A boa administração pública na proteção da fauna: considerados os princípios da prevenção e da precaução e o dever de motivação dos atos administrativos*

The good public administration at the fauna protection: take into account the principles of prevention, precaution and also de duty of motivation of administrative acts

*Natália de Campos Grey***

RESUMO

Inspirada na obra intitulada *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, de autoria do estimado professor dr. Juarez Freitas, o presente trabalho tem como tema a boa administração

* Artigo recebido em 11 de abril de 2012 e aprovado em 12 de agosto de 2012.

** Mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), na linha de direito público. Especialista em direito ambiental (PUC-RS) e especialista em fundamentos críticos em direitos humanos (Universidad de Pablo de Olavide). Professora de direito administrativo e direito ambiental na Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc).

pública na proteção da fauna, considerando os princípios da prevenção, precaução e também do dever de motivação dos atos administrativos. Para tanto, iniciamos com uma perspectiva atual sobre a proteção conferida à fauna dentro do ordenamento jurídico brasileiro, orientando-nos pelos princípios supramencionados e ressaltando as leis e instrumentos administrativos adequados para tutela da fauna. Após essa avaliação, passaremos a considerar os aspectos particulares do princípio da boa administração pública, discorrendo sobre sua aplicação quanto à proteção da fauna dentro do direito administrativo.

PALAVRAS-CHAVE

Fauna — tutela administrativa — equilíbrio ecológico — prevenção — precaução — proporcionalidade — motivação — boa administração pública

ABSTRACT

Inspired at the book "*Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*", written by the esteemed professor Juarez Freitas, the present work has as subject the good public administration at the fauna protection, considering the principles of prevention, precaution and also de duty of motivation of administrative acts. Therefore, this work begins with an actual perspective about the fauna protection in the brazilian juridical order, oriented by the principles aforementioned and emphasizing the suitable laws and administrative instruments to the fauna protection. After the assessment of all those elements, we will consider the proper aspects about the principle of the good public administration, working its application to the protection of the fauna inside the administrative field.

KEY-WORDS

Fauna — administrative protection — ecological balance — prevention — precaution — proportionality — motivation — good public administration

1. Considerações introdutórias quanto à proteção da fauna

A fauna possui um conceito estrito, de acordo com o qual essa denominação corresponde ao conjunto de animais que vivem em determinada área

ou em determinado período geológico (tornando-se admissível a utilização da expressão *faunas*), e um conceito amplo, que se refere a toda forma de vida animal que habita o planeta Terra. A fauna é comumente dividida entre a fauna terrestre — composta pela fauna silvestre, doméstica e pela avifauna — e a fauna aquática — constituída pela ictiofauna, a fauna abissal, os zooplânctons, as comunidades bentônicas e outras.[1]

1.1 Proteção da fauna na Constituição

O meio ambiente é um direito fundamental e seu equilíbrio ecológico é indispensável aos princípios da vida e da dignidade humana. Contudo, hoje já é reconhecido, inclusive pela ordem constitucional, que o meio ambiente se desvencilhou do caráter utilitário de mero bem, tornando-se um bem fundamentalmente especial e que exige um tratamento diferenciado, em decorrência de um valor independente da satisfação das necessidades humanas.

Apesar de os debates relacionados ao direito fundamental do meio ambiente ainda sofrerem na tentativa de buscar uma modelagem jurídica genuína,[2] já é quase tranquila a afirmação de que o meio ambiente possui uma dignidade, moral, jurídica e autônoma, a qual "justifica, *per se*, a atribuição de obrigações que são constituídas em benefício de sua própria proteção" e que "atribui valor jurídico à proteção dos sistemas ecológicos"[3].

Nessa perspectiva, a fauna, prevista na Constituição Federal como parte integrante do meio ambiente a ser tutelado e protegido, investe-se também das prerrogativas de um direito fundamental. Desse direito fundamental, dado suas características, haverá de decorrer também um dever fundamental, sendo obrigação do poder público proteger a fauna e vedar, "na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".[4]

---

[1] MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência e glossário. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 202-203 e 322.
[2] GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-26.
[3] AYALA, Patrick de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na Constituição brasileira. *Revista de Direito Ambiental*, n. 39, p. 152, 2005.
[4] BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2004. Constituição Federal, art. 225, inciso VII.

De igual modo que possui o ser humano o direito fundamental de ter a fauna tutelada de forma a manter o equilíbrio ecológico que lhe é tão necessário para sua qualidade de vida, também a fauna deverá ser protegida em decorrência de suas características especiais, do valor intrínseco que possui. Trata-se de um biocentrismo insurgente — contraposto ao antropocentrismo — "que reconhece direitos intrínsecos à própria natureza, hostilizando o pragmatismo de matiz humanista".[5]

Patrick Ayala destaca cinco obrigações específicas, extraídas dos incisos I, II, V e VII do § 1º, do art. 225, da Constituição Federal, que justificam a aplicação de medidas precaucionais (tratadas mais adiante) na proteção da fauna.[6] Porém, entende-se aqui que tais proibições podem ser agrupadas em dois grupos conceituais de imposições: o primeiro, relativo à não exposição da fauna a ameaças contra seu equilíbrio ecológico; e o segundo, destinado a proibir e impedir práticas cruéis contra os animais.

O aspecto da não exposição da fauna a ameaças contra seu equilíbrio ecológico abrange o problema da função ecológica da fauna. A função ecológica da fauna pode ser definida como o conjunto de ações que os animais realizam e das quais decorre a manutenção do equilíbrio ambiental.[7]

A função ecológica da fauna guarda íntima vinculação com a grave questão da extinção das espécies. A extinção de uma espécie — ou até mesmo a brusca redução de seu nível populacional — pode ser suficiente para causar desequilíbrio em todo um ecossistema e afetar irreversivelmente a biodiversidade, causando, inclusive, a extinção de outras espécies que dependiam da primeira.

O Ibama aponta a exploração desordenada como uma das causas fundamentais de extinção de espécies. A lista das espécies ameaçadas ou em extinção — um dos principais indicadores sobre "quais espécies e ecossistemas devem ser prioritariamente protegidos e conservados e aqueles que poderiam ser utilizados dentro de princípios sustentáveis" — revela que a depredação da fauna "vem crescendo nas últimas duas décadas à medida que a população

[5] ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 20-24.

[6] Ayala, O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na Constituição brasileira, op. cit., p. 172.

[7] Os morcegos, por exemplo, exercem uma ampla função ecológica, auxiliando no combate a pragas, polinizando plantas e espalhando sementes. Há, ainda, o caso dos morcegos carnívoros, os quais se alimentam de escorpiões, e, segundo as estatísticas, sem a ação dos morcegos, a população de escorpiões em algumas regiões seria 100% superior à atual. BECHARA, Érika. *A proteção jurídica da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 46.

cresce e os índices de pobreza aumentam". Esta lista é revista pelo Ibama e pelo Ministério do Meio Ambiente, em parceria com a Fundação Biodiversitas e a Sociedade Brasileira de Zoologia.[8]

Relativamente à proibição e impedimento das práticas cruéis contra os animais, depara-se aqui com o problema concernente à definição do termo crueldade. Fora das limitações dadas pelo sentido legal, pode-se entender a crueldade como toda ação que submeta outro ser à dor física e psicológica, sendo uma experiência individual e capaz de apresentar dimensões variadas.[9]

Conforme, todavia, coloca Érika Bechara, a tutela da Magna Carta no que tange à crueldade não se aplica a todo e qualquer ato realizado contra os animais, pois, considerando que o sistema (social, cultural e jurídico) atual é antropocêntrico, atos realizados sob a escusa dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana não são coibidos pela Constituição.[10]

A definição da concepção jurídica de crueldade contra os animais é tema vasto e que poderia render (como já foi feito) assunto a ser explorado por extensas monografias e artigos, mas não é o objetivo do presente texto. Em vista disso, para fins de mera conceituação, assuma-se aqui a crueldade contra animais como todo e qualquer ato desnecessária e infundadamente realizado contra os animais, provocando-lhes dor ou sofrimento.

1.2 Proteção administrativa da fauna

Com fundamento no art. 24, inciso VI, da Magna Carta, a União, os estados e o Distrito Federal competem concorrentemente para legislar sobre fauna. Um exemplo disso é o Código de Pesca, o qual possui a proteção e a fiscalização dividida entre as autoridades federais, estaduais e municipais, inclusive quanto às questões sanitárias envolvendo animais.[11]

Interessante citar, com relação ao tema geral da proteção da fauna, a Lei nº 5.197, de 1967, que ficou popularmente conhecida como o Código de Caça, e proibiu a utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha dos "animais

[8] IBAMA. Fauna — proteger e conservar: obrigação de todos. Disponível em: <www.ibama.gov.br/fauna/home.php>. Acesso em: 2 ago. 2012.
[9] FEIJÓ, Anamaria. *A utilização de animais na investigação e docência*: uma reflexão ética necessária. Porto Alegre: Edipucrs, 2005. p. 65-66.
[10] Bechara, *A proteção jurídica da fauna sob a ótica constitucional*, op. cit., p. 69.
[11] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 509-510.

de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre", reservando ainda ao âmbito federal a concessão de permissão, por ato regulamentador, da caça quando as peculiaridades regionais comportarem tal atividade. Apesar da Lei nº 5.197/1967 ainda se encontrar em vigor, é marcante a desatualização de vários de seus dispositivos, tal como em seu art. 1º, quando declara as espécies da fauna silvestre ("bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais") como propriedades do Estado. Ora, conforme destaca Stifelman, na Constituição Federal de 1988, "a fauna silvestre sequer foi incluída entre os bens da União (art. 20, da Constituição Federal), motivo pelo qual não constitui domínio patrimonial deste ente da federação brasileira"[12].

> Assim, por força da evolução do Direito Ambiental Brasileiro, a fauna passou do *status* de propriedade do Estado (art. 2º, inciso I, da Lei Federal n. 6.938/81, e art. 1º da Lei Federal n. 5.197/67) para a condição atual de bem difuso, ou seja, de toda a coletividade, razão pela qual o art. 225, inciso VII, da Constituição Federal protege a fauna como um dos elementos do meio ambiente natural e, portanto, como *bem de uso comum do povo*.[13]

No tocante à proteção administrativa da fauna, cumpre citar a Lei nº 6.938/1981, criadora da Política Nacional do Meio Ambiente, e, também, a nº 9.605/1998, a qual versa sobre as "sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente". Esta última legislação, também conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, foi regulamentada no que tange às infrações administrativas pelo Decreto nº 6.514/2008.

O mencionado decreto, em seu artigo 2º, define a infração administrativa ambiental como"toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente", trazendo na Seção III de seu Capítulo I um rol exemplificativo das infrações ambientais administrativas, porém não excluindo a previsão de outras infrações de mesma natureza por parte da legislação. Além das referidas infrações e suas respectivas sanções, o Decreto nº 6.514/2008 também disciplina o

---

[12] STIFELMAN, Anelise Grehs. *Alguns aspectos sobre a fauna silvestre na Lei dos Crimes Ambientais*. Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.amprs.org.br/arquivos/comunicao_noticia/anelise1.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2012.
[13] Ibid.

desdobramento do processo administrativo federal para a apuração dos ilícitos ambientais e outros procedimentos específicos, tais como a destinação de animais e bens apreendidos no auto de infração.

No tocante à Lei nº 6.938/1981, de suma importância para a compreensão do funcionamento da proteção administrativa ambiental no Brasil, encontramos, como parte da Política Nacional do Meio Ambiente, a instituição do Sistema Nacional do Meio Ambiente, designado pela sigla Sisnama e composto por órgãos da União, dos estados e dos municípios. Sumariamente, o Sisnama divide-se no Conselho de Governo (que assessora o presidente da República), no Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama, órgão consultivo e deliberativo), no Ministério do Meio Ambiente, no Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), nos órgãos seccionais e nos órgãos locais (municipais).[14]

As atividades que possam causar danos ao meio ambiente estão todas sujeitas à fiscalização, à vigilância e ao controle do poder público.[15] Nesse sentido, o Estado possui responsabilidade em relação a sua própria discricionariedade, no aspecto em que ela será viciada tanto por ser exercida de forma abusiva quanto nos casos de omissão. No mesmo contexto, pode-se afirmar que a responsabilidade estatal se dará sempre que (1) houver dano injusto e desproporcional provocado a terceiro, (2) existir nexo causal direto e (3) tiver havido uma ação ou omissão por parte do agente público (ou de direito privado, quando prestadora de serviço público).[16]

No âmbito administrativo, a Lei nº 9.605/1998 oferece um amplo conceito de infração administrativa ambiental, segundo o qual esta infração é "toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente". Além disso, a Lei dos Crimes Ambientais estabelece regras para a apreensão do instrumento e do produto resultante da infração administrativa ambiental.

Ao ser constatada a infração administrativa, deve ser lavrado o auto de infração ambiental e, em seguida, instaurado o respectivo processo administrativo. As autoridades competentes, tanto para lavrar o auto de infração quanto para instaurar o processo, são principalmente os fiscais de órgãos

---

[14] Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 520.
[15] MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado.* 5. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 67.
[16] FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 62-70.

ambientais integrantes do Sisnama, além dos agentes das Capitanias dos Portos, ligadas ao Ministério da Marinha.

O auto de infração lavrado deverá incluir o nome e endereço das pessoas (jurídicas ou físicas) identificadas como infratoras, a descrição sumária do fato, o local, dia e hora em que foi lavrado o auto, contendo também o dispositivo ou dispositivos legais ou regulamentares infringidos e a assinatura do agente da autoridade pública.

Ao obter conhecimento da ocorrência de infração ambiental, a autoridade é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade. No processo administrativo é assegurado o direito de ampla defesa e do contraditório.

No que tange às sanções decorrentes das infrações administrativas ambientais, estas podem ser punidas com advertência; multa simples ou diária; e apreensão dos animais e materiais utilizados e resultantes da infração. No caso de existência de produto, obra, atividade ou estabelecimento que não esteja em conformidade com as prescrições legais, poderá ser realizada a destruição ou inutilização do produto, bem como a suspensão de sua venda e fabricação; ou, ainda, poderá haver o embargo, demolição ou suspensão — parcial ou total — de obra ou atividade.

Ademais, é cabível também a medida restritiva de direitos como sanção administrativa. Tais sanções restritivas de direito consistem na suspensão ou cancelamento de registro, licença ou autorização; na perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais, ou de participação em linhas de financiamento nos estabelecimentos oficiais de crédito; e na proibição de contratar com a administração pública pelo período de até três anos.

Destaque-se que, caracterizando-se a ocorrência de mais de uma infração, as sanções podem ser aplicadas cumulativamente ao infrator. Os valores arrecadados no pagamento de multas deverão ser revertidos — conforme dispuser o órgão arrecadador — para o Fundo Nacional do Meio Ambiente (criado pela Lei nº 7.797/1989), ou para o Fundo Naval (criado pelo Decreto nº 20.923/1932), ou para os fundos estaduais ou municipais de meio ambiente ou correlatos. O pagamento de multa imposta pelos estados, municípios, distrito Federal ou territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência.

A mencionada Lei nº 9.605/1998 estabelece que, na hipótese de infração administrativa ambiental envolvendo animais, estes deverão ser "libertados em seu habitat ou entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados".

Todavia, tal dispositivo não é claro quanto a quem caberá a decisão e quais os critérios a serem observados para definir se os animais deverão ser libertados, ou o local para onde serão enviados.

O Ibama é o órgão-chave da fiscalização ambiental, inclusive no que diz respeito à fauna. Infelizmente, não é novidade o fato de que o instituto se encontra defasado em equipes e instrumentos, sendo estimado que, para cada agente do Ibama, caberia atualmente a fiscalização de 36.400 hectares em média (tamanho equivalente à cidade de Belo Horizonte).[17]

É na tentativa de sanar esses problemas técnicos, ou pelo menos minimizá-los, que o Ibama criou um roteiro de ações especiais de fiscalização na área da fauna. Este roteiro prevê: (a) planejamento e execução de ações dirigidas à proteção à fauna; (b) acompanhamento da implantação e apoio às ações necessárias ao cumprimento da legislação ambiental vigente; (c) fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, quanto ao controle e transporte da comercialização de espécimes da fauna silvestre; (d) realização de programas de capacitação de recursos humanos para as atividades de fiscalização da fauna; (e) fiscalização de portos e aeroportos quanto ao fluxo de animais silvestres; (f) execução da fiscalização de produtos da fauna silvestre brasileira em qualquer de suas fases/estágios (captura, criação, beneficiamento, comercialização etc.); e (g) busca de parcerias com outros órgãos governamentais e não governamentais no que se refere às ações para coibir o tráfico de animais silvestres.[18]

2. Os princípios da prevenção e da precaução na proteção da fauna

Os princípios possuem um caráter estruturalmente indeterminado.[19] Pode-se afirmar que os princípios, em geral, se diferenciam das outras normas por não descreverem exatamente uma conduta ou comportamento a ser praticado ou evitado, porém, de outra forma, os princípios indicam um

[17] NOHARA, Irene Patrícia. Proteção jurídica da fauna. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL: FAUNA, POLÍTICAS PÚBLICAS E INSTRUMENTOS LEGAIS, 8º, 2004, São Paulo. BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Anais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004. p. 395-406.

[18] IBAMA. Fiscalização. Disponível em: <www.ibama.gov.br/fiscalizacao/fauna>. Acesso em: 2 ago. 2012.

[19] GUASTINI, Riccardo. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 40, p. 244, nov./dez. 2006.

caminho a ser seguido, isto é, "encomendam a obtenção de um fim para o qual os destinatários podem escolher entre uma pluralidade de comportamentos alternativos"[20]. Com os princípios da prevenção e da precaução não é diferente.

Os princípios da prevenção e da precaução já foram por diversas vezes confundidos e até utilizados muito equivocadamente como sinônimos. A distinção entre os dois, entretanto, é gritante — apesar de ser guardada de fato certa similaridade entre seus conceitos — sendo ambos princípios de eficácia direta,[21] desenvolvidos e trabalhados em grande escala no âmbito do direito ambiental.

Os princípios de direito, por sua própria natureza, são dotados de uma extrema variedade tipológica. Tal diversidade concorre para a existência de várias teses que pretendem diferenciar os princípios das normas ordinárias; todavia, nenhuma delas possibilita uma identificação a rigor dos princípios. Assim, faz-se necessário aceitar que, pelo menos na maioria das situações, os princípios distinguem-se das normas em virtude de mais de uma característica.[22]

Com a finalidade de oferecer uma diferenciação sucinta entre os dois princípios examinados neste ponto, bastaria mencionar que o princípio da prevenção atua sobre fatores acerca dos quais já há o conhecimento prévio, enquanto, no caso da precaução, trabalha-se com a existência de um risco oriundo de aspectos não conhecidos, mas somente suscitados. Entretanto, afigura-se interessante apresentar maiores considerações sobre o tema.

2.1 Princípio da prevenção

Segundo Ana Maria Moreira Marchesan, o princípio da prevenção é o princípio basilar do direito ambiental, e os objetivos deste último são essencialmente preventivos.[23] O princípio da prevenção estabelece que,

---

[20] "*Muchos principios (pero ciertamente no todos) (...) encomiendam la obtención de um fin, para lo cual los destinatarios puedem escoger entre uma pluralidad de comportamientos alternativos*." GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*: estúdios de teoria y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 149.

[21] Freitas, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 98.

[22] Guastini, *Distinguiendo*, op. cit., p. 145-148.

[23] MARCHESAN, Ana Maria Moreira et al. *Direito ambiental*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 29-30.

por meio de experiências anteriores, é possível determinar uma relação de causalidade entre a atividade a ser realizada e os danos ambientais passíveis de ocorrência, os quais deverão ser previstos, prevenidos e evitados.[24]

O princípio da prevenção, portanto, concerne a situações de impactos ambientais já conhecidas, com um histórico de informações previamente adquiridas quanto a uma intervenção realizada no meio ambiente. Em decorrência desses dados já conhecidos, o princípio da prevenção é o guia para a realização dos estudos e relatórios de impacto ambiental (EIA e Rima) e para a concessão ou não de licenciamentos ambientais.[25]

No tocante à administração pública, o princípio da prevenção atua no sentido de que, inexistindo dúvida relevante quanto à injustiça ou nocividade que a prática de determinado ato representa, caberá ao agente administrativo (pessoa física ou entidade), na medida de sua competência e orçamento, omitir-se da prática do respectivo ato. A aplicação será similar no caso em que o agente administrativo tenha conhecimento de que deve agir para evitar o dano injusto que ocorreria em face de sua omissão ("não se admite inércia administrativa perante o dano previsível").[26]

Destarte, conforme coloca Juarez Freitas, a aplicação do princípio da prevenção na administração pública contém três elementos de fundo. São esses: "(a) altíssima e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; (b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitá-lo; e (c) ônus estatal de produzir a prova da excludente reserva do possível ou outra excludente de causalidade".[27]

2.2 Princípio da precaução

Se o princípio da prevenção trata de riscos já conhecidos, em contrapartida, o princípio da precaução age sob o véu da incerteza, trabalhando com a ideia de um risco abstrato ou em potencial (enquanto a prevenção funciona com um risco concreto).[28]

---

[24] RADDATZ, Letícia. *A extrafiscalidade do direito tributário na promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Como salvar o planeta Terra. Porto Alegre: Pucrs, 2007. p. 28.
[25] Antunes, *Direito ambiental*, op. cit., p. 37.
[26] Freitas, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 96-97.
[27] Ibidem, p. 98.
[28] Marchesan, *Direito ambiental*, op. cit., p. 29-31.

A aplicação do princípio da precaução no direito administrativo impõe à administração pública o dever de evitar — por ação ou omissão e nos limites de sua competência e orçamento — qualquer fato que venha a ter efeitos supostamente negativos. Essa opção por evitar a atividade (potencialmente) danosa deverá ser motivada segundo um juízo de verossimilhança quanto ao risco apresentado.[29]

Já no direito ambiental, o princípio da precaução é, em suma, "aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de ter certeza de que estas não serão adversas para o meio ambiente". Hoje, o direito já reconhece que, como regra, no caso da existência de dúvida (relevante) quanto a uma potencial produção de dano ao meio ambiente, não se deverá praticar determinado ato ou atividade de risco.[30]

Ressalte-se, contudo, que, nem mesmo na esfera do direito ambiental, o princípio da precaução poderá ser empregado em sentido excessivamente rígido. Isso porque "os riscos nunca são eliminados, estando sempre presentes em maior ou menor grau e, se fossem proibidos, imobilizariam a atividade humana".[31]

O efeito do princípio da precaução no direito ambiental é que sempre deverão ser desenvolvidos estudos e estimativas no grau máximo de precisão quanto à possibilidade de danos ambientais oriundos da realização de determinada atividade ou do lançamento de substâncias desconhecidas na natureza. Isso tudo considerando, também, por óbvio, um juízo de valor quanto aos riscos existentes de potencial degradação ambiental.[32]

O princípio da precaução, em todos os ramos do direito, implica a "obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentadamente temidos". Percebe-se aqui que, diferentemente da *certeza* trabalhada pelo princípio da prevenção, o princípio da precaução atua com a ideia da *verossimilhança*.[33]

Tanto no âmbito do direito ao meio ambiente quanto do direito administrativo, "a razão que justifica uma abordagem precaucional é (...) a

[29] Freitas, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 99.
[30] Antunes, *Direito ambiental*, op. cit., p. 36.
[31] Raddatz, *A extrafiscalidade do direito tributário na promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado*, op. cit., p. 27.
[32] Antunes, *Direito ambiental*, op. cit., p. 36.
[33] Freitas, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 98-100.

proteção perante estados de irreversibilidade". Destarte, no que concerne à fauna, pode-se dizer que a Constituição Federal atribuiu obrigações aos poderes públicos — e, por conseguinte, à administração pública — de agir com vistas ao princípio da precaução na proteção do valor intrínseco inerente aos animais.[34]

Em virtude de as medidas de precaução dependerem sempre de uma motivação considerável,[35] cabe referir que, no caso da fauna, podem se apresentar justificativas, já tratadas anteriormente, relacionadas à não exposição da fauna a ameaças contra seu equilíbrio ecológico e à não exposição de animais a práticas de crueldade.

2.3 Princípio da proporcionalidade

No decorrer da análise dos princípios da prevenção e da precaução, observou-se que os dois princípios não são absolutos, devendo, inclusive, ter sua aplicação motivada através de justificativas relevantes. Destarte, ambos os princípios devem ser submetidos a um juízo de valor, o qual é inspirado por nada menos do que o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é dotado de um conteúdo normativo que se manifesta sobre a própria aplicação do direito, não se dirigindo aos cidadãos propriamente ditos, mas aos órgãos jurisdicionais e administrativos quanto à aplicação de normas.[36]

O princípio da proporcionalidade "determina que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos". O ato desproporcional, realizado pelo poder público, implica a antijuridicidade, seja por excesso arbitrário ou inobservância de uma obrigação.[37]

Tome-se, por exemplo, o caso de um centro de triagem de animais silvestres (Ceta).[38] Ora, é considerado que, para o correto funcionamento do

---

[34] Ayala, O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na Constituição brasileira, op. cit., p. 172-173.
[35] Ibid., p. 172.
[36] Guastini, *Distinguiendo*, p. 149-150.
[37] FREITAS, Juarez. Responsabilidade objetiva do Estado, proporcionalidade e precaução. *Direito e Justiça*, ano XXVII, v. 31, n. 1, p. 14, 2005.
[38] Os Cetas têm a finalidade de recepcionar, triar e tratar os animais silvestres resgatados ou apreendidos pelos órgãos fiscalizadores, assim como eventualmente receber animais silvestres de particulares que os mantinham em cativeiro doméstico. IBAMA. Fauna Silvestre — Centros de Triagem de Animais Silvestres. Disponível em: <www.ibama.gov.br/fauna/cetas.php>. Acesso em: 2 ago. 2012.

centro de triagem, esse precisa dispor em seu quadro de funcionários, no mínimo, de um biólogo, um médico-veterinário e tratadores. Agora suponha-se que um centro de triagem, por algum motivo, fique destituído de seu único biólogo. Apesar de ser da máxima urgência que o quadro funcional seja preenchido novamente, não se pode esperar que o agente administrativo fiscalizador venha a tomar uma providência exagerada tal como o fechamento imediato do Ceta, o que provocaria um problema de uma dimensão muito maior quanto à destinação de todos os animais que lá estivessem abrigados e, certamente, não seria condizente com aquilo que se propõe como a *boa administração pública*.

Em prol de uma boa administração pública, deve ser tida como sempre presente a afirmação de que "o agente público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais". Tal declaração encontra-se em plena harmonia com a correta aplicação do princípio da proporcionalidade na seara administrativa.[39]

O princípio da proporcionalidade não incidirá apenas sobre as ações realizadas pelo poder público, mas também no combate às omissões da administração pública. Nesta senda, a fim de determinar se a proporcionalidade foi efetiva nas condutas comissivas e omissivas da administração, existem três subprincípios que a orientam: (1) subprincípio da adequação entre meios e fins; (2) subprincípio da necessidade; e (3) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro subprincípio, da adequação entre meios e fins, contraria de imediato o maquiavélico ditado popular de que *os fins justificam os meios*. Muito pelo contrário, esse subprincípio, vinculado em parte ao princípio da proibição de excesso, ordena a existência de uma conformação dos meios escolhidos para o alcance de determinados fins da administração.[40]

Em que pese esse subprincípio ora analisado, o princípio da proporcionalidade propriamente dito não se resume a uma mera adequação entre os meios e os fins, devendo ser aplicado também nas hipóteses em que há um embate entre valores de igual importância, posto que, no caso de colisão entre direitos fundamentais, um jamais poderá sobrepujar o outro por completo.[41]

---

[39] Freitas, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 64-67.
[40] Freitas, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 68.
[41] Id., Responsabilidade objetiva do Estado, proporcionalidade e precaução, op. cit., p. 14-15.

Tem-se, subsequentemente, os outros dois subprincípios citados. O subprincípio da necessidade, na proporcionalidade, obriga o Estado a não somente avaliar a necessidade de sua intervenção, como também a escolher dentre os meios interventivos aquele que trouxer menos desvantagens para a pessoa que sofre a intervenção estatal. Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito — ligado aos princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia — avalia a relação de custos e benefícios envolvida no meio de intervenção usado pelo poder público.[42]

3. A proteção da fauna e a boa administração pública

3.1 Dever de motivação na boa administração pública

A boa administração pública é um direito fundamental vinculado ao dever de motivação dos atos e decisões administrativas[43] e, no caso da gestão de técnicas protetivas à fauna, a situação não se apresenta diferente. Desse modo, toda a ação ou omissão administrativa relativa à proteção da fauna deverá ser amplamente justificada.

A motivação faz-se necessária em prol do controle dos atos administrativos em face de um Estado em que cada vez mais se acentuam os direitos fundamentais (que, por vezes, terminam por relativizar o princípio da legalidade).[44] A falta de motivação do ato administrativo torna-o anulável.[45]

Com efeito, uma das principais formas de controle dos atos administrativos reside no fato de que as decisões administrativas devem ser motivadas. Assim, salvo exceções previstas em lei ou relacionadas a atos administrativos de mero expediente ou ordinatórios de feição interna, tanto os atos discricionários quanto os vinculados devem ser motivados,[46] estando o administrador ligado aos fundamentos que expressar.[47]

Dessa forma, o ato administrativo que, por exemplo, determinar a interdição ou fechamento de determinado estabelecimento, tal como um centro

---

[42] Id., *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 68.
[43] Ibid., p. 109-110.
[44] Id. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60-61.
[45] Id., *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 47.
[46] Id, *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, op. cit., p. 34-35.
[47] Id., *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 47.

de triagem de animais silvestres, deverá obviamente oferecer uma vasta justificativa de sua motivação. Até mesmo porque, conforme já referido, é inconcebível que se feche um Ceta sem antes se preocupar com a destinação dos animais que ali se encontrarem.

Um dos principais aspectos da motivação, exatamente, é seu dever que "ampara as expectativas legítimas e se mostra útil à criação de ambiente seguro e confiável para as relações administrativas de longo prazo". A motivação, sempre em foco para com o interesse público, deve oferecer estabilidade às políticas públicas e segurança nas relações jurídicas.[48]

3.2 Boa administração pública na proteção da fauna

Pelo já exposto, observa-se que a boa administração pública será aquela que atender suas competências discricionárias através de condutas comissivas ou omissivas, mas sempre direcionadas ao interesse público e considerando os princípios da proporcionalidade, da prevenção e da precaução, além de apresentar a relevante motivação de seus atos. Nesse sentido, "Na esfera da discricionariedade administrativa a aplicação direta e imediata dos princípios da prevenção e da precaução induz estilo novo de hierarquização axiológica, com efetivo primado dos direitos fundamentais, notadamente do direito à boa administração pública".[49]

A discricionariedade é o poder que o Estado detém para exercer suas atividades específicas e atender o cidadão e a sociedade, elegendo, sempre que possível, os meios mais viáveis para o alcance do fim almejado.[50] Na esfera de sua discricionariedade, tem a administração pública responsabilidade pelos seus atos comissivos e omissivos que tenham acarretado prejuízo ao interesse público.

A proteção da fauna é constitucionalmente conferida ao poder público, ao qual são atribuídos os deveres correspondentes a essa proteção, que é, em sua maior parte, resguardada por medidas precaucionais[51] e também preventivas. No tocante à fauna, a boa administração pública será aquela que oferecer

[48] Ibid., p. 59.
[49] Ibid., p. 105.
[50] LORENZO, Wambert Gomes Di. Discricionariedade administrativa e controle judicial. *Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n. 1, p. 176-177, 2005.
[51] Ayala, O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na Constituição brasileira, op. cit., p. 183.

uma proteção eficaz sob a ótica dos princípios da prevenção e da precaução, devendo-se ter em mente que a motivação é elemento que irá justificar a ação ou omissão do poder público diante das medidas preventivas ou precaucionais que sejam adotadas ou esperadas por parte da administração.

No que tange à prevenção, pode-se observar um dever por parte do Estado em repudiar práticas conhecidamente nocivas à fauna, o que pode ser aplicado desde o instante em que o poder público é provocado para licenciar determinadas atividades cujos reflexos possam interferir, direta ou indiretamente, no equilíbrio da fauna, até situações nas quais o exercício do poder de polícia se faz necessário, como no caso da fiscalização de áreas e regiões que conhecidamente sejam locais de grande ocorrência do tráfico de animais e que, infelizmente, têm sido displicentemente abandonadas quanto ao suporte que deveria ser dado pelo Poder Público.[52]

O princípio da precaução também demonstra seu papel na boa administração pública para a proteção da fauna, determinando o cuidado que o Estado deve oferecer quanto ao controle de condutas com certa probabilidade de dano. Assim, por exemplo, pesquisas de cunho científico envolvendo espécimes da fauna silvestre merecem um amplo cuidado na sua autorização e posterior fiscalização, dependendo de uma análise a ser feita tanto pelo Ibama (na autorização para o uso de animais silvestres) como também por Comissões de ética para o uso de animais (Ceuas), as quais, além de exercerem um relevante papel no combate à crueldade contra animais, devem estar devidamente cadastradas no Conselho Nacional de Controle da Experimentação Animal (Concea), e seus membros se encontram sujeitos à responsabilização administrativa, civil e penal, em conformidade com o previsto na Lei nº 11.794/2008, regulada pelo Decreto nº 6.899/2009.

Sob o prisma da responsabilidade do Estado,[53] deve restar cristalino que os atos praticados, por este ente, incutem a forma e a linha de preservação dos direitos fundamentais instituídos pela Carta Magna, tratando-se especificamente, no presente caso, da proteção da fauna. Destarte, a inoperância do exercício do poder estatal atinge diretamente a essência da boa administração

---

[52] Já em 2001, a Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (Renctas) tem denunciado portos, aeroportos e rotas terrestres que frequentemente são utilizados para o tráfico de animais silvestres nas regiões Norte e Nordeste. Entre as dificuldades encontradas para o combate do tráfico de animais silvestres, o relatório destaca a falta de contingente, veículos, equipamentos e treinamento adequado, deficiências que, segundo notícias da mesma entidade, ainda se perpetuam.

[53] Freitas, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 70.

pública. A omissão, ausência de ações preventivas e repreensivas[54] na proteção do bem ambiental que é constitucionalmente protegido ofende a boa administração, dilacerando este instituto.

São vários os instrumentos que a legislação nacional viabiliza ao Estado para tornar efetiva a boa administração pública na proteção da fauna, e inclusive ao cidadão é possível tomar a iniciativa para chamar a responsabilidade estatal, como por meio de ações populares ou ações civis públicas, entre outros instrumentos que já individualmente considerados mereceriam extensos trabalhos a seu respeito. No mais, além dos diversos órgãos de controle que se encontram aos níveis federal, estadual e municipal — e ainda instituições tais como as Ceuas, que exercem amplo papel na fiscalização de práticas envolvendo animais em estabelecimentos públicos ou privados —, há a previsão de procedimentos administrativos que pretendem a proteção e preservação da fauna e que podem ser encontrados não apenas na Lei nº 9.784/1999 (que regula o processo administrativo no âmbito federal) como na própria Lei nº 6.938/1981 e na Lei nº 9.605/1998, com sua regulamentação no Decreto nº 6.514/2008.

Destaca-se, por fim, a afirmação de Irene Patrícia Nohara no sentido de que, de modo similar ao que ocorre em relação ao meio ambiente, a fauna foi constitucionalmente contemplada como um bem público, não para que o Estado dela se utilize (pois a fauna não deve ser vista como uma propriedade do Estado), "mas para justamente melhor protegê-la".[55] Neste diapasão, ressalta-se que a boa administração do Estado zela pelo bem-estar dos administrados, os quais são "beneficiários" dos bens públicos protegidos.

4. Considerações finais

O animal, como ser vivo, possui importância em *status* moral e dignidade. Em teoria, já se foi o tempo em que René Descartes declarou que os animais eram máquinas e que, portanto, poderiam ser tratados como tais. Além disso, é certo que a fauna (silvestre) desempenha função essencial para o tão almejado equilíbrio ecológico, sendo a proteção da fauna, assim, de importância inestimável para a própria dignidade da pessoa humana, resguardada pelo direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

---

[54] Ibid., p. 63.
[55] NOHARA, Proteção jurídica da fauna, op. cit., p. 395-406.

Em vias de conclusão do presente trabalho — que por certo não tem pretensões de apresentar considerações exaustivas ao tema da boa administração pública na proteção da fauna — temos como depreendido neste artigo que a administração pública representa papel essencial na proteção da fauna, tanto no que concerne à crueldade praticada contra animais, quanto à efetiva proteção das espécies. Destarte, a boa administração pública na proteção da fauna será aquela que, observando os princípios da prevenção e da precaução — e preocupada em atuar com a devida motivação —, deverá ativamente exercer uma atitude adequada e proporcional para a preservação efetiva do meio ambiente.

Referências

ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AYALA, Patrick de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na Constituição brasileira. *Revista de Direito Ambiental*, n. 39, p. 147-188, 2005.

BECHARA, Érika. *A proteção jurídica da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FEIJÓ, Anamaria. *A utilização de animais na investigação e docência*: uma reflexão ética necessária. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

FREITAS, Juarez. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Responsabilidade objetiva do Estado, proporcionalidade e precaução. *Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n. 1, p. 11-41, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*: estúdios de teoria y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

GUASTINI, Riccardo. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 40, p. 217-256, nov./dez. 2006.

IBAMA. Fauna — proteger e conservar: obrigação de todos. Disponível em: <www.ibama.gov.br/fauna/home.php>. Acesso em: 24 abr. 2012.

_____. Fauna silvestre — Centros de Triagem de Animais Silvestres. Disponível em: <www.ibama.gov.br/fauna/cetas.php>. Acesso em: 2 de ago. 2012.

_____. Fiscalização. Disponível em: <www.ibama.gov.br/fiscalizacao/fauna>. Acesso em: 2 ago. 2012.

LORENZO, Wambert Gomes Di. Discricionariedade administrativa e controle judicial. *Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n. 1, p. 173-197, 2005.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira e outros. *Direito ambiental*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência e glossário. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. Proteção jurídica da fauna. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL: FAUNA, POLÍTICAS PÚBLICAS E INSTRUMENTOS LEGAIS, 8º, 2004, São Paulo. BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Anais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004. p. 395-406.

RADDATZ, Letícia. *A extrafiscalidade do direito tributário na promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Como salvar o planeta Terra. Porto Alegre: Pucrs, 2007. p. 9-166.

RENCTAS. Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres. Base de dados. Disponível em: <www.renctas.org.br/pt/home/>. Acesso em: 4 ago. 2012.

STIFELMAN, Anelise Grehs. *Alguns aspectos sobre a fauna silvestre na Lei dos Crimes Ambientais*. Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.amprs.org.br/arquivos/comunicao_noticia/anelise1.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2012.