

Os direitos de informação e participação enquanto meio de consecução do direito fundamental ao ambiente à luz da nova dimensão da teoria constitucional garantista

Information and participation rights as means of guaranteeing the fundamental right to the environment in the light of new dimension of garantist constitutional theory

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira¹

Karine Grassi²

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar os instrumentos de participação e informação da coletividade no contexto da proteção do meio ambiente, refletindo criticamente sobre exemplos de normas de âmbito local, bem como de normas de âmbito nacional e internacional, à luz da *Teoria Garantista* – e, sobretudo, à luz da proposta intitulada *Por uma Carta de Bens Fundamentais*, de Luigi Ferrajoli. Pretende-se demonstrar, ao longo do texto, que a salvaguarda dos bens comuns na esfera nacional e internacional é de suma importância para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo a reduzir a distância entre a normatividade e a realidade, entre o *ser* e o *dever ser* desse direito. Apesar de muito já ter sido escrito sobre a abordagem de Ferrajoli, pretende-se demonstrar que esta constitui ferramenta de grande valia para a compreensão das dificuldades específicas que a tutela ambiental enfrenta, sobretudo quando se trata do direito fundamental à informação e à participação, bases de uma democracia pensada para a solução de impasses ecológicos. Esta pesquisa tem aporte da legislação nacional e internacional, da jurisprudência e da literatura especializada. O método utilizado foi hipotético-dedutivo, uma vez que procurou-se testar a pertinência do *garantismo* enquanto ferramenta explicativa acerca do reduzido grau de efetividade do direito fundamental ao ambiente em face das práticas relativas ao direito de informação e participação.

Palavras-chaves: direito fundamental ao ambiente; garantismo; participação; informação; democracia.

Abstract: The present study aims to analyse the instruments of collective participation and information in the context of protecting the environment, reflecting critically on examples of local rules, as well as of national and international rules, in the light of the *Theory of Garantism* – and, above all, in the light of the proposal called *For a Charter of Fundamental Goods*, of Luigi Ferrajoli. Although much has already been written about Ferrajoli's approach, the text intends to demonstrate that this is valuable tool for understanding the specific difficulties that the environmental protection faces, especially when it comes to the fundamental right to information and participation, basis of a democracy designed to solve the ecological predicaments. This research has the supply of national and international legislation, cases and literature. The method used was hypothetical-deductive, once sought to test the relevance of guaranteeism while

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor nos cursos de mestrado e graduação da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

² Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista CAPES.

explanatory tool on the low level of the environmental law's effectiveness, in the face of legal practices related to the rights of information and participation.

Key-words: fundamental right to environment; guaranteeism; participation; information; democracy.

Introdução

Não obstante seu surgimento estar ligado ao sistema penal, o *garantismo*, enquanto teoria geral, consiste em abordagem fértil no que diz respeito à propositura de um modelo de Estado de Direito diferenciado. Este trabalho se valerá especialmente do significado de *garantismo* enquanto *modelo normativo de direito*, caracterizado pelo propósito de fazer notar que os direitos e princípios fixados em um texto constitucional podem ser considerados avançados e, contudo, não irem além de um “pedaço de papel” se as suas garantias não possibilitarem o controle/neutralização do direito ilegítimo e do poder (FERRAJOLI, 2010a, p. 786). Em outras palavras, para o modelo garantista, convém conceber que a adequação de uma Constituição está diretamente ligada ao grau de efetividade dos direitos proclamados.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está assegurado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, que delega o dever de preservação ao Poder Público e à coletividade, em benefício das presentes e futuras gerações. Existem outros dispositivos constitucionais que mencionam a proteção ambiental como, por exemplo, o artigo 170 e o artigo 182, dentre outros. Para garantir esse direito fundamental, forjou-se, sobretudo nas últimas décadas, extensa legislação infraconstitucional (legislação de uso e proteção de florestas, urbanística, agrotóxicos, recursos hídricos, biossegurança, crimes ambientais, etc.), e um grande número de políticas nacionais (do meio ambiente, de resíduos sólidos, de águas, etc.).

Desta forma, à luz do *garantismo*, pode-se verificar e avaliar os níveis de efetividade da defesa do meio ambiente, conforme esta se encontra delineada na Constituição Federal. O presente trabalho ocupará-se, sobretudo, das possibilidades de participação da coletividade na tomada de decisões ambientais – demonstrando, com aporte na matriz teórica do *garantismo*, o quanto estes mecanismos participativos encontram-se diretamente relacionados (por vezes de forma determinante) com a garantia dos direitos fundamentais a serem tutelados.

Em linhas gerais, adotou-se na presente investigação o método de abordagem hipotético-dedutivo, forjado por POPPER (2002; 2004), por meio do qual são

apresentadas hipóteses que deverão ser testadas ou falseadas, tendo como resultado a negação da hipótese ou a sua comprovação, que permanece sempre provisória. Deste modo, pretende-se nos limites deste estudo (ainda que de forma incipiente), testar a pertinência do garantismo enquanto teoria capaz de fornecer explicações sobre o descompasso entre o reduzido grau de efetividade do direito fundamental ao ambiente e sua previsão legal e constitucional – articulando esta lacuna entre o *ser* e *dever ser* da norma com as práticas relativas aos direitos de informação e participação nos processos decisórios em matéria ambiental, também estas esvaziadas em seu potencial democrático.

Para tanto, a primeira parte do trabalho analisará alguns dos elementos centrais do *garantismo* enquanto (i) *modelo normativo de direito*, enquanto (ii) *filosofia política* e enquanto (iii) *teoria da divergência* entre normatividade e realidade. A segunda parte analisará as possibilidades legais de participação dos cidadãos em procedimentos decisórios e de consulta em matéria ambiental, perquerindo por sua efetividade, e relacionando as dificuldades observadas com a questão da efetividade do direito fundamental ao ambiente. Por fim, a terceira parte utilizará a chamada *nova dimensão do constitucionalismo garantista* para evidenciar alternativas viáveis para a proteção do patrimônio ecológico da humanidade, tendo em vista a garantia dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

1. A Teoria Geral do Garantismo e seus pressupostos basilares.

No quinto capítulo da obra *Direito e razão*, Ferrajoli delinea uma *teoria geral do garantismo*. Sustenta Cademartori (2006, p. 91) que a teoria geral do garantismo deriva da teoria garantista penal, e que seu desdobramento em uma teoria geral resulta em grande potencial explicativo e propositivo. Ao explicar o Estado de Direito como “estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do exercício do poder político”, o pensamento garantista propõe um modelo ideal de Estado de Direito que serve como parâmetro para aferir a maior ou a menor legitimidade dos Estados de Direito *Reais*.

O primeiro significado de *garantismo*, conforme enunciado por Ferrajoli (2010a, p. 785), designa um “modelo normativo de direito” que permite aferir graus de *garantismo* relativamente a este ou aquele sistema. No tange ao direito penal, este modelo, que é de estrita legalidade, caracteriza-se, consoante Ferrajoli (2010a, p. 786): sob o plano epistemológico (i), como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; sob o plano político (ii), como técnica de minimização da violência e maximização da

liberdade; e, sob o plano jurídico (iii), como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Em seu segundo significado, *garantismo* designa um “teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas”. Mantém-se, portanto, a separação entre *ser* e *dever ser* no direito. Ademais, a divergência entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) e práticas operacionais (tendencialmente antigarantistas) aparece como questão teórica central no modelo garantista. Deste modo, afirma Ferrajoli, não se trata de uma teoria puramente realista ou puramente normativista, senão justamente uma “teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo” (2010a, p.786-787).

Em seu terceiro significado, *garantismo* designa, para Ferrajoli, uma “filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade” (2010a, p.787). Tal concepção pressupõe a separação entre direito e moral; a separação entre validade e justiça; e a separação entre o *ser* e o *dever ser* do direito (2010a, p. 788). É importante ressaltar que estes três significados estão intrinsecamente relacionados em Ferrajoli: correpondem mais aos diferentes prismas de um modelo de grande coerência e valor analítico do que a desdobramentos teóricos independentes.

O Estado de direito, na *teoria geral do garantismo*, não aparece tão somente como Estado “regulado por leis”, senão como:

um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida à controle de legalidade por parte dos juízes delas separados e independentes [...], b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela jurídica (FERRAJOLI, 2010a, p. 790).

Mesmo nos demais setores do ordenamento que não o direito penal, os direitos fundamentais, desde que garantidos constitucionalmente, configuram-se, entende Ferrajoli (2010a, p. 795), como vínculos de validade para a legalidade ordinária, que pode ser caracterizada como “estrita legalidade”. A legalidade estrita, coincidindo com a

legitimação substancial, “subordina todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais”. Tal concepção transcende a “mera legalidade” que, coincidindo com a legitimação formal, caracteriza-se como simples subordinação dos atos às leis (2010a, p. 791). Também neste sentido, a técnica garantista pode ser compreendida como a “incorporação limitativa de direitos civis e correlativamente de deveres públicos nos níveis superiores do ordenamento”.

Para Ferrajoli (2010a, p. 797), enquanto a regra do Estado liberal de direito pode ser sintetizada na fórmula “nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo em maioria”, a regra do Estado social de direito repousa na fórmula “nem sobre tudo se pode não decidir, nem mesmo em maioria”. Estes critérios permitem distinguir entre a *democracia formal*, segundo a qual a maioria constitui fonte de legalidade, e a *democracia substancial*, que é aquela dotada de efetivas garantias liberais e sociais. Neste nível, às normas sobre “quem” e “como” deve decidir acrescenta-se normas secundárias que enunciam sobre *o que se deve e o que não se deve* decidir. Assim, a democracia substancial resulta na configuração de um sistema de *metaregras* em relação às regras da democracia política. O Estado de Direito, na concepção garantista, equivale à democracia na medida em que reflete não apenas a vontade da maioria, mas “os interesses e necessidades vitais de todos” (FERRAJOLI, 2010a, p. 797-798).

Os postulados garantistas permitem falar em uma “latente e estrutural *ilegitimidade jurídica* do Estado de Direito, devida à ambição das promessas formuladas nos seus níveis normativos superiores e não mantidas em seus níveis inferiores” (FERRAJOLI, 2010a, p. 799-800). É possível que esta ilegitimidade alcance níveis patológicos, de total ineficácia das normas de nível superior. Trata-se, em todo caso, de gradações de legitimidade e também da presença de uma aporia política – ou seja, a ilegitimidade política do poder no Estado de Direito seria irreduzível (FERRAJOLI, 2010a, p. 817-820).

Nos Estados democráticos de direito, como explica Ferrajoli, a lacuna entre o dever ser e o ser é estrutural, uma vez que o Estado possui uma função instrumental (FERRAJOLI, 2010a, p. 811 e ss.), uma fundação heteropoiética (FERRAJOLI, 2010a, p. 814-817) e que, o descompasso entre a proclamação de direitos e sua satisfação se faz sempre presente. Entretanto, a divergência entre estes dois níveis “ainda é a principal força oferecida” – ao passo que os direitos não são satisfeitos, seus titulares podem, graças às garantias, “tirar legitimação dos poderes, invalidar-lhes as ações ou omissões, vinculá-los às prestações correspondentes” (FERRAJOLI, 2010a, p. 800).

A partir das concepções citadas acima, será discutido, na próxima seção, o descompasso entre a previsão legal e constitucional da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sobretudo do ponto de vista do direito à informação e participação em processos decisórios, problematizando a distância entre a normatividade e a realidade, entre o *ser* e o *dever ser* deste direito.

2. A Participação e a proteção do ambiente em uma perspectiva garantista

Na primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, da Organização das Nações Unidas (ONU), conhecida por Estocolmo/72, estabeleceu-se o primeiro tratado ambiental em resposta às demandas de modificação do crescimento econômico apresentadas pelo Relatório “O Nosso Futuro Comum” (BRUNDTLAND, 1991). Em seu item 7, está proclamado a participação de todos (comunidades, cidadãos, empresas, etc.) nas metas de proteção e preservação do ambiente; no princípio 19, por sua vez, consta que “uma opinião pública bem informada” é indispensável (ONU, 1972). Este papel de proteção restou claro também com a Declaração do Rio/92, e, de modo geral, ocorreu o fenômeno de *constitucionalização do ambiente* em vários países do globo e, como explica Gavião Filho (2005, p. 22-23), algumas Constituições passaram a considerar o direito ao ambiente como um direito fundamental, como em Portugal (1976); Bulgária (1971); Suíça (1971); Panamá (1972); Hungria (1972); Grécia (1975); Brasil (1988), etc.

Atualmente, a participação efetiva da coletividade na tomada de decisões ambientais mostra-se como instrumento essencial à proteção do bem ambiental. Existe a previsão de participação na legislação infraconstitucional, porém pode ser considerada de caráter formal. Uma justificativa para o fato de que a efetiva participação social nas decisões ambientais encontra-se em um estágio de baixa eficácia remete à consideração de que o imaginário e a cultura jurídica e administrativa têm raízes em um período anterior, em que a questão ambiental não estava na ordem do dia. Questiona-se, assim, a qualidade e quantidade de participação realmente existente no ordenamento jurídico brasileiro, a compatibilidade entre os direitos previstos pela Constituição e normas infraconstitucionais que instrumentalizam a sua proteção, bem como o descompasso entre as previsões legais e sua garantia.

No plano nacional, a participação encontra muito pouco espaço, por exemplo, quando na questão de organismos geneticamente modificados (OMGs). A lei nº

11.105/05 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades com OMGs, cria o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS) e reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). Embora prevista a participação em reuniões da CNBS, por parte da sociedade civil e de representantes do setor público, o texto é claro quando menciona que será de caráter excepcional (art. 9º, § 3º). Em outra passagem, com relação à CTNBio, a participação da sociedade civil em audiência pública é tratada como possibilidade e não como garantia (art. 15), ainda que os assuntos abordados dizem respeito à toda a coletividade.

Nesse sentido, é o entendimento de Ferreira (2008, p. 312):

[...] a Lei n. 11.105/05 restringe a *participação pública e plural nos processos decisórios ambientalmente relevantes*, opõe-se aos mecanismos de controle social em face de decisões arbitrárias ou controvertidas, negligencia o princípio de precaução, *limita o acesso a informações essenciais para a compreensão dos processos envolvendo organismos transgênicos*, estabelece mecanismos de fiscalização que tendem a ineficiência e cancela a eficácia de instrumentos de gestão de risco indispensáveis à proteção do meio ambiente. (sem grifos no original).

É possível afirmar que a falta de parâmetros legais para o exercício da participação nos procedimentos decisórios, nos casos em que a lei exige a manifestação da coletividade, contribui para que esta previsão legal resulte em uma obrigação vaga, sem clareza dos critérios pelos quais as manifestações populares serão consideradas. Importante exemplo disso é a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 25.347, julgado em 17 de fevereiro de 2010, a qual define, em um caso de fixação de unidade de conservação, que a decisão final será do chefe do Poder Executivo, que é obrigado “apenas a ouvir e ponderar as manifestações do povo” (BRASIL, 2013a), ainda que nenhuma das reivindicações, percepções de risco, avaliações leigas e de *experts* sejam traduzidas em medidas concretas.

Esta monumental lacuna entre (i) a discricionariedade, aos moldes clássicos, do administrador; e (ii) a alternativa oposta, que seria a decisão por votação da assembleia popular mostra-se extremamente prejudicial, e constitui sintoma da incapacidade de se pensar instituições e procedimentos decisórios mais bem preparados para enfrentar as dificuldades inerentes à questão ecológica, sobretudo em contextos e incerteza. A opção pela suprema autoridade da decisão do chefe do poder executivo, apenas formalmente associada às manifestações de especialistas e leigos, que visa afastar a alternativa radicalmente oposta, afasta, convém ressaltar, qualquer possibilidade de encarar a gestão dos riscos ecológicos sob um registro construtivo. Legitima-se, ainda, o ideal decisionista

da autoridade que concentra o saber e o poder decisório, bem com a abordagem científicista, que pressupõe que a verdade sobre determinada dificuldade prática possa ser revelada, e não construída. Desta forma, é possível afirmar que, em nível nacional, a informação e a participação pública em decisões ambientais restam prejudicadas, muito embora com previsão legal e, na ótica garantista, a ineficácia da norma Constitucional (de defesa do meio ambiente) resta evidente.

No plano local, o instrumento que define a participação da coletividade é o Plano Diretor (definido por cada município com mais de 20 mil habitantes, conforme o artigo 182, § 1º e 2º da Constituição), consoante as diretrizes presentes da Constituição e no Estatuto da Cidade – art. 40, §4º, I da Lei n.10.257/2001. Assim, o Capítulo III do Estatuto da Cidade garante a participação da população municipal, em audiências públicas, para a elaboração e fiscalização do plano diretor. Ocorre que, muitos e bem documentados são os casos em que a população é impedida de participar das audiências públicas, por diversos interesses envolvidos. Some-se ainda o fato de que muitas das audiências efetivamente realizadas com presença da coletividade são marcadas pela falta de informações amplas e precisas, com particulares despreparados e facilmente manipuláveis.

Para exemplificar, após o ajuizamento, por parte do Ministério Público Federal de Santa Catarina, da Ação Civil Pública de número 5021653-98.2013.404.7200/SC, o magistrado suspendeu liminarmente a tramitação do projeto do novo Plano Diretor de Florianópolis de 2013 e determinou a informação e oitiva da população local, sob pena de multa, em cumprimento à legislação (BRASIL, 2013b).

Há presunção de que, tendo sido realizadas as audiências públicas, houve ampla possibilidade de manifestação e debates, de que as reivindicações, opiniões, percepções de riscos ecológicos, etc, foram considerados pelo o órgão da administração, e de que isso é suficiente para suprir o requisito legal de participação. Ainda que a decisão não seja vinculada (pois depende de um exame de conveniência e oportunidade), tamanha discricionariedade deve ser questionada. É preciso que o poder público estabeleça parâmetros mais claros e objetivos sobre como serão conduzidos estes procedimentos participativos e como será tomada em consideração a fala dos presentes.

Verifica-se que a participação funciona relativamente mal no plano local; entretanto, mesmo sendo altamente questionável a qualidade e a quantidade dessa participação, é certo que, de alguma forma, ela existe, e sua previsão legal, no caso do Plano Diretor, teve um significado histórico muito importante. Porém, na ótica garantista,

a defesa dos interesses e necessidades vitais são pontos primordiais do Estado de Direito. Entende-se que o cidadão de determinada cidade possui o direito de participar das modificações no local de vivência, pois elas podem alterar sua qualidade de vida, tanto para melhor, como para pior.

O *garantismo*, enquanto teoria da validade e da efetividade, verifica não apenas a existência, mas o vigor das normas postas (FERRAJOLI, 2010a, p. 786). No caso específico do Plano Diretor, o vigor da norma (art. 4º, §3, do Estatuto da Cidade), que define a informação e participação da sociedade, pode não estar garantido efetivamente, como exemplificado anteriormente. Outra questão a ser considerada reside no descompasso entre o modelo normativo (garantista) e a prática operacional (tendencialmente antigarantista), quando se criam impossibilidades da comunidade participar efetivamente de uma audiência pública, já que se possui previsão legal para tanto.

Contudo, é possível postular que, nos níveis mais amplos de abrangência das garantias internacionalmente válidas, os procedimentos decisórios são progressivamente menos abertos à participação e à informação da sociedade civil. Em síntese, quanto maior a abrangência da proteção pretendida (local, nacional, internacional), mais espinhosa é a questão da participação em procedimentos decisórios, administrativos e judiciais e no plano legislativo, e mais difícil estabelecer altos níveis de garantismo do ponto de vista dos direitos fundamentais relacionados à proteção do meio ambiente. Nesse sentido, entende Leff (2006, p. 457):

As demandas ambientais propugnam pela participação democrática da sociedade na gestão de seus recursos reais e potenciais, assim como no processo de tomada de decisões para a escolha de novos estilos de vida e pela construção de futuros possíveis sob os princípios de pluralidade política, equidade social diversidade étnica, sustentabilidade ecológica, equilíbrio regional e autonomia cultural.

Inversamente, quanto maior a abrangência pretendida de proteção, maior a importância dessa proteção. Em se tratando do ambiente, bem de natureza imaterial, inalienável e unitário (pois forma um todo que transcende a mera soma de suas partes), não há como protegê-lo de forma eficaz senão através de ações políticas de garantias globais.

Ao contrário do sistema brasileiro, na Europa existe a Convenção de Aarhus, que estabelece como ponto primordial para a defesa do meio ambiente o acesso à informação, a participação em processos decisórios em matéria ambiental, uma vez que

contribui para a transparência e responsabilidade (UNIÃO EUROPEIA, 2013). A Convenção define precisamente o acesso à informação (art. 4º.), o fluxo detalhado de informações (art. 5º.), a participação do público em decisões ambientais (art. 6º.), bem como direito de voto (art. 11), a participação do público em planos, políticas e programas na esfera ambiental (art. 7º).

Decisões sobre o meio ambiente geralmente são muito controversas, inclusive no plano científico, de modo que a tradicional abordagem pericial mostra-se insuficiente. Leff (2006, p. 468) aponta os três principais motivos para o reclame da sociedade civil no que diz respeito às decisões de caráter ambiental: (i) em atendimento aos resultados das políticas neoliberais; (ii) em razão do exercício autoritário do poder por parte dos governantes; e (iii) à ineficiência da empresa pública e privada em dotar a sociedade de condições de vida adequadas.

Entende-se, neste sentido, que os processos decisórios devem ser reformulados no sentido de explicitar as formas pelas quais o risco ecológico é apreciado ou tomado em consideração, utilizando por modelo a Convenção de Aarhus. No plano das teorias da decisão, a decisão relativa à gestão do risco ecológico não se amolda aos parâmetros clássicos da decisão discricionária ou da decisão vinculada. Trata-se de temática *sui generis*, que questiona o conhecimento jurídico tradicional em vários aspectos. No plano da avaliação de riscos, por exemplo, a controvérsia ou a incerteza científica se faz presente em um grande número de situações.

A decisão a respeito da produção, comercialização, importação ou exportação de produtos transgênicos, para citar um exemplo, é formal e substancialmente diferente da decisão de um administrador público que elege prioridades para investimento em infraestrutura, ou da decisão de um magistrado, a respeito de uma acusação de homicídio, que se pauta em um exame de balística. No primeiro caso, tem-se um alto grau de discricionariedade, e ampla margem de ponderação de conveniência e oportunidade. No segundo caso, a abordagem pericial vem, por meio da perícia, esclarecer os fatos de modo tendencialmente inequívoco, fornecendo bases sólidas para a decisão. Diversamente, muitas decisões sobre o gerenciamento de riscos ecológicos trazem a incerteza como elemento inafastável, inclusive no plano técnico-científico. Por outro lado, os posicionamentos dissonantes dos cientistas e a percepção das pessoas comuns têm de ser considerados.

Nesse sentido, para Koulrisky (2002, p. 86), a instituição científica deve endossar novas responsabilidades, abrindo-se a um diálogo social de caráter não

meramente explicativo, mas em um sentido de esclarecimento sobre a ciência que se faz, senão também em um registro “preditivo”, ou seja, de diálogo sobre o que a ciência pode fazer. Para minimizar o *déficit* de explicação e diálogo do qual os cientistas são acusados, entende o autor, é preciso promover a integração entre a pesquisa e o espaço público, promover um diálogo mais “prospectivo”, mais alargado e simétrico, que tenha ponto central a avaliação de risco e novas práticas concernentes à *expertise*. Tal integração deve ser imaginada em vários níveis, desde publicações mais acessíveis e divulgação em geral até soluções de âmbito institucional – criação e aprimoramento de procedimentos que permitam a tomada de decisões sobre o que se pode e o que se deve fazer, com base no saber de que se dispõe.

Em amplo estudo voltado ao contexto espanhol, Vieytez (1990, *passim*) constatou a falta sistemática de informação adequada e clara sobre as questões de interesse ecológico, a falta de métodos adequados para transmitir informações aos cidadãos e a falta de interesse para integrá-los em mecanismos de participação ativa. A análise constata a deficiência de concretização dos princípios de participação e informação no âmbito do poder legislativo (participação direta e indireta em atividades parlamentares, iniciativa popular, ombudsman), executivo (elaboração de regimentos, planos e programas, atos não normativos e na gestão de bens e serviços ambientais) e judiciário (na jurisdição civil, administrativa e penal).

Em que pese o recorte temporal e espacial da referida pesquisa, resta evidente a crise do Estado Democrático de Direito em sua relação com o social – da qual o tema da participação social no poder é simultaneamente causa e possibilidade de saída. A questão ambiental um *locus* privilegiado para esta problematização, por tocar tão diretamente na questão do interesse comum, do bem comum a todos que é o ambiente ecologicamente equilibrado que, do ponto de vista dos direitos de propriedade, aparece sob a rubrica da função socioambiental. Ocorre que, infelizmente, a função social da propriedade é abordada predominantemente em caráter reativo, no plano jurisdicional, quando deveria refletir as práticas de gestão dos bens comuns, tais como o ambiente e a cultura.

A participação em casos de controvérsias ambientais liga-se inseparavelmente à ideia de democracia e à questão da legitimação do exercício do poder. Por oposição a um conceito envelhecido de gestão burocrática, implica a abertura dos processos decisórios a uma pluralidade de sujeitos, portadores de múltiplos interesses, que querem atuar, “tomar parte” nas decisões, influir no seu

resultado de forma construtiva e a partir de posições autônomas. Trata-se de tornar o direito ao ambiente em direito de participação, como afirma Vieytez (1990, p. 309-310), de modo que a tutela ambiental não seja relegada apenas a instâncias públicas, mas também diretamente pelos cidadãos. Não se recusa, contudo, a complexidade do desafio, que deve transcender a dicotomia entre democracia representativa e participativa – que, embora verdadeira, trata ainda assim de uma simplificação do problema.

3. A nova dimensão do constitucionalismo garantista e os bens comuns

A participação da sociedade civil informada na tomada de decisões ambientais tem sua importância, mas pode ser considerada incipiente se não ultrapassar os limites locais e nacionais. Assim, é necessária, especificamente na questão ambiental, uma dimensão garantista internacional ou transnacional capaz de assegurar o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, em consideração que os danos ambientais não respeitam limites, fronteiras, bem como a criação de vulnerabilidades ambientais poderá afetar diferentes gerações.

Os bens comuns, caracterizados pelo uso/desfrute de todos os homens, não pertencendo particularmente a ninguém (GORDILLO, 2006, p. 11), são os chamados *res communes omnium*. Ferrajoli denomina de *bens fundamentais*, no âmbito do meio ambiente, aqueles cujo acesso é garantido “a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais: o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade” (2010b, p. 34-35).

A proteção dos bens comuns, para Leff (2006, p. 453-454), está ligada à crise ambiental, em confluência com a crise do Estado e dos limites da racionalidade econômica:

dessa crise de legitimidade e de suas instâncias de representação emerge a sociedade civil em busca de novos princípios para reorientar o processo civilizatório em direção aos objetivos da sustentabilidade. As demandas por democracia, equidade e justiça da sociedade estão levando à construção de um novo ideário político para onde confluem ideias, valores e interesses, que, embora não constitua uma visão do mundo homogênea que dê consistência a uma consciência ecológica global e comum, ou a um bloco de princípios que outorguem organicidade e legitimidade a uma ética ambiental capaz de gerar um consenso no processo de ‘racionalização ambiental’, está abrindo espaços de poder e mobilizando processos políticos em que surgem os novos atores dos movimentos ambientalistas que estão povoando a cena da ecologia política.

Ferrajoli (2010b, p. 54) esclarece que a construção de uma esfera pública internacional é a alternativa ponderada “ao colapso de toda a economia [...] e à catástrofe climática”. Para o autor, essa esfera poderá reconhecer e fixar, por exemplo, diminuições de emissões, investimento em pesquisa para energias limpas, limitar os desperdícios de energia, uma vez que são problemas ambientais que dizem respeito à coletividade global. Através da criação de uma nova perspectiva do *garantismo* e do consitucionalismo (global e duradoura), superior ao contexto individualista dos direitos e a estrita esfera das democracias nacionais (FERRAJOLI, 2010b, p. 54).

Nesse sentido, o primeiro passo está no reconhecimento de um *consitucionalismo de direito privado*, pautado num ordenamento de regras constitucionais (com limites e vínculos) para a iniciativa privada: impedimento de emissão de substâncias tóxicas e nocivas à saúde humana e ao ambiente, inadmissibilidade de apropriação ou destruição dos bens comuns, indispensáveis à sobrevivência e desenvolvimento da espécie humana (FERRAJOLI, 2010b, p. 52-53). Para tanto, a elaboração de esfera pública, caracterizada pela heteronomia, redefinida com o princípio da legalidade e pela garantia aos direitos civis de autonomia, a fim de ordenar os poderes de maneira que não seja permitida a criação de danos irreversíveis aos bens comuns.

O segundo passo, explica Ferrajoli (2010b, p. 53-54), é o reconhecimento de um *constitucionalismo de direito internacional*, uma vez que os danos aos bens comuns, especificamente de matéria ambiental, são de caráter global e demandam regras, limites, vínculos, controles e instituições de garantia de nível global. Assim, para além das técnicas já testadas de garantia de direitos fundamentais, é a fixação de um ordenamento protetivo desses bens, considerando-os bens públicos, mediante um *domínio público planetário*, fixada em uma carta internacional dos bens comuns.

Com relação à criação de limites e vínculos, Ost (1995, p. 16) assevera que o único caminho para projetar um futuro razoável, é afirmar as semelhanças e as diferenças existentes entre o homem e a natureza. Tal proposta é confirmada pela interdisciplinaridade do saber ecológico, que está na procura por uma ciência de suas relações.

Ferrajoli (2010b, p. 64 e ss.) vislumbra a garantia dos direitos fundamentais e define suas condições básicas da seguinte maneira:

(i) *institucional e jurídico*: estabelecimento de diretrizes dos bens fundamentais em Constituições, com normas de garantias efetivas e readequação de competências e

poderes de instituições internacionais, tais como a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO); elaboração de instituições supranacionais e independentes para garantia primária e secundária de direitos fundamentais; garantia de acesso à água potável para todos os seres humanos; e, finalmente, estabelecer o *fisco mundial*, em nível institucional, a fim de dar poder supraestatal de tarifar, objetivando o recolhimento de verba indispensável aos custos de obras de tais instituições. Em outras palavras, a criação da *esfera pública global*.

(ii) *político e cultural*: ultrapassar o impasse da desinformação, do desconhecimento das urgências ambientais globais, pontos primordiais para se atingir a esfera pública global, de maneira que a conscientização seja difundida a todos os seres humanos e propicie maior interesse de participação política e jurídica; nas palavras de Ferrajoli, “um novo sentido de pertencimento comunitário [...] sobre a percepção como problemas políticos primários e como interesses públicos vitais dos problemas e dos interesses globais [...] à garantia dos bens fundamentais” (2010b, p. 65).

De fato, é inegável a produção de uma modelo outro de preservação do ambiente, pautado na informação e na participação efetiva da sociedade nas tomadas de decisões e, nos moldes sugestivos de Ferrajoli, de nível global. Para complementar, entende-se que, na defesa dos bens ambientais, o Direito deve busca o sentido comunitário mais profundo na procura de *decisões politicamente legitimadas, cientificamente fundadas, tecnicamente adequadas e economicamente eficientes e eticamente sustentadas* (GARCIA, 2007, p. 33-36).

Considerações finais

No presente trabalho, pretendeu-se verificar, a partir do modelo garantista de Estado de Direito, divergências entre normas garantistas e suas práticas operacionais, com tendência antigarantista, quando da informação e da participação na esfera de decisão ambiental (local, nacional). Com fundamento na noção de *democracia substancial*, conforme enunciada por Ferrajoli, é possível afirmar, por meio de uma investigação preliminar da bibliografia, jurisprudência e legislação, que são baixos os níveis de efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e, mais especificamente, dos direitos à participação e informação que instrumentalizam a consecução desse direito fundamental.

Não há como desvincular a proteção dos recursos naturais sem que a colaboração da sociedade vá além de soluções tecnocráticas ou de soluções pautadas na ética individual aplicada ao âmbito privado, como na comoção atual pela reciclagem de resíduos sólidos domésticos. Resta evidente que tanto a eficácia da proteção ambiental quanto a ideia de democracia serão favorecidas quando a população estiver bem informada sobre os limites do planeta; sobre as políticas adotadas pelo seu país nos setores energético, de recursos hídricos e genéticos, de mineração, dentre outros; sobre o alcance do direito fundamental ao ambiente sadio. Ao fim e ao cabo, a participação da coletividade em decisões ambientais (local, nacional e internacional) pode ser importante no sentido de conduzir as políticas públicas para a redução dos níveis de poluição e da degradação dos ecossistemas naturais e do meio ambiente urbano, muito embora a forma desta aproximação democrática constituia mais um problema a ser enfrentado do que uma solução simples.

Outro ponto analisado no presente trabalho possibilitou afirmar que, na esfera internacional, mediante a Convenção de Aarhus, a população da Comunidade Europeia tem um instrumento mais consistente e com parâmetros mais claros e sólidos para a defesa desse direito de participação em processos decisórios. Não obstante, o contexto espanhol também mostra deficiências, se bem que menos acentuadas, no âmbito de participação e informação nas três esferas de poder (legislativa, executiva e judiciária) em relação à falta de métodos e integração.

O referido estudo comparado permite evidenciar que, no contexto brasileiro, é necessário tornar mais efetivos os mecanismos de participação e informação a respeito dos processos decisórios em matéria ambiental, na medida em que estes direitos são assegurados, no mais das vezes, apenas em um sentido formal. São normas válidas, porém pouco eficazes, consoante os parâmetros de análise da Teoria Geral do garantismo de Ferrajoli.

De outro lado, é manifesta a necessidade de confeccionar novos mecanismos jurídico-participativos – tornando mais legítimas, sobretudo, as decisões que versam sobre a gestão de riscos incertos e/ou política e cientificamente controversos. Do mesmo modo, urge determinar com mais clareza os parâmetros pelos quais ocorrerá a participação popular nos processos decisórios, nos casos em que há previsão legislativa para tanto. A legislação brasileira encontra-se defasada neste aspecto, assim como, de forma ainda mais evidente, as práticas das instituições e, mais especificamente, os

processos decisórios nos planos judicial e administrativo, forjados em momentos históricos diversos, a partir de necessidades outras.

Por fim, através da análise da proposta de uma *carta dos bens fundamentais*, afirma-se que um modelo novo de proteção e salvaguarda dos bens comuns, em nível global, mostra-se indispensável, pois a tutela dos bens ambientais exige especificamente ir além das fronteiras e soberanias nacionais. Assim, em conformidade ao modelo sugerido por Ferrajoli, instituições supranacionais independentes teriam maior controle sobre a gestão dos bens comuns; da mesma forma, o fator político-cultural poderia ser influenciado positivamente. Trata-se de um caminho difícil, caracterizado por obstáculos de várias ordens; entende-se, não obstante, que o processo democrático (o qual deve ser sempre repensado) seria mais legítimo, tanto na forma representativa quanto na forma da participação direta.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 25.347*, voto do Relator Ministro Ayres Britto. Julgamento em 17/2/2010, Plenário, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 19/3/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/PublicacaoTematica/anexo/constituicao.zip>>. Acesso em: 20 dez. 2013a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Ação Civil Pública nº 5021653-98.2013.404.7200/SC. Decisão liminar de 18 de dezembro de 2013. Juiz Marcelo Krás Borges. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50216539820134047200&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em 21 dez. 2013b.

BRUNDTLAND, Gro Harlem *et. al.* *O nosso futuro comum*. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV. 1991.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica *et. al.* 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010a. p. 786-881.

_____. Por uma carta dos bens fundamentais. Tradução Daniela Cademartori e Sergio Cademartori. *Revista Sequência* (UFSC), n. 60, p. 29-73, jul. 2010b. ISSN 2177-7055.

FERREIRA, Helene Sivini. Universidade Federal de Santa Catarina - Programa de Pós-Graduação em Direito. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito*

ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco. Florianópolis, SC, 2008. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *O lugar do direito na protecção do ambiente.* Coimbra: Almedina, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GORDILLO, José Luis (coord.). *La protección de los bienes comunes de la humanidad: um desafio para la política e el derecho del siglo XXI.* Madrid: Editorial Trotta, 2006.

KOURILSKY, Phillippe. *Du bon usage du principe de précaution: réflexions et modes d'action.* Paris: Odile Jacob, 2002.

LEFF, Henrique. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza.* Tradução Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo). 1972. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 19 de dez. 2013.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.* Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery.* London: Routledge, 2002 [1959], 517p.

POPPER, Karl. *Conjectures and refutations.* London: Routledge, 2004 [1963], 590 p.

VIEYTEZ, Eduardo Javier Ruiz. *El derecho al ambiente como derecho de participación.* Bilbao: Ararteko, 1990.

UNIÃO EUROPEIA. *Convenção de Aarhus.* Participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente. Dinamarca, 25 de Junho de 1998. Disponível em: <<http://www.cada.pt/uploads/d98108f2-3272-3e31.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.