

**O DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO DOS
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ECOLOGICALLY BALANCED
ENVIRONMENT IN THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES
OF AMERICA**

Daniel Raupp¹

Resumo: O artigo busca identificar a presença de direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos EUA. Para tanto, tem como objetivos: (1) a descrição da origem e conteúdo dos direitos fundamentais; (2) o exame da estrutura e da aplicação dos direitos fundamentais, assim como de métodos para a solução de eventuais conflitos; (3) a análise da evolução da jurisprudência sobre o tema no Tribunal Constitucional Federal alemão e na Suprema Corte dos EUA.

Palavras-chave: Constituição dos Estados Unidos; direito fundamental; proteção do meio ambiente.

Abstract: The paper aims to identify the presence of a fundamental right to an ecologically balanced environment in the US Constitution. Its objectives are: (1) the description of the origin and content of fundamental rights; (2) to examine the structure and application of fundamental rights, as well as methods for resolving possible conflicts; (3) to analyze the evolution of the law in the German Federal Constitutional Court and in the US Supreme Court.

Keywords: Constitution of the United States; environmental protection; fundamental right.

Sumário: 1. Introdução. 2. A origem da expressão direitos fundamentais. 3. Conteúdo dos direitos fundamentais. 4. “Gerações” de direitos. 5. Estrutura dos direitos fundamentais. 6. Aplicação e conflito de direitos fundamentais. 7. Direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos EUA. 8. Considerações finais. 9. Referências.

¹ Doutorando e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali (SC). "Master of Laws" pela Widener University - Delaware Law School (EUA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - Ufsc. Juiz Federal em Laguna/SC



1 INTRODUÇÃO

A positivação de direitos fundamentais do homem e do cidadão é uma característica importante do constitucionalismo contemporâneo e um guia para a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Também o constitucionalismo ambiental é um campo em rápido desenvolvimento em todo o mundo e um forte aliado na proteção do meio ambiente, essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Este artigo procura investigar se existe um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos Estados Unidos da América, país com forte tradição na defesa das liberdades individuais e robusta jurisprudência constitucional sobre direitos fundamentais.

Na primeira parte do artigo, busca-se na origem dos direitos fundamentais o significado desta expressão para a ciência jurídica, a partir da transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, passando pelas declarações de direitos inglesa (1689), norte-americana (1776) e francesa (1789), e pelos instrumentos pós segunda guerra mundial, com especial menção à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. Procura-se demonstrar que o surgimento dos direitos fundamentais não consiste em mero produto da positivação dos direitos naturais, pois em constante evolução de acordo com o momento histórico das civilizações. Argumenta-se que direitos que soam como “fundamentais” hoje não o foram em outras épocas e em outras culturas.

Na segunda parte, examina-se o conteúdo dos direitos fundamentais na atualidade, isto é, o que torna um direito “fundamental”, diferenciando-o de outros direitos “não fundamentais”. Faz-se referência ao princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial, conteúdo ético e fonte unificadora de todo o sistema, assim como a exigência de que, para se caracterizar como fundamental, determinado direito deve ter reconhecimento garantido na Constituição, ainda que de modo implícito.

Na terceira parte, alude-se à classificação histórica das “gerações” de direitos fundamentais, com menção específica ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, alertando-se, contudo, que a expressão “geração” de direitos não pode levar à equivocada ideia de que os direitos se sucedem, ou que há hierarquia entre eles. Na verdade, devem ser compreendidos como diferentes dimensões de valores em constante busca de reconhecimento constitucional.



A quarta e quinta partes tratam de descrever a estrutura e aplicação dos direitos fundamentais pelos tribunais, com reflexo na solução de eventuais conflitos entre direitos de mesma estatura. Aponta-se a contribuição de Robert Alexy para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais, o auxílio, nesse campo, da diferenciação entre regras e princípios, e a influência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a interpretação e aplicação judicial dos direitos fundamentais, com o emprego do teste da proporcionalidade. Ressalva-se, contudo, a atuação da Suprema Corte dos EUA nessa matéria, pouco afetada pela teoria alemã dos direitos fundamentais, e o desenvolvimento do princípio do balanceamento (*balancing*) como forma de solucionar conflitos de direitos. Ressaltam-se as diferenças entre proporcionalidade e balanceamento, para se concluir que os métodos têm se aproximado, influenciando-se mutuamente: o balanceamento na busca da maturidade e estrutura adquiridas pela proporcionalidade, na tentativa de limitar o alto grau de subjetivismo do julgador, e a proporcionalidade na valorização da realidade e das consequências da decisão a ser tomada, empenhando-se em “conversar” com outras ciências sociais, características típicas do pragmatismo norte-americano.

A referência a decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Suprema Corte norte-americana é uma constante no texto, tendo em vista a forte influência que ambos exercem no desenvolvimento da jurisprudência acerca da teoria dos direitos fundamentais em todo o mundo.

Na sexta e última parte, o artigo se ocupa de responder à questão proposta no título. Para tanto, discorre que é simplista concluir pela inexistência de direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado apenas considerando a ausência de referência expressa no texto constitucional. Demonstra que outros direitos fundamentais não expressamente previstos na Constituição dos EUA foram reconhecidos pela Suprema Corte como implícitos no ordenamento constitucional, embora as cortes norte-americanas ainda sejam bastante cautelosas a respeito do constitucionalismo ambiental naquele país. Ao final, faz-se referência ao recente caso *Juliana v. United States*, como uma oportunidade de mudança na jurisprudência norte-americana a respeito da proteção constitucional do meio ambiente.



2 A ORIGEM DA EXPRESSÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS²

O desenvolvimento da ideia de existência de direitos fundamentais está ligado à fase de transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, ou ao denominado “trânsito à modernidade”, nas palavras de Gregorio Peces-Barba,³ entre os séculos XIV e XVII. As mudanças ocorridas nesse período deram espaço a reivindicações de liberdade religiosa, intelectual, política e econômica, “na passagem progressiva desde uma sociedade teocêntrica e estamental a uma sociedade antropocêntrica e individualista”.⁴

A matéria-prima da origem dos direitos fundamentais foi o reconhecimento da existência de direitos do homem e do cidadão, decorrente da secularização do direito natural. Nesse caminho, a tolerância religiosa defendida pela reforma protestante do século XVI pode ser tida como o primeiro direito fundamental reconhecido.⁵ Mesmo assim, antes do século XVIII, a igualdade das almas no céu não significava direitos iguais na terra. “Os cristãos aceitavam prontamente a primeira sem admitir a segunda.”⁶

A Declaração de Direitos inglesa de 1689 (*Bill of Rights*), a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), seguida pela *Bill of Rights* norte-americana (1791), e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada durante a revolução francesa de 1789, deram o passo decisivo para o desenvolvimento de direitos fundamentais, ao estabelecerem liberdades individuais e freio ao poder dos governantes. Foi uma reação da burguesia ao Estado absoluto, onde o soberano desconhecia limitação jurídica ou política ao seu poder. Nesse contexto, a noção de direitos fundamentais propunha um poder estatal juridicamente limitado, com preocupações éticas ligadas ao bem comum, abrindo espaço ao surgimento do Estado democrático de direito.⁷

Outra etapa importante na consolidação do termo “direitos fundamentais” foi a adoção, pela Organização das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, originada da Carta das Nações Unidas de 1945, nas quais se reafirmaram “a fé nos

² Sobre a opção pelo termo “direitos fundamentais”, em lugar de direitos sociais, direitos individuais, direitos civis, direitos políticos ou direitos do cidadão, ver: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 36.

³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, p. 146.

⁴ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

⁵ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, p. 421.

⁶ HUNT, LYNN. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 36. Edição do Kindle.

⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 35.



direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”.⁸

Também após o fim da Segunda Guerra Mundial, a elaboração da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*) de 1949,⁹ influenciada pelo completo desrespeito aos direitos humanos durante o regime nazista, contribuiu profundamente para o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais (*Grundrechte*). A dignidade humana foi declarada inviolável (*unantastbar*), devendo ser respeitada pelo Estado e protegida contra ataques de terceiros (Artigo 1(1)). Declarou-se expressamente que os direitos fundamentais são "diretamente aplicáveis" e vinculantes a todos os ramos do governo (Artigo 1(3)), e, embora não tenha promulgado direitos sociais e econômicos de modo explícito, ante a preocupação de que a Alemanha não se recuperasse tão cedo da guerra, a Lei Fundamental combinou a previsão de liberdades clássicas com o objetivo de que a República Federal da Alemanha fosse um Estado social.¹⁰ A Lei também limitou a possibilidade de restrição de direito fundamental por lei ordinária, dispôs que o “conteúdo essencial” de um direito fundamental não pode ser afetado em nenhuma hipótese (Artigo 19(2)), e que os princípios dos artigos 1 e 20¹¹ não podiam sequer ser alterados por emenda constitucional (Artigo 79(3)), garantindo a existência de “cláusulas pétreas”. Estabeleceu ainda um Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfG*) como uma instituição habilitada a rever a constitucionalidade de todos os atos estatais, incluindo os do Legislativo. Estas inovações fizeram da doutrina e jurisprudência alemãs importantes fomentadoras da teoria dos direitos fundamentais.

⁸ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 8 jun. 2022.

⁹ **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2022.

¹⁰ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2015.

¹¹ Artigo 1. (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Artigo 20. (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. (2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário. (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito. (4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.



De todo modo, a construção do conteúdo dos direitos fundamentais ocorreu progressivamente, já que “não existem direitos fundamentais por natureza”.¹² Direitos que soam como “fundamentais” em um determinado momento histórico de uma nação não são necessariamente fundamentais em outras épocas e em outras culturas. Para que os direitos humanos se tornassem “autoevidentes”, como exposto no preâmbulo da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América,¹³ “as pessoas comuns precisaram ter novas compreensões que nasceram de novos tipos de sentimentos.”¹⁴ Por mais “fundamentais” que sejam, os direitos do homem são, na opinião de Bobbio, direitos históricos, ou seja, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez; e nem de uma vez por todas.”¹⁵

Por isso, é necessário examinar o conteúdo dos direitos fundamentais na atualidade, isto é, o que torna um direito “fundamental”, diferenciando-o de outros direitos “não fundamentais”.

3 CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É perceptível o uso vulgarizado que se faz atualmente da expressão direitos fundamentais. Qualquer direito violado, aos olhos do seu titular, pode ganhar ares de transgressão a um bem que lhe é “fundamental”.

Assim, para avançar no estudo, é necessário definir o verdadeiro conteúdo dos direitos fundamentais, a fim de justificar o tratamento diferenciado atribuído a eles no ordenamento.

Por um lado, os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético ligado às ideias de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Sintetizada pela noção básica de “respeito ao outro”, a dignidade humana inclui “(a) respeito à autonomia da vontade, (b) respeito à integridade física e moral, (c) não coisificação do ser humano e (d) garantia do mínimo existencial”.¹⁶ É um fundamento da República Federativa do Brasil previsto no artigo 1º da Constituição e a primeira menção a um direito feita na Lei Fundamental alemã.

¹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19.

¹³ “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. [...]” Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em 8 jun. 2022.

¹⁴ HUNT, LYNN. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. p. 29. Edição do Kindle.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 5.

¹⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 17.



A etimologia da palavra “dignidade” está no latim *dignitas* (merecimento, valor, nobreza), a qualidade do que é “digno” (merecedor, credor de). Ou seja, refere-se à condição da pessoa, homem ou mulher, merecedora de ter seu valor reconhecido e respeitado pelo simples fato de ser da espécie humana.

Pode-se afirmar, assim, que a dignidade está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, sua fonte jurídico-positiva, unificadora todo o sistema. Trata-se da “fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor, e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, o valor básico (*Grundwert*) e fundamentador dos direitos humanos”.¹⁷

De outro lado, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais exige reconhecimento pelo poder constituinte de determinado país, isto é, incorporação ao ordenamento constitucional para que se torne um valor “fundante” ou “essencial” formalmente reconhecido na Constituição como alicerce de todo o ordenamento. Nesta concepção, somente são direitos fundamentais “aqueles valores que o povo (leia-se: poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial”.¹⁸ Às normas infraconstitucionais cabe disciplinar o exercício dos direitos fundamentais, mas não os criar diretamente. Nesse aspecto, portanto, a definição de direito fundamental inclui os conceitos de Constituição e democracia.

Essa constatação não afasta a possibilidade de existirem direitos fundamentais implícitos na Constituição, decorrentes do próprio texto constitucional, como previsto na Constituição brasileira¹⁹ e norte-americana²⁰. O essencial é que se possa identificar, a partir do texto constitucional, força e proteção especiais atribuídas a determinado direito dentro do ordenamento.

Sobre o assunto, em um caso em que se discutia direito à educação, a Suprema Corte dos EUA decidiu que o critério para determinar se um interesse é um direito fundamental não repousa na importância do direito em si, mas em avaliar se o direito é garantido explícita ou implicitamente pela Constituição. Segundo a decisão, não cabe à Suprema Corte escolher

¹⁷ CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 65.

¹⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 18.

¹⁹ Art.5º. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²⁰ Nona emenda: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.” Tradução disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARECDidAPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2022.



atividades humanas específicas, caracterizá-las como "fundamentais" e lhes atribuir proteção especial. Ao contrário, “o Tribunal simplesmente reconhece um direito constitucional estabelecido, e dá a esse direito não menos proteção do que a própria Constituição exige”.²¹

Peces-Barba, por outro lado, possui uma concepção tridimensional dos direitos fundamentais. Na dimensão ética, os direitos fundamentais se traduzem em uma pretensão moral justificada em valores básicos formados a partir da modernidade, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a segurança jurídica. Assim, “Algo que seja contrário à dignidade da pessoa humana, ou à igualdade e à liberdade entre todos não poderá ser justificado como possível futuro direito fundamental.”²² Ditos valores, ademais, precisam estar positivados para serem considerados direitos fundamentais, caso contrário “não seriam direitos e sim somente uma ideia ou um direito natural (direitos morais prévios à positivação).”²³

Na dimensão jurídica, o autor argumenta que, além de positivado no ordenamento, é necessário que seja acompanhado de garantias de efetivação, ou seja, “possibilidade de ser exigido perante as autoridades competentes.”²⁴

Por fim, na dimensão fática ou social, o autor espanhol defende que os direitos fundamentais se expressam na realidade social, e, portanto, estão “condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade”.²⁵ Assim, não haverá direito fundamental se a realidade social é contrária à sua implementação.

4 “GERAÇÕES” DE DIREITOS

Em razão da evolução do conteúdo dos direitos fundamentais, percebeu-se útil classificar os direitos em “gerações”, com inspiração no lema da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse contexto, os direitos civis e políticos são direitos de “primeira geração” e definem uma esfera de liberdades pessoais na qual o governo não deve intervir. Por exemplo,

²¹ *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 93 S. Ct. 1278 (1973). (tradução livre)

²² GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar. *Revista Direito e Justiça*, Ano XVI, n. 26, p 37-61, abril 2016, p. 47.

²³ GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar, p. 48.

²⁴ GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar, p. 49.

²⁵ GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar, p. 50.



a liberdade de expressão exige simplesmente que o governo se abstenha de interferências. Os direitos econômicos e sociais, a “segunda geração” de direitos, exigem, por outro lado, ação do governo. O direito a um certo padrão de vida requer o envolvimento do Estado.

Ao lado dos direitos sociais, emergiram novos direitos, estabelecidos sob a rubrica “terceira geração”, cujo exemplo mais relevante é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver em um ambiente não poluído.²⁶ São direitos de toda a humanidade, por isso relacionados à fraternidade ou à solidariedade.

Especificamente sobre o direito fundamental relacionado ao meio ambiente, são variados os adjetivos atribuídos a ele nas Constituições ao redor do mundo: “sadio”, “saudável”, “de qualidade”, “não poluído”, “equilibrado”, “limpo”, “satisfatório”, “protegido”, “sustentável”, “livre de contaminação”.²⁷ Optou-se, neste artigo, pela nomenclatura “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, por ser a utilizada na Constituição brasileira (artigo 225).²⁸ O essencial, contudo, é que, qualquer que seja a denominação utilizada, ela reflita uma característica comum a todas as Constituições: a capacidade de manutenção da vida humana com qualidade, no amplo escopo de proteção à dignidade da pessoa humana.

Além disso, visto que o processo de formação dos direitos fundamentais não é um fenômeno estático, surgem outras propostas de gerações de direitos, relacionadas, por exemplo, à globalização, à cibernética e à bioética, necessárias para acompanhar os avanços da sociedade. Alguns autores, no entanto, preferem designá-los “novos direitos de terceira geração”, e não “novas gerações de direitos”, que surgem em resposta às necessidades históricas.²⁹

Necessário mencionar, ainda, a crítica feita por parte da doutrina quanto ao uso do termo “gerações” de direitos, que pode dar a falsa impressão de substituição de uma geração por outra, quando, na verdade, “o processo é de acumulação e não de sucessão”.³⁰ Além disso,

²⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 6.

²⁷ MAY, James R.; DALY, Erin. Symposium: the confluence of human rights and the environment: Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Oregon Review of International Law**, University of Oregon, 2009.

²⁸ Expressão, porém, não isenta de crítica: “[...] estamos acostumados a imaginar uma barreira hermética: de um lado, a natureza imaculada, preservando seu delicado equilíbrio, e de outro, o mundo sórdido da atividade humana. Mas a lição atual dos ecologistas é que esse quadro está todo errado. A natureza não está em equilíbrio; está em constante estado de mudança. A velha imagem do ‘equilíbrio da natureza’ simplesmente não corresponde à realidade.” (FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism: making sensible environmental decisions in an uncertain world**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 205. Tradução livre).

²⁹ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 186.

³⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 55.



não há hierarquia entre as gerações, que fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Assim, “o ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões.”³¹

A despeito dessa crítica, há autores que preferem manter a designação “gerações” de direitos, por considerá-la didática no contexto histórico. Ponderam que “uma geração não supera as outras, uma vez que as anteriores seguem viva e se integram com as novas, e que não existe de forma alguma hierarquia entre esses grupos de direitos fundamentais”.³²

De uma ou de outra forma, forçoso é que se compreenda que existe uma integração das gerações ou dimensões de direitos, sem graduação entre elas, e não o abandono ou superação da mais antiga pelas subsequentes.

5 ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem características especiais que os diferem dos direitos “comuns” quanto ao modo de interpretação e aplicação. As normas, constitucionais ou não, usualmente descrevem certas condições factuais, como situações, procedimentos ou condutas, de forma geral e abstrata, e, em seguida, determinam consequências legais caso essas condições existam. Os direitos fundamentais, por outro lado, não se baseiam no modelo de condição e consequência. A disposição típica de direito fundamental declara a “liberdade” de determinada conduta, estado ou instituição e confere poder ao legislativo para limitar essa liberdade. Assim, ao contrário de outras normas comuns, os direitos fundamentais não determinam a situação jurídica desejada. Eles prometem mais do que podem manter.³³

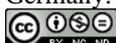
Por essas razões, a aplicação dos direitos fundamentais exige não apenas uma definição do tema protegido, uma delimitação do escopo da proteção e uma definição do conteúdo essencial do direito fundamental que não pode ser tocado. Também exige a determinação de quem deve ser protegido, contra quem a proteção entra em vigor, até onde essa proteção chega, como a proteção entra em vigor e o que pode ser qualificado como uma violação que desencadeia o mecanismo de proteção do direito fundamental. Além disso, deve-se determinar que tipos de limitações são permitidas e as que não o são, respostas que nem sempre se encontram no texto constitucional, mas que têm que ser compatíveis com ele.³⁴

³¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 56.

³² GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. p. 187.

³³ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

³⁴ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.



Robert Alexy contribuiu significativamente para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais (*Theorie der Grundrechte*)³⁵, ao fazer a distinção entre dois tipos de normas - princípios e regras -, cuja diferença não está no grau de generalidade e imprecisão da respectiva norma, mas na qualificação dos princípios como “comandos de otimização” que podem ser cumpridos em maior ou menor grau, dependendo do que outras normas e circunstâncias factuais permitem. Em contrapartida, as regras só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Havendo conflito entre regras (antinomia), é preciso decidir qual regra deve ser aplicada, por meio de metarregras (critérios hierárquico, cronológico, e da especialidade). Se uma regra for aplicável, seu comando terá que ser cumprido exatamente. No caso de um conflito entre princípios, eles podem ser equilibrados uns contra os outros de forma que ambos tenham efeito e prevaleçam em um caso e se afastem em outro caso. Desse modo, direitos fundamentais são princípios, não regras.³⁶

A teoria acima ajuda a reforçar a compreensão da efetividade dos direitos fundamentais, que não são meras normas programáticas, mas têm aplicação imediata, como expressamente previsto na Constituição do Brasil.³⁷

Evidentemente, a Constituição não consegue responder a todas as questões que possam surgir no processo de implementação dos direitos fundamentais. Na prática, portanto, as respostas acabam sendo dadas por órgãos estabelecidos pela própria Constituição para a interpretação do texto constitucional. Nesse campo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão influenciou grande parte dos tribunais constitucionais de outros países, como o Supremo Tribunal Federal no Brasil, no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais. Apenas os EUA, com sua jurisprudência constitucional significativamente mais antiga, não foram significativamente afetados pela teoria alemã dos direitos fundamentais após a Segunda Guerra Mundial.³⁸

6 APLICAÇÃO E CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dadas as premissas de que os direitos fundamentais traduzem-se em princípios e que mais de um princípio pode ter aplicação no caso concreto, é necessário concluir que os direitos fundamentais não possuem um “fundamento absoluto”, isto é, “um fundamento que

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

³⁶ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

³⁷ Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³⁸ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.



torne o direito e o seu oposto, ambos inquestionáveis e irresistíveis.”³⁹ De fato, segundo Bobbio:

*[...] são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas [...].*⁴⁰

Nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa tem caráter absoluto, ainda que tenha um peso importante e a qualidade de inviolável, devendo ser sopesado diante de outros princípios.⁴¹

Além disso, a decisão em casos envolvendo direitos fundamentais passa, em última análise, pelo exame da constitucionalidade da medida estatal que os restringe, ou seja, se a violação do respectivo direito fundamental é justificada, já que muitas vezes não há disposição expressa sobre que tipo de restrição pode ser trazida por norma infraconstitucional. A limitação genérica e implícita na Constituição é de proibição de violação ao conteúdo essencial de um direito fundamental. No mais, a análise depende de “testes” desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência.

Nesse aspecto, o Tribunal Constitucional Federal alemão estabeleceu limites adicionais às restrições de direitos fundamentais, acrescentando a condição não escrita (pois não prevista expressamente na Constituição) de que apenas limitações proporcionais de direitos fundamentais eram compatíveis com a Lei Fundamental.

Para examinar a proporcionalidade de uma medida, o tribunal desenvolveu um teste de quatro etapas. Na primeira etapa, deve ser apurada a finalidade da limitação normativa do direito fundamental, devendo ser analisada se esse propósito é compatível com a Lei Fundamental. Um propósito constitucionalmente proibido não pode justificar uma violação de um direito fundamental. Os próximos dois passos tratam da relação entre meios e fins. Em um primeiro momento, é preciso examinar se os meios são adequados para atingir a finalidade prevista na lei. Meios inadequados não podem justificar uma violação de um direito fundamental. Posteriormente, analisa-se se os meios são necessários para chegar ao propósito. Se houver meios menos intrusivos para atingir a finalidade legal, a medida será considerada uma violação desnecessária de um direito fundamental e, portanto, inconstitucional. Na última

³⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 22.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 20.

⁴¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2012, p. 181.



etapa, o teste é separado da relação meio-fim. Em uma análise de custo-benefício, examina-se se a restrição é proporcional em um sentido estrito, isto é, se os benefícios da violação de um direito superam as desvantagens do direito fundamental violado.⁴²

Para exemplificar, em um caso de famílias carentes residindo em área de preservação permanente, verificado um possível conflito entre o direito fundamental à moradia e o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos previstos na Constituição brasileira,⁴³ o primeiro deve prevalecer quando a satisfação da garantia à habitação familiar pesar mais ou for mais importante, no caso concreto, do que a garantia de proteção ambiental, que pode sucumbir, ao menos momentaneamente, frente à garantia ao mínimo existencial. Ou seja, existe a adequação da medida (demolatória, por exemplo) para proteção do meio ambiente, e está presente a sua necessidade ante a comprovação de que não há outro meio menos agressivo para satisfação do direito. Contudo, na ponderação entre os valores, a importância da proteção ao meio ambiente não prevalece sobre a garantia da habitação aos moradores materialmente carentes tendo em vista a impossibilidade de, no caso concreto, provê-los de outro lugar para residir, ainda que temporariamente. Nessa hipótese, a solução deve-se guiar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais.⁴⁴

Desenvolvido ao longo de décadas pela doutrina e jurisprudência alemãs, o teste da proporcionalidade tem sido adotado por tribunais em todo o mundo para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, à exceção, novamente, dos Estados Unidos, onde a Suprema Corte reluta em adotar modelos constitucionais originados em outros ordenamentos jurídicos.⁴⁵ Em vez disso, o direito constitucional norte-americano adota um modo de análise constitucional categórica na qual a revisão constitucional começa e termina na fase de identificação da violação de um direito, buscando equilibrar os valores em jogo, por meio do princípio do balanceamento (*balancing*).⁴⁶

⁴² GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

⁴³ Art. 6º e art. 225.

⁴⁴ RAUPP, Daniel. Moradia 'versus' meio ambiente: colisão de direitos fundamentais *In*: VAZ, Paulo Afonso Brum; PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle (organizadores). **Curso Modular de Direito Administrativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 560.

⁴⁵ A Suprema Corte dos EUA já afirmou que “A análise comparativa dos sistemas federais de governo de outros países e da União Europeia é inadequada para a tarefa de interpretação da Constituição Federal” e que “o nosso federalismo não é o da Europa.” (*Printz v. United States*, 117 S. Ct. 2365 (1997), tradução livre).

⁴⁶ COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2010.



A crítica de que o balanceamento não atingiu a maturidade e a estrutura doutrinária adquiridas pelo princípio da proporcionalidade, deixando excessivo espaço aberto à discricionariedade judicial, pode ser respondida pela origem dos métodos e o meio cultural onde se desenvolveram. Enquanto a proporcionalidade evoluiu a partir do direito administrativo, como forma de lidar com a excessiva discricionariedade conferida ao Estado⁴⁷, o balanceamento surgiu no campo do direito privado como forma de lidar com a proteção excessiva (libertária) dos direitos pela Suprema Corte dos EUA com base em uma leitura demasiadamente literal do texto constitucional. Diante de possíveis conflitos de direitos fundamentais, viu-se a necessidade de se estabelecer a ideia de que não havia direitos fundamentais absolutos, os quais deveriam ser balanceados no caso concreto, a fim de se decidir qual deveria se sobrepor.⁴⁸

Nesse contexto, o balanceamento não difere muito do teste da proporcionalidade em sentido estrito, que também contém um expressivo grau de discricionariedade por parte do julgador na avaliação dos benefícios alcançados com a restrição ao direito fundamental. É, de fato, da natureza da atividade adjudicatória a existência de um alto grau de subjetividade na tomada de decisão, dado que, na tutela de direitos fundamentais concorrentes, “é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa”. Dessa forma, “a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.”⁴⁹

De todo modo, os dois métodos, balanceamento e proporcionalidade, aproximaram-se com o passar do tempo, tendo a proporcionalidade sido ampliada para a solução de litígio entre particulares.⁵⁰

⁴⁷ O teste da proporcionalidade foi desenvolvido no último quarto do século XIX pelo Tribunal Administrativo Superior da Prússia, a fim de examinar as ações policiais nos casos em que a polícia havia recebido excessiva discricionariedade, com poucas restrições de ordem legal. Após a segunda guerra mundial, o Tribunal Constitucional Federal elevou o teste de proporcionalidade ao nível constitucional e aplicou-o à legislação. (GRIMM, Dieter. *The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany*. **International Journal of Constitutional Law**).

⁴⁸ COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 42.

⁵⁰ O primeiro caso de aplicação de direitos fundamentais entre particulares pelo Tribunal Constitucional Federal alemão foi o caso *Lüth*, de 1958. Relata-se que o presidente do clube de imprensa de Hamburgo e proeminente defensor da reconciliação germano-judaica, Erich Lüth, havia pedido um boicote ao primeiro filme pós-guerra de Veit Harlan, que tinha sido o principal diretor dos nazistas. As companhias cinematográficas envolvidas processaram Lüth em tribunais cíveis, exigindo a cessação do pedido de boicote. Os tribunais decidiram contra Lüth, baseados em regras gerais de responsabilidade civil. Lüth apresentou uma reclamação constitucional afirmando que as decisões violaram seu direito de liberdade de expressão consagrado no artigo 5º da Lei Fundamental. Lüth já havia feito essa alegação nos tribunais cíveis, que decidiram, entretanto, que os direitos fundamentais só poderiam ser aplicados na relação entre o Estado e seus cidadãos. Ao decidir a questão, o



Além disso, diferentemente do impulso dos juízes europeus de alicerçar seu método de adjudicação em uma doutrina cientificamente estruturada, os juízes norte-americanos, menos afeitos às regras rígidas de interpretação e mais à prática adjudicatória, buscavam repostas baseadas no pragmatismo, o qual exigia que os interesses reais fossem identificados e equilibrados para determinar a verdade.

Mas aqui também os dois sistemas têm se aproximado, uma vez que o objetivo de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais em condições de mudança não pode ser cumprido sem olhar para a realidade. Portanto, além de uma referência aos valores, uma referência à realidade passou a ser um traço também da interpretação constitucional alemã, obrigando os tribunais a analisarem a realidade e a estarem abertos a *insights* de outras ciências sociais, característica típica do pragmatismo norte-americano.⁵¹

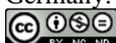
Realmente, devido ao fato de que a realidade social como objeto da regulação constitucional está em constante mudança, a interpretação constitucional deve ser capaz de lidar com essas mudanças para preservar sua relevância social. Por essa razão, as cortes constitucionais devem analisar regularmente se a realidade mudou na área que uma norma legal busca regulamentar, examinando se o efeito dessa norma será diminuído ou ameaçado, a menos que a interpretação da norma seja adaptada à nova situação. Muitas vezes, isso requer uma avaliação das consequências de diferentes interpretações para a implementação de uma norma de acordo com seu propósito. Por conseguinte, a jurisprudência constitucional deve constantemente levar em consideração as consequências factuais orientadas pela norma a ser interpretada. Isso garante a manutenção de uma constituição atualizada, a legitimidade e o fortalecimento dos tribunais constitucionais, o efetivo cumprimento de suas decisões, além de um alto grau de aceitação perante o público em geral.⁵²

Diante dessas considerações, examinados conteúdo, características, estrutura e métodos de aplicação dos direitos fundamentais, é hora de se averiguar se existe de fato um

Tribunal Constitucional Federal afirmou que os direitos fundamentais também são uma expressão jurídica de valores considerados pela sociedade como materiais para a ordem política e social e, como tal, princípios jurídicos objetivos do mais alto escalão. Sendo assim, os direitos fundamentais não se limitam à relação cidadão-Estado, mas permeiam toda a ordem jurídica, não deixando de penetrar na esfera do direito privado. Diante disso, o tribunal decidiu que a liberdade de expressão superava os interesses econômicos das empresas cinematográficas. (GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**).

⁵¹ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

⁵² GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.



direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado no ordenamento constitucional norte-americano, nos moldes descritos anteriormente.

7 DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO DOS EUA

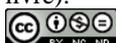
O campo do constitucionalismo ambiental é algo inédito em muitos países. Embora no Brasil o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado seja um direito fundamental reconhecido na Constituição⁵³, em outros países as respectivas constituições nada dizem a esse respeito, como Alemanha e Estados Unidos, onde todos os esforços para alterar a Constituição a fim de incluir um direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado falharam até agora.⁵⁴ Ainda assim, quase metade das constituições dos estados norte-americanos possui algum tipo de previsão na esfera ambiental, seja de preservação, sustentabilidade, reurbanização, redução da poluição, mudança climática, aperfeiçoamento das fontes energéticas, ou direito a um meio ambiente de qualidade.⁵⁵

Não existe, todavia, histórico sobre proteção constitucional do meio ambiente no âmbito federal nos EUA, cuja ideia nunca conseguiu aceitação suficiente para justificar seu reconhecimento, ainda que implícito, na constituição federal. Vários argumentos jurídicos a favor do reconhecimento foram rejeitados. A maioria dos casos surgiu durante a década de

⁵³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁵⁴ MAY, James R.; DALY, Erin. Symposium: the confluence of human rights and the environment: Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Oregon Review of International Law**.

⁵⁵ “As constituições estaduais tratam das preocupações ambientais de várias maneiras. Algumas constituições expressam uma política geral de preservação de áreas naturais e controle da poluição. Por exemplo, a constituição do Alabama diz que é “necessário e desejável” conservar a terra por valor ecológico; a da Flórida, para “conservar e proteger os recursos naturais da terra e diminuir a poluição”; a de Michigan, para “conservar e desenvolver” os recursos naturais do estado e protegê-los da poluição; a do Novo México, para proteger seu “ambiente bonito e saudável” e controlar a poluição; a de Nova York, para conservar e proteger seus recursos e cenários naturais; a da Carolina do Norte, para “conservar e proteger suas terras” e limitar a poluição; e o Território de Porto Rico, para “conservar e desenvolver” seus recursos efetivamente. Outras constituições estaduais declaram a autoridade do estado para gerenciar recursos estatais. Por exemplo, a de Idaho declara que “[o] uso de todas as águas [está] sujeito aos regulamentos e controle do estado da maneira prescrita por lei”. Algumas constituições estaduais são direcionadas à proteção dos recursos naturais especialmente importantes para aquele estado em particular. A Califórnia, por exemplo, prevê o direito ao acesso “razoável” e ao uso dos limitados recursos hídricos do estado; a do Colorado, para proteger florestas; a da Flórida, para proteger os “Everglades”; a de Nova York, para proteger os “Adirondacks”; e a de Rhode Island, (ainda) para permitir o acesso à pesca e à costa. Algumas constituições estaduais reconhecem expressamente o direito à qualidade ambiental como um direito básico, incluindo Havaí, Illinois, Massachusetts, Montana e Pensilvânia. Essas disposições são independentes da legislação estadual que permite que os cidadãos façam cumprir as leis de controle de poluição. Todos os esforços para alterar a Constituição dos EUA no sentido de dispor sobre um direito material a um meio ambiente limpo, no entanto, falharam.” (MAY, James R. **Principles of Constitutional Environmental Law**. Chicago: American Bar Association Publishing, 2011, p. 306. Tradução livre).



1970, em alegações relativas à exposição à fumaça do tabaco ou outras violações a meio ambientes locais. Ao mesmo tempo, propostas de emenda constitucional fracassaram na tentativa de aprovação no Congresso norte-americano. Por isso, afirma-se com razão que, no que diz respeito ao meio ambiente, "a Constituição dos EUA está em silêncio".⁵⁶

Alguns doutrinadores defendem, entretanto, que se trata de um silêncio eloquente, pois não era de se esperar que a Constituição dos EUA, elaborada no século XVIII, dispusesse sobre o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, preocupação inexistente na época. Afinal, como dito, o processo de reconhecimento de direitos fundamentais é dinâmico e a Constituição deve ser interpretada de modo a sustentar a existência de direitos fundamentais implícitos em seu texto. Considerando que um meio ambiente ecologicamente equilibrado é indispensável à proteção da vida, essa sim protegida expressamente na Constituição⁵⁷, não é exagero supor um direito fundamental implícito daí decorrente.⁵⁸

A jurisprudência norte-americana, contudo, é bastante cautelosa em reconhecer direitos fundamentais não explícitos na Constituição. Argumenta-se que não cabe ao Poder Judiciário criar direitos não previsto na lei, mas apenas reconhecê-los. O procedimento democrático exige que o cidadão busque junto ao Poder Legislativo o reconhecimento do direito antes de se valer de proteção judicial.

Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA já afirmou que a lista de direitos fundamentais é "curta" e "raramente expandida". Ainda assim, no caso *Washington v. Glucksberg*,⁵⁹ a Corte ressaltou que a cláusula do devido processo legal prevista na quinta emenda garante mais do que um processo justo, e a "liberdade" que protege inclui mais do que a privação de liberdade.⁶⁰ Segundo a Corte, o dispositivo também fornece proteção

⁵⁶ LEDEWITZ, Bruce. Constitutional law and civil rights symposium, part II: establishing a federal constitutional right to a healthy environment in US and in our posterity. **Mississippi Law Journal**, 1998.

⁵⁷ Quinta emenda: "[...] ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização." Tradução disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARECDidAPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2022.

⁵⁸ RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States. In: MAY, James R.; DALY, Erin (editores). **Implementing Environmental Constitutionalism: current global challenges**. Nova York: Cambridge University Press, 2018, p. 210.

⁵⁹ 117 S. Ct. 2258, 117 S. Ct. 2302 (1997).

⁶⁰ A Constituição dos EUA usa aqui a palavra *liberty*, que, assim como a palavra *freedom*, significam "liberdade". Ronald Dworkin defende uma "teoria da liberdade" que distingue autonomia (*freedom*), que é "simplesmente a faculdade que cada pessoa tem de fazer o que bem quiser sem ser constrangida pelo Estado, da liberdade (*liberty*), que é aquela parte da autonomia que seria errado o Estado constranger." E conclui: "Não endosso um direito geral à autonomia. Defendo, antes, diversos direitos à liberdade que repousam sobre



reforçada contra a interferência do governo em certos direitos fundamentais e valores decorrentes da liberdade. Desse modo, além das liberdades específicas protegidas pela *Bill of Rights*, a "liberdade" especialmente protegida pela cláusula de devido processo inclui os direitos de se casar⁶¹, ter filhos⁶², dirigir a educação e a criação dos filhos⁶³, à privacidade conjugal⁶⁴, ao uso de métodos anticoncepcionais⁶⁵, à integridade física⁶⁶ e ao aborto⁶⁷. Porém, antes de conferir o status de “fundamental” a um direito não reconhecido anteriormente, a Suprema Corte exige uma descrição cuidadosa do alegado direito fundamental e uma demonstração de que o direito está objetiva e profundamente enraizado na história e tradição da nação, além de implícito no conceito de liberdade, de tal forma que nem liberdade nem justiça existiriam se tal valor fosse sacrificado.

Em interpretação mais recente do direito fundamental à liberdade, no caso *Obergefell v. Hodges*⁶⁸ a Suprema Corte considerou que a Constituição garante o direito específico das pessoas de definirem e expressarem sua identidade, reconhecendo o casamento como um direito fundamental inerente à liberdade previsto nas cláusulas de devido processo e de igualdade. Ao basear a decisão em direitos fundamentais como privacidade e dignidade humana, e considerando que a liberdade inclui o direito de estar protegido contra danos físicos não razoáveis, a Corte abriu espaço para que as mesmas garantias constitucionais possam ser aplicadas a riscos não razoáveis de danos físicos criados pelo Estado.⁶⁹

Todavia, quando se trata de um suposto direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, as cortes norte-americanas invariavelmente rejeitam essas alegações. Por vezes, por não encontrarem evidência de que o direito está enraizado nas tradições do país ou implícito no conceito de liberdade.⁷⁰ Em outras, por não ter encontrado

diferentes fundamentos.” (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 8).

⁶¹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁶² *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

⁶³ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

⁶⁴ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁶⁵ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

⁶⁶ *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

⁶⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833.

⁶⁸ A Suprema Corte dos EUA decidiu que eram inconstitucionais os dispositivos das constituições estaduais de Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee que negavam aos casais homoafetivos o direito de se casarem. (135 S. Ct. 2584 (2015)).

⁶⁹ RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States, p. 216.

⁷⁰ *Lake v. City of Southgate*, No. 16-10251, 2017 U.S. Dist. LEXIS 27623 (E.D. Mich. Feb. 28, 2017).



uma garantia do direito fundamental a um ambiente saudável implícita ou explicitamente na Constituição “à luz do teste predominante de um direito fundamental”.⁷¹

Uma exceção recente a este entendimento predominante parece ter ocorrido no caso *Juliana v. United States*⁷², em que um juiz federal de primeira instância reconheceu que o direito à liberdade ou à vida inclui um direito a “um sistema climático capaz de sustentar a vida humana”. Nesse processo, um grupo de jovens ajuizou uma ação contra o governo dos EUA para que, entre outras medidas, desenvolvesse um plano para reduzir as emissões de CO₂. Os autores da ação afirmaram que o governo dos EUA tem conhecimento há meio século de que as emissões de CO₂ provenientes de processos de combustão de combustíveis fósseis causam aquecimento global, o qual é prejudicial para as pessoas e para o planeta. Diante disso, os demandantes alegaram que a ação do governo os privou de um direito à vida e à liberdade protegido pela quinta emenda da Constituição dos EUA, ao colocá-los em uma situação de perigo com um sistema climático desestabilizado que está prejudicando sua capacidade de prover necessidades humanas básicas, e, portanto, ameaçando sua “dignidade humana”.

O juiz de primeira instância entendeu que havia causa de pedir plausível e determinou o prosseguimento da ação, argumentando que:

*[...] I have no doubt that the right to a climate system capable of sustaining human life is fundamental to a free and ordered society. Just as marriage is the "foundation of the family," a stable climate system is quite literally the foundation "of society, without which there would be neither civilization nor progress." [...] without "a balanced and healthful ecology," future generations "stand to inherit nothing but parched earth incapable of sustaining life."*⁷³

Entretanto, por maioria, o Tribunal Federal do nono Circuito proveu o recurso do governo e determinou o arquivamento do processo. Sem negar a ocorrência de rápidas mudanças climáticas no planeta e a responsabilidade estatal sobre os danos alegados pelos autores, a Corte concluiu, com base no princípio da separação de poderes, que não é da competência do Poder Judiciário “ordenar, projetar, supervisionar ou implementar o plano de reparação solicitado pelos reclamantes”, uma vez que “qualquer plano eficaz exigiria necessariamente uma série de decisões políticas complexas”, de atribuição dos poderes

⁷¹ *Pinkney v. Ohio EPA*, 375 F. Supp. 305 (N.D. Ohio 1974).

⁷² *Juliana v. United States*, 217 F. Supp. 3d 1224 (D. Or. 2016).

⁷³ [...] Não tenho dúvidas de que o direito a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana é fundamental para uma sociedade livre e ordenada. Assim como o casamento é o "fundamento da família", um sistema climático estável é literalmente o fundamento "da sociedade, sem a qual não haveria civilização nem progresso". [...] sem "uma ecologia equilibrada e saudável", as gerações futuras "nada herdarão, exceto a terra seca, incapaz de sustentar a vida." (grifo e tradução nossa)



executivo e legislativo. Além disso, os autores não teriam demonstrado que a tutela que buscavam tinha probabilidade concreta de reparar os alegados danos.⁷⁴

Mais recentemente, em 10 de fevereiro de 2021, a mesma Corte negou pedido para que o recurso fosse julgado pela composição completa do Tribunal (*rehearing en banc*).⁷⁵

Há expectativa de que o caso alcance a Suprema Corte, que terá a oportunidade de decidir sobre a presença, ou não, de um direito fundamental a um sistema climático estável, ou, mais ainda, genericamente, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência ou não de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado norteia a aplicação da legislação federal pelas cortes norte-americanas no campo do direito ambiental. Nesse aspecto, é uma conclusão simplista considerar que a mera ausência de uma referência expressa ao meio ambiente na Constituição dos EUA significa o não reconhecimento deste direito fundamental.

Considerando as premissas expostas neste artigo sobre o reconhecimento de direitos fundamentais, percebe-se, em primeiro lugar, que a proteção ao meio ambiente satisfaz o requisito material no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que viver em um ambiente sadio é fundamental para garantir a integridade física e moral do ser humano. Além disso, como o caso *Juliana* sugere, um meio ambiente habitável é uma pedra fundamental da ordem social e subjuga a liberdade humana, a vida e a dignidade. É um alicerce de que nem a liberdade nem a justiça poderia dispor, e sem o qual não haveria civilização nem direitos de propriedade.⁷⁶

Em segundo lugar, no aspecto formal, as cortes norte-americanas são bastante cautelosas quanto ao reconhecimento de “novos” direitos fundamentais não expressos na Constituição, ante a relevância atribuída ao princípio da separação de poderes. Para a Suprema Corte dos EUA, o Poder Judiciário deve se limitar à declaração de direitos já reconhecidos, explícita ou implicitamente, no texto constitucional, mas nunca os criar, por mais importantes que sejam em determinado momento histórico.

No entanto, a essa objeção pode-se argumentar, primeiro, que os direitos fundamentais não são estanques e evoluem no passo da necessidade humana, sendo imprescindível, no

⁷⁴ *Juliana v. United States*, 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020).

⁷⁵ *Juliana v. United States*, No. 18-36082, 2021 U.S. App. LEXIS 3688 (9th Cir. Feb. 10, 2021).

⁷⁶ RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States, p. 223.



momento atual, maior esforço direcionado à proteção do meio ambiente, preocupação inexistente na época da elaboração da Constituição. Segundo, outros direitos fundamentais foram extraídos do texto constitucional por decorrerem de valores implícitos no conceito de liberdade e enraizados na história e tradição da nação. Nesse contexto, não é um passo muito longo concluir que a proteção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado decorre (ou é pressuposto) do pleno exercício da liberdade, portanto consistente com a definição de direito fundamental. Se não há raízes na história e tradição da nação é hora de semeá-las.

9 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2010.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2012.

DWORKIN, Ronald M. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism: making sensible environmental decisions in an uncertain world**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar. **Revista Direito e Justiça**, Ano XVI, n. 26, p 37-61, abril 2016.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2015.



LEDEWITZ, Bruce. Constitutional law and civil rights symposium, part II: establishing a federal constitutional right to a healthy environment in US and in our posterity. **Mississippi Law Journal**, 1998.

HUNT, LYNN. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Edição do Kindle.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAY, James R. **Principles of Constitutional Environmental Law**. Chicago: American Bar Association Publishing, 2011.

MAY, James R.; DALY, Erin. Symposium: the confluence of human rights and the environment: Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Oregon Review of International Law**, University of Oregon, 2009.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

RAUPP, Daniel. Moradia 'versus' meio ambiente: colisão de direitos fundamentais *In*: VAZ, Paulo Afonso Brum; PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle (organizadores). **Curso Modular de Direito Administrativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 547-572.

RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States. *In*: MAY, James R.; DALY, Erin (editores). **Implementing Environmental Constitutionalism**: current global challenges. Nova York: Cambridge University Press, 2018.

