

Constituinte e Meio Ambiente

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

1. CONTEÚDO E LINGUAGEM DA CONSTITUIÇÃO

No momento em que se busca legitimamente a realização da Assembleia 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 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 assegure 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. 173 dizia "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais do cidadão". 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". 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 1986) 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 ressembram 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". Sallenta Hargrave "até que as leis sejam adotadas, a política estadual permanece sem implementação diretamente pelos tribunais, e não existe mecanismo para forçar o Legislativo a adotar qualquer lei particular sobre a matéria". Michel Priour, 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 10.776) a norma é considerada uma formulação muito vaga, cuja desobediência não pode ser na prática sancionada".

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 submarina. A EC 1/1969 acrescentou o mar territorial.

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 particulares. Veja-se o caso de Cubatão. É preciso colocar-se na Constituição o que já consta da lei federal 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 valia introduzir-se parágrafo que obrigue o Poder Público a fundamentar ou motivar os atos administrativos que licenciam 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, conforme afirmamos em outra publicação, que "o Estado é mero gestor desses bens avaluando 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".

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".

Nas Constituições Estrangeiras podemos encontrar recentes contribuições. A Constituição da IUGOSLÁVIA (1974) diz em seu artigo 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". 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 suas necessidades familiares. Não se esquece 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.

Podemos antever a reação organizada dos especuladores imobiliários consorciados aqueles 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.

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 "allemsrätten" que é "o direito de acesso público à natureza permitindo a toda a pessoa a faculdade de andar a pé por terrenos de propriedade alheia e de neles deter-se por tempo determinado". Continua havendo na propriedade privada uma "zona de inviolabilidade de domicílio" e o acesso do público pode ser interdito 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 procedimento 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. CO-GESTÃO 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 contravençional 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 têm 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 participação dos órgãos administrativos que licenciam produtos e atividades poluentes ou que possam degradar a natureza, como também em órgãos que punam administrativamente o infrator. A nível da legislação ordinária tenta-se com o Conama — Conselho Nacional do Meio Ambiente; integrar-se 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 1924 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 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 defende 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 af 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 que "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 podem não 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.