoriedade de os Estados (e outras constelações políticas) adotarem medidas de protecção ordenadas à garantia da sobrevivência da espécie humana e da existência condigna das futuras gerações. Neste sentido, medidas de protecção e de prevenção adequadas são todas aquelas que, em termos de precaução, limitam ou neutralizam a causação de danos ao ambiente, cuja irreversibilidade total ou parcial gera efeitos, danos e desequilíbrios negativamente perturbadores da sobrevivência condigna da vida humana (responsabilidade

³⁶ MIRRA, A. L. V. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 68. (Coleção doutrinas essenciais, 1).

³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁸ *Ibidem*, p. 100.

³⁹ *Ibidem*, p. 101.

antropocêntrica) e de todas as formas de vida centradas no equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas naturais ou transformados (responsabilidade ecocêntrica). 16. A responsabilidade de longa duração pressupõe a obrigatoriedade não apenas de o Estado adoptar medidas de protecção adequadas mas também o dever de observar o princípio do nível de protecção elevado quanto à defesa dos componentes ambientais naturais.⁴⁰

Como esclarecem Sarlet e Fensterseifer,⁴¹ o dever de protecção atribuído ao Estado situa-se no âmbito da dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, na medida em que implica, ao mesmo tempo, a proibição do excesso de intervenção, por um lado, e a proibição de insuficiência de protecção, por outro. No primeiro caso, há que se tomar o cuidado na proporcionalidade com que a protecção ambiental permite a interferência nos direitos fundamentais (como o de propriedade). No segundo caso, deve-se garantir que o Estado não se omita ou não atue de forma insuficiente no seu dever de tutela ambiental. Esses autores vão mais além, admitindo que

[...] a não atuação (quando lhe é imposto juridicamente agir) ou a atuação insuficiente (de modo a não proteger direito fundamental de modo adequado e suficiente), no tocante a medidas legislativas e administrativas voltadas ao combate às causas geradoras da degradação do ambiente, pode ensejar até mesmo a responsabilidade do Estado, inclusive no sentido de reparar os danos causados a indivíduos e grupos sociais afetados pelos efeitos negativos dos danos ambientais.⁴²

Wolmer e Paulitsch⁴³ vão além ao admitir que a omissão estatal

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. VIII, n. 13, p. 7-18, 2010.

⁴¹ SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Breves considerações sobre os deveres de protecção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais, 1).

⁴² *Ibidem*, p. 871. (Coleção doutrinas essenciais, 1).

⁴³ WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do poder judiciário. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 18, n. 2, p. 256-268, p. 264, maio/ago 2013.

em implementar políticas públicas ambientais, ao violar seu dever de proteção, justifica a atuação do Poder Judiciário. Os autores consideram que, por ter natureza de direito fundamental, a norma ambiental é vinculante e, portanto, imperativa. A omissão estatal deve, com isso, ser objeto de análise do Poder Judiciário, o que não se configuraria como intervenção indevida desse nas políticas públicas, mas tão somente a determinação para cumprimento de um dever legalmente definido.

2.3 Causalidade

Segundo explica Pazzaglini Filho,⁴⁴ a violação do dever constitucional de proteção ambiental por parte do Poder Público é suficiente para ensejar a responsabilidade civil do Estado perante os particulares lesados, demandando a reparação do dano ambiental causado ou que venha a ser causado. Para o mesmo autor, cabe, igualmente, a responsabilidade administrativa e, por vezes, também a penal do agente público responsável pela má gestão ambiental.

Herman Benjamin lembra que a responsabilidade civil do Estado, nos casos de violação do dever de proteção ambiental, encontra respaldo constitucional, ao afirmar que

o constituinte não apenas, de maneira direta, determinou a responsabilização civil – assim como a criminal e administrativa – do poluidor como ainda reforçou, de forma substancial, esse dever de reparar, ao a) prever um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) ao caracterizar o meio ambiente, no plano de sua apropriação, como bem de uso comum do povo; e c) na sua função social, como essencial à sadia qualidade de vida. Mas não só, a defesa do meio ambiente deixa de ser faculdade e transforma-se num “dever” irrecusável, tanto do Poder Público, como da coletividade, tutela essa que se faz em nome da geração presente, mas igualmente das futuras.⁴⁵

⁴⁴ PAZZAGLINI FILHO, M. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 69. (Coleção doutrinas essenciais, 1).

⁴⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: MILARÉ,

E é na seara da responsabilização civil que a causalidade ganha importância. Segundo bem explica Cahali,⁴⁶ a responsabilidade objetiva do Estado encontra-se completamente fora do conceito civilista de culpa, situando-se no campo do Direito Público. O autor chega a discorrer sobre as teorias que tentam enquadrar a responsabilidade do Estado – risco integral, culpa administrativa, irregularidade no funcionamento do serviço público – para demonstrar que, em realidade, a identificação da responsabilidade do Estado deve desviar-se da análise da culpa e seus meandros, e se voltar à causalidade. É essa o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

O fato de a causalidade ser o fundamento da responsabilidade civil objetiva do Estado, contudo, não afasta a complexidade do tema, principalmente considerando que, na maior parte dos casos ambientais, ocorre uma multiplicidade de fatores, níveis e interações que se estabelecem entre a causa e seus efeitos. É o que Herman Benjamin denomina “causalidade complexa”, pela qual não importa a comprovação exata do nível de contribuição do autor para o dano, mas apenas que houve sua contribuição para sua ocorrência.

Nas palavras do autor,

trata-se de um fenômeno também denominado de “causalidade complexa”. Complexidade que advém da interação entre mau funcionamento técnico ou tecnológico, erro humano e procedimentos de segurança inadequados, o que cria enormes dificuldades em termos de causalidade, pois raramente há um único responsável. Mais especificamente, podemos asseverar que a danosidade ambiental – como de resto, todo o universo dos chamados danos de exposição massificada (*mass exposure torts*) – apresenta dois problemas distintos de causalidade. Primeiro, é com frequência de difícil determinação ou, pior, indeterminável, qual, entre as tantas possíveis fontes de poluição da mesma substância, causou efetivamente o dano ambiental. Aqui cuida-se da

E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 112. (Coleção doutrinas essenciais, 5).

⁴⁶ CAHALI, Y. S. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

comprovação da “relação causal entre fonte e dano” (= identificação, entre os vários possíveis agentes, daquele cuja ação ou omissão está em conexão com o dano). O fato de muitas dessas substâncias não serem sequer visíveis ou perceptíveis pelos sentidos comuns, o caráter sorrateiro e inconsciente da exposição e o longo período de latência, tudo contribui para que a identificação do autor seja um objetivo remoto, nem sempre podendo o autor afirmar, com certeza, onde e quando a exposição ocorreu. Em segundo lugar e bem mais comum, está a questão da determinação da origem do dano ambiental ou dos males que a vítima apresenta. Raramente, só um agente tóxico é a única fonte de um dado dano ambiental ou doença. Aqui, já não se cuida de identificar a substância ou atividade, dentre as várias possíveis, que poderia, em tese, provocar aquele dano. Neste segundo estágio, o que se quer saber é se aquela substância ou atividade particular, previamente identificada, foi mesmo causa efetiva do prejuízo: é a verificação do “nexo causal entre substância perigosa ou tóxica e dano” (= identificação do *modus operandi* da causação do dano pela conduta do agente). Complexidade causal essa que não torna menor para o poluidor o dever de reparar os danos causados. A exclusividade, a linealidade, a proximidade temporal ou física, o concerto prévio, a unicidade de condutas e de resultados, nada disso é pressuposto para o reconhecimento do nexo causal no sistema especial da danosidade contra o meio ambiente, sequer mesmo no regime clássico da responsabilidade civil. O Direito brasileiro, especialmente após a Constituição Federal de 1988 (“é dever de todos...”), não admite qualquer distinção – a não ser no plano do regresso – entre causa principal, causa acessória e concausa. Têm plena razão Nelson Nery Júnior e Rosa Maria B. B. de Andrade Nery ao afirmarem que “seja qual for a participação de alguém na causação de um dano, há, para ele, o dever de indenizar”, respondendo pela totalidade do dano, ainda que não o tenha causado por inteiro.⁴⁷

⁴⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais, 5).

Como avaliar a ocorrência do dano ambiental? Tartuce⁴⁸ esclarece que o art. 225, § 3º, ao encampar o princípio do poluidor-pagador, sagrou o entendimento de que não há quaisquer direitos à poluição, mas, sobretudo, uma obrigação de se evitar o dano ao meio ambiente, num sentido de prevenção ou precaução. Portanto, a responsabilidade também ocorre nos casos em que era de se aplicar a precaução. Nas palavras de Weddy,⁴⁹ “não há nesse ponto como o Estado agir discricionariamente: havendo risco de dano e incerteza científica, o princípio da precaução deve ser aplicado, sob pena de responsabilização estatal no caso da ocorrência de danos ao meio ambiente”.

A responsabilidade, no caso de desrespeito ao princípio da precaução, surge na medida em que, diante da ameaça de danos sérios ao meio ambiente, mesmo havendo incerteza científica quanto ao nexo causal entre a atividade e seus efeitos, não foram tomadas as medidas necessárias para impedir sua ocorrência.⁵⁰ Esse também é o entendimento de Amaral e Ricetto,⁵¹ Leite e Melo,⁵² Barghouti⁵³ e Souza *et al.*⁵⁴

A ideia de causalidade complexa defendida por Herman Benjamin conversa com causalidade geral acatada pelo Poder Judiciário nos casos Massachusetts *versus* EPA, Urgenda *versus* Holanda e Leghari *versus* Paquistão. O denominador comum reside na flexibilização da comprovação da relação de efeito específico e concreto entre a ação/

⁴⁸ TARTUCE, F. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

⁴⁹ WEDDY, G. *A responsabilidade do Estado por dano ambiental e a precaução*. Consultor jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-30/gabriel-wedy-responsabilidade-estado-dano-ambiental>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁵⁰ HAMMERSCHMIDT, D. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no Direito Ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais, 1).

⁵¹ AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do, RICETTO, Pedro Henrique Arcain. Responsabilidade Civil e Sustentabilidade: normatividade em prol do meio ambiente. *Sequência*, n. 75, p. 105-128, abr. 2017.

⁵² LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. *Sequência*, n. 55, p. 195-218, dez. 2007.

⁵³ BARGHOUTI, Carmen Luiza Rosa Constante. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental futuro*. 2016. Monografia (Especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional) – Faculdade de Direito da UFRGS. 2016.

⁵⁴ SOUZA, Leonardo da Rocha de; HARTMANN, Débora; SILVEIRA, Thaís Alves da. Dano ambiental e a necessidade de uma atuação proativa da Administração Pública. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 343-373, jul./dez. 2015.

omissão e o dano, pelo reconhecimento da complexidade inerente às mudanças climáticas. Para suprir a necessidade de correlação entre a conduta do Estado e os efeitos no meio ambiente, assumiu-se o risco como elemento central, comprovando-o por meio de farta documentação técnico-científica.

2.4 Responsabilidade do Estado de São Paulo

A Lei n. 13.13.789/2009, que institui a PEMC, sela o compromisso do Estado em face dos desafios das mudanças climáticas e, para tanto, detalha, como explicado no item 2.1.1, um conjunto de mecanismos específicos atribuídos aos órgãos da Administração Paulista direta e indireta. Por seu turno, também não se pode negar que a própria PEMC, por sua natureza de política pública (*policy*), exige do Estado, no seu dever regulamentador, uma série de comandos, sem a qual, torna-se letra morta, vazia de efetividade e efeitos concretos.

O restrito espaço de discricionariedade dado ao Poder Público no cumprimento de seu dever de proteção ambiental foi cumprido na medida em que promulgou a PEMC e, por meio dela, orientou o modo como o enfrentamento das mudanças climáticas no Estado de São Paulo deve se dar. A partir daí, compete ao Poder Público seguir as orientações estabelecidas nessa política. E, como mencionado, o compromisso de mitigação da emissão de GEEs reconhecido pelo Estado de São Paulo foi traduzido no estabelecimento de obrigações de proteção específicas a diferentes entes estatais, com destaque para a de inserir padrões de referência de GEEs no licenciamento ambiental, atribuída à Cetesb (PEMC, art. 15, Dec. n. 55.947/2010, arts. 32, 33 e 34).

Contudo, o que se vê é que, passados quase 10 anos da promulgação da lei estadual, o Poder Público, justamente o ente a deter o poder-dever de proteção, tem falhado em sua plena função de implementação dos ditames da PEMC, omissão, essa, a contribuir para o agravamento do risco climático.

É de se ver que, ao explicitar tal obrigação na PEMC (art. 15), o legislador reforça o papel do Estado como agente ativo no enfrentamento

das mudanças climáticas globais, uma vez que a efetivação de tais instrumentos de política ambiental autoriza a atuação preventiva do Estado em barrar ou reduzir o impacto de atividades de particulares que acarretariam a emissão de GEEs. Pode-se afirmar que, sem a efetivação desses instrumentos, as atividades econômicas sujeitas ao licenciamento ou ao controle ambiental do Estado, estão a acarretar mais emissões de GEEs, contrariando o sentido geral da PEMC, igualmente, contrariando exigências específicas e explicitamente nessa previstas.

No caso em questão, o dever de proteção ambiental, em relação às mudanças climáticas, atribuído ao Estado de São Paulo foi explicitado desde o art. 2º da PEMC, segundo o qual o objetivo dessa política é o “de estabelecer **o compromisso do Estado frente aos desafios das mudanças climáticas globais**, dispor sobre as condições para as adaptações necessárias aos impactos derivados das mudanças climáticas, bem como **contribuir para reduzir ou estabilizar a concentração dos gases de efeito estufa** na atmosfera” (grifo nosso).

Para além da PEMC, pode-se invocar, também, a Política Nacional de Mudanças Climáticas (Lei n. 12.187/2009), a qual, no art. 3º, I, impôs a todos o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático.

Há de se falar, portanto, em violação do dever legal de proteção ambiental por parte do governo do Estado de São Paulo, consubstanciado na conduta omissiva de não implantação dos instrumentos exigidos na PEMC, em especial, a não definição e concretização de padrões de referência de emissão de GEEs no âmbito do licenciamento paulista.

A responsabilidade do governo do Estado de São Paulo vai mais além na medida em que também provoca efeitos deletérios ao meio ambiente: ao não obstar a emissão de GEEs que poderia ser evitada, contribui para o aumento da emissão de GEEs no Estado. Tomando como base a ideia de causalidade complexa, não há que se questionar qual é o papel dessas emissões não evitadas sobre mudanças climáticas globais, já que basta a constatação de que sim, há o risco de que tais emissões contribuam para o agravamento do aquecimento global. Não há que se negar que estamos diante de um caso em que ao Estado cabe o dever de precaução

e, portanto, indagações sobre incertezas científicas associadas seja a relação entre as emissões antrópicas e as alterações climáticas, seja em relação à exata contribuição do governo do Estado de São Paulo a esses efeitos, não são relevantes. O que é importante é o reconhecimento de que o governo do Estado tinha uma obrigação legal de precaução, que não foi devidamente cumprida e, com isso, há a presença do risco, o suficiente para ancorar a responsabilidade civil objetiva.

Cabe reforçar que a precaução foi eleita um dos princípios fundamentais da própria PEMC, nos termos do art. 3º, I. Indo mais além, a precaução também encontra respaldo na PNM (art. 3º, *caput*). Cabe reforçar que dito princípio é basilar a todo o regime climático internacional, do qual o Brasil é signatário, constando, explicitamente, na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, no Protocolo de Quioto e no Acordo de Paris.

Conclusões

Por meio deste artigo, buscou-se avaliar a pertinência e a oportunidade de aplicação dos principais argumentos usados em ações de *litigância climática* emblemáticas, no caso da implantação insuficiente da PEMC.

Para tanto, primeiramente, procurou-se esclarecer o entendimento que se tem dado à *litigância climática*, trazendo alguns conceitos doutrinários, bem como exemplos de ações judiciais emblemáticas decididas em outras jurisdições.

Feito isso, passou-se a avaliar se há espaço para *litigância climática* estratégica a partir da PEMC, concluindo-se que a constatação de insuficiente implantação dessa política, pelo governo do Estado de São Paulo, passados quase 10 anos de sua promulgação, pode ensejar ação civil pública de responsabilidade por dano ambiental.

O principal argumento a fundamentar essa conclusão baseia-se no fato de que a PEMC foi promulgada como um ato de tradução do Direito Constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, definindo o compromisso do Estado de São Paulo com o enfrentamento das mudanças climáticas globais, estabelecendo, de forma detalhada,

os instrumentos e ferramentas a serem implementados para tanto.

Nesse sentido, a PEMC impôs um dever explícito de proteção estatal aos entes administrativos do Estado de São Paulo, nomeadamente, a Cetesb e a Secretaria de Meio Ambiente, atinentes, dentre outros, à obrigação de estabelecer padrões de referência de GEE para o licenciamento ambiental. Tais obrigações, passados 10 anos, não foram cumpridas, o que denota omissão do dever constitucional de proteção do Estado, autorizando sua responsabilidade por dano ambiental.

O dano ambiental, no caso em tela, deve ser entendido num sentido mais amplo, de causalidade complexa e de que o Estado tinha o dever de prevenção e precaução. De todo modo, é inegável que a omissão do Estado contribuiu para que não fossem evitadas emissões de GEEs em termos regionais, somando emissões com outras fontes, num nível de causalidade complexa, o que, por certo, não exclui a responsabilidade do Estado.

Referências

ALBERTO, M. A. M, MENDES, C. H. Litigância climática e separação de poderes. In: SETZER, J.; CUNHA, K.; BOTTER FABRI, A. (edit.). *Litigância climática: novas fronteiras para o Direito Ambiental no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 117-138.

AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do; RICETTO, Pedro Henrique Arcain. Responsabilidade Civil e Sustentabilidade: normatividade em prol do meio ambiente. *Sequência*, n. 75, p. 105-128, abr. 2017.

BANDA, Maria L.; FULTON, Scott. Litigating climate change in national courts: recent trends and developments in global climate law. *Environmental Law Reporter*, v. 2, p. 20-34, 2017.

BARGHOUTI, Carmen Luiza Rosa Constante. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental futuro*. 2016. 69 f Monografia (Especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional) – Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73-95.

BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 65-99 (Coleção doutrinas essenciais, 5).

BITTENCOURT, D. R.; MARCONDES, R. K. Lineamentos da responsabilidade civil ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 57-77. (Coleção doutrinas essenciais, 5).

BYERS, Michael; FRANKS, Kelsey; KAGE, Andrew. The internationalization of climate damages litigation. *Washington Journal of Environmental Law & Policy*, v. 7, n. 2. p. 265-319, 2017.

CAHALI, Y. S. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. VIII, n. 13, p. 7-18, 2010.

CUNHA, K. B.; REI, F. C. F.; WALTER, A. Sub-National Climate-Friendly Governance Initiatives in the Developing World: a Case Study of the State of São Paulo, Brazil. In: BROUSSEAU, E.; DEDEURWAERDERE, T.; SIEBENHÜNER, B. *Reflexive Governance for Global Public Goods*. Stuttgart. MIT Press, 2012.

ELAW. Asghar Lehari *versus* Pakistan Federatiob. Disponível em: https://elaw.org/PK_AsgharLeghari_v_Pakistan_2015. Acesso em: 2 nov. 2017.

ELAW. Urgenda Foundation *versus* The State of Netherlands. Disponível em: <https://elaw.org/nl.urgenda.15>. Acesso em: 2 nov. 2017.

ESTRIN, David. *Limiting dangerous climate change: the critical role of citizen suits and domestic courts despite the Paris Agreement*. Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2016.

FAURE, Michael G.; NOLKAEMPER, Andre. *Analyses of issues to be addressed: climate change litigation cases*. Amsterdam: Friends of the Earth Netherlands: Milieudefensie, 2007.

FENSTERSEIFER, Tiago. *A dimensão ecológica da dignidade humana: as projeções normativas do Direito (e dever) fundamental ao ambiente no Estado Socioambiental de Direito*. 2007. 320 f. Dissertação (Mestrado em Instituições de Direito do Estado) – Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, 2007.

GARCIA, Denise S. S. Mínimo existencial ecológico: a garantia constitucional a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável. *Jurídicas*, v. 10, n. 1, p. 31-46, 2013.

HAMMERSCHMIDT, D. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no Direito Ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45-69. (Coleção doutrinas essenciais, 1).

LAMBRECHT, J.; ITUARTE-LIMA, C. Legal innovation in national courts for planetary challenges: Urgenda v State of the Netherlands. *Environmental Law Review*, v. 18, p. 57-64, 2016.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. *Sequência*, n. 55, p. 195-218, dez. 2007.

MARKELL, David; RUHL, J. B. An empirical assessment of climate

change in the courts: a new jurisprudence or business as usual? *Florida Law Review*, v. 64, Issue 1, p. 17-86. 2012.

MIRRA, A. L. V. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p- 34-57. (Coleção doutrinas essenciais, 1).

OSOFSKY, H. M. The continuing importance of climate change litigation. *Climate Law*, n. 1, p. 3-29, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, M. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76-99. (Coleção doutrinas essenciais, 1).

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

PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. *Climate change litigation: regulatory pathways to cleaner energy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

PRESTON, Brian J. The contribution of the courts in tackling climate change. *Journal of Environmental Law*, v. 28, p. 11-17, 2016.

PRESTON, Brian J. The influence of climate litigation on governments and private sector. *Climate Law*, v. 2, n. 4, p. 485-513, 2011.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (org.). *Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55-81 (Coleção doutrinas essenciais, 1).

SOUZA, Leonardo da Rocha de; HARTMANN, Débora; SILVEIRA, Thaís Alves da. Dano ambiental e a necessidade de uma atuação proativa da Administração Pública. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 343-373, jul./dez. 2015.

SPITZER, Martin; BURTSCHER, Bernhard. Liability for climate change: cases, challenges and concepts. *Journal of European Court Law*, v. 2017, issue 2, 2017.

TARTUCE, F. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

WEDDY, G. A responsabilidade do Estado por dano ambiental e a precaução. Consultor jurídico, 30/06/2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-30/gabriel-wedy-responsabilidade-estado-dano-ambiental>. Acesso em: 24 fev. 2018.

WILENSKY, M. Climate change in the courts: an assessment of non-US climate litigation. *Duke Environmental Law and Policy Forum*, v. XXVI, n. 131, 2015.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 18, n. 2, p. 256-268, maio/ago 2013.