

Poder de polícia é essencial para a prevenção de danos ambientais



O Brasil tem enfrentado inúmeras catástrofes ambientais nos últimos anos, como demonstrado no incêndio na Vila Socó em 1984; no caso do Césio 137, em Goiânia, no ano de 1987; nos vazamentos de óleo na Baía da Guanabara e em Araucária, em 2000; no rompimento da barragem de Cataguases, em 2003; no vazamento de óleo na Bacia de Campos, em 2011; no incêndio na Ultracargo em 2015; e na tragédia de Mariana, em Minas Gerais, que causou danos irreversíveis ao meio ambiente e às comunidades afetadas. Essa realidade mostra que o exercício do poder de polícia é essencial para a prevenção de catástrofes e danos ambientais.

A utilização dos recursos ambientais, portanto, é atividade submetida ao poder de polícia do Estado. É o exercício do poder de polícia que servirá de parâmetro para os limites de utilização, legítimos, segundo a ordem jurídica vigente. O poder de polícia é um poderoso instrumento de harmonização de direitos fundamentais, fazendo com que os direitos individuais sejam exercidos com respeito aos direitos de terceiros. A sua legitimidade depende da estrita observância das normas legais e regulamentares, sendo necessário que o agente atue dentro dos contornos estabelecidos pela regra de direito^[1].

A vinculação do Estado ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e ao princípio do desenvolvimento sustentável fundamenta a estruturação, pelo poder público, de uma regulação ambiental apropriada para lidar com os desafios cada vez mais complexos, difíceis e globais que afloram na contemporânea sociedade de risco. Cabe frisar que a regulação administrativa evoluiu desde uma concepção limitada a suprir as falhas de mercado (primeira onda regulatória), para admitir justificativas não exclusivamente econômicas (segunda onda regulatória ou fase da regulação social)^[2].

Os instrumentos dos quais a sociedade e o Estado podem lançar mão para uma regulação ambiental podem ser informais ou institucionais. Entre os instrumentos institucionais, é possível empregar mecanismos de mercado, estabelecer regras de responsabilidade civil, usar de regulação estatal ou, ainda, contrato de seguro por danos ambientais. Não há uma única medida adequada a toda situação,



pois cada uma apresenta vantagens e desvantagens a depender das peculiaridades do caso concreto a ser regulado[3].

Um dos instrumentos da regulação em geral — e da regulação ambiental em especial — é o poder de polícia[4], considerado por Justen Filho como “a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”[5]. O poder de polícia ambiental, assim, tem como escopo a realização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Conceito difundido de poder de polícia ambiental é trazido por Machado, que, ao fazer uma adaptação da redação do artigo 78 do CTN[6], escreve:

Poder de Polícia ambiental é a atividade da administração pública que limita 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 dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício das 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[7].

O poder de polícia, na concepção de Justen Filho, sofreu duas modificações marcantes: transcendeu a concepção de manutenção da ordem pública para servir de instrumentalização à proteção dos direitos fundamentais e ampliou seu espectro para incluir, além da imposição de deveres de abstenção (não fazer), deveres de fazer[8].

Nesse contexto surge a importância de se conferir à sociedade maior responsabilidade pelo seu próprio destino e reconduzir o papel do Estado a regulador e prestador de serviços essenciais, mediante correção das falhas de mercado e promoção dos direitos fundamentais[9]. Por isso, o cidadão, e não simples administrado, tende a ser mais “*proativo e protagonista*, menos passivo e súdito, nas relações administrativas”[10], o que possibilita maior participação da sociedade na definição da forma e do conteúdo das decisões administrativas, em reforço a uma democracia substancial, não apenas formal.

No ponto, as antigas medidas repressivas e de “comando-e-controle”, embora ainda imprescindíveis em muitas situações para impedir e punir infrações à lei, paulatinamente cedem espaço para fórmulas consensuais de desempenho das funções públicas[11], seja para definir previamente a atuação administrativa, seja para resolver conflitos extrajudicialmente ou mesmo em juízo[12].

Assim, o poder de polícia ambiental deve ser compreendido de forma mais abrangente, não apenas pela sua faceta repressiva, como também preventiva. Não somente por meio de ordens e proibições, mas igualmente mediante medidas consensuais, persuasivas e educativas. Todavia, em que pese o gradual aumento do emprego de instrumentos consensuais para o desempenho do poder de polícia, os atos de “comando-e-controle” não perdem seu lugar de destaque em muitas situações para impedir e punir infrações à legislação. Como adverte Milaré, é “mais nobre educar do que punir, sem dúvida. Entretanto, há casos em que a punição integra o processo pedagógico”[13].

Enfim, o poder de polícia pode implicar o estabelecimento de padrões, limitações, vedações e sanções para o caso de descumprimento (reunidos sob a expressão “comando-e-controle”), normatização, medidas de incentivo e persuasão, métodos consensuais, entre outros. Logo, conquanto seja exercido mais comumente por meio de ações fiscalizadoras, também ocupam lugar de relevo entre os atos de



poder de polícia, por exemplo, o licenciamento, os estudos ambientais, o zoneamento e a criação de espaços territoriais especialmente protegidos. Muitos destes, vale ressaltar, encontram-se arrolados no artigo 9º da Lei 6.938/81 como instrumentos da PNMA.

[1] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 175.

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 693 e 696.

[3] LEAPE, James P.; MILLER, Alan S.; PERCIVAL, Robert V.; SCHROEDER, Christopher H. *Environmental regulation: law, science and policy*. 7. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. p. 136-141.

[4] Para Aragão, o poder de polícia pode ser mantido com as devidas atualizações sem que o seu conceito se equivalha ao de regulação, no qual, no entanto, está contido (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 36).

[5] JUSTEN FILHO, op. cit., p. 585.

[6] CTN, Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

[7] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 393.

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. p. 588-590.

[9] Deve ser reconhecido, na esteira de Moreira Neto, o princípio da subsidiariedade nas relações administrativas, de modo que somente “aquelas demandas que por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e imperativa, inclusive com a centralização coacta de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente à sociedade” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 20). Idêntica posição é sustentada por Freitas, ao referir que o Direito Administrativo “tende a ser menos o Direito do Estado precipuamente executor direto dos serviços públicos ou universais e a se converter, em certa medida, no Direito do Estado Regulador, sem prejuízo da tarefa prestacional concentrada em assegurar o núcleo essencial dos serviços públicos” (In: *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 32).

[10] FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 35.

[11] Freitas observa que “tende o relativamente jovem Direito Administrativo a transitar da preponderância monológica rumo a padrões dialógicos, abertos e voltados à afirmação da dignidade incluída da pessoa humana e do valor intrínseco da natureza”, de modo a “praticar modelos decisórios



menos unilaterais, consideradas simplistas as soluções voltadas a doses enormes e, não raro, infrutíferas de repressão” (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 28-9).

[12] Sobre as conciliações realizadas pelo poder público em juízo, não se pode deixar de mencionar o artigo 10, parágrafo único da Lei 10.259/01, que autoriza os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais. Na prática, porém, os entes públicos federais em geral têm entabulado acordos judiciais em diversas questões, notadamente em matéria previdenciária, execuções fiscais e responsabilidade civil. Mais recentemente, a Lei 13.140/2015 previu a possibilidade de autocomposição dos conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, através da criação de “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos”, mediação (artigos 32 a 34) e “transação por adesão” em controvérsias judicializadas (artigos 35 a 40). Sobre o controle judicial da sustentabilidade nos atos da administração pública ver a inovadora obra de Rafael Moreira. MOREIRA, Rafael. *Direito Administrativo e Sustentabilidade*. O novo controle judicial da administração pública. Belo Horizonte: Editora Forum, 2017.

[13] MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 337.

Date Created

04/08/2018