

Constituinte e meio ambiente

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

Promotor de Justiça (SP). Professor na UNESP (Campus de RIo Claro). Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente

1. *Conteúdo e linguagem da Constituição*

No momento em que se busca legitimamente a realização da Assembléia Nacional Constituinte, merece ser focalizado o conceito de Constituição e seu conteúdo. Nota-se em certos juristas e alguns homens públicos uma preocupação de que o texto constitucional tenha somente o "essencial" e que matérias outras sejam deixadas para leis complementares e ordinárias. Nessa preocupação há algo válido, mas há também sérios perigos a eliminar.

Deve-se buscar um mínimo de consenso no novo texto constitucional, sabendo-se de antemão que não haverá unanimidade. O dissenso em questões secundárias não afetará a função da Constituição, desde que se lhe assegurem instrumentos de coesão social e política, alicerces de sua durabilidade.

A partir de 1934 as Constituições brasileiras alargaram seu conteúdo, deixando a visão da Constituição Imperial, que, no seu art. 178, dizia: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos". Os direitos sociais passam a ter guarida nas Constituições brasileiras e, de quatorze princípios relativos à Legislação do Trabalho (1934), passamos a vinte e um atualmente.

AFONSO ARINOS acentua que “assim considerados o regime constitucional e a teoria da Constituição, concluiremos logicamente que esta sofre constante evolução, decorrente da ampliação e da variação inevitáveis das incumbências do Estado moderno. O campo da teoria constitucional é, assim, ilimitado e acompanha o progresso permanente do Estado” (1). MAURICE DUVERGER afirma: “Do ponto de vista do conteúdo (ponto de vista formal), a Constituição é um texto especial, redigido por um órgão especial, segundo procedimentos mais ou menos solenes: esse texto contém essencialmente as instituições políticas do país, mas não as contém todas necessariamente (as leis eleitorais — por exemplo — não figuram em geral nas Constituições) e pode conter outras disposições que aquelas concernentes às instituições políticas. (A Constituição suíça contém, entre outras, disposições concernentes ao abate de gado.)” (2).

Na oitava Constituição brasileira (a ser votada em 1987) não se pode pretender fazer uma enciclopédia legislativa, mas, também, a pretexto de se procurar a síntese, não se deve nem marginalizar, nem omitir matérias de alto interesse social como o ambiente.

Espera-se a sensibilidade dos Constituintes para que o texto disponha com plena auto-aplicabilidade, sem que se fique à espera de complementação na legislação ordinária.

Princípios programáticos são encontrados na maioria de nossas Constituições estaduais em normas que dizem ser dever do Estado “preservar as riquezas naturais, combater a exaustão do solo, proteger a fauna e a flora e criar reservas”.

O defeito de redação e de estrutura da norma ambiental também é encontrado na atual Constituição de 1967, emendada pela EC 1/1969, quando trata do dever do Estado em amparar a cultura. Dessa lacuna também se ressentem textos estrangeiros, como, por exemplo, a Constituição da Luisiânia, nos Estados Unidos da América, dizendo seu art. IX, sec. 1: “Os recursos naturais do Estado, incluindo o ar e a água, e a salubridade e as qualidades cênicas, históricas e estéticas do ambiente devem ser preservadas, conservadas e completadas tanto quanto possível, em compatibilidade com a saúde, segurança e bem-estar do povo. O Legislativo deverá editar leis para implementar esta política”.

(1) FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Forense, 1981, p. 81.

(2) DUVERGER, Maurice. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, PUF, 1959, p. 216.

Salmente HARGRAVE: "Até que as leis sejam adotadas, a política estadual permanece sem implementação direta dos tribunais, e não existe mecanismo para forçar o Legislativo a adotar qualquer lei particular sobre a matéria" (3).

MICHEL PRIEUR, referindo-se à França, reforça, dizendo: "Sabe-se que, a nível legislativo, direitos e liberdades, podem ser proclamados, mas eles não se tornam fonte de obrigação jurídica senão quando suficientemente precisos. Referindo-se somente à proteção da natureza como "interesse geral" (art. 1º da Lei de 10-7-76), a norma é considerada uma formulação muito vaga, cuja desobediência não pode ser na prática sancionada" (4).

Insistimos que devemos nos prevenir para evitar a introdução de princípios vagos na Constituição com referência à matéria ambiental, a menos que se queira deliberadamente fraudar as expectativas e as necessidades dos brasileiros.

2. *Nova Constituição e ambiente*

Ao ensejo da comemoração da Semana Mundial do Meio Ambiente de 1985, a Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente levou a efeito debates nas cidades do Recife, Belém, Natal, Belo Horizonte, Porto Alegre, Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília. Nesses encontros tivemos oportunidade de expor idéias, e algumas delas passamos aqui a expor.

2.1. *Bens públicos ambientais — Conceituação*

A primeira Constituição de 1824 não classificou os bens públicos nacionais e provinciais. A Constituição de 1891 (primeira da República) aponta ser competência do Congresso Nacional "legislar sobre terras e minas de propriedade da União" (chegando também a afirmar que "as minas pertencem aos proprietários do solo"). A reforma constitucional de 1926 mudou essa orientação e declarou a propriedade do solo distinta da do subsolo, e essa diretriz permanece até hoje. A Constituição de 1934 faz o elenco de bens federais: rios, lagos, ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças. Na Constituição de 1967 registra-se um avanço na dominialidade pública, passando também a abranger as ilhas oceânicas e a plataforma sub-marina. A EC 1/1969 acrescentou o mar territorial.

(3) HARGRAVE, Paul. Louisiana Constitutional Law, in *Louisiana Law Review*, vol. 38, 1978, p. 442.

(4) PRIEUR, Michel. *Droit de l'Environnement*. Dalloz, 1984.

Parece-nos que a nova Constituição deve abranger como bens públicos os mangues, as margens dos rios, a fauna silvestre e seu *habitat* e as praias. A existência de restrições administrativas ou de servidões nessas áreas não tem protegido adequadamente o seu ambiente natural.

Não se trata de estatizar o ambiente. Muitas vezes o Poder Público tem-se comportado como mau proprietário, tanto quanto o particular. Veja-se o caso de Cubatão!

É preciso colocar-se na Constituição o que já consta da Lei federal nº 6.938/81 — o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. A conceituação desses bens como bens sociais é importante. Além disso, é de valla introduzir-se parágrafo que obrigue o Poder Público a fundamentar ou motivar os atos administrativos que licenciem atividades concernentes ao meio ambiente, como também publique, em jornal oficial e privado (de grande circulação), notícia acerca dos projetos que possam causar danos relevantes à natureza e à sanidade ambiental.

Motivação e publicidade serão instrumentos a serem usados para se verificar e controlar a finalidade dos atos públicos e privados.

Cumpra insistir que “o Estado é mero gestor desses bens avultando aqui a atividade e a organização administrativa pública na finalidade de velar pelo racional e adequado uso coletivo do bem. Atualmente se acentua com justeza a função social da propriedade privada, mas se olvida na afirmação da função social da propriedade pública” (5).

No direito comparado encontramos a afirmação de POSTIGLIONE de que “o termo “bem coletivo” passa a responder melhor ao escopo, sublinhando que é a comunidade, com suas várias articulações, a interessada e não somente o Estado-pessoa. Ainda o termo “bem comum” pode ser utilizado no mesmo sentido, pela sua antiga tradição e simples compreensão” (6).

Nas Constituições estrangeiras podemos encontrar recentes contribuições. A Constituição da Iugoslávia (1974) diz em seu

(5) MACHADO, Paulo Affonso Leme. Sistema orgânico para a gestão ambiental, in *Revista do Serviço Público*, v. 111, n.º 4, out.-dez. 1983, pp. 69-82.

(6) POSTIGLIONE, Amedeo. *Manuale dell'Ambiente*. NIS, 1984, p. 29.

art. 85: "O solo, as florestas, as águas, os cursos d'água, o mar e as costas, as riquezas minerais e outros recursos naturais, os bens de uso comum do povo, assim como os bens imóveis e outros objetos de importância cultural e histórica particular são objeto, enquanto bens de interesse geral, de uma proteção especial e utilizados nas condições e segundo as modalidades presentes na lei" (7). Na Constituição da Espanha (1978) vemos o art. 132. 2: "São bens de domínio público estatal os que determina a lei e, em todo o caso, a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona econômica e a plataforma continental". O art. 132.3 faz uma distinção entre patrimônio do Estado e patrimônio nacional e se refere que a lei regulará sua defesa, administração e conservação. A Constituição do Peru (1979), no Capítulo dos Recursos Naturais, em seu art. 118, prevê: "Os recursos naturais, renováveis como os não renováveis, são patrimônio nacional. Os recursos minerais, as terras, as florestas, as águas e de modo geral todos os recursos naturais e fontes de energia pertencem ao Estado. A lei determina as condições de sua utilização pelo Estado e sua atribuição aos particulares".

Acima da divisão entre propriedade pública e privada, a nova Constituição é o espaço político concedido para se definir o bem ambiental como propriedade social.

2.2. *Direito ao sol*

Sugerimos a introdução de um parágrafo afirmando a liberdade na captação de energia solar, independentemente de prévio controle estatal. O princípio pode parecer óbvio, mas merece ser explicitado, para que com o desenvolvimento dessa tecnologia não poluente, agências estatais não queiram ter o monopólio daquilo que é coletivo. Contudo, é preciso afirmar-se esse direito ao sol na consagração de que todo imóvel tem direito a um mínimo de horas diárias de captação de energia solar, suficientes para as necessidades familiares. Não se esqueça que a verticalização da propriedade pode acarretar o sombreamento da propriedade vizinha, confiscando indevidamente seu direito ao sol. Nesse parágrafo sugere-se também a obrigatoriedade de que nos zoneamentos urbanos se introduza dispositivo que estude a possibilidade do funcionamento de coletores solares nos bairros de baixa renda.

(7) CONSTITUIÇÕES DE DIVERSOS PAÍSES. Lisboa, Imprensa Nacional, 1979.

Podemos antever a reação organizada dos especuladores imobiliários consorciados àqueles que querem o unidirecionamento da política energética para o setor hidrelétrico e nuclear.

2.3. *Direito de acesso à natureza*

O Código Florestal de 1965 afirmou que “as florestas existentes sobre o território nacional e outras formas de vegetação... são bens de interesse comum a todos os habitantes do país”. A legislação em vigor considera que a propriedade pública e privada da floresta ou de outras formas de vegetação deve ser utilizada para a consecução do interesse da coletividade ou interesse social. Nesse sentido o parágrafo único do art. 1º do mencionado Código: “As ações ou omissões contrárias às determinações do Código na utilização e na exploração das florestas são consideradas como uso nocivo da propriedade”. O Código Florestal não consagra, contudo, o uso coletivo da floresta, nem mesmo a abertura da floresta privada ao público como outros países já o fizeram (8).

O direito de acesso dos cidadãos à natureza merece ser constitucionalizado. Não se socializa a propriedade privada ou pública, isto é, não se legaliza qualquer invasão de propriedade, mas se abre um direito de visita à natureza.

Não estamos importando noções jurídicas, mas é válido apontar o sucesso dessa regra na Suécia. Trata-se do *allemansrätten*, que é “o direito de acesso público à natureza, permitindo a toda pessoa a faculdade de andar a pé por terrenos de propriedade alheia e de neles deter-se por tempo determinado” (9). Continua havendo na propriedade privada uma “zona de inviolabilidade de domicílio” e o acesso do público pode ser interditado por razões científicas, protegendo-se a própria natureza.

As belezas naturais como pequenos saltos, pequenos bosques, cavernas ou a beleza das paisagens poderão ser fruídas por todos. Não se expropria a propriedade privada, não se limita sua função produtiva, nem se exige — para cada caso — o complexo procedi-

(8) MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Les forêts et l'environnement au Brésil, Forêts et l'Environnement*, PUF, 1984, pp. 206-217.

(9) ROSEN, Bo. *El Derecho de Acceso Público a la Naturaleza en Suecia, Actualidades de Suecia*. Instituto Sueco, n.º 235 novembro 1978.

mento do tombamento ou a destinação de amplos recursos para a instituição de parques. Desde que não haja danos, qualquer cidadão pode entrar na propriedade para fruir da natureza. Ocorrendo danos, a lei civil e penal responsabilizará o autor. De outro lado, a visita não predatória dos cidadãos exercerá uma relevante e gratuita tarefa educativa e terapêutica, ajudando o aperfeiçoamento da personalidade.

2.4. *Cogestão dos bens públicos ambientais*

Considerada a natureza do bem social, é de ser introduzida regra constitucional permitindo que os bens ambientais sejam geridos pelas três pessoas de direito público interno: União, Estados e Municípios. O sistema concorrente de competência evitará a centralização de poder (como se verifica na Constituição de 1967 e na sua Emenda 1/1969) e deixará para a União os assuntos em que a unidade jurídica, econômica e social estiver em jogo.

A pretexto de que a lei de proteção da fauna silvestre (1967) considerou-a como "bem do Estado", concentrou-se o procedimento contravencional nas mãos da Justiça Federal (note-se a dificuldade para a rápida e segura obtenção da prestação jurisdicional, quando as Varas Federais estão localizadas nas capitais e as infrações podem ser cometidas em cidades interioranas distantes da metrópole). As margens dos rios são hoje de responsabilidade da Secretaria (federal) do Meio Ambiente — SEMA. Por equívoco, que merece ser claramente corrigido na Constituição, as árvores e jardins das cidades estão sendo tratados como bens federais, intervindo o IBDF (Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal) como também a Justiça Federal.

3. *Direito de participação social*

O monopólio da gestão e do poder de polícia ambiental em mãos do Poder Público não tem levado à salvação ou à recuperação da natureza e à conservação da saúde ambiental. Faz-se necessário introduzir norma constitucional admitindo aos cidadãos, às associações ambientais, aos sindicatos, às universidades, às associações patronais participarem dos órgãos administrativos que licenciam produtos e atividades poluentes ou que possam degradar a natureza, como também em órgãos que punam administrativamen-

te o infrator. A nível da legislação ordinária tenta-se, com o CONAMA — Conselho Nacional do Meio Ambiente, integrar administração pública e sociedade. Entretanto, essa integração merece ser constitucionalizada para que nos três níveis de ação (federal, estadual e municipal) haja efetivação da participação não só no aspecto consultivo, como deliberativo.

Olhando para o passado, vemos que a participação constitucional dos cidadãos na administração brasileira tem-se reduzido ao direito de petição, de denúncia de abusos e o pedido de responsabilização dos culpados (art. 179, nº 30 da Constituição de 1824 e no mesmo sentido as Constituições posteriores). Trata-se de uma participação indireta e que encontra o abuso ecológico já consumado e que não tem nenhuma chance de dar diretrizes ao uso dos bens ambientais.

4. *Defesa judicial dos interesses e bens ambientais*

Brevemente acentue-se a necessidade da reformulação da ação popular constitucional e da introdução de uma ação judicial de prevenção e reparação do dano ecológico. Não se deve, nem a conservação da saúde ambiental tolerará, esperar-se um novo Código de Processo Civil ou o refazimento deste, elaborado em 1973. Os interesses coletivos ou interesses difusos da coletividade devem ter sua defesa estimulada e facilitada pela Constituição. O que se constata na vida forense é que a maioria dos processos defendem interesses privados, ainda que mercedores de respeito. O indivíduo solitário não tem tido tempo, formação cultural e dinheiro para enfrentar o poluidor e o degradador do ambiente. Além dos cidadãos, os autores, isto é, quem possa ter a iniciativa judicial dessas ações, devem também poder ser as associações ambientais e o Ministério Público. Postula-se, também, a gratuidade dessas ações. Não é abrir aos temerários essas ações, nem se estimula indevidamente o contencioso. Estão aí as ações de alimentos cuja gratuidade não asfixiou o trabalho forense. Sem amparo do Constituinte, o Judiciário continuará fechado para tomar conhecimento das causas que interessam a todos, mas que não têm até agora encontrado mecanismos para defendê-las.

5. *Valorização da lei e do Poder Legislativo*

A despeito da necessária ação do Poder Executivo na política ambiental, vemos que as decisões fundamentais para a vida, saúde

e felicidade dos brasileiros — como são as questões ambientais — merecem passar pelo Legislativo. Assim, cite-se o precedente da Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza 1968, que recomenda: "As reservas naturais integrais e os parques nacionais não poderão ser alterados, nem qualquer parte alienada, a não ser pela autoridade legislativa competente". Projetos de impacto ambiental relevante — como grandes hidrelétricas, aeroportos internacionais, pólos industriais — merecem estar incluídos no domínio reservado à Lei. Abrir-se-á o debate, e novas contribuições poderão ser feitas no âmbito do Poder Legislativo, conciliando-se o desenvolvimento econômico e a conservação da saúde ambiental. Evitaremos casos como o de Sete Quedas.

* * *

Anexamos as sugestões da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente, nas quais o Autor colaborou:

MEIO AMBIENTE NA NOVA CONSTITUIÇÃO

1 — A União, os Estados e os Municípios têm o dever de manter o ambiente equilibrado e saudável, agindo contra todas as formas de poluição.

2 — Qualquer do povo tem direito a ambiente equilibrado e saudável, como o dever de agir para mantê-lo nessa condição.

3 — Qualquer do povo, as associações e o Ministério Público têm legitimidade para proporem ação civil pública gratuita, visando a manutenção do equilíbrio e da sanidade ambiental e a proteção do patrimônio ambiental, artístico, arqueológico, espeleológico, florestal, histórico, paisagístico e turístico podendo para isso postularem judicialmente a concessão de medidas cautelares e liminares, a reparação do dano, o cumprimento da obrigação de fazer e de não fazer.

Parágrafo único. O poluidor e o predador dos bens referidos neste artigo serão responsabilizados administrativa, civil e penalmente.

4 — Os órgãos da administração pública destinados ao controle da poluição e da gestão de recursos ambientais terão a sua direção superior sob a forma de colegiado, onde serão representadas as associações ambientais, com, pelo menos, um terço de votos.

5 — Os componentes dos órgãos superiores, que fiscalizem ou exerçam poder de polícia sobre as instalações nucleares, além dos requisitos do art. 4º, serão nomeados pelo Presidente da República, com mandato determinado, após a aprovação dos nomes pelo Congresso Nacional.

6 — As associações ambientais terão direito de participar da elaboração pelo Poder Público de planos, projetos e programas relacionados com o ambiente, bem como impugnar administrativamente pedidos de licença, autorização, permissão e concessão.

7 — A aprovação, licenciamento ou autorização de construção e operação de instalações nucleares, inclusive depósitos de rejeitos nucleares, sob quaisquer formas, serão submetidos ao referendo popular.

8 — As unidades de conservação somente poderão ser alteradas ou suprimidas mediante lei.

9 — Os projetos públicos e privados que possam causar alterações sensíveis ao ambiente dependerão, para seu licenciamento ou autorização, da realização de prévio estudo de impacto, analisando-se as alternativas de localização, custeado o estudo pelo proponente do projeto e elaborado por equipe multidisciplinar.

10 — Os bens públicos de uso coletivo somente poderão ter sua destinação alterada ou desafetados, após a aprovação pelo Poder Legislativo, através de *quorum* mínimo de dois terços, vedada a utilização do sistema de decurso de prazo.

11 — Os recursos hídricos serão geridos através de órgãos que, além de observarem as disposições do art. 4º, sejam integrados por representantes de todos os Municípios que componham a bacia hidrográfica.

12 — Os pedidos de licença, autorização, permissão ou concessão concernentes a recursos ambientais deverão ser publicados resumidamente na imprensa oficial e de grande circulação da região.

13 — As associações ambientais — constituídas na forma da lei — terão acesso ao mandado de segurança e ação popular para defender os bens constantes no artigo 3º

14 — Os Estados e os Municípios terão competência suplementar para legislar sobre o meio ambiente.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO DO MEIO AMBIENTE

(Inscrita no 2º Registro Civil de Pessoas Jurídicas de Piracicaba,
sob nº 681, fls. 24/25 — Livro A)