

O princípio da precaução ambiental e o controle externo pelo Tribunal de Contas da União

Geraldo Márcio Rocha de Abreu



Geraldo Márcio Rocha de Abreu é servidor do Tribunal de Contas da União, graduado em Agronomia pela Universidade de Brasília (UnB), em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e especialista em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

INTRODUÇÃO

O princípio da precaução no direito ambiental constitui tema já sobejamente visitado na doutrina brasileira, em função da importância de que o mesmo se reveste, relacionado que está à detecção e à erradicação do risco de dano ao meio ambiente. Todavia, sobre a junção dos temas **princípio da precaução e controle externo pelo Tribunal de Contas da União**, não consta haver merecido pesquisa doutrinária, muita embora constitua, na opinião do autor, tópico relevante para uma melhor compreensão da atuação da Corte de Contas em sede do direito ambiental.

Importa, portanto, estudar a possibilidade da aplicação do referido princípio pelo TCU nos seus julgados em matéria ambiental, bem como conhecer os requisitos e os limites que devem nortear essa aplicação.

2. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL

Na preleção de Miguel Reale (1994, p. 299), “princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, (...)”. Princípios gerais do direito, por sua vez, são assertivas, conclusões e enunciados normatizados ou logicamente estruturados que têm a prerrogativa de orientar a interpretação de um sistema jurídico com vistas à aplicação de uma norma ou à gênese de norma nova.

Princípios existem de grande importância na aplicação do direito e na distribuição da justiça, reconhecendo-lhes, legislador e operador do direito, uma verdadeira força de lei, isto se verificando inclusive na Constituição, haja vista os enunciados de que “todos sejam tratados com isonomia perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”; de que “todos são inocentes até prova em contrário”; de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; de que “a pena não poderá passar da pessoa do condenado”; de que “será assegurado o contraditório e a ampla defesa”; de que “a propriedade deve cumprir sua função social”; e de que “a Administração Pública deve pugnar pela moralidade”.

Sob o título **Princípios Gerais do Direito Ambiental**, Paulo Affonso Leme Machado (2005, p. 53-99) enumera os seguintes institutos: princípio do direito à sadia qualidade de vida; princípio do acesso equitativo aos recursos naturais; princípios usuário-pagador e poluidor-pagador; princípio da precaução; princípio da prevenção; princípio da reparação; princípio da informação; princípio da participação, e princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público.

No seu relacionamento com a natureza, a humanidade se depara com situações de risco. Ao mesmo tempo inexpugnável e frágil, é o ambiente natural remetente e destinatário desses riscos, resultado que são da interação humana e contra esta mesma humanidade se voltando. Para Ulrich Beck (1997, p. 39), os riscos ambientais se manifestam sob duas formas, segundo o nível observado de conhecimento científico conjugado com o nível de incerteza: (a) risco concreto, quando visível e previsível pelo conhecimento técnico-científico, e (b) risco abstrato, quando invisível e imprevisível pelo conhecimento técnico-científico. Sobre as duas espécies de risco atua o Estado enquanto gestor da interação entre a sociedade e o meio ambiente, enquanto “moderador” destes mesmos riscos.

Ao passo que para o risco concreto se prescreve a prevenção, para o risco abstrato resta o remédio da precaução, ante a evidência da imprevisibilidade, ante a momentânea incapacidade humana de compreensão do risco em tela, da sua natureza, de suas causas e origens, e da extensão dos seus efeitos.

Conceitualmente, é o princípio da precaução, portanto, aquele que está a impor e a legitimar a adoção de urgente medida com relação a um dado risco ambiental, nas situações em que se depara com o desconhecimento acerca dos detalhes desse risco, suficiente, portanto, a mínima probabilidade da sua existência, a ensejar atitude eficaz com vistas à defesa do meio ambiente.

Importante, pela precisão, a lição de Juarez Freitas (2006, p. 37) em festejado artigo no qual ministra, magistralmente, ensinamentos sobre o princípio da precaução em relação aos princípios da proporcionalidade e da motivação:

Já o princípio constitucional da precaução, também diretamente aplicável, traduz-se, nas relações administrativas ambientais (mas não só), como o dever de o Estado motivadamente evitar, nos limites de suas atribuições e possibilidades orçamentárias, a produção de evento que supõe danoso, em face da fundada convicção (juízo de verossimilhança) quanto ao risco de, não sendo interrompido tempestivamente o nexo de causalidade, ocorrer um prejuízo desproporcional, isto é, manifestamente superior aos custos da eventual atividade interventiva.

O princípio da precaução surgiu na Alemanha, no início da década de 1970, segundo Martins (2002, p. 25 e seguintes), como resposta a uma política intervencionista e centralizadora na área de poluição atmosférica, e a um contexto de grande agitação política e de preocupação social para com a saúde pública, não só pela poluição do ar propriamente dita, mas, ainda, pela destruição das florestas e pelas chuvas ácidas.

Presente no direito alemão desde o século passado, como visto, veio a ser o princípio da precaução acolhido no direito internacional e no direito comunitário, bem como em diversos sistemas nacionais, além do alemão, a exemplo do Reino Unido, da Holanda, dos Estados Unidos, e do Brasil.

3. BASES NORMATIVAS DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL

3.1 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição em vigor traz no seu texto várias menções às relações entre Estado, cidadania e meio ambiente, iniciando pelo inciso LXXIII do

art. 5º, que ao assegurar os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, prevê o direito de “ação popular que vise a anular ato lesivo ao (...) meio ambiente”, seguindo-lhe o art. 23, inciso VI, ao inserir na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”, bem como o art. 24, inciso VI, quando dispõe que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a “proteção do meio ambiente e controle da poluição”, e, ainda, o inciso VIII versando sobre a “responsabilidade por dano ao meio ambiente”.

Entre várias outras citações, máxima importância confere a Carta ao meio ambiente no Capítulo VI a ele dedicado, inaugurado pelo *caput* do art. 225, seguindo-se o inciso IV do § 1º, instituindo o estudo prévio de impacto ambiental, inquestionável medida de precaução, nos seguintes termos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

Acrescente-se que o constituinte ordinário propugnou, naquilo que se refere à relação entre o Estado e o meio ambiente, por uma postura claramente antropocentrada, na qual o meio ambiente é um dos elementos propiciadores e garantidores do bem-estar da população e da dignidade humana. Interpretação outra não se infere do teor do art. 225, *caput*. De fato, a Constituição anuncia, já no art. 1º, inciso III, a dignidade humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

3.2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO INTERNACIONAL

O princípio da precaução foi reconhecido como regra do direito ambiental internacional ao ser evocado, de forma cogente, no princípio 15 da Declaração do Rio, resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – RIO/92:

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.

3.3 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Verificam-se menções de maior expressividade ao princípio da precaução, atribuindo-lhe mesmo um verdadeiro “reconhecimento legal”, não somente na Constituição Federal, mas também na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no art. 54, § 3º, e na Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), no art. 1º, respectivamente:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos a saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

(...)

§ 3º. Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. (Grifos nossos).

Anterior à edição da Constituição Federal, a Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, evoca, de modo implícito, o princípio da precaução, constatando-se, ante o dispositivo legal, que o referido princípio deve ser observado e resguardado pela Administração Pública, vez que claro resta não se tratar, o meio ambiente, de matéria que possa ser relegada a plano secundário pelo Estado:

Art. 9º - São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:
(...)

III - a avaliação de impactos ambientais;

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

Acerca do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), que tem como finalidades precípua diagnosticar o risco, dimensionar o impacto, bem como determinar se este é irreversível ou não, dispõe o art. 6º, inciso II, da Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), o seguinte:

Art. 6º. O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

II - análises de impactos do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão de magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade, suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais;

Constata-se, pois, que a finalidade do EIA é prevenir, a tempo, o potencial dano ambiental, para evitar-se a necessária, mas por vezes improvável e inviável, reparação no futuro.

Cabe acrescentar que o princípio da precaução foi igualmente positivado por meio da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em 5 de julho de 1992 e ratificada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, e pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, adotada em 9 de maio de 1992 e ratificada pelo Decreto-Legislativo nº 1, de 3 de fevereiro de 1994, respectivamente:

Artigo 14

Avaliação de Impacto e Minimização de Impactos Negativos

1. Cada Parte Contratante, na medida do possível e conforme o caso, deve:

a) Estabelecer procedimentos adequados que exijam a avaliação de impacto ambiental de seus projetos propostos que possam ter sensíveis efeitos negativos na diversidade biológica, a fim de evitar ou minimizar tais efeitos e, conforme o caso, permitir a participação pública nesses procedimentos;

b) Tomar providências adequadas para assegurar que sejam devidamente levadas em conta consequências ambientais de seus programas e políticas que possam ter sensíveis efeitos negativos na diversidade biológica;

Artigo 3**Princípios**

(...)

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.

no §1º do art. 2º da Resolução Conama nº 237/97; (b) se o empreendimento possui licença ambiental; (c) caso o empreendimento seja potencialmente causador de significativa degradação ambiental, exige-se o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para a concessão da Licença Prévia, de acordo com o art. 3º da Resolução citada; e (d) se o empreendimento está sujeito ao EIA/RIMA e possui Licença Ambiental, impõe-se verificar se as medidas mitigadoras estabelecidas pelo Estudo de Impacto Ambiental estão sendo tempestiva e adequadamente implementadas.

Possibilidades da aplicação do princípio da precaução pelo TCU se apresentam nas auditorias com vistas à legalidade dos atos e contratos do setor público relacionados com o meio ambiente, como no caso de obras públicas, ou com vistas à gestão ambiental, ou ainda com vistas ao desempenho dos órgãos ambientais. Poderá o Colegiado recorrer ao princípio, também, nas tomadas e prestações de contas dos órgãos jurisdicionados, bem como nas denúncias e representações.

Situações ocorrem em que um risco de dano ao meio ambiente, dada a sua magnitude, requer a adoção de medidas urgentes, inexigível a certeza científica acerca do próprio risco, do dano, das suas causas e dos seus efeitos. Em tais casos, basta que se identifique a possibilidade de danos ao meio ambiente, irreversíveis e desproporcionais em relação aos benefícios projetados para uma determinada atividade. Têm-se, na hipótese, casos em que medidas eficazes deverão ser adotadas por quem detenha poder para tanto. Nesse sentido a assertiva de Kiss (2004, p. 11):

Em determinadas situações, a aplicação do princípio da precaução é condição fundamental para proteger os direitos das gerações futuras. Uma das principais características desse princípio é que, naqueles casos em que há uma incerteza científica, a obrigação real de tomar decisões passa dos cientistas para os políticos, para aqueles cuja tarefa é governar.

4. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL EM JULGADOS DO TCU

Instância máxima no controle externo da Administração Pública no Brasil,¹ o TCU tem, entre as atividades que lhe são constitucional e legalmente incumbidas, a auditoria ambiental, considerando ser o meio ambiente um bem público, razão pela qual importância crescente vem sendo conferida pelo Tribunal aos aspectos ambientais, ante o risco de danos ao meio ambiente e de prejuízos à qualidade de vida. Na fiscalização de obras públicas financiadas com recursos da União, confere-se importância aos aspectos ambientais ante a possibilidade de risco concreto ou abstrato de danos ao meio ambiente. Dentre as questões ambientais levantadas nas auditorias de obras da Corte de Contas, enumeram-se: (a) se o empreendimento requer a licença ambiental prevista

Nos julgados do TCU, algumas decisões evocam, direta ou indiretamente, o princípio da precaução, merecendo menção o Acórdão nº 1147/2005 – Plenário, em processo de representação relacionado ao Ministério da Integração Nacional e ao Ibama, tendo por objeto projeto de integração do Rio São Francisco, com a seguinte determinação, entre outras:

9.3. autorizar a realização de diligência ao Ministério da Integração Nacional, endereçada ao Titular daquela Pasta, com vistas a colher sua manifestação a respeito do conteúdo da representação que constitui este processo, integrada a partir das representações formuladas pela equipe de levantamento de auditoria da SECOB e pelo Ministério Público Federal, informando a este Tribunal as providências que já vem adotando, ou que se propõe a adotar, com vistas ao saneamento das irregularidades nelas apontadas, notadamente com relação às seguintes questões:

(...)

9.3.2. saneamento das falhas e omissões do Estudo de Impacto Ambiental, apontadas no Parecer IBAMA nº 31/2005, que afrontam o art. 6º da Resolução Conama 01/86 e o art. 8º da Resolução Conama 237/97;

O Tribunal baseou-se na informação constante do relatório da equipe de auditoria, abaixo reproduzida, e que se refere expressamente ao princípio em comento:

Segundo a Cartilha de Licenciamento Ambiental elaborada pelo TCU, com parceria do Ibama, a licença prévia possui extrema importância no atendimento do **princípio da precaução**, inciso IV do art. 225 da Constituição Federal, pois é nessa fase que:

- levanta-se os impactos ambientais e sociais prováveis do empreendimento;
- avalia-se tais impactos, no que tange à magnitude e abrangência;
- formula-se medidas que, uma vez implementadas, serão capazes de eliminar ou atenuar os impactos;
- ouve-se os órgãos ambientais das esferas competentes;
- ouve-se órgãos e entidades setoriais, em cuja área de atuação se situa o empreendimento;
- discute-se com a comunidade, quando há audiência pública, os impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras; e
- toma-se a decisão a respeito da viabilidade ambiental do empreendimento, levando em conta a sua localização e seus prováveis impactos, em confronto com as medidas mitigadoras dos impactos ambientais e sociais. (Grifo nosso).

Também de interesse o Acórdão nº 557/2004 – Plenário, em processo de auditoria no Incra, envolvendo a desapropriação de imóveis para reforma agrária e a gestão ambiental do órgão. Dentre várias irregularidades constatadas, uma em especial, relacionada ao momento de providenciar a Licença Ambiental Prévia, estaria em desacordo com o princípio da precaução, segundo o TCU. De fato, o item 16 do relatório do Ministro-Relator consigna:

Apurou-se que o Incra requisita a licença ambiental prévia após a desapropriação do imóvel, procedimento que, além de ferir o **princípio da precaução**, um dos pilares da política ambiental brasileira, pode gerar despesa desnecessária, na hipótese de não ser possível a obtenção da referida licença ou que condicionantes tornem o assentamento inviável. (Grifo nosso).

A falha em comento ensejou, entre outras, a seguinte determinação ao Incra, e que interessa ao presente estudo:

9.2. com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno, determinar ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária que, no prazo de 180 dias:

(...)

9.2.5. reveja o procedimento administrativo de desapropriação, considerando que a requisição de licença ambiental prévia após a expedição do decreto de desapropriação não só contraria o Princípio (ambiental) da Precaução, como pode acarretar prejuízo ao Erário e ao Meio Ambiente;

Decisão marcante fundada no princípio da precaução foi o Acórdão nº 1696/2003 - Plenário, em auditoria nas obras de ampliação dos molhes e dragagem de aprofundamento do canal de acesso ao Porto de Rio Grande, no Estado do Rio Grande do Sul. Constatado pela equipe de auditoria que o Estudo de Impacto Ambiental se limitou às obras de ampliação dos molhes, sendo incompleto em relação ao aprofundamento do canal de navegação, o Tribunal determinou ao Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes (DNIT) que:

9.3.1 - obtenha, junto ao Ibama, parecer conclusivo quanto aos riscos de que a execução da obra de dragagem de aprofundamento do canal do Porto de Rio Grande se mostre ambientalmente inviável, contendo, inclusive a indicação das medidas de controle necessárias para mitigar os danos ambientais associados à obra;

(...)

9.3.5 - dê início à obra de dragagem de aprofundamento do canal do Porto de Rio Grande apenas após a obtenção do licenciamento ambiental correspondente;

O acórdão baseou-se na instrução realizada pela Secretaria de Controle Externo do Rio Grande do Sul (Secex/RS), cujo relatório sustentou:

A dragagem artificial é um dos principais fatores de risco ao meio ambiente em obras portuárias, devido à ressuspensão dos sedimentos do fundo por ocasião das operações de dragagem e a conseqüente devolução ao meio marinho de metais pesados e outros contaminantes que normalmente encontram-se em alta concentração sob esses sedimentos devido a décadas de deposição continuada, oriundos da própria região portuária, das indústrias e da agricultura ao longo de toda a bacia hidrográfica.

Esses sedimentos contaminados (metais pesados, cobre, zinco, cromo, óleos, graxas, matéria orgânica, resíduos de esgotos cloacais, agrotóxicos, etc.), quando ressuspensos pelo revolvimento do fundo na operação de dragagem com o uso de dragas mecânicas, ou pela operação de *overflow* (transbordamento da água excedente trazida pela draga junto com o sedimento) quando utilizadas dragas de sucção, podem afetar severamente o meio-ambiente, causando grande mortandade de espécies importantes do ecossistema do estuário. Além da contaminação da água, a própria ação mecânica das dragas promove a destruição dos organismos bentônicos, aumento da turbidez com conseqüências danosas às algas e outros organismos que dependem de fotossíntese e diminuição do oxigênio disponível na água causada pela demanda bioquímica de oxigênio para a degradação da matéria orgânica ressuspensa.

Desta forma, lembrando que o princípio da precaução está intimamente relacionado ao pressuposto da incerteza científica na execução de atividades que possam influir no meio ambiente, constata-se ter sido evocado o referido princípio na decisão ora em comento, implicitamente.

Em que pese o acórdão ter sido prolatado em 2003, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) só foi ultimado em 2007, tendo sido realizadas pelo Ibama duas audiências públicas para apresentação e discussão do documento e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (Rima) do empreendimento, nas cidades de Rio Grande e São José do Norte, em 28 e 29 de fevereiro de 2008, respectivamente. Verifica-se, ante o exposto, um dos efeitos de ato administrativo, tendo por objetivo suspender ou paralisar uma atividade que apresente risco de danos irreversíveis ao ambiente. De fato, o tempo decorrido entre o acórdão e o seu atendimento pelos executores da obra pode ter ocasionado perdas expressivas para a economia regional, com reflexos sociais, inclusive. Uma acurada análise socioeconômica faz-se perfeitamente exigível em casos semelhantes, de modo a se comparar os benefícios esperados do empreendimento com os possíveis custos com a mitigação dos danos potenciais ao meio ambiente.

Alerta-se para os casos em que deve ser verificada a conformação do acórdão, no que se refere aos efeitos decorrentes do prazo para o seu atendimento ou para medida resolutive, ou saneadora, aos princípios da proporcionalidade e da motivação. De tal sorte, previne-se a produção de prejuízo injustificado à Administração Pública e aos contratados, em particular, e aos setores produtivos e à coletividade, em geral, por conta da paralisação e postergação de obras e de outras atividades.

5. LIMITES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL PELO TCU

O recurso ao princípio da precaução deve se revestir de cuidados. A questão não deve ser enfrentada ao alvedrio da Administração Pública, à luz, tão somente, do poder discricionário que lhe assiste. Há de vincular-se o ato, descobrir-lhe e esmiuçar-lhe os limites e a abrangência, mormente quando da análise do risco *in abstracto* com que se depara, da análise da atividade que se pretende implantar (e aqui se está a falar de Estudo Prévio de Impacto Ambiental), bem como da acurada avaliação da relação custo/benefício embutida no processo. Significa determinar (a) até que ponto vale a pena assumir o risco e mitigar os danos decorrentes, para se auferir benefícios decorrentes da atividade que se pretende implantar; (b) até que ponto estes benefícios “compensam” os custos para erradicação de riscos e mitigação dos danos ao meio ambiente que poderão advir; e (c) as medidas mitigadoras possíveis de serem adotadas. Consta-se, destarte, que o risco abstrato não deve ser desnecessária e descuidadamente superestimado, mediante uma banalização do princípio da precaução, ante o risco, este sim, *in concreto*, de se obstruir o progresso.

De outra banda, verifica-se que numa análise à luz da Constituição, os princípios presentes no direito ambiental poderiam ser considerados princípios meramente setoriais, porquanto particulares a um só ramo do direito. Claro está, por lógico, que como tal estariam (e efetivamente estão) jungidos, indubitavelmente, aos princípios constitucionalmente postos, eis que mais abrangentes, impondo-se ao princípio da precaução a observância estrita de

princípios outros, a começar pelo da motivação do ato administrativo, passando pelo da proporcionalidade, da ampla defesa e da isonomia. Desconhecer a simultânea prevalência dos outros princípios que orbitam no direito constitucional e no administrativo na aplicação do princípio da precaução pode significar arbítrio. Nesse sentido, a lição de Juarez Freitas (2006, pp. 40-45) ao informar que o exercício deste princípio está vinculado à observância de dois outros princípios do direito administrativo: (a) princípio da **proporcionalidade**: há de observar que a eficácia da medida não caracterize excessos ou insuficiências; e (b) princípio da **motivação**: inafastabilidade dos fundamentos fáticos e de direito a justificarem a medida.

À luz destes se concluirá por cumpridos, ou não, os requisitos de fato e de direito a embasarem as ações da Administração, se exacerbadas ou se carentes de diligência. Especificamente em sede da proporcionalidade, o mesmo autor enumera três “subprincípios” auxiliares para verificar-se, ou testar-se a adequação do ato a ser executado: (a) subprincípio da **adequação** entre meios e fins, que exige uma relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo agente público e os fins visados pelo ato administrativo; (b) subprincípio da **necessidade**, não apenas dos fins, mas, principalmente, dos meios mobilizados, de forma a afetar ao mínimo interesses e liberdades em jogo; e (c) subprincípio da **proporcionalidade stricto sensu**, que visa a verificar por meio do cotejo entre o lucro e a perda, se os meios empregados, a despeito de idôneos, resultam desproporcionais em relação ao custo/benefício. Da confluência dos três subprincípios depende a aprovação do ato, ou não, no teste da proporcionalidade. A reprovação pode ensejar dever de indenizar.

Na mesma via, outra não poderia ser a conclusão de Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 353), acerca dos limites a serem observados quando da aplicação do princípio da precaução, especialmente quanto aos efeitos que poderão advir da evocação ao mesmo, nos casos de decisão pela interrupção de atividades que se supõe lesivas, de modo irremediável, ao meio ambiente:

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as 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.

Também da lavra de Juarez Freitas (2004, p. 260), a lição de que se vale quanto ao princípio da motivação. Alerta, o mestre, para as disposições da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei do Processo Administrativo), no seu artigo 50, incisos e §§ de interesse para o presente tema:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

(...)

§ 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

(...)

Segundo aquele autor, verifica-se uma derivação do constitucionalmente imposto dever de fundamentar ínsito no art. 93 da Carta Constitucional, ou seja, “(...) o fundamento do agir administrativo, tendência não privativa das relações de Administração Pública, mormente após recentes escândalos corporativos”. Refere-se aos incisos IX e X do mencionado art. 93 da Constituição Federal *in verbis*:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Ainda sobre a submissão do ato administrativo, vale dizer, da sua vinculação aos direitos fundamentais e aos fundamentos constitucionais, a sempre lúcida lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 347-348):

No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não-observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, problema que diz com o controle jurisdicional dos atos administrativos (...).

De fato, há de estar revestido o ato administrativo, e atos administrativos são as decisões e os acórdãos do TCU, de legalidade, moldados perfeitamente ao texto constitucional e à legislação infraconstitucional, e de publicidade, pois caráter outro não se atribuirá a atos da espécie, além de plena e satisfatoriamente motivados, sob pena de anulação.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, com referência ao princípio da precaução, ser perfeitamente aplicável pelo TCU em suas decisões e acórdãos, quando constatadas irregularidades relacionadas à gestão ambiental dos empreendimentos auditados e dos atos e contratos fiscalizados. Na aplicação do referido instituto, ante a constatação de riscos em abstrato de dano ambiental sobre os quais pairam a incerteza e o desconhecimento sob o ponto de vista técnico-científico, deve o Tribunal atuar, incondicionalmente, com vistas a determinar a paralisação da atividade lesiva ao meio ambiente, ou coibir o seu início.

A evocação do princípio da precaução requer, todavia, a observância de cautela, qual seja, a indispensável conformação da decisão, enquanto ato administrativo, aos princípios outros do direito administrativo, com destaque para a proporcionalidade e a motivação. Desnecessário falar da sintonia que deve haver entre o ato administrativo e os direitos fundamentais, bem assim os fundamentos constitucionais. A eventual inobservância da proporcionalidade, de modo a caracterizar excessos ou insuficiências, e da motivação, afastando os fundamentos fáticos e de direito que justificariam a decisão, pode produzir a anulação do ato.

Por outro lado, cuidados deverão ser tomados pelos contratados pela Administração Pública por ocasião da elaboração de seus projetos, de sorte a atenderem às crescentes exigências impostas pelas normas ambientais. Devem propugnar por um planejamento eficiente dos empreendimentos e atividades, de modo a se evitarem soluções de continuidade no atendimento de eventuais exigências do TCU, com prejuízos injustificados à Administração, à coletividade, aos setores produtivos, e aos próprios contratados.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Ed. Universidade Estadual Paulista, 1997.

BIATO, Marcia F. *Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima*. 2004. [19] f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização)- Universidade do Legislativo Brasileiro; Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/unilegis/pdf/UL_TF_DL_2004_marciabiato-folha_de_rosto.pdf>. Acesso em: 17 abril 2009.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução CONAMA nº 1, de 23 jan. 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 fev. 1986. p. 2548-2549. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/conama/>>. Acesso em: 25 mar. 2008.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/1992 a 48/2005. *Boletim do Tribunal de Contas da União*. Ed. especial. Ano XXXVIII, n. 14. Brasília: TCU, 24 ago. 2005.

_____. Decreto nº 2.519, de 16 de Março de 1998. Promulga a convenção sobre diversidade biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 1998. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sbf/chm/cdb/decreto.html>>. Acesso em: 25 mar. 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 557/2004, Plenário. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, sessão de 12 maio 2004. Ata 15/2004, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 maio 2005, Seção 1. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 18 mar. 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1147/2005, Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 10 ago. 2005. Ata 30/2005, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 ago. 2005, Seção 1. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 18 mar. 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1696/2003, Plenário. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 12 nov. 2003. Ata 45/2003, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 nov. 2003, Seção 1. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 18 mar. 2008.

FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de Excesso e de Inoperância. *Interesse Público*. Porto Alegre, n. 35, jan./fev. 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia B. (Org.). *O Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia B. (Org.). *O Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. *O Princípio da precaução no direito do ambiente*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NOTA

- ¹ Segundo disposto no art. 71, caput, da Constituição, “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (...).” Dizer que o TCU é instância máxima em controle externo da Administração Pública, não significa tangenciar a verdade. De fato, ao tempo em que tem o Congresso Nacional a constitucional prerrogativa do controle, tem o Tribunal o seu modus operandi, vale dizer, é o Tribunal o executor e o operador deste mesmo controle.