

# POLÍTICA CLIMÁTICA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – NECESSITAMOS DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO AMBIENTAL?\*

**Christian Calliess**

Professor Titular do Departamento de Direito Público e Europeu da Freie Universität Berlin, Alemanha. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4673-0389>.

*E-mail:* europarecht@fu-berlin.de.

---

**Resumo:** Levando em conta os processos relativos ao clima pendentes no Tribunal Constitucional Federal e partindo da sugestão de um direito fundamental europeu à proteção ambiental recentemente introduzida no debate pelo escritor Ferdinand von Schirach, o artigo examina as possibilidades e limites jurídicos que os direitos fundamentais podem ter no contexto alemão e europeu. Em seu resultado, ele defende um direito fundamental de caráter procedimental e acionável à proteção ambiental bem como – com vistas aos limites do planeta (na proteção climática: meta de 1,5-2 graus) o reconhecimento de um direito fundamental ao mínimo existencial ecológico que implique uma inversão do ônus da argumentação e da prova.

**Palavras-chave:** Proteção climática. Direito fundamental à proteção ambiental. Deveres de tutela relativos ao ambiente a partir dos direitos fundamentais. Limites do planeta. Princípio da precaução. Inversão do ônus da prova diante do tribunal.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Direito fundamental à proteção ambiental – 3 Resultado conclusivo

---

## 1 Introdução

A proteção climática conduz a uma existência jurídico-constitucional sombria.<sup>1</sup> Ao mesmo tempo, tribunais na Alemanha e na União Europeia se ocupam em grau crescente com processos relativos ao clima, já que na Alemanha e no nível da UE o Executivo e o Legislativo até agora<sup>2</sup> não têm procedido de modo

---

\* Traduzido por Luís Sander. Revisado por Ítalo Roberto Fuhrmann.

<sup>1</sup> Cf. CALLIESS, Der Klimaschutz führt ein verfassungsrechtliches Schattendasein, 2019. Disponível em: <https://www.kas.de/de/einzeltitel/-/content/der-klimaschutz-fuehrt-ein-verfassungsrechtliches-schattendasein>.

<sup>2</sup> Cf. agora, porém, a nova abordagem juridicamente vinculante de uma lei sobre o clima na Alemanha (quanto a isso, SCHARLAU et al., *NVwZ*, 2020, p. 1 ss.) e, em nível europeu, a nova abordagem política do *European Green Deal* (quanto a isso, CALLIESS; DROSS, *ZUR*, 2020, p. 456 ss.).

suficientemente coerente e eficiente, enquanto o tempo urge, segundo os conhecimentos das ciências do sistema Terra sobre os “limites do planeta”.<sup>3</sup> No contexto dos processos relativos ao clima em nível alemão e europeu se revelam, mais uma vez, dificuldades de ações judiciais individuais no Direito Ambiental há muito conhecidas,<sup>4</sup> de sorte que não surpreende que propostas de solução há muito conhecidas estejam passando por um renascimento, principalmente a de um direito fundamental à proteção ambiental.

Recentemente, porém, o jurista Ferdinand von Schirach, que se tornou muito conhecido sobretudo como escritor, veio a público em seu livro *Jeder Mensch [Todo ser humano]*, publicado recentemente, com sua proposta de uma modernização da Carta de Direitos Fundamentais da UE. Nele se defende, entre outras propostas, a inserção de um direito fundamental à proteção ambiental com as seguintes palavras: “Todo ser humano tem o direito de viver em um meio ambiente sadio e protegido”.

O ponto de vista entusiasticamente favorável de Remo Klinger, publicado na *Zeitschrift für Umweltrecht*,<sup>5</sup> começa, não sem razão, com as seguintes palavras: “Por favor, não continue folheando. Pressinto que se é tomado por uma fadiga aguda assim que se ouve falar de um direito fundamental à proteção ambiental. Esse tema tem, como se diz em alemão, uma barba comprida [...]. Os argumentos contrários correntes são conhecidos há 50 anos”. Infelizmente, porém, nem o escritor e nem o advogado se confrontam com esses argumentos. Ao mesmo tempo, ambos tampouco introduzem um argumento jurídico (novo) no debate, esperado com curiosidade e abertura pelo jurista focado em Direito Constitucional, Direito Europeu e Direito Ambiental, para o qual o tema fora um osso duro de roer há 20 anos.<sup>6</sup> Antes, não se vai além de um pleito simpático e justificado relativo à política climática, para o qual, porém, também são possíveis respostas bem diferentes do ponto de vista do Direito Constitucional e do Direito Europeu.<sup>7</sup> Diante desse pano de fundo, o presente artigo tentará reconstruir o debate e dotá-lo de uma perspectiva nova.

<sup>3</sup> Quanto a isso, veja recentemente o parecer especial do Conselho de Especialistas que assessorava o governo federal em questões ambientais: Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), *Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik*, jun. 2019, p. 27 ss. e 109 ss. Disponível em: [https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02\\_Sondergutachten/2016\\_2020/019\\_06\\_SG\\_Legitimation\\_von\\_Umweltpolitik.html](https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2016_2020/019_06_SG_Legitimation_von_Umweltpolitik.html).

<sup>4</sup> Quanto a isso, VG Berlin, *Urt. v. 31.10.2019 –10K 412.18 = ZUR*, 2020, p. 160; quanto à discussão atual, cf. apenas BUSER, *DVBl*, 2020, p. 1389; GROSS, *NVwZ*, 2020, p. 337; GRASER, *ZUR*, 2019, p. 271; WINTER, *ZUR*, 2019, p. 259; posição crítica em WEGENER, *ZUR*, 2019, p. 3.

<sup>5</sup> *ZUR*, 2021, p. 237.

<sup>6</sup> CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, 2001.

<sup>7</sup> Breve panorama em CALLIESS, *Abstand halten!*, *FAZ*, n. 219, 12.9.2019, p. 6, e, concentrado no Art. 20a da LF, *ZUR*, 2019, p. 385.

## 2 Direito fundamental à proteção ambiental

O direito fundamental à proteção ambiental proposto deverá ser inserido na Carta de Direitos Fundamentais da UE. Já que esta já contém um “direito” que aparece sob o título “proteção ambiental”, a proposta de von Schirach só pode ser uma complementação da norma ou substituição de seu conteúdo. Muita coisa depõe em favor da compreensão da proposta como uma substituição, uma vez que o Art. 37 da Carta de Direitos Fundamentais se revela, olhando-se mais de perto, como uma meta da União correspondente aos dispositivos dos Arts. 11 e 191 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que justamente não pode conferir direitos aos cidadãos da UE. Isto porque na convenção sobre direitos fundamentais instituída no ano de 1999 para a elaboração da Carta não se pôde chegar a um consenso quanto a um direito fundamental à proteção ambiental, pois a Carta Europeia de Direitos Fundamentais a ser elaborada só deveria conter direitos fundamentais acionáveis, que não deveriam prometer aos cidadãos mais do que eles também pudessem obter judicialmente.<sup>8</sup> Diante desse pano de fundo, vale a pena lançar um olhar (“retroativo”) sobre o debate alemão em torno de um direito fundamental à proteção ambiental, que depois irá se refletir no contexto do Direito Internacional e do Direito Europeu.

### 2.1 Estado do debate no Direito Constitucional alemão

Na Lei Fundamental não está ancorado expressamente um direito fundamental à proteção ambiental – entendido como direito à criação e conservação de um ambiente limpo e sadio. Propostas e solicitações neste sentido visando a uma emenda constitucional não foram implementadas principalmente levando em conta sua aptidão prática, mas também por razões políticas.<sup>9</sup> Entretanto, na prática houve – diante do pano de fundo de uma discussão intensa na literatura<sup>10</sup> – iniciativas isoladas de derivar um direito fundamental ao meio ambiente a partir dos direitos fundamentais da Constituição que estão em vigor.

<sup>8</sup> Detalhes em CALLIESS, in: CALLIESS; RUFFERT (ed.), *EUV/AEUV*, 5. ed., 2016, Art. 37 GRCh, nº 1 ss.

<sup>9</sup> Cf. o programa do governo federal para o meio ambiente de 1971: BT-Drs. 6/2710, p. 9 s.; além disso, BT-Drs. 10/990, 11/604, 11/663; quanto a isso, o panorama em BOCK, *Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1990, p. 54 ss.; KLOEPFER, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, 1978, p. 9 s.

<sup>10</sup> Quanto a isso, KLOEPFER (n. 9), p. 27 ss.; BOCK (n. 9), p. 227 ss.; recentemente, BRÖNNEKE, *ZUR*, 1993, p. 153 ss., com referências adicionais sobre a discussão.

Muitas vezes se cita, nesse contexto, uma decisão do Tribunal Administrativo Superior de Berlim da “época do muro” que tratava de uma permissão de desmatamento para a usina de Oberhavel:<sup>11</sup> “Onde, em outros lugares da República Federal da Alemanha, o meio ambiente com espaços verdes começa, ele termina em Berlim Ocidental, e o cidadão berlinense topa com muros e arame farpado. Para ele, a conservação da natureza e de áreas de recreação tem uma elevada importância sociofísica e sociopsíquica que, do ponto de vista da compensação da sobrecarga, também adquire um certo valor jurídico”.

Com base nisso, o Tribunal Administrativo Superior de Berlim fundamenta a afirmação de que “toda intervenção adicional grave” na natureza e em áreas de recreação “prejudica o cidadão de Berlim Ocidental em seus interesses jurídicos protegidos pelo Art. 2, 1 da Lei Fundamental em associação com o § 1 da Lei Federal sobre Preservação da Natureza”. Nessa interpretação ampla, o Art. 2, 1 da Lei Fundamental [= LF] veicula um direito de defesa de todo cidadão contra as intervenções no meio ambiente que repercutam negativamente sobre a esfera da existência humana e, dessa forma, comprometam o livre desenvolvimento da personalidade.<sup>12</sup> De modo semelhante, também o Tribunal Administrativo de Munique confirmou, com vistas a um plano de urbanização para uma área de proteção da paisagem, a capacidade para demandar por parte de cidadãos que “só” queriam usar a área para fins de recreação, mas não moravam nela. Essa decisão foi influenciada decisivamente por uma norma da Constituição da Baviera, que, no Art. 141, 3, 1, “permite o desfrute das belezas naturais e a recreação na natureza livre, particularmente a entrada em matas e pastagens alpinas [...] a toda pessoa”.<sup>13</sup> Contudo, o Tribunal Administrativo da Baviera se opôs a esse resultado, mesmo tendo, ao que tudo indica, considerado possível, sob circunstâncias especiais, um direito de defesa diante de intervenções na natureza e na paisagem, a partir do Art. 2, 1 da LF.<sup>14</sup> Já para o Tribunal Administrativo Federal, por outro lado, uma invocação do Art. 2, 1 da LF não entra em cogitação em nenhum dos casos. Quando muito, entraria em cogitação um processo movido por vizinhos em sentido amplo, apoiado no Art. 2, 2 da LF, o qual, porém, estaria sujeito a muitas dificuldades de

<sup>11</sup> OVG Berlin, Urt. v. 2.5.1977, II B 2/77, *DVBt.*, 1977, p. 901 (902), a decisão da instância prévia em VG Berlin, Urt. v. 14.12.1976, XII A 419/76 e XIII A 419/76, *DVBt.*, 1977, p. 353, com confirmação; posição mais reticente em BayVGh, Urt. v. 21.2.1986, Vf. 6, 7-VII/85, *NVwZ*, 1986, p. 633.

<sup>12</sup> Exposição detalhada dessa compreensão em MAUS, *JA*, 1979, p. 287 (289).

<sup>13</sup> VG München, Urt. v. 13.12.1973, M 281 III 73, *BayVBl.*, 1974, p. 198 (226); cf. também BayVGh, Urt. v. 21.2.1986, Vf. 6, 7-VII/85, *NVwZ*, 1986, p. 633.

<sup>14</sup> BayVGh, Urt. v. 11.6.1975, 4 IX 74, *DVBt.*, 1975, p. 665.

delimitação e aplicação. O Tribunal Administrativo Federal indicou expressamente, nesse contexto, que “não há um direito fundamental ao meio ambiente”.<sup>15</sup>

Na sequência de uma discussão abundante nos anos 1970, essa concepção é compartilhada pela opinião bem preponderante na literatura. Por um lado, as tentativas de interpretação da Constituição no sentido de derivar do Direito Constitucional existente<sup>16</sup> – particularmente do Art. 1, 2, 1 e 2 e do princípio do Estado Social – um direito fundamental de caráter geral ao meio ambiente não conseguiu se impor.<sup>17</sup> Por outro lado, propostas juspolíticas a elas correspondentes para alterar a Constituição não foram implementadas.<sup>18</sup>

Entretanto, é possível conceber um direito fundamental materialmente efetivo à proteção ambiental como garantia parcial, em termos de proteção ambiental, de um direito fundamental individual (p. ex., à vida, à saúde, à propriedade) em associação com a função dos direitos fundamentais como direitos protetivos reconhecida no Direito Constitucional da Alemanha.<sup>19</sup> No primeiro plano da proteção dos direitos fundamentais referente ao meio ambiente se encontra o direito à vida e à integridade física protegido pelo Art. 2, 2, 1 da LF.<sup>20</sup> Todos os danos ambientais que ameacem a saúde fundamentam, em princípio, um dever de tutela estatal para os bens juridicamente protegidos da vida e integridade física por eles ameaçados. Neste sentido, o Art. 2, 2, 1 da LF não se aplica apenas quando houver uma perturbação aguda da saúde ou quando ela for iminente. O direito à integridade física já compreende a esfera precedente do risco ainda abstrato.<sup>21</sup> Existe um risco quando ainda não se sabe com certeza se um dano ambiental irá causar um prejuízo para a saúde, mas também não se pode excluir com certeza essa possibilidade.<sup>22</sup> De resto, danos ambientais também podem ameaçar liberdades econômicas (Art. 12 e 14 da LF). Assim, bens ambientais como solos, matas, cursos d’água ou áreas agrícolas utilizáveis que se encontram em propriedade privada podem ser

<sup>15</sup> BVerwGE 54, 211 (220 s.); BVerwG, Urv. v. 29.7.1977, IV C 51/75, *DVBl.*, 1977, p. 897; mesma posição anteriormente em BVerwG, *Beschl.* v. 25.6.1975, VII B 84/74, *DÖV*, 1975, p. 605.

<sup>16</sup> Cf., p. ex., as abordagens de RUPP, *JZ*, 1971, p. 401 (403); KLEIN, *Ein Grundrecht auf saubere Umwelt?* In: SCHNEIDER (ed.), *Im Dienst an Recht und Staat*: Festschrift für Werner Weber, 1974, p. 643 (651); LÜCKE, *DÖV*, 1976, p. 289 ss.; SAILER, *DVBl.*, 1976, p. 521 (528 ss.); MAUS, *JA*, 1979, p. 287 ss.

<sup>17</sup> Cf. DELLMANN, *DÖV*, 1975, p. 588 (589 ss.); RAUSCHNING, *WVDStRL*, v. 38, p. 167 (178); BENDA, *UPR*, 1982, p. 241 (242 ss.); SENDLER, *JuS*, 1983, p. 255 (258); SCHMIDT, *Einführung in das Umweltrecht*, 5. ed., 1999, p. 38 ss.; RUFFERT, *Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung ihrer prozessualen Durchsetzung*, 1996, p. 31 ss.

<sup>18</sup> Um panorama instrutivo das diversas propostas se encontra em BOCK, 1990 (nota 9), p. 54 ss.; cf., além disso, KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 31 s.; SOELL, *NuR*, 1985, p. 205 s.; cf. ainda KARPEN, *Zu einem Grundrecht auf Umweltschutz*. In: THIEME (ed.), *Umweltschutz im Recht*, 1988, p. 9 (23); mais recentemente BRÖNNEKE, *ZUR*, 1993, p. 153 ss.

<sup>19</sup> Detalhes quanto a todas essas questões em CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 298 ss. e 410 ss.

<sup>20</sup> VOSSKUHLE, *NVwZ*, 2013, p. 1 (6 s.).

<sup>21</sup> BVerfG, *NJW*, 2009, p. 1494 (1495); BVerfG, *NJW*, 2011, p. 991 (993).

<sup>22</sup> CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 302 ss.

prejudicados por mudanças no meio ambiente e sofrer danos em sua capacidade de utilização.<sup>23</sup> Também os chamados processos ambientais que foram abertos ultimamente diante de diversos tribunais se apoiam (entre outros) nos direitos fundamentais de ordem econômica aqui mencionados.

Em termos clássicos, os direitos fundamentais servem de base para direitos de defesa contra intervenções na liberdade por parte do Estado (*status negativus*). Danos ambientais, porém, na maioria das vezes não partem do Estado, e sim de causadores privados, p. ex., de empresas ou pessoas particulares. A função defensiva clássica dos direitos fundamentais não é aplicável a configurações dessa espécie. Contudo, é amplamente reconhecido que os direitos fundamentais possuem uma dimensão de defesa além da função de tutela (*status positivus*).<sup>24</sup> Por conseguinte, formas de comportamento de sujeitos privados que causem dano ambiental e interfiram em bens juridicamente protegidos por direitos fundamentais podem fundamentar deveres de tutela por parte do Estado. Entretanto, a definição exata do pressuposto de deveres de tutela requer que se estabeleçam nuances. Por um lado, nem todo risco insignificante pode fundamentar um dever de tutela, e, por outro, os deveres de tutela relacionados aos direitos fundamentais também não constituem uma pura defesa contra perigos. Os deveres de tutela já surgem, isto sim – dependendo do bem juridicamente protegido a ser tutelado – quando haja um determinado grau de probabilidade.<sup>25</sup> Quão maior for o potencial de risco e o peso do bem juridicamente protegido que esteja em risco (p. ex., danos graves à vida ou saúde de um grande número de titulares de direitos fundamentais), tanto menores são as exigências quanto à probabilidade da ocorrência de um dano.<sup>26</sup>

Via de regra, os deveres de tutela – diferentemente dos direitos de defesa, que se voltam contra um determinado comportamento do Estado – não podem ser cumpridos por uma única ação determinada. Eles se voltam, pelo contrário, a uma ação do Estado que abra opções múltiplas. Por conseguinte, o dever de tutela deixa para o Estado e seus órgãos políticos, especialmente ao legislador que tem a competência primária,<sup>27</sup> uma margem de apreciação de como irão cumprir materialmente o dever de tutela. O objetivo dessa margem de apreciação, porém, é sempre o cumprimento efetivo do dever de tutela, sendo que em cada caso se precisa garantir um padrão jusconstitucional mínimo de proteção dos direitos fundamentais. Esse padrão mínimo é definido pela proibição de tutela insuficiente.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> KLOEPFER, *Umweltrecht*, 4. ed., 2016, §3, nº 72 s.

<sup>24</sup> CALLIESS, Schutzpflichten. In: MERTEN; PAPIER (ed.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*: Bd. 2: Grundrechte in Deutschland. Allgemeine Lehren, 2006, § 44, nº 4 ss.

<sup>25</sup> CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 317 ss.

<sup>26</sup> BVerfG, *NVwZ*, 2010, p. 702 (703 s.).

<sup>27</sup> CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 448 ss., 583 ss.

<sup>28</sup> Detalhes quanto a todas essas questões em CALLIESS, *ibid.*, p. 566 ss. e 574 ss.

No entanto, essas garantias parciais em termos de proteção ambiental só compreendem, mesmo no caso de uma interpretação ampla, aquela esfera parcial do meio ambiente que precisa ser protegida como fundamento da existência do ser humano. Portanto, a proteção das espécies e dos animais e partes consideráveis da proteção da natureza e da paisagem não estão abrangidas. Principalmente, porém, danos ao meio ambiente não podem ser impedidos de forma acionável e implementável se não concernam, ao mesmo tempo, diretamente bens individuais protegidos por lei. Por conseguinte, segundo o Direito Constitucional vigente, intervenções no meio ambiente que não coloquem em risco a saúde ou propriedade precisam ser aceitas pelos indivíduos. Isso se aplica, por via de consequência, também para deficiências de execução existentes no direito ambiental da legislação ordinária em vigor.<sup>29</sup>

## 2.2 Possibilidades e limites de um direito fundamental judicializável à proteção ambiental

Levando isso tudo em conta, não parece implausível fortalecer a dimensão de defesa dos direitos fundamentais diretamente por meio de um direito fundamental próprio à proteção ambiental. Diante disso levantou-se *de constitutione ferenda* a exigência de um direito fundamental à proteção ambiental. Inicialmente, ela foi sugerida na década de 1970 em nível político e desencadeou, na sequência, uma intensa discussão jurídica.<sup>30</sup> A exigência foi retomada mais uma vez esporadicamente em conexão com a discussão em fins dos anos 1980 e início dos anos 1990 em torno da definição dos objetivos do Estado.<sup>31</sup>

### 2.2.1 A dimensão material

Com vistas ao conteúdo do direito fundamental à proteção ambiental é preciso distinguir inicialmente entre uma concepção jurídica defensiva, prestacional e procedimental.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Ibid., p. 361 ss.

<sup>30</sup> Panorama instrutivo em BOCK, 1990 (nota 9), p. 54 ss.; cf., além disso, KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 9 ss. e 31 ss., com referências adicionais em ambos.

<sup>31</sup> Cf. apenas BRÖNNEKE, ZUR, 1993, p. 153 ss., com referências adicionais.

<sup>32</sup> De modo semelhante KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 14 ss.; BOCK, 1990 (nota 9), p. 228 ss.; BRÖNNEKE, ZUR, 1993, p. 153 (154), crítica, com razão, o fato de que na discussão em torno de um direito fundamental à proteção ambiental se abordaram (de resto) muito poucas “gradações”.

Contudo, a concepção que se encontra no centro da discussão atual em torno de processos ambientais e decerto também está implícita na proposta de Ferdinand von Schirach, a saber, a de um direito fundamental de natureza ambiental como direito à defesa contra danos, perigos e riscos ao meio ambiente<sup>33</sup> se depara com diversas dificuldades. Mesmo abstraindo inteiramente dos problemas jurídicos de se qualificar todos os danos ambientais (também aqueles causados por sujeitos privados) como violações estatais dos direitos fundamentais,<sup>34</sup> o problema principal consiste em definir a esfera de proteção do direito fundamental. Já que a Constituição sempre só pode garantir os pressupostos de um meio ambiente intacto, mas não o próprio meio ambiente intacto, este último não pode ser, ele próprio, objeto de um direito fundamental relativo ao meio ambiente. Pode-se, pelo contrário, “em última análise, [garantir] apenas o comportamento humano (também e justamente de agentes públicos), e fazê-lo com ordens de fazer ou deixar de fazer algo para manter ou restaurar um meio ambiente intacto”.<sup>35</sup> É necessário, além disso, que a definição da legitimidade do direito fundamental seja bem-sucedida. Neste sentido, a questão decisiva é até que ponto se podem e devem conceder ao indivíduo direitos individuais a bens ambientais naturais como água, ar e paisagem. Portanto, o que está em pauta aqui, em última análise, é a questão, há muito controversa, da delimitação de direitos subjetivos no direito de proteção ambiental, que para o direito fundamental à proteção ambiental se concentra na questão da possibilidade de haver um direito – referente à proteção ambiental – a legitimidade objetiva sem agravo judicial individual.<sup>36</sup> Com vistas ao Art. 2, 1 da LF já fica claro que sua dimensão de direito defensivo só pode, em última análise, atuar como direito fundamental a legitimidade para a defesa de posições jurídicas próprias para que sua esfera de proteção não se torne completamente indistinta.<sup>37</sup> Justamente essa percepção precisa se aplicar basicamente também a um direito fundamental ao meio ambiente, que, do contrário, se tornaria um direito fundamental abstrato à legitimidade relativa à proteção ambiental.<sup>38</sup>

Não por acaso também se concretizaram, assim, propostas para um direito fundamental ao meio ambiente com o conteúdo “Toda pessoa tem o direito a um

<sup>33</sup> Quanto a isso, cf., p. ex., LÜCKE, *DÖV*, 1976, p. 289 (291 s.).

<sup>34</sup> Quanto a isso, CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 307 ss. e 423 ss.

<sup>35</sup> KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 13 s.; BOCK, 1990 (nota 9), p. 229.

<sup>36</sup> Cf. KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 16 s.

<sup>37</sup> CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 417 ss.

<sup>38</sup> Em última análise, a proposta de PERNTHALER; WEBER; WIMMER, *Umweltpolitik durch Recht – Möglichkeiten und Grenzen*, 1992, p. 1 (10: O art. 2 reza: “O ser humano, os animais, as plantas e a natureza inanimada têm o direito a uma existência digna em sua esfera de vida habitual, à conservação e ao cuidado das bases de sua existência, à conservação da riqueza de espécies e diversidade”) também permanece indistinta.

meio ambiente digno do ser humano” mediante inclusão de posições jurídicas subjetivas especiais, como, por exemplo: “Toda pessoa tem o direito à vida e à integridade física em um meio ambiente digno do ser humano”.<sup>39</sup> De modo semelhante, o Art. 39, 2 da Constituição estadual de Brandemburgo concede a toda pessoa “o direito à proteção de sua integridade contra lesões e ameaças inaceitáveis que resultem de alterações dos fundamentos naturais da vida”. A proposta de Ferdinand von Schirach citada no início também retoma essas formulações.

No fim das contas, porém, isso significa que, em termos materiais, não se concede mais proteção ambiental do que é concedida nas garantias parciais emanadas do Art. 2, 2 da LF.<sup>40</sup> Neste caso, porém, uma complementação da Constituição com um direito fundamental à proteção ambiental mostra ser supérfluo.

A questão que está estreitamente ligada à difícil definição de violação dos direitos fundamentais é aquela a respeito de quem é vinculado a um direito fundamental à proteção ambiental, pois direitos fundamentais são, antes de mais nada, direitos de defesa contra intervenções ou violações por parte do poder estatal. A concepção do direito defensivo só funciona em relação a danos ambientais causados pelo Estado, mas não por sujeitos privados. Portanto, mesmo no caso de uma interpretação ampla do conceito de intervenção ou violação,<sup>41</sup> uma grande parte de todos os danos ambientais ainda estaria excluída da esfera protetiva de um direito fundamental à proteção ambiental<sup>42</sup> e, por conseguinte, sua efetividade seria muito limitada. Neste contexto, problemas são causados, por fim, também pela pergunta a respeito de como se deve proceder à delimitação entre intervenções ou violações do direito fundamental à proteção ambiental ainda admissíveis e aquelas inadmissíveis. Na discussão se retomam, em parte, critérios conhecidos quando, fazendo referência a danos de pequena importância, se exige uma certa intensidade de lesão do direito fundamental e se recorre ao “mínimo existencial em termos ecológicos” como proteção mínima intocável.<sup>43</sup> Em parte, porém, também são feitas prescrições mais concretas quando se exige que toda ação estatal que comprometa o estoque ou reserva existente deve ser deixada de lado, que no caso da existência de várias possibilidades de ação estatal se deve escolher aquela que seja mais compatível com o meio ambiente e que se deve lidar com a natureza

<sup>39</sup> Cf. a compilação em BOCK, 1990 (nota 9), p. 55 e 58.

<sup>40</sup> A mesma conclusão se encontra em STEINBERG, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, p. 425; KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 17 s. e 35; KARPEN, 1988 (nota 18), p. 9 (17).

<sup>41</sup> Um aprofundamento desse aspecto se encontra em CALLIESS, 2001, p. 423 ss.; só chega a uma outra conclusão quem segue a abordagem de MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, p. 63 ss., como parece fazê-lo BOCK, 1990 (nota 9), p. 229 s. em associação com p. 143 ss.

<sup>42</sup> KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 19.

<sup>43</sup> KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 20 ss.; BOCK, 1990 (nota 9), p. 231 s.

da forma pela qual ela seja preservada ao máximo.<sup>44</sup> Apesar da existência de certos precedentes, um direito fundamental à proteção ambiental e as garantias parciais em termos de Direito Ambiental permanecem, em última análise, dependentes de um equilíbrio – que seja tão preservador quanto possível e se refira ao caso específico – entre os interesses contrários na relação multipolar do Direito Constitucional.<sup>45</sup> Por isso, não se pode esperar uma efetivação real das posições jurídicas do interessado por meio de um direito fundamental à proteção ambiental concebido como direito de defesa.

A concepção de um direito fundamental à proteção ambiental como direito prestacional, por sua vez, pressupõe que o Estado tenha condições de disponibilizar os bens ambientais necessários ou pelo menos providenciar sua disponibilização por terceiros privados. Direitos a prestação só são funcionais sob o pressuposto de que a instância junto à qual o direito é reivindicado esteja em condições de dispor do objeto da reivindicação. Entretanto, a maioria dos bens ambientais – uma exceção é constituída pelas regulamentações da Lei de Gestão dos Recursos Hídricos para a água<sup>46</sup> – ainda são, não obstante muitas restrições de utilização, o que se chama de “bens livres”, que não estão sujeitos a determinados sujeitos jurídicos ou a uma ordem estatal de gestão ou exploração. Por isso, um direito prestacional dificilmente seria executável por si só. Por consequência, os bens ambientais precisariam ser sujeitos a um amplo poder de disposição estatal, que desembocaria em uma ordem de exploração e distribuição mais ou menos abrangente por parte do Estado. Independentemente da questão da compatibilidade de tal exploração abrangente de bens ambientais com a liberdade econômica afiançada pelos direitos fundamentais, ela ainda necessitaria, além disso, de uma configuração legal. Isso se aplica mais ainda porque é difícil definir a extensão da prestação de um direito fundamental à proteção ambiental. Levando isso em conta, uma atualização direta e ininterrupta de um direito fundamental de natureza prestacional à proteção ambiental não poderia ser implementado de modo efetivo.<sup>47</sup>

## 2.2.2 Conclusão provisória

Assim, concluindo, na discussão pregressa preponderaram, com razão, os argumentos contrários a um direito fundamental à proteção ambiental em sentido

<sup>44</sup> PERNTHALER, 1992 (nota 38), p. 1 (10).

<sup>45</sup> Detalhes quanto a isso em CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 373 ss.

<sup>46</sup> Cf. quanto a isso SENDLER, *UPR*, 1983, p. 33 ss., que pondera regulações de gestão semelhantes para o ar.

<sup>47</sup> Da mesma forma KLEIN, 1974 (nota 16), p. 643 (654 s.); KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 25, 35; BOCK, 1990 (nota 9), p. 232 s.; KARPEN, 1988 (nota 18), p. 9 (18 ss.); BRÖNNEKE, *ZUR*, 1993, p. 153 (156).

material.<sup>48</sup> Por essas razões, só se pode construir um direito fundamental à proteção ambiental materialmente efetivo como garantia parcial protetiva do meio ambiente de um direito fundamental de caráter individual (p. ex., à vida, saúde, propriedade) em associação com a função dos direitos fundamentais como direitos protetivos que é reconhecida no Direito Constitucional de alguns Estados-membros.<sup>49</sup> Ainda assim, não parece implausível desenvolver as abordagens apresentadas para a subjetivação da proteção ambiental para formar um direito fundamental ou humano à proteção ambiental à parte, pois as garantias parciais protetivas do meio ambiente mencionadas, junto com os deveres de tutela, abrangem, mesmo no caso de uma interpretação ampla, apenas a esfera parcial do meio ambiente que precisa ser protegida como fundamento da existência do ser humano. Com isso não estão abrangidas a proteção de espécies e de animais bem como amplas esferas da proteção da natureza e da paisagem. Sobretudo, porém, danos ao meio ambiente não podem ser repelidos de modo acionável e implementável se não disserem diretamente respeito, ao mesmo tempo, a bens individuais protegidos por lei. Isso se aplica, por consequência, também a deficiências de execução existentes no Direito Ambiental da legislação ordinária.

### 2.2.3 A dimensão procedimental

Em face das dificuldades acima esboçadas de definir o conteúdo material de um direito fundamental à proteção ambiental, é plausível orientar-se por uma concepção procedimental. Na esteira de uma discussão travada tanto em nível nacional<sup>50</sup> quanto internacional,<sup>51</sup> emergiram três componentes de um direito fundamental à proteção ambiental de caráter procedimental: o direito à informação, o direito à participação e o direito ao acesso à Justiça. Direitos procedimentais correspondentes a eles são admitidos pelas constituições estaduais da Saxônia, Saxônia-Anhalt e Brandemburgo em forma de direitos de consulta dos autos e de

<sup>48</sup> KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 14 ss., 27 ss. e 31 ss.; BOCK, 1990 (nota 9), p. 227 ss.; BENDA, *UPR*, 1982, p. 241 (242 ss.); DELLMANN, *DÖV*, 1975, p. 588 (589 ss.); RAUSCHNING, *VVDStRL*, v. 38, p. 167 (178); SENDLER, *JuS*, 1983, p. 255 (258); RUFFERT, 1996 (nota 17), p. 31 ss.

<sup>49</sup> Detalhes quanto a isso em CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 298 ss. e 410 ss.

<sup>50</sup> Cf., p. ex., KLOEPFER, 1978 (nota 8), p. 24 e 25 s., que a entende (equivocadamente) como uma concepção referente ao direito a participação. Mais acertada é, neste sentido, sua retomada do *status activus processualis*. Cf. ainda BRÖNNEKE, *ZUR*, 1993, p. 153 (157 s.), cuja abordagem se aproxima de uma concepção procedimental de um direito fundamental à proteção ambiental.

<sup>51</sup> Cf. quanto a isso apenas RUFFERT, 1996 (nota 17), p. 18 ss.

informação,<sup>52</sup> bem como direitos de ser ouvido e de debate.<sup>53</sup> Eles constituem, de certa maneira, uma parte integrante do Direito Ambiental da República Federal da Alemanha,<sup>54</sup> mas estão sujeitos, nesse marco, a muitas limitações, particularmente no que diz respeito ao acesso à Justiça conectado com uma violação de um direito subjetivo. Neste sentido, às vezes se sugere que o Art. 20a da LF seja complementado com a formulação “Toda pessoa que reivindica de modo verossímil ter sido afetada pela efetivação deficiente de prescrições sobre a proteção ambiental tem legitimidade para mover uma ação”.<sup>55</sup>

### 2.2.3.1 Impulsos do Direito Internacional

Um papel significativo é desempenhado por aspectos de um direito humano à proteção ambiental nas declarações, resoluções e convenções de data mais recente até os princípios da Declaração do Rio de 1992, que, contudo, via de regra, não são vinculantes e têm, quando muito, o caráter de *soft law*.<sup>56</sup> Também na literatura internacional sobre Direito Internacional – ao qual se atribui, de acordo com o §38, 1, d do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, uma certa importância como fonte de conhecimento quando da constatação de normas do Direito Internacional – os conteúdos materiais e procedimentais de um direito humano à proteção ambiental são discutidos de modo abrangente há um bom tempo.<sup>57</sup> De maneira geral, também essas abordagens e reflexões topam repetidamente com o problema do caráter vago e indefinido de possíveis conteúdos materiais de tal direito fundamental à proteção ambiental, de forma que a opinião predominante se concentra em seus conteúdos procedimentais.<sup>58</sup>

A situação jurídica em nível europeu corresponde a isso. Na direção de um direito fundamental de caráter procedimental à proteção ambiental se aponta na *UN-ECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters* [“Convenção sobre Acesso à

<sup>52</sup> Cf. art. 34 da Constituição da Saxônia; art. 6, 2 da Constituição da Saxônia-Anhalt; art. 39, 7 da Constituição de Brandemburgo.

<sup>53</sup> Cf. art. 10, 2, 1 da Constituição da Saxônia; art. 39, 2, 2 e 3 da Constituição de Brandemburgo.

<sup>54</sup> Cf., p. ex., §4 UIG (Lei Alemã de Informação Ambiental); §9 UVPG (Lei Alemã de Avaliação do Impacto Ambiental); §10 BImSchG (Lei Alemã de Controle de Emissões).

<sup>55</sup> BRÖNNEKE, *ZUR*, 1993, p. 153 (157).

<sup>56</sup> Detalhes quanto a isso em CALLIESS, *ZUR*, 2000, p. 246 ss.

<sup>57</sup> Cf. neste caso apenas o panorama em RUFFERT, 1996 (nota 17), p. 19 ss.; TAYLOR, *International Human Rights and the Environment*. In: BOSSELMANN, *Ökologische Grundrechte*, 1998, p. 234 ss., com numerosas referências adicionais em ambos.

<sup>58</sup> Quanto a isso, KRÄMER, *EuGRZ*, 1988, p. 285 (291); RUFFERT, 1996 (nota 17), p. 23 s.; exposição detalhada em CALLIESS, *ZUR*, 2000, p. 246 ss., ambos com referências adicionais.

Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente”], que se encontra na interface entre Direito Internacional e Direito Europeu, foi adotada na conferência de ministros do Meio Ambiente realizada de 23 a 25 de junho de 1998 na cidade dinamarquesa de Aarhus – que contou com a participação da União Europeia e de seus Estados-Membros (trata-se da chamada Convenção de Aarhus) – e nesse meio-tempo foi em grande parte implementada no Direito da União.<sup>59</sup> Seu Art. 1º tem a seguinte formulação: “A Convenção da UNECE sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente [...] estabelece as regras de base para a promoção do envolvimento dos cidadãos nas questões ambientais e a execução da legislação ambiental. Assenta em três pilares, cada um dos quais confere diferentes direitos: o primeiro prevê o acesso a informações sobre o ambiente, o segundo a participação do público nos processos de tomada de decisões e o terceiro o acesso à justiça”.

### 2.2.3.2 Impulsos do Direito Europeu

Na implementação da Convenção de Aarhus no nível da UE e de seus Estados-Membros, desencadeou-se – principalmente em função da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia [= TJUE] –, justamente também na Alemanha, uma dinâmica surpreendente no tocante aos mencionados aspectos procedimentais de um direito fundamental à proteção ambiental.<sup>60</sup> Ela diz respeito, sobretudo, ao acesso à Justiça.<sup>61</sup>

Em termos materiais o Direito Europeu também tem uma forma mais reticente. O direito que aparece no art. 37 da Carta de Direitos Fundamentais sob o título

<sup>59</sup> Reproduzida em AVR, v. 38, p. 253 ss., 2000; cf. quanto a isso SCHEYLI, AVR, v. 38, p. 217 ss., 2000; SCHLACKE, *Überindividueller Rechtsschutz*, 2008, p. 233 ss.; quanto ao surgimento e ao conteúdo dessa Convenção, EPINEY, *EurUP*, 2019, p. 2 ss.

<sup>60</sup> Quanto à implementação na Alemanha, cf. a Lei de Recursos Jurídicos Ambientais [*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*] e as diversas modificações necessárias em consequência de decisões do TJUE, mais recentemente no marco da grande emenda de 2017 (Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben v. 29.5.2017, BGBl. I, p. 1298); mais recentemente, EuGH, Urt. v. 19.12.2019, C-752/18 – Deutsche Umwelthilfe e.V./Freistaat Bayern; um panorama da jurisprudência se encontra em KOKOTT; SOBOTTA, *DVBl.*, 2014, p. 132 ss.; SAUER, *ZUR*, 2014, p. 195 ss.; GÄRDITZ, *NVwZ*, 2014, p. 1 ss.; GUCKELBERGER, *NuR*, 2020, p. 149 (150 ss.); posição crítica recente em RUFFERT, *DVBl.*, 2019, p. 1033; posição contrária, por sua vez, em BERKEMANN, *DVBl.*, 2020, p. 1516 com réplica de RUFFERT, *DVBl.*, 2021, p. 309; quanto a acórdãos específicos, veja, entre outros, KÖCK; HENN, *NVwZ*, 2020, p. 504 ss.; KLINGER, *NVwZ*, 2018, p. 231 s.; WEGENER, *ZUR*, 2018, p. 217; FRANZIUS, *NVwZ*, 2018, p. 219; SOBOTTA, *JEEPL*, v. 15, p. 241, 2018; KMENT; LORENZ, *EurUP*, 2016, p. 47; SIEGEL, *NVwZ*, 2016, p. 337.

<sup>61</sup> Aprofundamento sobre essa questão em CALLIESS, *NVwZ*, 2006, p. 1 ss.; SCHLACKE, 2008 (nota 59), p. 233 ss.; GUCKELBERGER, *NuR*, 2020, p. 149 (150 ss.).

“Proteção ambiental” representa, com efeito, um objetivo da União correspondente aos Arts. 11 e 191 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.<sup>62</sup> Na esteira dele, podem-se constatar, também no Direito da UE, quando muito garantias parciais protetivas do meio ambiente que se conectam com os direitos subjetivos, garantidos na Carta de Direitos Fundamentais, à saúde, integridade física e propriedade (cf. Art. 2, 3 e 17). Estes são, consoante o Art. 51, 1 da Carta, vinculantes não só para os órgãos da União quando da implementação do Direito da União e no cumprimento das competências administrativas a ela atribuídas, mas, quando da execução do Direito da União e na esfera de aplicação deste, também para os Estados-Membros.<sup>63</sup> Neste sentido, estão em vigor não apenas as mencionadas garantias parciais de direitos fundamentais em sua dimensão defensiva, mas também – como sugerem os Arts. 1 e 6 da Carta de Direitos Fundamentais da UE – em sua dimensão protetiva. Contudo, até agora o TJUE aceitou um dever de tutela estatal (dos Estados-Membros) apenas no marco das liberdades fundamentais, concretamente no caso “Pilhagem de agricultores franceses” para a livre circulação de mercadorias.<sup>64</sup> Principalmente as normas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos [= CEDH] a serem levadas em consideração –, de acordo com o Art. 6, 3 do Tratado da União Europeia [= TUE] em associação com o Art. 51, 3 e 53 da Carta de Direitos Fundamentais – na interpretação reconhecem deveres de tutela; neste sentido, o Tribunal de Estrasburgo fala de “positive obligations”. Estas veiculam, mediante o respeito à vida privada e familiar segundo o Art. 8 da CEDH, uma garantia parcial protetiva do meio ambiente que contém tanto uma dimensão de defesa quanto de tutela.<sup>65</sup> Contudo, a proteção abrange, com efeito, apenas casos evidentes de poluição do meio ambiente e garante, em última análise, apenas um “mínimo existencial ecológico”.<sup>66</sup> Da dimensão protetiva abrangente do Art. 8 da CEDH faz parte não só a proteção contra danos graves ao meio ambiente, mas também – de certa forma, como salvaguarda procedimental – um direito a informações ambientalmente relevantes.<sup>67</sup>

Concluindo, pode-se registrar que em nível de Direito Internacional e de Direito Europeu se encontram ao menos esboços para um direito fundamental à

<sup>62</sup> Detalhes em CALLIESS, in: CALLIESS; RUFFERT, 2016 (nota 8), Art. 37 GRCh, nº 1 ss.

<sup>63</sup> Aprofundamento em KINGREEN, in: CALLIESS; RUFFERT, 2016 (nota 8), Art. 51 GRCh, nº 7 ss. e em CALLIESS, *JRP*, 2015, p. 17 ss.

<sup>64</sup> Quanto a isso, CALLIESS, 2006 (nota 24).

<sup>65</sup> Quanto a isso, CALLIESS, *ZUR*, 2000, p. 246 ss.; aprofundamento em SCHMIDT-RADEFELDT, *Ökologische Menschenrechte – ökologische Menschenrechtsinterpretation der EMRK und ihre Bedeutung für die umweltschützenden Grundrechte des Grundgesetzes*, 2000.

<sup>66</sup> EGMR, Judgment of 9 December 1994, *López Ostra v. Spain*, No. 16798/90.

<sup>67</sup> EGMR, Judgment of 19 February 1998, *Guerra and others v. Italy*, No. 14967/89.

proteção ambiental de caráter material e sobretudo procedimental.<sup>68</sup> Estes resultam, muitas vezes, de declarações e convenções específicas sobre o meio ambiente que não são juridicamente vinculantes e cujo caráter em termos de direito individual nem sempre é inequívoco, mas que podem – de modo correspondente à sua classificação como “soft law” – ser entendidos como estágio preliminar da formação de Direito e pioneiros do desenvolvimento jurídico. Nesse contexto se produz, também no Direito Internacional material, uma associação entre assuntos ambientais e direitos humanos já existentes, como o direito à vida, o direito à saúde ou à integridade física.<sup>69</sup> Dessa forma, os direitos humanos mencionados são desenvolvidos, por meio de uma interpretação ampla, para formar garantias parciais protetivas do meio ambiente. Contudo, em primeiro plano se encontram, tanto no Direito Internacional quanto no Europeu, os conteúdos procedimentais de um direito fundamental à proteção ambiental.<sup>70</sup>

#### **2.2.4 Inferência para um direito fundamental de caráter procedimental à proteção ambiental e climática**

De um direito fundamental de caráter procedimental à proteção ambiental, portanto, podem derivar direitos processuais concretos que possibilitem ao sujeito afetado reivindicar em um caso concreto seus assuntos e interesses na esfera do Direito Ambiental. Para o legislador e a Administração Pública, essas diretrizes procedimentais contêm determinados imperativos para a estruturação processual. Um direito fundamental de caráter procedimental à proteção ambiental se depara, com razão, com as restrições feitas ao direito fundamental de caráter material à proteção ambiental formulado como direito defensivo ou prestacional, mas, ao mesmo tempo, leva em conta, de maneira efetiva, as exigências de uma subjetivação limitada do interesse coletivo que é a proteção ambiental e contribui, dessa forma, para sanar deficiências de implementação e execução na esfera da política ambiental e climática.

Visto que a dimensão jusprocessual dos direitos fundamentais da Lei Fundamental – mediada pelas garantias parciais dos direitos fundamentais relativas

<sup>68</sup> CALLIESS, *ZUR*, 2000, p. 246 ss.

<sup>69</sup> Detalhes em TAYLOR, 1998 (nota 57), p. 266 ss.; HOBE, *ZUR*, 1994, p. 15 (18 s.), ambos com referências adicionais; cf., dentre a prática rara o caso dos Yanomami, sobre o qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve de decidir; cf. Case No. 7615 of 5 March 1985, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, OAS Doc. OAE/Ser. L/VII. 66 Doc. 10 rev. 1 at 24 (1985); quanto a isso, SCHMIDT-RADEFELDT, 2000 (nota 65), p. 51 s.

<sup>70</sup> RUFFERT, 1996 (nota 17), p. 27; REST, *NuR*, 1997, p. 209 (211); HOBE, *ZUR*, 1994, p. 15 (18 s.); CALLIESS, *ZUR*, 2000, p. 246 ss.

ao meio ambiente, particularmente a partir do Art. 2, 2 e Art. 14 da LF ou Art. 3, 1 e 17 da Carta de Direitos Fundamentais – só pode veicular, *de lege data*, de modo parcial direitos a informação, participação e acesso à Justiça,<sup>71</sup> seria, *de lege ferenda*, efetivamente digna de consideração a inserção de um direito fundamental de caráter procedimental à proteção ambiental no respectivo catálogo de direitos fundamentais. Levando em conta as reflexões delineadas acima, um direito fundamental de caráter procedimental à proteção ambiental e climática que seja judicialmente implementável poderia ser formulado da seguinte maneira em um novo Art. 2, 3 da LF ou Art. 37 da Carta de Direitos Fundamentais: “Toda pessoa tem direito a um meio ambiente limpo e sadio, bem como à sua preservação e proteção. Ele é garantido por direitos a informação, participação no processo administrativo e acesso efetivo à Justiça”.

### 2.3 Diretrizes materiais de um direito fundamental ao meio ambiente na forma do mínimo existencial ecológico

Significa isso, porém, que um direito fundamental à proteção ambiental não pode apresentar qualquer conteúdo material de que fosse juridicamente implementável? E, neste sentido, precisamos de fato de uma complementação da Carta de Direitos Fundamentais da UE ou da Lei Fundamental?

No Direito da UE, toda a proteção dos direitos fundamentais se baseava, até a inclusão vinculativa da Carta dos Direitos Fundamentais na esteira do Tratado de Lisboa (cf. Art. 6, 1 do TUE), em direitos fundamentais não escritos. Sua fonte jurídica era constituída pelos princípios jurídicos gerais da UE, que se alimentavam da fonte de conhecimento jurídico da CEDH, por um lado, e de um Direito Comparado avaliativo das tradições constitucionais dos Estados-membros, por outro. A possibilidade de, a partir dessa base, desenvolver direitos fundamentais não escritos “novos” continua sendo aberta pelo Art. 6, 3 do TUE.<sup>72</sup> Exemplar nesse sentido poderia ser o Tribunal Constitucional Federal [= TCF], que, levando em conta desafios atuais no desenvolvimento do Direito pelos tribunais, igualmente desenvolveu direitos fundamentais “novos”;<sup>73</sup> pioneiro neste sentido é o já existente direito a um mínimo existencial social.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Aprofundamento em CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 463 ss.

<sup>72</sup> Quanto a isso, CALLIESS, *ZUR*, 2000, p. 246 ss.

<sup>73</sup> Cf., p. ex., BVerfGE 65, 1 quanto ao direito à autodeterminação informacional.

<sup>74</sup> BVerfGE 125, 175 (226); E 132, 134 (159); E 137, 34 (72); Urt. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, nº 118 ss.; quanto a isso, já anteriormente, BVerwGE 1, p. 159 (161 s.); DÜRIG, in: MAUNZ; DÜRIG, GG, 35. Lfg. 1999, Art. 1 Abs. 1, nº 43.

### 2.3.1 Fundamentos do mínimo existencial ecológico no Direito Constitucional alemão

Em conexão com o direito fundamental do mínimo existencial social pode-se derivar da Lei Fundamental, concretamente do Art. 1, 1 em associação com o Art. 2, 2 e Art. 20a da LF, por meio da interpretação, um direito fundamental ao mínimo existencial ecológico. O TCF já definiu elementos iniciais para uma associação entre direitos fundamentais e Art. 20a da LF ao afirmar que, no marco de ações de inconstitucionalidade, devem-se levar em consideração “as avaliações jusconstitucionais do [...] Art. 20 a da LF”.<sup>75</sup> Na literatura jurídica, um direito fundamental ao mínimo existencial ecológico encontra amplo assentimento, independentemente da derivação dogmática exata.<sup>76</sup> Só há vezes contrárias isoladas; sobretudo o ex-presidente do TCF Vosskuhle rejeita esse direito fundamental com o argumento de que não se poderiam derivar da Constituição patamares concretos de dano ambiental.<sup>77</sup> Essa objeção não consegue ser convincente já pelo fato de que o TCF, apesar da falta de patamares no Art. 1, 1 e Art. 20, 1 da LF, reconhece um mínimo existencial socioeconômico e, no marco de um controle relativamente intensivo, também deriva disso diretrizes concretas no tocante ao cálculo por parte do legislador.<sup>78</sup> Como se mostrará mais abaixo, os limites do planeta elaborados pelas ciências do sistema Terra, com seus chamados pontos de não retorno, possibilitam efetivamente a constatação de patamares de dano ambiental que não devem ser ultrapassados.

Inicialmente, porém, será definida com maior precisão a esfera de tutela de um direito fundamental ao mínimo existencial ecológico. De modo semelhante ao que ocorre com o direito fundamental a um mínimo existencial digno do ser humano, não está delineado com clareza o que constitui um meio ambiente digno da vida humana. Em princípio, deve-se possibilitar às pessoas um modo de vida que corresponda à dignidade humana. Com base nisso, o direito fundamental garante uma reivindicação à defesa contra intervenções extremamente hostis ao

<sup>75</sup> Veja, p. ex., BVerfGE 134, 242, nº 298 e BVerfG, Urt. v. 24.11.2010, Az. 1 BvF 2/05; a questão fica em aberto em BVerfGE, NVwZ, 2010, 114 (nº 31).

<sup>76</sup> CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 300; posição semelhante em MURSWIEK; RIXEN, in: SACHS, GG, 2018, Art. 2, nº 227; mais recentemente, BUSER, *DVBl.*, 2020, p. 1389 (1391); já anteriormente, RUPP, *JZ*, 1971, p. 401 ss.; SCHOLZ, *JuS*, 1976, p. 232 (234); KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 22, 27; BOCK, 1990 (nota 9), p. 119 ss.

<sup>77</sup> VOSSKUHLE, *NVwZ*, 2013, p. 1 (6); de modo semelhante P. KUNIG, in: von MÜNCH; KUNIG, *Grundgesetz*, 7. ed., 2012, v. 1, Art. 2, nº 67 e 71; SPARWASSER; ENGEL; VOSSKUHLE, *Umweltrecht: Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 5. ed., 2003, § 1, nº 156.

<sup>78</sup> Essa posição em CALLIESS, 2019 (nota 1), p. 6 e 8; BUSER, *DVBl.*, 2020, p. 1389 (1391); cf. BVerfGE 125, 175 (226); E 132, 134 (159); E 137, 34 (72); mais recentemente Urt. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, nº 117 ss.: por causa da maior mutabilidade das condições socioculturais de vida, neste caso se concedeu ao legislador uma margem maior apenas na avaliação da situação factual, mas não no tocante ao conteúdo uniforme do direito.

meio ambiente por parte do Estado<sup>79</sup> e, em conexão com isso, onde uma omissão do Estado estiver em questão, à conservação de um estado mínimo dos fundamentos naturais da vida. Neste sentido, o Estado deve providenciar que todos os elementos ambientais da natureza necessários (como ar, solo, água, fauna, flora, paisagem) estejam presentes em uma medida e um estado suficientes para a existência humana. Assim, devem-se contar entre os elementos necessários para o mínimo existencial ecológico ar respirável, água potável e alimentos comestíveis.<sup>80</sup>

Em consonância com isso, visa-se a preservação de condições ambientais que são um pressuposto necessário para a vida e a saúde humanas, como, p. ex., a camada de ozônio.<sup>81</sup> Justamente quando se ancora o direito fundamental no Art. 1, 1 da LF, seu conteúdo não está voltado apenas à conservação de um meio ambiente viável, mas também digno da vida humana: “Portanto, não pode ser suficiente que o ser humano só pudesse sobreviver ainda com o auxílio de recursos tecnológicos – p. ex., sob uma cúpula de vidro –, porque do contrário ele se tornaria objeto do mundo tecnológico-industrial”.<sup>82</sup> Mesmo que tal estado mínimo não precise ser garantido de maneira integral ou abrangente, os órgãos estatais devem providenciar para que o número de habitantes esperado possa viver sob condições ecologicamente toleráveis.<sup>83</sup> Por fim, é importante que o mínimo existencial ecológico pode ficar afetado não só quando esses elementos mínimos não estiverem mais presentes, mas – principalmente quando se trata de danos ambientais irreversíveis – já quando se deva temer seriamente uma emergência ecológica extrema.<sup>84</sup> Em face dos direitos fundamentais comparáveis que se encontram nos Arts. 1, 2, 3 e 37 da Carta dos Direitos Fundamentais, a abordagem assim esboçada pode ser transposta para o nível europeu.

### 2.3.2 Vinculação aos limites do planeta e ao princípio da precaução

Os limites de poluição do planeta formulam uma concepção científica para descrever os limites da sustentabilidade de sistemas ecológicos.<sup>85</sup> Principalmente

<sup>79</sup> BENDA, *UPR*, 1982, p. 241 (243).

<sup>80</sup> RUPP, *JZ*, 1971, p. 401 ss.; SCHOLZ, *JuS*, 1976, p. 232 (234); KLOEPFER, 1978 (nota 9), p. 22, 27; MICHEL, *Staatszwecke Staatsziele und Grundrechtsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung der Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz*, 1986, p. 176; BOCK, 1990 (nota 9), p. 119 ss.

<sup>81</sup> MURSWIEK; RIXEN, in: SACHS, 2018 (nota 76), Art. 2, nº 227.

<sup>82</sup> BUSER, *DVBl.*, 2020, p. 1389 (1391), fazendo referência a STEIGER, *Mensch und Umwelt: Zur Einführung eines Umweltgrundrechts*, 1975, p. 35.

<sup>83</sup> BUSER, *ibid.*; GÄRDITZ, in: LANDMANN; ROHMER, *Umweltrecht*, p. 69. EL 2013, Art. 20a GG, nº 78.

<sup>84</sup> BOCK, 1990 (nota 9), p. 119 ss.; CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 118 ss. e 300.

<sup>85</sup> Segundo ROCKSTRÖM; STEFFEN et al., A safe operating space for humanity. *Nature*, 461 (7263), p. 472-475, 2006; em 2015 se seguiu uma atualização: STEFFEN; RICHARDSON; ROCKSTRÖM et al., *Science*, 347 (6223).

as metas internacionais de proteção do clima acertadas no Acordo de Paris, que exigem uma limitação do aquecimento do clima devido a causas humanas a valores claramente abaixo de 2<sup>º</sup> em comparação com os da era pré-industrial, mas possivelmente a 1,5<sup>º</sup>,<sup>86</sup> representam um estabelecimento de limites ecológicos apurado pelas ciências do sistema Terra. O governo federal alemão, em sua estratégia de sustentabilidade, designa, acertadamente, os limites planetários como “barreiras de segurança absolutas” para decisões políticas.<sup>87</sup> O ponto de partida decisivo na definição dos limites de poluição do planeta é constituído por conhecimentos das ciências da natureza. Neste tocante, a ciência dispõe de métodos valiosos e, em parte, muito amadurecidos para definir interações do sistema Terra, possíveis distúrbios funcionais, valores-limite e probabilidades de ocorrência. Não obstante, continua havendo inseguranças e margens de prognósticos. Entre as razões para tanto se contam, entre outras, processos descontínuos que podem ocorrer, p. ex., quando, com o atingimento de determinados valores-limite – cuja situação exata não pode ser determinada com exatidão –, funções do sistema Terra se alterem de maneira não linear ou até abrupta. Neste sentido se fala de pontos de não retorno ou pontos de virada nas ciências do sistema Terra. Quando da ultrapassagem desses pontos de não retorno, surge, em todo caso, a ameaça de danos ambientais irreversíveis que podem ter como consequência uma espécie de “cenário de devastação” e, dessa forma, colocam em risco a sobrevivência do ser humano e do meio ambiente. Em face das incertezas e, ao mesmo tempo, dos riscos potencialmente catastróficos a que a humanidade se expõe no caso de alterações críticas irreversíveis do sistema Terra, a concepção dos limites de poluição do planeta recorre, na definição do “espaço de ação seguro” –, concretamente no marco da quantificação de valores-limite críticos – à manutenção de uma distância de segurança.

Principalmente em forma dessa distância de segurança, a concepção dos limites de poluição do planeta contém um componente normativo que corresponde ao objetivo estatal da proteção ambiental no Art. 20a da LF e ao princípio da precaução imanente a essa norma.<sup>88</sup> No Direito da UE o princípio da precaução é, inclusive, mencionado explicitamente como máxima de ação no Art. 191 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e é, mediante a cláusula de integração do Art. 11 do mesmo Tratado, acoplado com o princípio da sustentabilidade. O

<sup>86</sup> Art. 2, 2 do Acordo de Paris de 12.12.2015, UN Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1 (Decision 1/CP.21). Disponível em [https://unfccc.int/sites/default/files/english\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf).

<sup>87</sup> Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung – Neuauflage 2016, p. 12. Disponível em <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975292/730844/3d30c6c2875a9a08d364620ab7916af6/deutsche-nachhaltigkeitsstrategie-neuauflage-2016-download-bpa-data.pdf?download=1>.

<sup>88</sup> CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 114 ss., 181 s.

princípio da precaução visa, na esfera de uma preocupação abstrata abaixo do limiar do perigo – portanto, da mera possibilidade de um dano – formar uma “reserva de segurança”. Por conseguinte, ele é aplicável especialmente quando as provas científicas são insuficientes, não permitem conclusões inequívocas ou não são claras, mas, com base em uma avaliação científica provisória e objetiva do risco, há ensejo para uma preocupação abstrata. Assim, também no Direito Europeu<sup>89</sup> é decisiva a substituição da probabilidade concreta e suficiente pela mera possibilidade, pela preocupação abstrata quanto à ocorrência de um dano.<sup>90</sup> No marco desse potencial de preocupação abstrata, ou então da situação, muito citada, de um *non liquet*, em que a incerteza existente não possa ser esclarecida com os recursos investigativos disponíveis, o princípio da precaução opera segundo o modelo jurídico de uma suposição refutável de perigo, que – como a Comissão expõe com razão em seu comunicado sobre o princípio da precaução<sup>91</sup> – pode ocasionar uma inversão do ônus da prova.<sup>92</sup> Entretanto, as exigências quanto ao ônus da prova não devem, por razões relativas ao Estado de Direito, atingir o grau de uma prova positiva da possibilidade ou impossibilidade de dano.<sup>93</sup>

Por conseguinte, do princípio de precaução se seguem diretrizes normativas substanciais para a forma de lidar com limites de danos ecológicos: ambas as dimensões do princípio da precaução, a relativa ao risco e a relativa aos recursos, visam evitar danos críticos ou pontos de não retorno com cujo atingimento surge a ameaça de danos graves e irreparáveis dos bens ambientais juridicamente protegidos. A partir do princípio jurídico da precaução também se pode desenvolver um princípio próprio de não exaustão dos limites ecológicos da poluição. Estes últimos estipulam um limiar do qual se deve manter distância por precaução. Para evitar que o limiar seja ultrapassado, é preciso afastar-se dele.<sup>94</sup>

Se, porém, no caso de ultrapassagem do ponto de não retorno se tornarem iminentes danos ambientais que possam ter como consequência uma espécie de “cenário de devastação”, então, a partir da perspectiva jurídica, o direito de todo

<sup>89</sup> Posição diferente em LEPSIUS, *VVDStRL*, v. 63, p. 264 (273 ss.), 2004; opinião contrária sustentam, com razão, a maioria das contribuições à discussão em *ibid.*, p. 316 ss.

<sup>90</sup> IPSEN, *VVDStRL*, v. 48, p. 177 (186 s.), 1990; BREUER, *NVwZ*, 1990, p. 211 (213 s.); SCHERZBERG, *VerwArch*, v. 84, p. 484 (497 s.), 1993.

<sup>91</sup> KOM (2000) 1 endg., p. 24; posição crítica neste sentido em RENGELING, *DVBl.*, 2000, p. 1473 (1479 s.); outra opinião em APPEL, *NVwZ*, 2001, p. 395 (396, 398).

<sup>92</sup> Detalhes em CALLIESS, 2001, p. 223 ss.; outra opinião em ARNDT, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, 2009, p. 290 ss., 295 s., que considera como consequência direta do princípio da precaução apenas uma redução da medida da prova, e não uma inversão do ônus da prova, mas vê a esta última realizada no marco dos processos de licença estruturados pelo direito secundário.

<sup>93</sup> REHBINDER, *Grenzen und Chancen einer ökologischen Umorientierung des Rechts*, 1989, p. 9 s.; RITTER, *DÖV*, 2002, p. 641 (648 s.); aprofundamento em CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 223 ss.

<sup>94</sup> CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 176 ss.; cf. também APPEL, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, 2005, p. 299 s.

cidadão a um mínimo existencial ecológico – jusconstitucionalmente decorrente do direito fundamental à vida e saúde bem como do objetivo do Estado em termos ambientais (Art. 1, 1 em associação com o Art. 2, 2 da LF bem como Art. 20a da LF) – está sendo violado. A esfera protetiva desse mínimo existencial ecológico está ao menos aberta quando é elevada a probabilidade de que os limites planetários sejam ultrapassados. Levando em consideração o direcionamento do Art. 20a da LF para as gerações futuras e, portanto, o princípio da sustentabilidade junto com o da precaução, contudo, o mínimo existencial ecológico não é afetado apenas quando esses elementos mínimos não estejam mais presentes, mas – visto que se trata de danos ambientais irreversíveis – já quando se deve temer uma emergência ecológica extrema em forma do mencionado “cenário de devastação”. Neste sentido, os limites planetários, junto com seus pontos de não retorno – ou seja, na esfera da proteção climática, a meta de 1,5-2<sup>o</sup> – formulam uma suposição passível de refutação. Por conseguinte, os titulares do direito não têm, neste sentido, o dever de apresentar o arrazoado e a prova, mas é a parte contrária – portanto, as instituições estatais como destinatárias do direito fundamental – que precisa expor e demonstrar que, com sua concepção de proteção, tomou todas as medidas necessárias para um efetivo afastamento<sup>95</sup> dos limites planetários e, dessa forma, pode garantir com segurança o mínimo existencial ecológico.

Para além do mínimo existencial ecológico assim definido, o núcleo material dos objetivos do Estado e a definição dos objetivos da União consoante o Art. 20a da LF e Art. 191, 11 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, bem como o direito fundamental à vida e saúde (Art. 2, 2 da LF ou Art. 3 da Carta de Direitos Fundamentais da UE), estabelecem um limite absoluto por meio da mencionada proibição de proteção insuficiente.<sup>96</sup> Neste sentido, a margem de liberdade das instituições estatais na concretização da concepção de proteção – p. ex., mediante metas de qualidade ambiental<sup>97</sup> – é maior. Por conseguinte, elas têm “apenas” uma incumbência de otimização acessível à ponderação ou avaliação,<sup>98</sup> mas deve-se atribuir ao imperativo da distância para com os limites planetários tanto mais peso na avaliação política quanto mais graves forem as consequências previsíveis de uma ultrapassagem dos limites planetários da poluição.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Isso já foi sustentado em CALLIESS, *ZUR*, 2019, p. 385; concordância quanto à relevância de pontos de não retorno na área dos deveres de tutela relacionados aos direitos fundamentais em BUSER, *DVBl.*, 2020, p. 1389 (1392).

<sup>96</sup> Detalhes em CALLIESS, 2001, p. 451 ss. e 563 ss.; posição semelhante em BRÖNNEKE, *Umweltverfassungsrecht*, 1999, p. 272 ss. e 471 ss.; SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997, p. 439 ss.

<sup>97</sup> REESE, *ZUR*, 2010, p. 345.

<sup>98</sup> BRÖNNEKE, 1999 (nota 96), p. 269 ss.; SOMMERMANN, 1997 (nota 96), p. 360 s.

<sup>99</sup> CALLIESS, *ZUR*, 2019, p. 385; concordância em MEYER, *NJW*, 2020, p. 894 (897 s.); BUSER, *DVBl.*, 2020, p. 1389 (1392).

Visto que os resultados da pesquisa do sistema Terra mostram que, à luz dos limites planetários, medidas se fazem necessárias, mas não podem estabelecê-las concretamente para a comunidade dos Estados ou Estados específicos, a situação objetiva da ciência precisa ser avaliada em termos normativos e políticos para fazer inferências concretas a partir disso.<sup>100</sup> Já por essa razão, cabe primordialmente ao legislador tirar consequências de conhecimentos científicos sobre limites dos danos ecológicos. Visto que aspectos da proteção ambiental devem ser ponderados com interesses constitucionais contrários (liberdade econômica, princípio do Estado Social), cabe às instituições estatais, antes de mais nada ao legislador democrático, necessariamente uma margem de liberdade em termos de estruturação e ponderação quando da implementação da concepção de proteção.

Disso resultam consequências para o âmbito do controle judicial. De modo análogo às decisões sobre o mínimo existencial social, em que o TCF não prescreve ao legislador o valor exato do direito, também no caso do mínimo existencial ecológico é mister definir a proteção mínima com base nos limites planetários. De modo análogo ao mínimo existencial social, o TCF pode, além disso, controlar o procedimento para a apuração do mínimo existencial ecológico.<sup>101</sup> Concretamente, o legislador precisa ter compreendido e descrito suficientemente o objetivo. Além disso, ele precisa, no marco de sua margem de estruturação, ter escolhido um procedimento apto para fazer o cálculo. Ao mesmo tempo, é preciso garantir que o legislador investigue todos os fatos necessários e se mova, em todos os passos do cálculo, dentro do que é passível de justificação e divulgue abertamente os métodos empregados e passos do cálculo feito para fins de controle jusconstitucional.<sup>102</sup>

Tomando essas diretrizes normativas como referência, o que resulta desse direito fundamental a um mínimo existencial ecológico é uma incumbência de ação judicialmente controlável na esteira da qual as instituições da Alemanha e da UE devem se afastar visivelmente dos limites planetários e evitar (mais) uma ultrapassagem da sustentabilidade ecológica do sistema Terra por meio de uma concepção de proteção apropriado e eficaz bem como de longo prazo, coerente e juridicamente vinculante. Nesse marco o imperativo de manutenção de distância contido na Constituição e no Direito Europeu, mediado pela proibição de proteção insuficiente, opera como imperativo de ação quando a continuação inalterada da utilização do meio ambiente superar os limites planetários de poluição ambiental (ou, como no caso da proteção climática, já tiver superado) e, com isso, ameaçar, com grande probabilidade, a estabilidade do sistema Terra bem como os fundamentos ecológicos

<sup>100</sup> KÖCK, ZUR, 2017, p. 257 ss.; SCHLACKE, in: DILLING; MARKUS (ed.), *Ex Rerum Natura Ius?*, 2014, p. 93 (96 s.).

<sup>101</sup> BVerfGE 125, 175, nº 142.

<sup>102</sup> BVerfGE 125, 175, nº 144; reflexões fundamentais quanto a isso em CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 125 ss.

da vida da humanidade. No fim das contas, a proibição de proteção insuficiente reconhecida pelo Direito Constitucional requer uma concepção de proteção que seja promulgada pelo legislador, como “barreira de segurança absoluta” da política, em forma de uma lei orientadora de caráter vinculante – que se guie pelo modelo da lei sobre critérios certa vez estimulada pelo TFC para a organização financeira.<sup>103</sup> Em especial para a proteção climática já existe, com o Acordo de Paris sobre o Clima e com as metas europeias de proteção climática para 2030, um marco jurídico ao qual a Alemanha e a UE estão vinculadas e que precisam cumprir em sua política de proteção climática.<sup>104</sup> Nesse contexto, a Lei sobre a Proteção do Clima da Alemanha<sup>105</sup> representa uma abordagem conducente a essa meta. Entretanto, principalmente no tocante à implementação das metas acordadas<sup>106</sup> a lei ainda é excessivamente débil, pois o “Conselho de Especialistas sobre Questões Climáticas” estabelecido nos §§11 e 12 exerce uma mera função notarial, mas não uma função de controle autêntica.<sup>107</sup> Também a UE está planejando, no marco da implementação do “European Green Deal”, uma lei europeia de proteção climática com vistas a cujos objetivos – sobretudo na implementação das diretrizes da cláusula de integração da política ambiental do Art. 11 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – também deve ser estabelecido um processo de monitoramento institucional.<sup>108</sup>

### 3 Resultado conclusivo

Se a proposta de Ferdinand von Schirach, citada no início, a respeito de um direito fundamental à proteção ambiental pretenda ser mais do que um símbolo programático na crise climática, então a definibilidade insuficiente do conteúdo do direito fundamental e, com isso, sua acionabilidade judicial continuam sendo um problema não resolvido. Por essas razões, só se pode construir um direito fundamental materialmente efetivo à proteção ambiental como cumprimento de uma garantia parcial de um direito fundamental individual (p. ex., à vida, saúde, propriedade) em associação com a função reconhecida dos direitos fundamentais como deveres de tutela. Isto, porém, não compreende a proteção de espécies e de animais bem como partes consideráveis da proteção da natureza e da paisagem. Isso se

<sup>103</sup> Detalhes quanto a isso em CALLIESS, 2001 (nota 6), p. 125 ss. e 235 ss.

<sup>104</sup> SAURER, *NVwZ*, 2017, p. 1574.

<sup>105</sup> Quanto a isso, SCHARLAU et al., *NVwZ*, 2020, p. 1.

<sup>106</sup> Detalhes quanto a isso no parecer do Conselho de Especialistas que assessora o governo federal em questões ambientais: Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), 2019 (nota 3), p. 175-185.

<sup>107</sup> Quanto a isso, SCHARLAU et al., *NVwZ*, 2020, p. 1 (4 s.).

<sup>108</sup> Quanto a isso, CALLIESS; DROSS, *ZUR*, 2020, p. 456 (461 ss.).

aplica, por consequência, também a deficiências existentes na execução do Direito Ambiental contido na legislação ordinária em vigor. Neste sentido, recomenda-se a introdução de um direito fundamental de caráter procedimental à proteção ambiental, que poderia ter a seguinte formulação: “Toda pessoa tem direito a um meio ambiente não poluído e sadio, bem como à sua preservação e proteção. Isso é garantido por direitos a informação, participação no processo administrativo e acesso efetivo à Justiça”. Em termos materiais, pode-se explorar, complementarmente, o direito fundamental – já reconhecido e judicializável – ao mínimo existencial ecológico, que, mediado pelos limites planetários definidos pelas ciências do sistema Terra, define uma proteção mínima absoluta. Essas ciências formulam, com seus pontos de não retorno, um parâmetro de dano ambiental baseado em evidências e uma suposição passível de refutação, na esteira dos quais as instituições estatais, como destinatárias do direito fundamental, precisam expor e demonstrar diante do tribunal que, com sua concepção de proteção, tomaram todas as medidas necessárias para afastar-se efetivamente dos limites planetários e, dessa forma, podem garantir com segurança o mínimo existencial ecológico.

---

#### **Climate policy and the protection of fundamental rights - do we need a fundamental right to environmental protection?**

**Abstract:** Taking into account the climate cases pending before the Federal Constitutional Court and building on the suggestion of a European fundamental right to environmental protection recently introduced into the debate by the writer Ferdinand von Schirach, the article examines the legal possibilities and limits that fundamental rights may have in the German and European context. In his result, he argues for a procedural and actionable fundamental right to environmental protection as well as - with a view to the limits of the planet (in climate protection: 1.5-2 degree target) the recognition of a fundamental right to an ecological existential minimum that entails a reversal of the burden of argumentation and proof.

**Keywords:** Climate protection. The fundamental right to environmental protection. Obligations to protect the environment based on fundamental rights. Limits of the planet. Precautionary principle. Reversal of the burden of proof before the court.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CALLIESS, Christian. Política climática e proteção dos direitos fundamentais – Necessitamos de um direito fundamental à proteção ambiental? *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 46, p. 53-76, jan./jun. 2022.

---

Recebido em: 27.04.2022

Aprovado em: 04.05.2022

Cota convite