

A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Renato Braz Mehanna Khamis

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Professor de Graduação em Direito da Universidade Santa Cecília (UNISANTA).
Professor de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
E-mail: renato@mehanna.adv.br

RESUMO

Trata-se de artigo cujo objeto consiste em análise sobre a indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente. Visando a alcançar o objetivo proposto, o trabalho foi dividido em quatro partes: (i) na primeira parte, faz-se uma análise ontológica dos direitos para, em seguida, (ii) estudar-se a indisponibilidade e a inviolabilidade dos direitos sob a perspectiva da teoria da norma jurídica. Encerrada essa etapa, (iii) passar-se-á a verificação da fundamentalidade do direito à proteção ao meio ambiente e, em sequência, (iv) será averiguada a indisponibilidade do referido direito; mas isso respeitando-se as peculiaridades das normas jurídicas consagradoras de direitos fundamentais transindividuais. No que toca à metodologia empregada, será utilizado o método hipotético-dedutivo em pesquisa cujo objetivo é explicativo, pois busca identificar os fatores que justificam a tese objeto deste estudo. Para atingir a finalidade almejada, adota-se o procedimento bibliográfico, já que a pesquisa está amparada por referências normativas e teóricas publicadas em meio escrito e eletrônico.

Palavras-chave: Proteção ao meio ambiente; Direitos Fundamentais; Inviolabilidade e Indisponibilidade de direitos; Direitos Transindividuais; Ontologia dos direitos.

THE UNAVAILABILITY OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ENVIRONMENTAL PROTECTION

ABSTRACT

This is an article whose object is to analyze the unavailability of the fundamental right to the protection of the environment. In order to reach the proposed objective, the work is divided into four parts: (i) the first part start with an ontological analysis of rights and then (ii) study the unavailability and inviolability of rights from the perspective of theory of the legal norms. Once this stage is over, (iii) will be verified the fundamental right to the protection of the environment and, in sequence, (iv) will be investigated the unavailability of this right, but this respecting the peculiarities of the legal norms that promotes transindividual fundamental rights. In turn, regarding the methodology used, the hypothetical-deductive method will be used in research whose objective is explanatory, since it seeks to identify the factors that justify the theses object of this study. In order to achieve the expected purpose, is adopted the bibliographic procedure, once it is supported by normative and theoretical references published in written and electronic media.

Keywords: *Environmental protection; Fundamental rights; Inviolability and unavailability of rights; Transindividual rights; Ontology of rights.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente.

O problema é que, numa época em que se questiona a proliferação de direitos fundamentais, a justificativa do enquadramento da proteção do meio ambiente como direito fundamental precisa - como em verdade precisaria, mesmo na ausência de qualquer questionamento -, de um substrato epistemológico robusto, bem como de uma estruturação metodológica fortemente embasada e totalmente coerente.

Mas não apenas isso. Atualmente está em voga a discussão sobre a disponibilidade dos direitos fundamentais (DIAS, p. 151-177). Portanto, o que antes era considerado um dogma sagrado pela doutrina e pela jurisprudência, agora vem sendo questionado.

Dessa forma, percebe-se a extrema importância científica da investigação sobre a indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente, haja vista que essa investigação congrega dois objetivos essenciais: o primeiro deles consiste na verificação da fundamentalidade do direito à proteção do meio ambiente, esculpido no art. 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88; já o segundo objetivo diz respeito à análise da indisponibilidade do mencionado direito.

Visando a atingir esse duplo objetivo de forma metodologicamente estruturada e coerente, este trabalho iniciará pelo estudo *dos direitos*, o que será realizado por meio de uma abordagem ontológica da norma jurídica para, então buscar, dentro de uma perspectiva teórico-normativa, o significado jurídico de inviolabilidade e indisponibilidade de *direitos*. Somente quando estabelecidas essas premissas metodológicas essenciais é que será feita a análise epistemológica da fundamentalidade do direito à proteção do meio ambiente; e constatando-se que se trata de direito fundamental, verificar-se-á se se trata de direito disponível ou indisponível. Para tanto, este estudo utilizará o método hipotético-dedutivo, notadamente por meio da análise de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais e, especialmente, de pesquisa doutrinária.

1 A ONTOLOGIA DOS DIREITOS

O primeiro passo para a análise da disponibilidade dos direitos

fundamentais consiste em estabelecer as premissas básicas sobre as quais será construída esta investigação científica. Desta forma, como o objeto do presente estudo são os direitos fundamentais ambientais, é preciso, antes de mais nada, estabelecer o que são direitos.

No que toca à acepção filológica da palavra *direito*, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 32-33) alerta que, ao lado da expressão latina clássica *jus*, começou-se a utilizar também a palavra *derectum*, ambas significando direito. No entanto, durante certo tempo, “as fórmulas *derectum* e *directum* passam a sobrepor-se ao uso de *jus*”, sendo que, “depois do século IX, finalmente, *derectum* é a palavra consagrada, sendo usada para indicar o ordenamento jurídico ou uma norma jurídica em geral”. (grifos no original)

Em outra perspectiva, Goffredo Telles Jr. (2008, p. 375) esclarece que a palavra *direito*, existente na língua portuguesa, provém do adjetivo latino *directus*, o qual, por seu turno, “designa a qualidade de ser conforme a linha reta; de achar-se disposto de modo a construir a linha mais curta entre dois pontos; enfim, de encontrar-se alinhado em reta”. Essa ideia de retidão passa a assumir certa conotação moral e, portanto, pressupõe aceitação e admiração social. Daí a razão do uso de expressões como ser o “braço direito” de alguém.

O problema é que, como alerta Maria Helena Diniz (2009, p. 241), a definição essencial do direito é uma questão de natureza supracientífica, que constitui objeto de análise da ontologia jurídica. Trata-se de investigação extremamente dificultosa, haja vista a pluralidade de sentidos atribuídos à palavra *direito*.

Nesse contexto, ilustra bem essa pluralidade o conceito de *direito* confessadamente amplo adotado por Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 290):

Adoto aqui uma concepção ampla de direito: o direito é um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força.

Em que pese ser o conceito supracitado proveniente de uma visão muito particular, própria da sociologia jurídica, o ponto que se busca ressaltar é justamente que a palavra *direito* pode apresentar diversos significados. Algumas vezes, significa norma jurídica, conforme o

mandamento extraído de determinado enunciado normativo. Em outras, significa a possibilidade de contrapor-se a uma certa conduta ou ameaça que ofende interesses protegidos juridicamente, os quais pertencem ao agente. Por fim, há ainda o significado ético da palavra *direito*, que se alinha à ideia de justiça. Portanto, como afirma Goffredo Telles Jr. (2008, p. 373-374), a palavra *direito* designa três realidades diferentes, que mantêm uma relação de interdependência. “A primeira realidade, chamada *Direito é norma* (é o Direito Objetivo). A segunda é *permissão* (é o Direito Subjetivo). E a terceira é *qualidade* (é o *justo*, ou a qualidade do *ato justo*)” (grifo no original).

Conforme a lição de Godofredo Telles Jr. (2008), essa pluralidade de significados da palavra *direito* se deve ao fato de, sob o prisma da linguagem, existirem duas classes de palavras: as unívocas e as plurívocas. As primeiras são aquelas que têm um único sentido, tais como as palavras livro e mesa. Já as últimas têm mais de um sentido, sendo subdivididas em palavras equívocas e palavras analógicas. Palavras equívocas são aquelas que têm sentidos diversos e desconexos, de forma que os seus múltiplos sentidos não se relacionam uns com os outros, como ocorre com as palavras manga (fruta ou cobertura dos braços em uma blusa ou casaco) e abacaxi (fruta ou problema). De outro lado, as palavras analógicas também têm sentidos diversos - haja vista serem plurívocas -, mas, ao contrário das equívocas, seus sentidos se relacionam entre si. É o que ocorre, por exemplo, com a palavra ciência (conhecimento ou sistema de conhecimentos articulados sobre determinada matéria). Isto posto, a palavra *direito* é plurívoca - pois tem mais de um significado - da espécie analógica, na medida em que apresenta três sentidos distintos, que se implicam mutuamente. Ademais, uma vez constatada a existência desses três significados da palavra *direito*, urge analisar cada um deles de forma mais detida.

O primeiro desses significados diz respeito à noção de direito como direito objetivo. Segundo Goffredo Telles Jr. (2006, p. 324) “o conjunto de todos os imperativos autorizantes - o conjunto de todas as normas jurídicas ou norma de Direito - forma o que se chama Direito Objetivo”. Trata-se, portanto, de conceito muito próximo do conceito de Direito Positivo, embora com ele não se confunda. Isto porque este último é formado por todas as normas jurídicas emanadas do Estado, isto é, leis, decretos, tratados internacionais etc. - mas apenas por elas -, enquanto o primeiro contempla, além dessas, também as normas provenientes da

autonomia da vontade, tais como as promessas e as cláusulas contratuais. Daí o autor supramencionado poder concluir que “todo o Direito Positivo se inclui no Direito Objetivo. Mas uma grande parte do Direito Objetivo não é Direito Positivo” (TELLES JR., 2006, p. 325).

No que toca ao segundo significado, qual seja, ao direito subjetivo, é possível concluir que são as permissões dadas por meio de normas jurídicas. Isto significa, pois, que o direito subjetivo opõe-se ao direito objetivo, mas, simultaneamente, nele se ampara, quer dizer, é a sua contraface. Afinal, se por um lado, a norma jurídica cria direito, por outro, permite o exercício, por seus destinatários, daquele direito por ela previsto. No entanto, como ressalta Goffredo Telles Jr. (2006, p. 329), o direito subjetivo não é mera faculdade do agente, haja vista que faculdade é apenas a aptidão para produzir um ato e, por este motivo, precede o próprio ato. Dessa forma, pode-se concluir que “as permissões para o uso de faculdades humanas, quando concedidas por meio de normas jurídicas, constituem, precisamente, os direitos subjetivos” (TELLES JR., 2006, p. 332). Portanto, direito subjetivo é a permissão para o uso de determinada faculdade, e não a própria faculdade. Maria Helena Diniz (2009, p. 247), por sua vez, distingue duas espécies de direito subjetivo: o comum da existência e o de defender direitos. A primeira espécie consiste na permissão de fazer ou de não fazer determinada coisa, ou mesmo de ter ou não ter algo, amparada por preceito normativo. Já a segunda espécie diz respeito à proteção dos direitos comuns da existência. Em outras palavras, é a autorização de assegurar o uso do direito subjetivo quando diante de violação - ou mesmo de ameaça de violação -, permitindo-se a resistência contra a ilegalidade para fazer cessar o ato ilícito. Nisto consistem as duas espécies de direito subjetivo.

Por seu turno, o terceiro significado da palavra *direito* carrega o sentido de qualidade do justo. Note-se que a tarefa de definir o justo é uma das mais árduas com a qual a ciência jurídica já se deparou, sendo esse tema mais comumente debatido no âmbito da Ética e da Filosofia do Direito. Contudo, apesar da questão de a justiça dever ser analisada com vistas às questões de ordem ética e psicossocial, na abordagem transdisciplinar própria de uma teoria da justiça, este trabalho ater-se-á, por ora, ao seu aspecto mais substancialmente jurídico-normativo, que repousa na noção de justiça retributiva, que é justamente aquele significado mais arraigado à palavra *direito*. Nessa perspectiva, justiça consiste na retribuição equivalente ao ato que foi praticado. Quer dizer, pois, que a

noção de justiça implica uma relação bilateral na medida em que a ideia de retribuição equivalente pressupõe a prática - antes da retribuição - de uma primeira ação. Tem-se, portanto, primeiramente, uma determinada ação de certo agente e, posteriormente, uma reação equivalente praticada por outro. Entretanto, essa equivalência própria da justiça não implica uma igualdade salomônica, do tipo olho por olho, dente por dente. Pelo contrário, admite a retribuição realizada por meio diverso da ação originalmente empregada, mas desde que lhe seja proporcional. Nesse ponto, vale lembrar a ressalva feita por Goffredo Telles Jr. (2008, p. 357):

O ‘*equivalente*’ da definição da justiça não implica uma igualdade *qualquer*. O equivalente (*equi + valente*) é algo que tem valor igual ou proporcional ao *valor* de outra coisa. Justiça, pois, consiste na retribuição a alguém de algo *de valor igual* (ou *proporcional*) ao *valor* do que alguém deu ou fez. Consiste numa efetivação da equivalência (grifo no original).

Nesses termos, pode-se concluir que a palavra direito, quando concebida em sua acepção de justiça, refere-se à retribuição equivalente a determinado ato praticado, ou seja, diz respeito à uma conduta reativa (reação) proporcional à ação originalmente intentada.

São esses, em suma, os significados da palavra *direito* que podem ser obtidos dentro de uma perspectiva ontológica do direito. Todavia, conforme o tipo de investigação a ser realizada, o jurista utilizará um deles, podendo, inclusive, valer-se de mais de um. Como explica Maria Helena Diniz (2009, p. 242), no que toca ao estudo do direito, “a escolha do prisma em que se vai conhecê-lo depende do sistema de referência do jurista, pressupondo uma reflexão sobre os fins do ordenamento jurídico”.

Ocorre, no entanto, que o enfoque proposto neste item I consiste na ontologia *dos direitos* dentro da ciência jurídica, e não *do direito* como complexo de conhecimentos jurídicos. Esse fato, por si só, já exclui dessa investigação - ao menos nesta etapa de abordagem ontológica - a acepção de direito como justiça, na medida em que ela integra o campo da zetética jurídica,¹ ou seja, sua abordagem não é exclusivamente jurídica, em que pese o fenômeno jurídico ocupar um determinado espaço em suas indagações

1 Sobre a zetética, Tércio Sampaio Ferraz Jr. pontua: “A zetética jurídica, nas mais diferentes discriminações, corresponde, como vimos às disciplinas que, tendo por objeto não apenas o direito, podem, entretanto, tomá-lo como um dos seus objetivos precípuos. Daí a nomenclatura das disciplinas Filosofia do Direito, Lógica Jurídica, Sociologia do Direito, História do Direito etc. O jurista, em geral, se ocupa complementarmente delas. Elas são tidas como auxiliares da ciência jurídica stricto sensu” (1994, p. 47).

na medida em que apresenta “abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções” (FERRAZ JR., 1994, p. 44).

Nesse ponto da investigação, o que interessa é uma abordagem sob os parâmetros da dogmática jurídica,² vale dizer, que aceite as premissas dadas pelo ordenamento jurídico e, a partir delas, apresente a conclusão lógica decorrente do estudo realizado. Contudo, nessa perspectiva própria da dogmática jurídica enquadram-se tanto o direito objetivo quanto o direito subjetivo. Mais do que isso, ambos estão em estrita consonância com a ontologia *dos direitos*, na medida em que ter direitos significa ser detentor de um direito subjetivo previsto em uma norma dada pelo direito objetivo. Portanto, é a partir deles que serão analisados os fenômenos jurídicos da violação e da disposição *dos direitos*.

2 INVOLABILIDADE E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS

A partir do estudo realizado no item anterior, é possível afirmar que a todo direito objetivo corresponde um direito subjetivo, preservada, no entanto, a autonomia de cada um deles. Tanto é assim que Maria Helena Diniz (2009, p. 250) afirma que “nítida é a correlação existente entre o direito objetivo e o direito subjetivo. Apesar de intimamente ligados, eles são inconfundíveis”.

Ocorre que essa relação implicacional existente entre direito objetivo e direito subjetivo repousa sobre elementos de cunho essencialmente jurídico-normativo. Por causa disso, faz-se necessário adentrar a gênese da norma jurídica para que se possa, então, compreender o conteúdo jurídico e, conseqüentemente, a extensão das expressões *inviolabilidade e indisponibilidade dos direitos*.

A concepção da ideia de ter *direitos* reside em plano diferente daquele em que se encontra o sentimento de justiça. Em que pese ambos - a ideia de direito e o sentimento de justiça - serem experimentados por determinado sujeito (de direito), a primeira encontra amparo científico na dogmática jurídica, enquanto o segundo se apoia cientificamente na zetética jurídica. Afinal, ter um direito significa estar amparado por uma norma jurídica que estabelece um dever específico de ação ou omissão contraposto

² A dogmática é explicada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. da seguinte forma: “Ela explica que os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Esta ordem que lhes aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis” (1994, p. 48).

a outrem, o que acarreta uma situação de proteção jurídico-normativa a uma determinada faculdade normativamente conferida a um dado sujeito. Por outro lado, o sentimento de justiça consiste no reconhecimento, por parte do sujeito, de que determinada norma-jurídica - seja legal ou jurisprudencial - não se encontra amparada pelo arcabouço ético vigente naquela sociedade, e/ou contraria os costumes e práticas sociais comuns, transmitindo, assim, a sensação de que a prescrição normativa apresenta conteúdo equivocado, sendo incapaz de atingir os objetivos de retribuição proporcional à conduta inicial praticada e de pacificação social.

Em se tratando *dos direitos* - que, por ora, é o que interessa ao trabalho - é possível constatar que eles se encontram amparados em normas jurídicas cuja linguagem é prescritiva - não descritiva -; e que se encontram estruturados sob fórmulas lógicas, compostas por uma relação implicacional entre antecedente e consequente, as quais utilizam o modal deontico “dever-ser”. Conforme os ensinamentos de Lourival Vilanova (2005, p. 106), ocorrendo um fato (F), previsto em determinada proposição (p), um sujeito estará em relação deontica com outro, devendo agir de acordo com a forma prescrita (q). Se realizada pelo sujeito uma conduta oposta àquela estabelecida como deonticamente devida (não-q), será, então, estabelecida uma outra relação entre os sujeitos envolvidos (r). Dessa forma, a primeira situação é descrita pela fórmula “ $p \rightarrow q$ ”, enquanto a segunda seria “ $\text{não-}q \rightarrow r$ ”. Mas é preciso atentar para o fato de que é justamente o modal deontico “dever-ser” que cria a situação implicacional existente entre antecedente e consequente, permitindo que a norma jurídica prescreva, e não somente descreva. Nesse ponto, são claras as palavras do autor supracitado (VILANOVA, 2005, p. 106):

Sem o modal deontico (‘dever-ser’, ‘é juridicamente válido’), prefixo à proposição implicacional, ‘q’ não seria implicado por ‘p’, nem ‘r’ seria implicado por ‘não-q’. Nisso difere a proposição normativa da proposição cujo sentido objetivo é a lei natural.

A partir da constatação lógico-estrutural apresentada, torna-se possível perceber que o modal deontico “dever-ser” gera uma relação implicacional entre antecedente e consequente, e, com isso, cria uma estrutura que contempla, simultaneamente, direitos e deveres. Afinal, de sua forma de estruturação proposicional - que é, ao mesmo tempo, prescritiva e deontica - abstrai-se que a todo direito corresponde um dever - não importa se de ação ou de abstenção -, o que faz com que a própria

realidade normativa *dos direitos* seja dicotômica.

Essa dicotomia inerente à realidade normativa *dos direitos* acaba se estendendo à busca pelo sentido dessa expressão, a ponto de só ser possível compreender o real significado *dos direitos (ego)* mediante análise do seu *alter*, isto é, dos deveres que a eles se contrapõem. Essa dualidade *ego/alter*, necessária para a busca do significado *dos direitos*, deve-se ao que Niklas Luhmann (2010, p. 244) define como dimensão social para a aferição do sentido. Isto porque o referido autor afirma que, sob a ótica sistêmica, toda a experiência de sentido pode ser imediatamente decomposta em o que é atual e aquilo que é possível. Contudo, além dessa diferença fundamental, Luhmann (2010) afirma que existem outras três dimensões básicas dentro das quais o sentido pode ser decomposto: a objetiva, a temporal e a social. A primeira dimensão é analisada sob a perspectiva dentro/fora, ou seja, é possível a indagação sobre a composição das coisas, especificando-se seus detalhes (dentro), e volta-se também para fora do objeto, buscando-se classificá-lo e/ou localizá-lo espacialmente. Já a segunda dimensão se pauta na distinção passado/futuro, valendo-se da alocação do objeto no tempo para buscar seu sentido. Por fim, a última dimensão baliza-se pelos conceitos *ego/alter*, que se constituem em horizontes de sentido. Nesses termos, “a abordagem do outro não é obtida pela análise do igual; mas só ocorre em um horizonte dual de observação, no qual o eu considera o que o *alter* deve fazer por mim” (LUHMANN, 2010, p. 246).

A partir da análise das dimensões em que pode ser decomposto o sentido, fica fácil perceber que os enfoques atual/possível, dentro/fora e passado/futuro não auxiliam na definição de sentido *dos direitos* e, conseqüentemente, também não terão valia para a compreensão das expressões indisponibilidade e inviolabilidade de direitos - em que pese possam ser úteis para a aferição de outros aspectos jurídicos, tais como legalidade (dentro/fora), legitimidade (atual/possível) e contemporaneidade (passado/futuro). Por outro lado, a dimensão social composta pelos conceitos de *ego* e *alter* apresenta-se como o norte a ser seguido para a identificação da solução da questão proposta, porque comporta a dicotomia direito e dever e, ao mesmo tempo, contempla a relação implicacional existente entre direito objetivo e direito subjetivo, as quais caminham lado a lado.

Essa dicotomia própria dos direitos foi muito bem captada por Hans Kelsen (1998, p. 140-141). Ele afirma que, dentro da ciência do Direito, o dever jurídico contrapõe-se ao direito (subjetivo). A questão é que, segundo o autor, o direito subjetivo ocupa uma posição tão destacada

que o dever quase desaparece por detrás dele. Tanto é assim que, em diversos idiomas, o direito é designado pela mesma expressão que nomeia o sistema de normas que forma a ordem jurídica, tais como *Recht* em alemão e *droit* em francês. O mesmo ocorre com a língua portuguesa, que utiliza a expressão *direito*. É justamente por causa dessa semelhança de nomenclatura que o jurista deve atentar à distinção de dois fenômenos jurídicos distintos, mas intimamente ligados: o direito subjetivo e o direito objetivo. Note-se que a confusão existente entre eles - decorrente da linguagem - encontra-se como regra nos países de tradição jurídica romano-germânica, haja vista que, nos países cujo direito tem matriz anglo-saxã, como a Inglaterra, o direito subjetivo é designado como *right*, e o direito objetivo é chamado de *law*.

Não obstante a possível confusão linguística que o uso da mesma expressão que designa o sistema normativo pode acarretar aos direitos subjetivo e objetivo - especialmente ao primeiro -, Hans Kelsen destaca que o dever antecede o direito (subjetivo), na medida em que seu dever decorre diretamente da norma que prescreve determinada conduta (direito objetivo) e, simultaneamente, estabelece a sanção a ser aplicada em caso de descumprimento. Nesse sentido, vale atentar às palavras do próprio autor (KELSEN, 1998, p. 143):

Quer dizer: a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como 'direito', este direito é apenas um reflexo daquele dever.

Em que pese a discordância com a superioridade ontológica do dever sugerida por Hans Kelsen, é preciso ressaltar a lucidez com que ele resgata a noção de dever inerente *aos direitos*. Afinal, a contraface *dos direitos* são os deveres que eles impingem, pois um direito que não implica um dever deixa de adequar-se à estrutura lógico-formal própria dos enunciados jurídicos na medida em que o dever correspondente a um direito é uma decorrência do emprego do modal deôntico "dever-ser", que é inerente à proposição lógica - formulada em linguagem prescritiva - de uma norma jurídica. Sem dever, não há direito, pois o direito de um implica, necessariamente, o dever de outrem, assim como o dever de um precisa decorrer do direito de outrem. Isto posto, um direito sem dever correspondente configura mero anseio, pura expectativa do agente, enquanto

um dever que não decorre de um direito caracteriza mera obrigação moral, desprovido de obrigatoriedade e desprovido de previsão de sanção - que não a mera possibilidade de desaprovação social. Portanto, sem a utilização do modal deôntico “dever-ser”, estar-se-á diante de uma proposição lógica descritiva - e não mais prescritiva -, própria das ciências naturais, não havendo, pois, que se falar em deveres, nem tampouco em direitos.

Pois bem, se direitos e deveres estão intimamente ligados - inclusive sob o prisma da estrutura proposicional lógico-jurídica -, por consequência, direito objetivo e direito subjetivo também estão. Afinal, o primeiro é o conjunto dos enunciados normativos que estabelecem os direitos e, conseqüentemente, devido à sua formulação lógica, também criam os deveres de ação ou de abstenção correspondentes aos direitos estabelecidos, bem como a sanção a ser aplicada em caso de descumprimento. Já o segundo é o direito que determinado sujeito tem em decorrência da existência de um dado enunciado jurídico, que permite que ele exija de outrem a realização da conduta prescrita ou, então, que busque a aplicação da sanção prevista para o caso de descumprimento. Portanto, o direito objetivo, por um lado, origina o direito subjetivo e, por outro, estabelece um dever. Nesse ponto se mostram elucidativas as palavras de Hans Kelsen (1998, p. 143), ainda que, ao final, mereçam algumas considerações:

A propósito, importa notar que ‘sujeito’ nesta relação é apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever. O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas objeto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta.

Como se percebe, para o autor citado o direito subjetivo apresenta-se como simples reflexo de um dever jurídico. Entretanto, não parece acertada essa posição, na medida em que a relação ego/alter se apresenta sob a forma da dicotomia direito/dever. Não se trata, pois, de mero reflexo, mas sim de fenômenos jurídicos distintos, porém interconectados, já que sua existência é interdependente.

Dito isso, deve-se atentar para o fato de que o objeto do dever não é o direito subjetivo, mas sim uma determinada conduta prescrita ao próprio agente pelo enunciado normativo. Por outro lado, essa mesma conduta - quando prescrita a outrem que não o sujeito de direito - consiste no objeto do direito subjetivo. Daí poder-se concluir que uma mesma prescrição

normativa de conduta pode ser objeto tanto de um direito subjetivo quanto do dever correspondente - mas isso somente quando a conduta prescrita no enunciado normativo for concretizada no mundo real (mundo do ser), pois, enquanto considerada abstratamente (mundo do dever-ser), estará nos domínios do direito objetivo. Portanto, uma mesma prescrição normativa de conduta irá gerar diferentes consequências jurídicas conforme o prisma sob o qual se olhe, seja sob a ótica do direito subjetivo, seja na perspectiva do dever jurídico.

Todavia, se as relações jurídicas correspondentes ao direito subjetivo e ao dever jurídico são autônomas e dotadas de características próprias, isso significa que seu regime jurídico, assim como as consequências jurídicas impostas aos sujeitos envolvidos, também terão as suas peculiaridades, que auxiliam na distinção de cada um desses fenômenos. É justamente nesse ponto que reside a distinção entre indisponibilidade e inviolabilidade.

Dando sequência ao raciocínio iniciado, a partir da estrutura proposicional lógica do enunciado normativo, percebe-se que o modal deôntico “dever-ser” estabelece um dever, que se caracteriza por ser a obrigação imposta ao agente para, por meio de uma ação ou omissão, respeitar o direito subjetivo de outrem quando sua conduta incidir na hipótese legalmente prescrita. Em outras palavras, o dever estabelece uma proteção jurídica contra a violação - praticada por outrem - a um direito legalmente previsto pertencente a determinado sujeito.

Em contrapartida, o direito subjetivo - como o próprio nome já diz - é um direito e, como tal, decorre diretamente da mesma prescrição normativa que estabelece o dever correspondente (ego/alter). No entanto, a proteção jurídica que lhe é conferida visa a protegê-lo contra atos de terceiros (violações), estando ele, pois, dentro da esfera jurídica de proteção conferida normativamente ao sujeito, deixando-lhe a opção de exercê-lo ou não. Nesse sentido, a lição de Maria Helena Diniz corrobora essa conclusão ao afirmar que “o direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser ou não usadas por elas” (2009, p. 247). Portanto, é da essência *dos direitos* a possibilidade de serem dispostos pelo sujeito que os titulariza. Paralelamente, é da essência dos deveres proteger os direitos da violação praticada por terceiros - daí o porquê de serem *os direitos* considerados invioláveis.

Não obstante ser da essência *dos direitos* a possibilidade de serem

dispostos pelos seus titulares, é preciso pontuar que existem hipóteses excepcionais nas quais essa possibilidade é restringida, seja expressamente pelo ordenamento jurídico, ou mesmo por decorrência de construção doutrinária e jurisprudencial. Essas hipóteses são comumente chamadas de indisponibilidade de direitos, e, como regra, estão ligadas àqueles direitos considerados fundamentais.

3 A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Conforme mencionado acima, a indisponibilidade *dos direitos* está normalmente relacionada aos chamados direitos fundamentais. Mas a questão que se coloca é: o que torna um direito fundamental?

Em que pese a predominância das correntes de cunho jusnaturalista (FINNIS, 2007) e pós-positivista (BARROSO, 2010), é preciso ter em mente que a fundamentalidade de um direito pode decorrer de razões de ordem sistêmica, lógica e ética. No primeiro caso, dentro de uma estrutura sistêmica, dependendo da forma de estruturação atribuída ao sistema em referência, certos direitos podem ter precedência sobre os demais, podendo, inclusive, atuar como fundamento (sistêmico) dos outros direitos - v. g. o direito à igualdade, que figura como suporte ao direito de acesso aos cargos públicos mediante concurso público, dentro da estrutura do sistema jurídico.

Por outro lado, sob uma perspectiva eminentemente lógica, um direito pode ser anterior ao outro, figurando como fundamento de existência ou de validade dos direitos que lhe são subsequentes - v. g. o direito à vida, que, por um lado, é o antecedente lógico de qualquer outro direito que possa ser exercido por alguém, haja vista que, sem vida, não há condição lógica para a existência de outros direitos; mas o mesmo direito à vida, por outro lado, figura como fundamento de validade dos direitos do nascituro na medida em que o exercício desses direitos fica condicionado ao nascimento com vida.

Finalmente, a fundamentalidade de um direito pode ser estruturada sobre bases éticas, isto é, estar fundada nos valores vigentes e socialmente aceitos por uma coletividade em certo momento histórico. Aqui, portanto, um determinado direito será considerado fundamental, não por causa de uma estruturação sistêmica, nem mesmo com vistas a uma relação lógica de precedência, mas sim por garantir juridicamente

- por meio de norma dotada de coercibilidade - os valores considerados essenciais (fundamentais) para o *bem viver* naquela sociedade. É esse o fundamento que reflete o significado de fundamentalidade arraigado, contemporaneamente, na consciência dos povos.

Isso posto, pode-se concluir que direito fundamental é um direito garantido por uma norma jurídica (direito objetivo), que reflete uma opção valorativa considerada essencial para o *bem viver* dentro do panorama ético vigente em determinada sociedade, num dado contexto histórico, e que pode ser exercido por determinado sujeito que se enquadre na hipótese normativa prescrita (direito subjetivo), acarretando a terceiros um dever (dever jurídico) de obediência, sob pena de coerção.

Essa relação entre direito objetivo, direito subjetivo e dever jurídico, no âmbito dos direitos fundamentais, pode parecer simples. Contudo, a questão está longe de ser pacificada. Como ensina Paulo Ferreira da Cunha (2000, p. 216 e ss.), é possível encontrar diversos enquadramentos para os direitos fundamentais entre as grandes figuras-tipo da juridicidade, sendo eles, por vezes, enquadrados como direitos objetivos, direitos subjetivos, direitos potestativos, ônus, situações jurídicas ou, ainda, como interesses juridicamente relevantes. Apesar da divergência apontada, o autor reitera que eles têm a natureza jurídica de *direitos*.

Não obstante esse entendimento, é preciso considerar ainda que J. J. Gomes Canotilho afirma inexistir paralelismo entre as dimensões subjetiva - que garante um direito subjetivo - e objetiva -, que, a partir do direito objetivo, estabelece um dever jurídico - das normas garantidoras de direitos fundamentais (2003, p. 1255-1256). Portanto, segundo Canotilho, não existe correlação entre as normas jurídicas que consagram direitos subjetivos fundamentais e aquelas consagradoras de deveres jurídicos fundamentais. O autor quer dizer, portanto, que o direito objetivo pode gerar um dever jurídico sem que, em contrapartida, se crie um direito subjetivo.

Com a devida vênia, não é possível concordar com o autor supracitado tendo em vista que, conforme demonstrado previamente, existe uma relação dicotômica ego/alter inerente tanto aos direitos subjetivo e objetivo quanto aos direitos e deveres jurídicos, sendo, em ambos os casos, decorrência da estrutura proposicional lógica do enunciado normativo, que é pautado pelo modal deôntico “dever-ser”. Dessa forma, em que pese admitir que, conforme o caso, ora prevalecerá a dimensão subjetiva (direitos), ora a dimensão objetiva (deveres), tratando-se de direitos

fundamentais não é possível aceitar a inexistência de correlação entre ambas as dimensões. Isso porque os direitos fundamentais são, antes de tudo, *direitos* e, como tais, devem enquadrar-se na estrutura proposicional lógica própria das normas jurídicas. Afinal, é exatamente essa estrutura que diferencia a norma jurídica do mero mandamento ético.

Cabe lembrar, contudo, que a existência de uma diferença estrutural entre a norma jurídica e o mandamento ético não implica o afastamento absoluto entre Direito e Ética. Afinal, como foi oportunamente apontado em linhas anteriores deste estudo, a fundamentalidade de um direito decorre justamente do fato de seu conteúdo normativo refletir uma opção valorativa considerada fundamental à luz do panorama ético vigente naquela sociedade, dentro daquele contexto histórico.

Com vistas a essa constatação, deve-se verificar se o direito à proteção do meio ambiente, previsto no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 -CR/88 - reflete ou não uma opção valorativa considerada fundamental a partir dos valores éticos vigentes contemporaneamente.

Pois bem, segundo Leonardo Boff (2000), a relação do homem com a natureza tem caráter ético na medida em que o primeiro não pode ser concebido sem que se leve em conta o meio em que vive - ainda que sujeito e ambiente sejam coisas distintas. Isso posto, os valores que constituem o *bem viver* levam necessariamente em consideração as questões ambientais para permitir que o homem alcance a felicidade. Daí a razão de o autor utilizar a expressão grega *ethos* na acepção de morada humana (BOFF, 2000, p. 68-69).

É importante frisar que esse tipo de concepção ético-ambiental pode ser constatada na noção de justiça ambiental, reinante nos dias atuais. Afinal, como ressalta Rogério Santos Rammê (2012, p. 46), o conceito de justiça ambiental é uma espécie de conceito guarda-chuva, “capaz de abarcar todas as preocupações e formas de ação social vinculadas ao entendimento de que o meio ambiente equilibrado é fator determinante para a subsistência humana”.

Ora, uma vez que o meio ambiente é fundamental para a subsistência humana - na medida em que constitui a morada da humanidade -, fica claro que, sem meio ambiente equilibrado, o ser humano, por mais que se esforce, não consegue viver com dignidade. Mas a dignidade, por sua vez, como lembra Immanuel Kant (2007, p. 77), é atributo inerente ao ser humano. Afinal, enquanto as coisas têm preço, o ser humano tem

dignidade, que está acima de qualquer preço. Nesse sentido, vejamos as palavras do próprio autor:

No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente; então, tem ela dignidade.

[...] aquilo, porém, que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade* (grifos no original).

Dessa forma, para a manutenção da dignidade acaba sendo necessário, em inúmeras ocasiões, o recurso ao aparato de coerção estatal, o que só pode ser feito por meio do Direito, por intermédio de normas jurídicas. Assim, a juridicização dos anseios éticos de natureza ambiental - especialmente de sua matriz ética, que é a proteção ao meio ambiente - mediante o reconhecimento de sua importância por meio da atribuição de *status* constitucional, corrobora a opção constituinte de refletir, no texto da CR/88, o valor ético fundamental da proteção ao meio ambiente.

Isso posto, a partir dessa constatação torna-se possível afirmar que, sob o prisma da ética contemporânea, a preservação do meio ambiente integra o núcleo valorativo considerado fundamental pela sociedade. Tanto é assim que o constituinte originário refletiu esse valor em diversos dispositivos da CR/88 - v. g. artigos 5º, LXXIII (ação popular); 23, VI (competência comum de União, Estados, Distrito Federal e Municípios); 24, VI (competência concorrente de União, Estados e Distrito Federal); 129, III (funções institucionais do Ministério Público); 170, VI (princípios da ordem econômica); 174, § 3º (cooperativas de garimpeiros); 186, II (função social da propriedade rural); 200, VIII (competências do Sistema Único de Saúde); 225 (meio ambiente). Dessa forma, ao reproduzir o valor relativo à preservação do meio ambiente em diversas normas jurídicas, o constituinte atribuiu-lhe o *status* de direito fundamental. Mas isto não simplesmente por causa da quantidade de dispositivos constitucionais que mencionam esse direito, e sim por tê-lo convertido em princípio constitucional instituidor de direito fundamental, que, por sua vez, devido à sua natureza jurídica principiológica, influenciou a criação de diversos enunciados normativos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não obstante a natureza principiológica do direito fundamental à

preservação do meio ambiente, é preciso ter em mente, ainda, que, no caso do art. 225 da CR/88, o constituinte foi expresso ao afirmar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. A leitura do conteúdo desse dispositivo constitucional aponta uma peculiaridade desse direito fundamental, qual seja, ele pertence à coletividade e não foi individualizado. Isso se deve ao fato de ele integrar a categoria dos direitos fundamentais transindividuais, que transcendem a figura exclusiva do indivíduo como sujeito de direitos, expandindo seu âmbito de incidência para toda uma coletividade, sejam aqueles que a compõem identificáveis ou não.

Diante dessa constatação, e retomando uma questão sedimentada anteriormente, pode-se afirmar que, tratando-se dos direitos fundamentais transindividuais, prevalece a dimensão objetiva, enquanto, nos direitos fundamentais individuais, há prevalência da dimensão subjetiva.

Todavia, conforme já foi ressaltado, a prevalência de uma dimensão não significa a exclusão da outra. Portanto, o fato de prevalecer a dimensão objetiva no direito fundamental à proteção do meio ambiente não significa que a dimensão subjetiva tenha sido afastada desse direito. Tanto é assim que, conforme a lição de Maria Helena Diniz, já apresentada neste estudo (2009, p. 247), as duas espécies de direito subjetivo estão presentes no referido direito, quais sejam, o direito comum da existência e o direito de defender os direitos comuns da existência. Contudo, tendo em vista a prevalência da dimensão objetiva, essas duas espécies de direitos subjetivos foram afetadas na medida em que, por um lado, a proteção do meio ambiente é direito de todos e, caso um ou alguns indivíduos queiram abdicar desse direito, qualquer outro indivíduo poderá exercê-lo, independentemente da manifestação de vontade dos demais em sentido contrário. Mas, por outro lado, como todos os indivíduos são titulares desse direito, qualquer deles poderá defendê-lo, ainda que sem o auxílio ou mesmo contra os demais titulares.

Isso posto, ao contrário dos direitos fundamentais individuais, cuja estrutura normativa com vistas à prevalência da dimensão subjetiva permite a existência de discussão sobre sua disponibilidade, tratando-se de direitos fundamentais transindividuais, essa discussão não é possível, porque sua estrutura normativa, na qual prevalece a dimensão objetiva, torna-os indisponíveis. Portanto, a possibilidade da disposição desses direitos fundamentais afronta a essência jurídica dessa espécie de *direitos*. Desta feita, pelo fato de o direito fundamental à proteção do meio ambiente

ser um direito integrante dessa última categoria, não resta dúvida de que se trata de direito indisponível.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que, a partir da análise da ontologia *dos direitos*, conjugada com a verificação da estrutura proposicional lógica implicacional do enunciado normativo - que é balizada pelo modal deôntico “dever-ser” -, torna-se possível identificar uma relação ego/alter existente tanto entre direito subjetivo e direito objetivo quanto entre direito e dever jurídico. Essa dualidade implicacional, por sua vez, significa que o objeto norma jurídica deverá ser considerando sempre com vistas às dicotomias existentes, sob pena de seu significado não poder ser corretamente compreendido.

A partir disso, pôde-se constatar que a inviolabilidade configura uma proteção contra a ação de terceiros, enquanto a indisponibilidade consiste em uma restrição à possibilidade de não exercício de um direito (subjetivo) por parte de seu titular. Constatou-se também que, em algumas normas jurídicas, prevalece a dimensão subjetiva, porém em outras prevalece a dimensão objetiva, sem que isto signifique a inexistência de conexão entre ambas as dimensões.

Uma vez realizada essa etapa da investigação, pôde-se confirmar que o direito à proteção do meio ambiente é direito fundamental na medida em que reflete um valor ético considerado essencial para o *bem viver* pela sociedade contemporânea. Em seguida, apurou-se que esse direito se enquadra na espécie direito fundamental transindividual, no qual há prevalência da dimensão objetiva da norma jurídica. Por causa disso, viu-se que todos são titulares desse direito. Isso significa que todos podem decidir exercê-lo e que todos podem defendê-lo em caso de violação, seja de forma conjunta ou isoladamente, ou mesmo contra a vontade de outros titulares.

Diante do exposto, fica claro que a estrutura normativa do direito fundamental à proteção do meio ambiente não comporta a disponibilidade do direito na medida em que um não pode dispor daquilo que é comum. Ademais, em caso de violação, qualquer titular pode defender esse direito comum, ainda que contra a vontade dos demais.

Daí, portanto, poder-se concluir que a proteção do meio ambiente é um direito fundamental indisponível.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DOU: 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da constituição: direitos humanos, direitos fundamentais*, v. II. Lisboa: Verbo, 2000.

DIAS, Roberto. *Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição*. In IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coords.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2010, v. 4, p. 151 a 177.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. Norma jurídica e aplicação do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação, decisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

RAMMÊ, Rogério Santos. *Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: conjecturas político-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica*. Caxias do Sul: Edusc, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

TELLES JR., Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noesis, 2005.

Artigo recebido em: 23/02/2017.

Artigo aceito em: 11/08/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 153-173, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1015>>. Acesso em: dia mês. ano.