

MEDIDAS DE URGÊNCIA NA TUTELA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO ELEMENTO PROPULSOR

EMERGENCY MEASURES IN ENVIRONMENTAL PROTECTION
ADMINISTRATIVE: THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AS PROPULSIVE ELEMENT

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA

Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso
Coordenador do Curso de Direito – Campus Pantanal – da Universidade de Cuiabá
Professor da Faculdade de Direito (Graduação e Pós-Graduação) da Universidade de Cuiabá
Advogado do Escritório Silva Neto e Souza Advogados
professorcarloseduardo@gmail.com

RESUMO: O presente artigo objetiva a analisar as medidas de urgência na tutela administrativa ambiental, sob o enfoque do princípio da precaução, sendo que o ponto inicial é a compreensão de necessidade no âmbito do Direito Público. A relação das medidas de urgência com a imprescindibilidade de imprevisibilidade fática, bem como com o princípio da legalidade são outros pontos de investigação, além dos limites jurídicos, a questão de sua obrigatoriedade e controle. O tema das medidas de urgência é analisado, na segunda parte do estudo, especificamente na temática ambiental, analisando-se as peculiaridades e a incidência do princípio da precaução. Apresenta-se, ainda, apresentar as idéias de um estado de defesa ambiental e estado de sítio ambiental e, ao final, far-se-á análise contextualizando o assunto sob a ótica da teoria da sociedade de risco.

ABSTRACT: This article aims to examine the emergency measures in environmental protection management, from the standpoint of the precautionary principle, and the starting point is the understanding of need within the public law. The relationship of the emergency measures of unpredictability with the crucial factual as well as the principle of legality are other points of research, beyond the legal limits, the question of its obligation and control. The theme of the emergency measures is analyzed in the second part of the study, specifically on environmental issues, analyzing the incidence and peculiarities of the precautionary principle. It presents also present the ideas of a state of environmental protection and environmental state of siege and in the end, far-examination will contextualize the issue from the perspective of the theory of risk society.

PALAVRAS-CHAVE: Necessidade. Urgência. Medidas de urgência. Meio ambiente. Precaução.

KEYWORDS: Necessity. Urgency. Emergency measures. Environment. Precaution.

SUMÁRIO: Introdução. I – URGÊNCIA: ESPÉCIE DE NECESSIDADE QUE IMPÕE A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO. 1.1. Medidas de urgência: base e classificação. 1.2. As medidas de urgência e a imprevisibilidade fática. 1.3. As medidas de urgência: o princípio da legalidade. 1.4. Medidas de urgência: limites jurídicos, obrigatoriedade e controle. II – AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NA TUTELA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: APLICABILIDADE SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE. 2.1. Medidas de urgência na tutela administrativa ambiental. 2.2. O princípio da precaução (e da proporcionalidade) como elemento propulsor das medidas de urgência na tutela administrativa ambiental. 2.3. Estado de defesa ambiental e estado de sítio ambiental. 2.4. A contextualização das medidas de urgência na sociedade de risco. Considerações finais.

Introdução

O presente artigo se propõe a analisar a questão das medidas de urgência na tutela administrativa ambiental, tendo como elemento propulsor o princípio da precaução, de forma a orientar a sua aplicabilidade, eleição e execução.

O estudo está dividido em duas partes. Na primeira, objetiva-se estudar o conceito de urgência, partindo-se da noção de necessidade, dentro da seara do Direito Público, para, somente, então se entregar a detida análise das medidas de urgência, investigando a sua base, classificação e a relação com a imprevisibilidade fática e o princípio da legalidade. Encerrando-se a primeira parte, serão apreciados os limites jurídicos das medidas de urgência, se estas são de adoção obrigatória pelo poder público ou não e se estão sujeitas ao pertinente controle.

Já na segunda parte do artigo, o objeto da investigação será direcionado para a temática ambiental. Nesse momento, será dado enfoque à apreciação das medidas de urgência na tutela administrativa do meio ambiente e analisando o princípio da precaução como ferramenta auxiliar (ou até mesmo dirigente) no seu manejo. Em seguida, o estudo objetivará apreciar a idéia de um estado de defesa ambiental, bem como de um estado de sítio ambiental. Na parte final deste capítulo, o tema abordado, isto é, as medidas de urgência na tutela ambiental será contextualizada na teoria sociológica da sociedade de risco, a fim de se compreender, ainda mais, a razão de se ter instrumentos como aqueles à disposição do poder público.

Ao final, transcorridas as etapas aqui descritas, encaminhar-se-á para as considerações finais das idéias apresentadas ao longo de todo o trabalho, com o fito de assinalar os apontamentos considerados mais relevantes sobre o assunto proposto.

I – URGÊNCIA: ESPÉCIE DE NECESSIDADE QUE IMPÕE A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

A primeira parte do presente artigo é baseada na obra “El concepto de necesidad en derecho publico”, de autoria de Vicente Alvarez Garcia, para quem a necessidade é compreendida como conceito jurídico indeterminado, cujos efeitos somente podem ser conhecidos *a posteriori* por conta da combinação imprescindível de dois elementos, quais

sejam: o suposto fático e o fim ou o objetivo que se objetiva realizar, o qual deve ser perseguido pelo poder público.¹

Fundamenta-se a utilização dos poderes da necessidade, pelo poder público, na manutenção da ordem pública. Essa relação pode ser bem compreendida na França, onde a polícia² administrativa³ e a ordem pública estão intimamente ligadas e, por consequência, a estreita afinidade destes assuntos com os valores da tranquilidade, segurança e salubridade. Já na Alemanha, a manutenção da ordem pública pode estar ligada a normas sociais não escritas, mas amplamente aceitas pelo grupo social, o que faz sentido, uma vez que é preciso se ter mente que a mesma é antecedente à própria existência da lei ou do Estado.⁴

Paulo de Bessa Antunes reforça, com base no direito norte-americano, a idéia de que o poder de polícia também está associado à promoção, dentro dos limites constitucionais daquele país, da ordem, segurança, saúde, moral e o bem-estar geral, daí porque, em seu entender, a atividade de polícia administrativa

(...) é constituída por uma gama de intervenções do poder público, no sentido de disciplinar a ação dos particulares, objetivando prevenir atentados à ordem pública. A atividade da polícia administrativa é própria de toda Administração.⁵

Dois são os fatores determinantes da necessidade, quais sejam: a iminência e gravidade⁶; percebendo-se que estes se tratam, pois, de elementos temporais e qualitativos. São justamente esses fatores que vão balizar a atuação do poder público, de acordo a necessidade de se ter uma resposta mais ou menos imediata, por conta de uma situação de mais ou menos periclitante, fazendo surgir aí três espécies de necessidade: a urgente, a

¹ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*. Madrid: Civitas, 1996. p. 168-170.

² Vladimir Passos de Freitas lembra que o objeto do poder de polícia é conciliar as atividades do cidadão, assegurando-lhe o exercício das liberdades públicas, porém acomodando-o como o interesse público (FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 4ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010. p. 141).

³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que o que diferencia a polícia administrativa da judiciária é o fato de que a primeira atua preventivamente e a segunda repressivamente (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 111).

⁴ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 199-206.

⁵ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*, cit. p. 95-99.

⁶ Das medidas aplicadas em casos de urgência, deve-se exigir grau de eficácia máximo. Estas, na lição de Marçal Justen Filho, são assim explicadas: *O grau de eficácia pode ser máximo, no sentido de que a Administração Pública pode promover as medidas concretas e materiais necessárias à satisfação das determinações impostas. Admite-se que o ato administrativo já nasça com esse grau de eficácia máximo, em vista da urgência ou gravidade da situação a ser atendida. (...) Costuma-se indicar essa característica como auto-executoriedade, para indicar a desnecessidade de a Administração Pública recorrer ao Poder Judiciário para impor a produção dos efeitos jurídicos dos atos produzidos unilateralmente* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 395).

extraordinária e a extraordinária e urgente. A necessidade urgente está embasada no elemento temporal, exigindo do poder público certa rapidez, diante da iminência do perigo. A necessidade extraordinária está diretamente relacionada com o elemento qualitativo, de forma a implicar em resposta governamental enérgica, por conta da gravidade dos fatos. Por sua vez, a necessidade extraordinária e urgente, tem a presença dos dois elementos (isto é, temporal e qualitativo), de forma a exigir uma atuação estatal instantânea e eficiente, sob pena de se comprometer valores ou objetivos essenciais.⁷

Dessas anotações, pode-se perceber que a urgência e a necessidade possuem fundamento comum. Em verdade, a urgência deve ser compreendida como uma espécie de necessidade, que está diretamente relacionada com o elemento “perigo”, que deve ser entendido como uma situação fática, produzida por condutas humanas ou fenômenos naturais, capaz de acarretar consequências danosas para os fins essenciais de determinada sociedade, a ponto de se exigir atuação eficiente do poder público, pois, caso esta seja deficiente ou inexistente, há grande possibilidade de se completar totalmente o nexo causal entre os eventos e o resultado danoso.⁸

É assim que surge a noção das medidas de urgência⁹, que deve exigir para a sua adoção a conjugação de três seguintes requisitos: a existência efetiva de um perigo (que deve ser determinado em juízo de probabilidade orientado por critérios eminentemente objetivos), o caráter temporário de seu emprego (cuja durabilidade fica, então, limitada) e também a limitação a um marco geográfico (isto é, as medidas em questão devem ser circunscritas às áreas em que o perigo efetivamente existe). Assim, deve-se ter em mente que, quanto maior o risco do perigo, maior deve ser o alcance das respostas do poder público.¹⁰

Realizados esses apontamentos iniciais, entende-se necessário, no próximo item, se apreciar quais são as bases que devem conduzir uma medida de urgência, bem como a classificação que se pode a ele conferir.

1.1. Medidas de urgência: base e classificação

⁷ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 246-247.

⁸ Ibidem. p. 247-256.

⁹ Deve-se lembrar que algumas regras que devem ser observadas para que o poder de polícia não elimine direitos individuais, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são a necessidade, proporcionalidade e eficácia. As indigitadas regras são assim explicadas 1. a da necessidade, em consonância com a qual medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público; 2. a da proporcionalidade, (...), que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado; 3. a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit. p. 115-116).

¹⁰ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 250-253.

A necessidade implica em valores que são naturalmente concebidos entre os integrantes de uma mesma sociedade, os quais, em respeito à sua própria razão de ser, devem ser prestigiados e preservados pelo Estado.

A necessidade confere, então, ao Estado determinados poderes e o dever de agir. Quando as medidas tiverem por base apenas esse elemento, sem qualquer adjetivação (isto é, não sendo urgentes), sabe-se que estas podem ser empregadas em prazo razoável, sem, contudo, deixar de serem rápidas. Entretanto, quando as medidas tiverem por base uma necessidade urgente¹¹, estas devem ser empregadas em prazo mais curto, isto é, a atuação pública tem que ser imediata.¹²

Sabendo-se que as medidas de urgência exigem, em seu exercício, a observância do elemento da imediatidade¹³, deve-se perquirir em que direção as mesmas podem ser empregadas. Sem grandes esforços, essa noção deve ser direcionada tanto na idéia de prevenção do perigo, bem como na reparação dos efeitos concretizados por uma situação que então era periclitante.

É, por isso, que as medidas de urgência podem ser classificadas em preventivas e reparadoras. Enquanto as preventivas lidam com o perigo iminente e objetivam então evitar efeitos danosos do perigo anunciado, aquelas consideradas reparadoras estão direcionadas na mitigação do dano já concretizado, mas sem perder de vista certo cunho preventivo, especialmente para se evitar novos efeitos danosos.¹⁴

Evidentemente que a capacidade de melhor reflexão e de decisão pode restar comprometida diante de uma situação de urgência, diante da imediata resposta que se exige do poder público, razão pela qual é de se admitir a existência de certa margem de erro¹⁵, já que, como se observou anteriormente, os efeitos das circunstâncias fáticas são, em regra, somente conhecidos em momento posterior, não devendo, entretanto, servir de justificativa para falta de comprometimento ou irresponsabilidade do poder público.

Diante desse cenário, investigação que merece ser realizada é se a imprevisibilidade fática coloca-se como requisito imprescindível para a adoção das medidas de urgência. É a

¹¹ Deve-se lembrar que, em linhas anteriores, apresentou-se a idéia de que a urgência é espécie do gênero necessidade.

¹² Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 264.

¹³ Em outras palavras, é esperar que a Administração Pública observe o princípio da eficiência, o qual *determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população* (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 151).

¹⁴ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 265.

¹⁵ *Ibidem*. p. 271.

reflexão que se propõe no próximo tópico.

1.3. As medidas de urgência e a imprevisibilidade fática

Os poderes da necessidade conferidos ao poder público, em situações de regularidade ou previsibilidade, possuem certos contornos e limites, em regra, indicados pelas normas jurídicas vigentes, que podem impor o raio de atuação das ações governamentais.

Quando a urgência, entretanto, é verificada, a incidência das medidas empregadas pelo poder público pode ser significativamente ampliada, a ponto de se permitir afirmar que quanto maior for a gravidade da situação, maiores poderão ser as limitações ou menoscabos aos interesses particulares ou da comunidade. Evidentemente, porém, que quanto maior for o bem jurídico do particular ou da comunidade maior deve ser a importância dos elementos fático e teleológico que justifiquem a adoção de determinada medida de urgência. Vicente Alvarez Garcia leciona que *a urgência permite, em termos gerais, um efeito derogatório do direito original quando este se mostra inadequado para a conexão de um concreto binômio circunstancial-teleológico*, a ponto de permitir, inclusive, excepcionar regras de competência, forma e procedimento.¹⁶

É por conta dessa amplitude que se pode, então, conferir às medidas de urgência, deve-se preocupar em se a imprevisibilidade fática deve ser compreendida como requisito imprescindível para que aquelas sejam adotadas.

O argumento que entende imprescindível o requisito da imprevisibilidade fática para a adoção da medida de urgência calca-se na hipótese do gestor público preferir aguardar a situação de perigo surtir os seus efeitos, a fim de que possa adotar ações que a normalidade ou previsibilidade não lhe autorizaria, de forma a possibilitar a ocorrência de abuso de poder¹⁷, com o que não se deve coadunar ou tolerar¹⁸.

O pensamento contrário, entretanto, parece mais sensato, ou seja, ainda que o elemento fático esteja impregnado pela previsibilidade, este argumento não pode afastar a permissão na adoção de medidas de urgência, sob pena de se colocar em risco os fins sociais comumente aceitos e designados por determinada coletividade, sendo que eventual abuso de

¹⁶ Ibidem. p. 282 e 484.

¹⁷ O abuso de poder é assim explicado por Hely Lopes Meirelles: *O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 107).

¹⁸ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 277.

poder deve ser objeto apenas de eventual controle¹⁹ e responsabilização.²⁰

Observação relevante, ainda, é que cada situação fática e perigo²¹ exigem respostas diferenciadas pelo poder público, na qual se deve apreciar a intensidade das medidas de urgência (isto é, se mais ou menos drásticas), de forma a inexistir regra geral a se delinear ou observar, mas tendo-se, por norte, a adequação e proporcionalidade²² da ação estatal.²³

Esclarecida essa questão, outro assunto merece ser enfrentado, qual seja: a relação das medidas de urgência com o princípio da legalidade, especialmente na situação de se enfrentar a constatação dos elementos fáticos e teleológico e a inexistência de previsão legal para a atuação pública emergencial. É o estudo que se sugere no próximo subcapítulo.

1.3. As medidas de urgência e o princípio da legalidade

O princípio da legalidade²⁴ é postulado básico constitucional, que auxilia na orientação comportamental não somente do poder público, mas também de todos os particulares, porém em perspectivas sabidamente diferenciadas.

Na verificação de situações corriqueiras ou normais, em regra, se tem estabelecido quadro legislativo bastante claro para a adoção das ações estatais, ou seja, aprecia-se a legalidade ordinária. Em circunstâncias periclitantes, que fogem a indigitada normalidade, o quadro normativo, em regra, também se encontra preparado para o seu enfrentamento, o que faz caracterizar uma legalidade de crise ou de emergência.²⁵

Situação complexa, porém, é quando se encontra verificado o binômio fático-

¹⁹ Importante ressaltar, nesse ponto, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *A finalidade do controle é assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit. p. 586).

²⁰ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 277.

²¹ Vicente Alvarez Garcia classifica o perigo em três categorias: o perigo leve que seria uma necessidade simples; o perigo grave que poderia ser considerado uma necessidade intermediária; e o perigo extraordinariamente grave que implicaria numa necessidade extraordinária (Ibidem. p. 287).

²² Délton Winter de Carvalho esclarece que o princípio da proporcionalidade é importante programa de decisão quando se está diante do conflito entre direitos fundamentais, sobretudo em contextos de incerteza (seja a respeito de sua ocorrência ou dos seus efeitos), como ocorre no caso dos riscos ambientais (CARVALHO, Délton Winter. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 157).

²³ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 288.

²⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que, segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit. p. 68).

²⁵ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 295.

teleológico para a adoção de alguma medida de urgência, porém que encontra barreiras diante da falta de previsão legal²⁶.

Deve-se perceber, assim, sem grandes dificuldades que, existindo previsão legal, nada há que se questionar sobre a possibilidade de se empregar uma medida de urgência, eis que a situação seria de plena regularidade.

Para lidar com a falta de previsão legal, duas possibilidades surgem para justificar a imprescindibilidade de adoção das medidas de urgência. A primeira é descrita como legalidade positiva, sendo utilizado como fundamento o princípio da necessidade, que seria um complemento à legalidade, a qual deve ser entendida como obedecida não somente pela observância de uma determinada lei, mas também pelo próprio Direito. A segunda é verificada como legalidade negativa, segundo a qual a medida de urgência poderia contrariar a lei, mas desde que não entre em choque com o Direito, razão pela qual seria possível compreendida como adequada e legítima, ainda que *contra legem*.²⁷

De fato, mais uma vez é possível se perceber que empecilhos de qualquer natureza não podem se sobrepor aos fins sociais admitidos pela coletividade, a fim de se permitir a continuidade ou perpetuidade de uma determinada situação de perigo pelo não embasamento legal de determinada medida, eis que valores essenciais, talvez de maior peso, possam justificá-la, cabendo a ponderação em cada caso.

Como a questão da legalidade, algumas indagações ainda podem ser restar palpantes, como as que se propõe a seguir. Haveria, então, limites jurídicos às medidas de urgência? A atuação pública evidencia-se como obrigatória? Há possibilidade de controle das mencionadas ações estatais? Estas questões espera-se responder na próxima seção.

1.4. Medidas de urgência: limites jurídicos, obrigatoriedade e controle

Os limites jurídicos das medidas de urgência estão diretamente relacionados com aqueles que são impostos ao princípio da necessidade, já que aquelas surgem de uma espécie desta. Esses limites seriam a existência da necessidade e o princípio da proporcionalidade²⁸.

²⁶ Pode-se ter uma dimensão da complexidade, ao perceber a noção empregada para princípio da legalidade. Aponte-se aqui a contida na lição de José dos Santos Carvalho Filho: *O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da condutas dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 13).

²⁷ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 295-306.

²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que a proporcionalidade *deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos*

A real existência da necessidade deve ser verificada, como já se anotou anteriormente, pela verificação de dois elementos: o fático e o teleológico. O primeiro deve ser observado sob o controle dos fatos determinantes, isto é, se o fato realmente justifica a adoção de uma determinada medida. Já o segundo pode ser analisado sob o prisma do desvio do poder, que deve ser entendido quando o objetivo estatal é distinto do interesse geral (em regra, sendo um interesse privado ou dos titulares ou agentes dos poderes públicos), bem como na hipótese de interesse geral existir, mas com um fim distinto do previsto especificamente pela norma jurídica.²⁹

O outro limite jurídico é o princípio da proporcionalidade³⁰, que indica a aplicação progressiva de três etapas³¹. A primeira é verificar se a medida guarda sintonia com a adequação, idoneidade e congruência. A segunda está diretamente relacionada com o princípio da intervenção mínima. Por fim, a terceira encontra sintonia com o princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito.³²

A primeira fase é dividida, como pode se perceber, em três outras etapas. A adequação³³ consiste na constatação da harmonia da medida com três vertentes: a) a espacial (isto é, em razão do lugar em que a necessidade de fato exista); b) a material (medidas não podem ser derogatórias das regras); c) a temporal (observando-se o caráter temporário da adoção das ações estatais assim concebidas). Já no que se refere à idoneidade, a mesma implica na verificação da lisura e aptidão da medida de urgência e a congruência, a seu turno, importa na adequação da mesma em relação a situação fáticas e objetivos por ela propostos.³⁴

A segunda etapa é a apreciação da intervenção mínima, isso porque as medidas de urgência não podem se constituir em artifício para a supressão de interesses particulares ou outros que pertençam à coletividade. É nesse sentido de que a medida de urgência deve ser concebida, ou seja, deve objetivar ser menos lesiva aos mesmos, de forma a recomendar

termos frios da lei, mas diante do caso concreto (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit. p. 81).

²⁹ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 453-456.

³⁰ Juarez Freitas entende o princípio da proporcionalidade orienta *que o Estado não deve agir com demasia, tampouco, de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio* (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 56).

³¹ Semelhante constatação (a proporcionalidade seria verificada no seguinte ciclo: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito) é citada também na seguinte obra: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*, cit. p. 25.

³² Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 463.

³³ Marçal Justen Filho assim explica a adequação, que também denomina compatibilidade com o fim: *deve-se escolher solução que seja adequada à realização de certo fim. Essa exigência envolve um juízo de causalidade, aplicado em ordem inversa. Identifica-se o fim a atingir e se avalia se as providências cogitadas são aptas a produzi-lo. Todas as medidas que não estejam em condições de produzir o fim buscado deverão ser eliminadas* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo...*, cit. 2005. p. 60).

³⁴ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 467-470.

interpretação restritiva, sem que esta também implique em entrave ou obstáculo na sua adoção³⁵. O princípio da intervenção mínima nem sempre consegue auxiliar no processo de concepção e execução de medidas de urgência, a se considerar, exemplificativamente, a hipótese de se existir apenas uma única alternativa de ação pelo poder público, ao mesmo passo que a existência de vários meios adequados não quer dizer que todos sejam validamente utilizáveis.³⁶

O terceiro e último estágio consiste na verificação da proporcionalidade em seu sentido estrito³⁷, a qual deve ser verificada sob os seguintes critérios: a adoção (se a medida de urgência deve ser adotada ou não), a eleição (qual a medida de urgência deve ser adotada), o conteúdo (se a medida de urgência será eficaz), a imprescindibilidade (se, de fato, há necessidade de adoção da medida de urgência) e, essencialmente, o equilíbrio (se há equilíbrio das medidas de urgência com a intervenção mínima e outros valores sociais de igual relevância).³⁸

E é, apreciando os limites jurídicos ao conceito de necessidade e, por consequência, às medidas de urgência, que Vicente Alvarez Garcia lembra que os fins não justificam os meios, mas o que não quer dizer que não seja intolerável qualquer nível de desproporção. O autor em questão lembra novamente da Alemanha e da França. Segundo a doutrina germânica, a desproporção é aceitável no caso dos efeitos positivos serem superiores aos negativos. Já para os franceses, tem-se que a desproporção seria tolerável se o erro não fosse considerado grave e se houve grave e indesejável resultado negativo no balanço de custos e benefícios³⁹ decorrentes da medida empregada.⁴⁰

Se respeitados os limites jurídicos em questão, há que se saber se a atuação pública

³⁵ Isso é possível por conta do princípio da finalidade, segundo o qual, exige-se *que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de interesses. (...) O que o princípio da finalidade veda é a prática do ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro...*, cit. p. 90).

³⁶ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 483-488 e 503.

³⁷ José dos Santos Carvalho Filho explica o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, na constatação de que as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 25).

³⁸ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 493-494.

³⁹ Na seara ambiental e apreciando a questão do princípio da precaução, Ricardo Luis Lorenzetti prefere determinar esse o custo benefício como “risco-benefício”, explicando o seguinte: *A “eficácia em função dos custos” significa fazer um balanço entre os benefícios esperados pela aplicação do princípio (se evitará ou reduzirá um dano grave) e os custos para obtê-lo. O desenho legal do princípio obriga a realizar um balanço do risco-benefício, que sempre, expressa ou implicitamente, se realiza* (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 90).

⁴⁰ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 495-503. Para o autor em questão, a medida de urgência deve ser considerada desproporcional quando se mostrar manifestamente excessiva.

seria facultativa ou obrigatória. Parece não haver grandes dificuldades de se admiti-la como obrigatória⁴¹, especialmente quando verificados que os efeitos positivos de determinada medida sobre o interesse geral não são inferiores aos efeitos negativos oriundos da medida sobre os bens, interesses e direitos dos particulares e outros inerentes à própria comunidade.⁴²

Doutra quadra, não respeitados os limites jurídicos na adoção de determinada medida de urgência ou até mesmo diante da falta de atuação pública diante de um quadro fático-teleológico que recomende a sua adoção, deve-se ter em mente que estas estão sujeitas ao pertinente controle⁴³ político, administrativo ou jurisdicional, uma vez que não se deve admitir, em um ambiente democrático, a existência de um super poder⁴⁴, o que violaria a separação de funções constitucionalmente recomendada.⁴⁵

Firmadas, pois, as noções essenciais sobre necessidade, urgência e das medidas a elas inerentes, resta investigar a sua aplicabilidade especificamente quando estas são destinadas ou direcionadas para a proteção ambiental, especificamente na tutela administrativa.

II – AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NA TUTELA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: APLICABILIDADE SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE

Não há dúvidas de que a doutrina brasileira anda bem servida quanto à investigação das tutelas de urgência no processo civil⁴⁶, especialmente direcionadas nas ações que objetivem a proteção do meio ambiente. Entretanto, o material inerente a tutela administrativa ambiental de urgência é escasso, para não dizer praticamente inexistente.

Assim, no segundo momento deste artigo, depois de abeberar especialmente das lições de Vicente Alvarez Garcia sobre a necessidade e urgência, propõe-se a investigação de

⁴¹ Sem grandes dificuldades, porque decorre a ilação citada da idéia de poder-dever de agir da autoridade pública, pois o poder tem para o agente o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro...*, cit. p. 101).

⁴² Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 506.

⁴³ Márcia Walquiria Batista dos Santos e João Eduardo Lopes de Queiroz lecionam que o controle é *um aparelho que a própria Administração Pública ou o administrado utiliza como mecanismo de regulação da máquina governamental. Objetiva, portanto, regular em sentido amplo, controlando, disciplinando e fiscalizando as atividades exercidas pela Administração Pública* (SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos & QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Direito administrativo*. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 163).

⁴⁴ Como leciona Marçal Justen Filho, a *separação de Poderes tende a impedir o desempenho autônomo da atividade administrativa* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo...*, cit. 2005. p. 31).

⁴⁵ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 518-519.

⁴⁶ As tutelas jurisdicionais de urgência que são citadas pela doutrina são a liminar, a cautelar, a tutela antecipada e tutela inibitória, conquanto seja questionável a natureza de algumas delas nessa concepção. No âmbito do direito internacional, algumas figuras também poderiam ser citadas, como a própria cautelar.

assunto sobre a perspectiva dos procedimentos e processo administrativo ambiental.

De fato, não parece ser muito difícil de admitir a existências de “urgências ambientais” que justifiquem um estudo direcionado nesse sentido, isso porque há uma infinidade de situações (*elemento fático*) que podem comprometer a proteção ao meio ambiente (a fim de se legitimá-lo como ecologicamente equilibrado e que, nessa condição, está intimamente ligado com a saúde e qualidade de vida, e também se compreende como direito humano fundamental⁴⁷, que seria aqui o *elemento teleológico*).

Assim, tendo em mente essa constatação, resta saber se seria possível empregar medidas de urgência na tutela administrativa ambiental, o que se propõe realizar no próximo item deste trabalho.

2.1. Medidas de urgência na tutela administrativa ambiental

Na primeira parte deste trabalho, apresentou-se a idéia de que os poderes de necessidade estão atrelados a idéia de ordem pública, sendo que, para a manutenção desta última, o Estado socorre-se inevitavelmente ao poder de polícia.

Recordada essa anotação, tem-se que o poder público, na tarefa que lhe foi incumbida pelo texto constitucional de proteção ao meio ambiente (CF, art. 225), tem-se à sua disposição o poder de polícia ambiental⁴⁸, que assim é conceituado por Paulo Affonso Leme Machado:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita

⁴⁷ Para a compreensão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental, sugere-se a leitura do seguinte texto: SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. Meio ambiente e direitos humanos: diálogo entre os sistemas internacionais de proteção. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo direito internacional do meio ambiente*. Juruá: Curitiba, 2011. p. 13-58. Semelhante posicionamento também pode ser obtido no seguinte texto: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. In: MARQUES, Claudia Lima, MEDAUAR, Odete & SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deviller*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 e na seguinte obra: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo entre os sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. Para a compreensão da distinção entre direito humano e direito fundamental, vide THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais & sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 26-28.

⁴⁸ Alindo Butzke, Giuliane Ziembowicz e Jacson Roberto Cervi lembram que *o poder de polícia não consiste em uma faculdade mas em atribuição do Poder Público fundada na supremacia do interesse público sobre o particular. Em matéria ambiental, ao analisarmos os preceitos legais supramencionados, em especial o artigo 6º da Lei 6.938/81, verifica-se que compete ao Poder Público, pelo Sistema Nacional do Meio Ambiente, exercer o poder de polícia ambiental, de forma comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Logo não se trata de poder discricionário da Administração Pública, mas de obrigação legal* (BUTZKE, Alindo, ZIEMBOWICZ, Giuliano & CERVI, Jacson Roberto. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul/RS: Educus, 2006. p. 149).

ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação de ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.⁴⁹

Ora, não parece ser complexa a ilação, então, de que há possibilidade de se ter, no âmbito da tutela administrativa ambiental, medidas de urgência passíveis de serem adotadas, considerando, pois, a existência do próprio poder de polícia nesta seara. Aliás, seria totalmente inusitado pensar em sentido contrário, eis que não se era lógico admitir que o Estado, na missão de proteger o meio ambiente, não pudesse, em sua atuação administrativa, tomar providência emergencial.

Assim, no âmbito do processo administrativo ambiental, várias medidas de urgência podem ser aplicadas, a exemplo das sanções previstas no artigo 72 da Lei 9.605/98, como a suspensão de atividades, a redução de atividades, a apreensão, o embargo, a interdição e até mesmo a demolição de obra.

Outra hipótese evidente nesse sentido é quando se tem em mente que a licença ambiental eventualmente expedida pode vir a ter determinada a sua modificação, suspensão ou cancelamento⁵⁰, assim como prescreve o artigo 19 da Resolução 237 do CONAMA, senão vejamos:

Art. 19 – O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:
I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.
II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.
III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

O inciso III do citado dispositivo normativo evidencia justamente que, diante de uma situação de perigo (graves riscos ambientais e de saúde) pode-se ensejar a adoção de uma medida administrativa de urgência em defesa do meio ambiente (a determinação da sua modificação, suspensão ou cancelamento).

⁴⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 350-351.

⁵⁰ Apreciando a questão, Édís Milaré leciona que *o Direito Ambiental, para cumprir a sua missão de tutela ao interesse público, poderá, a todo tempo, impor medidas antipoluição a instalações em operação, sob pena de se violarem os princípios da precaução e do poluidor-pagador e, "in pejus", perpetuar o direito de poluir* (MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 438).

De mais a mais, não haveria razão para se ter qualquer fagulha de dúvida, uma vez que, diante de risco iminente, existe a possibilidade de adoção de providências acauteladoras⁵¹ pela Administração Pública, inclusive sem a oitiva do interessado, conforme prescreve o artigo 45 da Lei 9.784/99.

Dos exemplos aqui colacionados, ilação que também pode ser alcançada é que as medidas de urgência na tutela administrativa ambiental podem igualmente ser classificadas como preventivas ou reparadoras, de acordo com o norte que se objetiva colocar na sua aplicação. Sempre é bom lembrar, entretanto, que a prevenção é medida mais desejável quando se fala na proteção do meio ambiente, especialmente quando se sabe que os danos ambientais apresentam, como uma de suas características, a irreversibilidade como regra.

Se o poder público tem à sua disposição as medidas de urgência à sua disposição, por que será que se vê atividade tão restrita nesse sentido? Essa constatação, em verdadeiro tom de desabafo, é realizada por Vladimir Passos de Freitas, que argumenta:

(...) no Brasil, a administração, por razões pouco estudadas, mas que se situam entre o comodismo, o receio de envolver-se em algum tipo de acusação ou mesmo para não sofrer desgaste político, tem deixado a solução dos problemas para a autoridade judiciária. Esta injustificável judicialização em nada aproveita ao interesse público.⁵²

É oportuno se registrar também que as medidas de urgência na seara da tutela administrativa ambiental podem igualmente sofrer o pertinente controle administrativo, político ou jurisdicional. Deve-se lembrar, entretanto, que a carga probatória sobre a não lesividade da atividade econômica compete ao empreendedor, sempre que o risco mínimo for constatado⁵³.

Qual seria a base das medidas de urgência na tutela administrativa ambiental? Para a compreensão e busca da resposta a esse questionamento, propõe-se, no próximo ponto deste trabalho, a análise do princípio da precaução (e da proporcionalidade) como possível mola propulsora.

⁵¹ No entender de Paulo Affonso Leme Machado, um norte para orientar a aplicação de medidas acauteladoras é o princípio da prevenção (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, cit. p. 99).

⁵² FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente...*, cit. p. 145.

⁵³ Esta distribuição probatória no processo ambiental é corriqueira e equivocadamente alcunhada de inversão do ônus da prova. Carla Amado Gomes adverte, entretanto, que se deve tomar o cuidado necessário, a fim de que a prova exigida não se constitua em diabólica, argumentando que essa situação afrontaria *os cânones da proporcionalidade, em virtude da compreensão intolerável da liberdade de iniciativa econômica privada* (GOMES, Carla Amado. *Direito ambiental: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 142).

2.2. O princípio da precaução (e da proporcionalidade) como elemento propulsor das medidas de urgência na tutela administrativa ambiental

O princípio da precaução⁵⁴ encontrou amparo em diversos instrumentos internacionais, bem como em dispositivos constitucionais e legais de ordenamentos jurídicos de diversos países, mas certamente ganhou notoriedade mundial com a Declaração do Rio, votada por ocasião da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992. O princípio 15 contido na mencionado documento é que trouxe a sua previsão, com o seguinte texto:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

É importante se registrar, entretanto, a crítica, como a de Paulo Affonso Leme Machado, para quem a *Declaração do Rio de Janeiro/1992 foi menos exigente em relação à Carta Mundial da Natureza, oriunda da Resolução 37/7, de 1982, da Assembléia Geral das Nações Unidas*⁵⁵.

Deve-se também anotar que o princípio da precaução não pode ser compreendido como novidade jurídica, uma vez que a sua origem pode ser alcançada na teoria geral do processo, onde já previa a existência de cautelares, cujo objetivo se afina ou se aproxima com os do princípio em questão.

Entretanto, fato é que o princípio da precaução encontra-se consagrado na seara ambiental⁵⁶ e deve ser a mola propulsora na aplicação de medidas de urgência na tutela administrativa ambiental.

Para tanto, é necessário verificar-se os critérios para a apropriada aplicação do

⁵⁴ Celso Antonio Pacheco Fiorillo entende que ser desnecessária a distinção entre o princípio da prevenção e da precaução, uma vez que este último estaria compreendido naquele primeiro (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010). Por sua vez, Paulo de Bessa Antunes adota semelhante posicionamento, mas alcunha o princípio em questão como prudência ou cautela (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 29).

⁵⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, cit. p. 77.

⁵⁶ Délton Winter de Carvalho orienta que o “caput” do art. 225 da Constituição Federal impõe, inegavelmente, uma ordem normativa de antecipação dos danos ambientais, gerando um dever de preventividade objetiva (CARVALHO, Délton Winter. *Dano ambiental futuro...*, cit. p. 71).

princípio da precaução⁵⁷, entendendo-se aquela cíclica, especificamente dividida em outras cinco fases, que, em verdade, seria a verificação de outros princípios, que comporiam a idéia do que vem a ser o objetivo precaucional. Essas cinco etapas (ou cinco princípios) seriam os seguintes: a) proporcionalidade; b) não discriminação; c) consistência; d) análise de custos e benefícios; e) exame contínuo do desenvolvimento científico.⁵⁸

O princípio da proporcionalidade pode ser compreendido como a análise da adequação, idoneidade, congruência, intervenção e da própria proporcionalidade em seu sentido estrito⁵⁹, tal como observado na primeira parte deste artigo. Deve ser adicionado à essa idéia, na finalidade aqui almejada, a de que se deve buscar na adoção das medidas a pertinente proporção com o desejável nível de proteção ao meio ambiente. Há dúvidas aqui se o norte deveria ser o risco zero⁶⁰, uma vez que tal objetivo é utópico ou porque incoerente os demais valores humanos.⁶¹

Quanto ao princípio da não discriminação, a idéia é a de que situações semelhantes devem exigir medidas precaucionais semelhantes, ou seja, não se devem admitir ações diferenciadas para circunstâncias fáticas que vivenciam situação similares.⁶²

Por sua vez, o princípio da consistência consiste na comparação das situações fáticas vivenciadas em áreas equivalentes, a fim de que se verifiquem os dados científicos já disponíveis, para que, com isso, adéque-se ou melhore-se as ações empregadas.⁶³

Doutra quadra, o princípio da análise do custo e benefício traz a orientação de se efetivar o exame dos efeitos positivos e negativos de determinada medida de proteção, a fim de que se aprecie a sua aceitabilidade ou não, bem como para se tolerar ou não determinada

⁵⁷ José Rubens Morato Leite sugere que o princípio da precaução *reforça a regra de que as agressões ao ambiente, uma vez consumadas, são, normalmente, de reparação difícil, incerta e custosa, e pressupõem uma conduta genérica “in dubio pro ambiente”*. Isso significa que o ambiente prevalece sobre uma atividade de perigo ou risco e as emissões poluentes devem ser reduzidas, mesmo que não haja certeza da prova científica sobre o liame de causalidade e os seus efeitos (LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196).

⁵⁸ Essa é a idéia extraída do texto de José Luis Serrano, contida na seguinte obra: SERRANO, José Luis. *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Madrid: Trotta, 2007. p. 119-125.

⁵⁹ Cf. GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*, cit. p. 458-506.

⁶⁰ José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala argumentam que *se a incerteza não superada pelos procedimentos de avaliação de risco não pode ser razão de justificação para obstar a implementação de medidas precaucionais, de outro modo deve-se ressaltar que a autorização de sua implementação não resultará, sempre, em decisões pela abstenção (banimento e proibição) e pela opção em nome do risco zero. Apesar de sua relevância, deverão ter sua necessidade e compatibilidade avalizadas e consideradas de acordo com a específica situação de fato* (LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 87-88).

⁶¹ Cf. SERRANO, José Luis. *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica...*, cit. p. 121-122.

⁶² *Ibidem*. p. 122.

⁶³ *Idem*.

atividade econômica.⁶⁴

No tocante ao princípio do exame contínuo do desenvolvimento científico, a recomendação é de que, sempre que existam melhores dados científicos, é imprescindível a revisão das medidas de proteção direcionadas ao meio ambiente.⁶⁵

Por esse prisma, é recomendável se ter o princípio da precaução⁶⁶ como guia⁶⁷ na adoção e execução de qualquer medida de urgência que objetive proteger o meio ambiente⁶⁸, pois nela se buscará não somente o fundamento para a decisão de sua aplicabilidade, mas também a medida de sua intensidade.

2.3. O estado de defesa ambiental e estado de exceção ambiental

A idéia de um estado de emergência ambiental pode ser obtida na obra de Pedro Portugal Gaspar⁶⁹, que entende que determinadas situações poderiam autorizar o Poder Público a adotar as medidas excepcionais (e de urgência), no caso de se verificar determinadas situações consideradas de extrema gravidade (e perigo).

O estado de emergência existente em Portugal é o conhecido estado de defesa, que encontra previsão, no caso do Brasil, no artigo 136 da Constituição Federal e tem a seguinte prescrição:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na

⁶⁴ Ibidem. p. 122-123.

⁶⁵ Ibidem. p. 123-125.

⁶⁶ Para Paulo Affonso Leme Machado, *a implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta* (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro...*, cit. p. 75-76).

⁶⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto alerta que *medidas radicais de proibição inspiradas na exacerbação emocional do princípio da precaução abrem riscos ainda maiores e de maior impacto no desenvolvimento de um país, seja fechando o campo experimental, seja desestimulando definitivamente as iniciativas necessárias à inovação e ao progresso* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Limites aplicativos do princípio em matéria ambiental*. In: MARQUES, Claudia Lima, MEDAUAR, Odete & SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico...*, cit. p. 307).

⁶⁸ Márcio Leuzinger e Sandra Cureau lecionam que *a incerteza científica sobre o resultado de certas ações humanas não pode servir para afastar medidas preventivas. Havendo fundado receio de dano de que determinada atividade antrópica possa gerar danos ao meio ambiente, ou seja, considerado o perigo e a ausência de informações suficientes sobre ele, providências devem ser tomadas no sentido de afastá-la ou minimizá-la* (LEUZINGER, Márcia Dieguez & CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 14).

⁶⁹ Cf. GASPAS, Pedro Portugal. *O estado de emergência ambiental*. Coimbra: Almedina, 2005.

natureza.

Observe-se que o estado de defesa ambiental também poderia ser cogitado no caso do Brasil, não somente porque o indigitado dispositivo constitucional prescreve a possibilidade de sua aplicação no caso de calamidade de grandes proporções na natureza, mas especialmente pelo fato de se relacionar com a ordem pública, cuja relação está imbricada com as medidas de urgência.

Mas não é só. Além do estado de defesa, também seria possível cogitar a hipótese de um estado de sítio ambiental, o qual também se encontra prevista no bojo da Constituição Federal, em seu artigo 137, cuja prescrição é a seguinte:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

- I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
- II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Assim, sendo adotadas as medidas necessárias no estado de defesa, mas estas não surtindo o efeito necessário e almejado, a Lei Maior brasileira autoriza a adoção de um estágio adiante, que é compreendido pelo estado de sítio. Poder-se-ia cogitar, então, que estas medidas também pudessem ser direcionadas na proteção ambiental, já que estariam compreendidas na autorização contida no estado de defesa e, falhando as ações nele empregadas, ter-se-ia a aceitabilidade de aplicação do estado de sítio.

Há sincera desconfiança, entretanto, de quais seriam os resultados práticos de tais medidas, especialmente tendo-se em mente que a idéia da proteção ambiental possui vertente contida na antecipação, o que fugiria, de certa forma, aos propósitos de tais situações. É claro que, em situação extremada, talvez alguns efeitos mitigadores pudessem ser apreciados e de prevenção de novas circunstâncias fáticas negativas e indesejáveis.

2.4. As medidas de urgência no contexto da sociedade de risco

Um novo modo de viver foi obtido a partir da revolução industrial⁷⁰, em razão de mudanças ocorridas nos processos produtivos, as quais trouxeram implicações de várias naturezas, inclusive econômica e social⁷¹.

O trabalho humano, outrora sobejamente utilizado pelo sistema produtivo, foi sendo paulatinamente substituído por modelos complexos, que consigo trouxeram a imprecisão de seus efeitos e resultados, especialmente perigos (cuja boa parte é desconhecida), colocando o planeta e os indivíduos em significativo risco.

Esse novo modo de viver, então, dá surgimento a um novo agrupamento social, que foi alcunhada, por Ulrich Beck⁷², como sociedade de risco⁷³, cuja característica principal é a ameaça que se encontra submetida pelo seu próprio poder de autodestruição, razão pela qual também pode ser compreendida como uma sociedade catastrófica⁷⁴. Sobre assunto, impera-se anotar a lição de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala:

O surgimento da sociedade de risco designa um estágio da modernidade no qual começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então pelo modelo econômico da sociedade industrial.

A teoria da sociedade de risco, característica da fase seguinte ao período industrial clássico, representa a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, sendo esta marcada pelo risco permanente de desastres e catástrofes. Acrescente-se o uso do bem ambiental de forma ilimitada, pela apropriação, a expansão demográfica, a mercantilização, o capitalismo predatório – alguns dos elementos que conduzem a sociedade atual a situações de periculosidade e de crise ambiental.

A sociedade de risco é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental.⁷⁵

Isso não quer dizer que foi nesse momento que os riscos foram criados, uma vez que seria uma afirmação equivocada, ao passo que estes sempre existiram⁷⁶. O fato é que, outrora,

⁷⁰ Ocorrida na Inglaterra, no curso do século XVIII.

⁷¹ Simone de Oliveira Fraga argumenta que a *grande idéia que estava inserida na sociedade industrial, e digamos, foi o motor de desenvolvimento tecnológico alcançado até os dias de hoje, foi a idéia de que o progresso seria o instrumento que viabilizaria tanto o desenvolvimento econômico quanto concretizaria o ideal iluminista de bem-estar de toda a civilização* (FRAGA, Simone de Oliveira. *A tutela jurisdicional na gestão do risco: uma abordagem constitucional. A tutela inibitória e as urgências ambientais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC. Florianópolis/SC, 2006).

⁷² Teoria pioneiramente concebida por Ulrich Beck, sociólogo alemão da Escola de Frankfurt. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 12.

⁷³ Ricardo Luis Lorezenti argumenta que *existe certo consenso em afirmar que vivemos em uma sociedade de risco, mas há menos consenso no modo em que os riscos devem ser administrados* (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental...*, cit. p. 98).

⁷⁴ *Ibidem*. p. 25.

⁷⁵ LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial. Teoria e prática*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109-113.

os riscos jamais tiveram tamanha influência no contexto social e na própria vida da sociedade e de seus integrantes.

Nesse contexto, especialmente considerado o modelo capitalista que movimentou a economia de vários países, o meio ambiente figurava apenas como meio de satisfação dos interesses envolvidos para o desenvolvimento irresponsável ou era relegado a um plano de insignificância e desconsideração, sofrendo diretamente os efeitos maléficos e devastadores que lhe eram impostos. Sobre o assunto, assim orienta Ulrich Beck:

(...) a natureza não pode mais ser concebida sem a sociedade, a sociedade não mais sem a natureza. (...) O imprevisto efeito colateral da socialização da natureza é a socialização das destruições e ameaças incidentes sobre a natureza, sua transformação em contradições e conflitos econômicos, sociais e políticos: danos às condições naturais da vida convertem-se em ameaças globais para as pessoas, em termos medicinais, sociais e econômicos – com desafios inteiramente novos as instituições sociais para as instituições sociais e políticas da altamente industrializada sociedade global.⁷⁷

Ora, se os riscos estão presentes na sociedade em que se vive e que estes podem provocar efeitos extremamente negativos, não há dúvidas de que os perigos são evidentes e inquestionáveis, de tal forma que, em determinadas situações, impera-se atender certas necessidades e assim adotar-se as medidas de urgência em direção da proteção do meio ambiente⁷⁸, inclusive e especialmente na tutela administrativa⁷⁹.

Realizadas, em síntese, as anotações que se consideram a mais relevante sobre a temática envolvida, entende-se oportuno tecer alguns comentários a título de considerações finais, o que se propõe na parte final deste estudo.

Considerações finais

⁷⁶ Ulrich Beck assim leciona: *os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda humanidade com a fissão nuclear ou acúmulo de lixo nuclear. A palavra “risco” tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, a não o da possível autodestruição na vida na Terra* (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco...*, cit. p. 25).

⁷⁷ *Ibidem*. p. 98-99.

⁷⁸ Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida lembra que a *tutela preventiva baseada no risco, tendo por fundamento o princípio da precaução, apesar das dificuldades inerentes às incertezas, é indispensável e terá aplicabilidade cada vez mais frequente* (YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 237).

⁷⁹ Nesse ponto, importante destacar a lição de Patryck de Araújo Ayala: *O que importa fixar neste momento é que, enquanto Estado de direito, apresenta-se como um Estado de prevenção, mas enquanto Estado de direito ambiental a que se atribuíram tarefas de gerir riscos imprevisíveis e invisíveis, assumindo a forma de um Estado prospectivo, que precisa oferecer respostas adequadas sob uma lógica de escalas de tempo ainda não conhecidas, também se manifesta como a representação de um Estado de precaução* (AYALA, Patryck de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 53).

Denotou-se que a verificação de uma necessidade, no âmbito do Direito Público, se faz pela conjugação de dois elementos, quais sejam: o fático e o teleológico, o que nos faz crer que existem situações que conduziram a constatação de uma necessidade ambiental. Diz isso, porque alguns eventos (suposto fático) conduzem a imprescindibilidade de observância da proteção ambiental (elemento teleológico).

Percebendo-se a necessidade ambiental, entende-se autorizada a utilização dos poderes a ela inerentes, os quais estão diretamente relacionados com a manutenção da ordem pública, o que se pode fazer pelo mecanismo de poder de polícia ambiental, inclusive em situações emergenciais que indiquem a exigência de uma resposta imediata pelo poder público.

Nessa direção, é perfeitamente possível se identificar várias hipóteses em que o Estado pode se servir de medidas de urgência na tutela administrativa ambiental, desde sanções aplicáveis no curso do processo administrativo ambiental até a possibilidade de se modificar, suspender ou cancelar licenças ambientais.

Em situações mais extremadas, seria possível até mesmo cogitar soluções de maior envergadura, como seria o caso do estado de defesa ambiental e, no caso de inoperância ou deficiência, o estado de exceção ambiental, cujos fatos geradores mereçam combate na sua origem, por conta da conhecida recomendação de se evitar os indesejáveis dissabores ocasionados pelo dano ambiental.

Ferramenta à disposição para orientar a boa decisão na adoção, eleição e execução das medidas de urgência na tutela ambiental, inclusive na esfera administrativa, é o princípio da precaução, que serve muito bem qualquer gestor público de argumentos e arsenal que possam auxiliar na efetiva proteção do meio ambiente.

Não é muito difícil entender e compreender a necessidade de medidas de urgência para se proteger o meio ambiente, não somente por conta do dever que foi incumbido ao Estado (e a toda coletividade, o que se deve lembrar sempre!), mas especialmente porque se vive em uma sociedade de risco, que é, por sua própria essência, catastrófica.

Por fim, é sempre bom ressaltar que a proteção ambiental com níveis realmente satisfatórios não é efetivamente obtida com soluções de emergência, como sugerem as medidas de urgência, mas não há como deixar de considerá-las, eis que os riscos e perigos estão hoje alastrados por todo canto e em todo lugar.

Esta é, pois, uma das soluções que se têm à disposição e que se tem por não muito complexa. O que se espera também não envolve grande dificuldade: apenas um agir

responsável. É o que se espera (e é o que se deve exigir).

Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

AYALA, Patryck de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BUTZKE, Alindo, ZIEMBOWICZ, Giuliano & CERVI, Jacson Roberto. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul/RS: Educus, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo entre os sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Délton Winter. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGA, Simone de Oliveira. *A tutela jurisdicional na gestão do risco: uma abordagem constitucional. A tutela inibitória e as urgências ambientais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC. Florianópolis/SC, 2006.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 4ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*. Madrid: Civitas, 1996.

GASPAR, Pedro Portugal. *O estado de emergência ambiental*. Coimbra: Almedina, 2005.

GOMES, Carla Amado. *Direito ambiental: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial. Teoria e prática*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEUZINGER, Márcia Dieguez & CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. In: MARQUES, Claudia Lima, MEDAUAR, Odete & SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deviller*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Limites aplicativos do princípio em matéria ambiental. In: MARQUES, Claudia Lima, MEDAUAR, Odete & SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deviller*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos & QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Direito administrativo*. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SERRANO, José Luis. *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Madrid: Trotta, 2007.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. Meio ambiente e direitos humanos: diálogo entre os sistemas internacionais de proteção. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo direito internacional do meio ambiente*. Juruá: Curitiba, 2011.

THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais & sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2002.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.