



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARLUZE GUIMARÃES PEREIRA

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, À
LUZ DA NORMA AMBIENTAL**

**REFLEXÕES JURÍDICAS A PARTIR DO PROJETO DE
MACRODRENAGEM DOS RIOS JAGUARIBE E MANGABEIRA**

SALVADOR

2018

MARLUZE GUIMARÃES PEREIRA

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, À
LUZ DA NORMA AMBIENTAL**

REFLEXÕES JURÍDICAS A PARTIR DO PROJETO DE
MACRODRENAGEM DOS RIOS JAGUARIBE E MANGABEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC –
apresentado como pré-requisito para graduação no Curso
de Direito da Faculdade de Direito da Universidade
Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Júlio Cesar de Sá da Rocha

SALVADOR

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARLUZE GUIMARÃES PEREIRA

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, À
LUZ DA NORMA AMBIENTAL**

**REFLEXÕES JURÍDICAS A PARTIR DO PROJETO DE
MACRODRENAGEM DOS RIOS JAGUARIBE E MANGABEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC -
apresentado como pré-requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito no Curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal da
Bahia.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Júlio Cesar de Sá da Rocha
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela PUC São Paulo

Profa. Me. Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho
Professora da Universidade Federal da Bahia
Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Lafayette Dantas da Luz
Doutor em Engenharia Ambiental pela Cornell University / EUA.
Professor do Departamento de Engenharia Ambiental da Escola Politécnica da UFBA

SALVADOR

2018

Dedico esse trabalho a MEUS FILHOS, a MINHA CIDADE e a minha BISAVÓ,
THEODOLINA ANDRADE GUIMARÃES, para que saiba, onde quer que esteja, que
sua semente de coragem e luta pela autonomia e justiça continua brotando cada vez
mais forte!

Pelo amor e com amor, sempre!

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo quero agradecer a meus filhos, Isabela e Lucas, por me darem o sentido maior em tudo o que faço e vivo. Agradeço muito a eles pela alegria e por suportarem o ônus de terem uma mãe sempre ocupada, muitas vezes em horas que deveriam ser deles. Amo muito vocês!

Agradecimento maior a minha querida Mãe... ajuda eterna e essencial para ser tudo o que sou e que me torno. Sem ela, não poderia fazer metade do que faço!

Em memória, agradeço profundamente a meu Pai.

Agradeço a Márcia Assis pelos sempre presentes suporte, apoio e estímulo.

Também agradeço aos amigos de curso, e hoje da vida. Ainda que não tenha como nomear a todos, não posso me furtar de dizer a estes o quanto foram e são importantes nessa trajetória: Cássio Rauédys, Aman Costa, Davi Sousa, Juliana Moinhos, Gabriel Abade, Karina Azevedo, LaiseDuarte, Luiz Alves, Fernando Rodrigues, assim como minhas *Super's*, Eneida Pinto e LudmillaGarboggini!

À Universidade Federal da Bahia, minha casa nas duas graduações - Psicologia e, agora, Direito -, por sua luta na defesa e preservação da educação pública, democrática, mantendo sua excelência a despeito das adversidades.

Ao meu orientador, professor Júlio Rocha, por sua vanguarda na construção e respeito ao Direito Ambiental, nas mais diversas vertentes, em especial no eixo da justiça social.

Às boas professoras e professores, agradeço, e dentre tantos, à professora Selma Santana e ao professor André Luiz Batista Neves, faróis de conduta enquanto mestres.

Ao Ministério Público do Estado da Bahia, através das Promotoras de Justiça, Rita Tourinho e Luciana Khoury, agradeço pelo amplo aprendizado jurídico e social, pelo acolhimento humano e “pelos réguas e compassos” que consegui desenvolver, ao longo dos anos de estágio, os quais me possibilitaram traçar o mapa do meu desejo

profissional: a interseção entre o DIREITO ADMINISTRATIVO e o DIREITO AMBIENTAL

Especial agradecimento ao Professor Lafayette Dantas da Luz, pela generosidade em compartilhar seu saber técnico/científico, na área de rios e saneamento urbano, com uma absoluta leiga na área, conhecimentos essenciais para a definição jurídica do problema posto no caso concreto, demonstrando, na prática, a relevância da interdisciplinaridade para a efetividade do Direito Ambiental.

Minha gratidão sincera aos movimentos ambientalistas, às incansáveis guerreiras e guerreiros, movidos pela pulsão de VIDA, eternos “FÊNIX” pela busca da cidadania, da DEMOCRACIA, da justiça social, da proteção à NATUREZA. Dentre esses, meu carinho ao FUNDO DA FOLIA, projeto voluntário de mergulhadores catadores de lixo marinho, do qual sou parte, e que a cada ação renova a minha energia em estar viva e a certeza do meu caminho.

Agradeço ao meu psicanalista, Dr. Marcelo Veras.

A Genésio Spínola, agradeço por todo apoio, pelo exemplo de determinação e conquista, tão importantes nesse momento.

Enfim... agradeço a todas as pessoas, que, como eu, se sensibilizaram e de alguma forma lutaram, e sempre continuarão lutando, pela VIDA DO RIO JAGUARIBE, DOS SEUS AFLUENTES, DE SEU ECOSSISTEMA... assim como pela VIDA a de todos nossos RIOS, MARES, FAUNA, FLORA, TERRA, ÁGUA, AR.... pessoas cuja a luta reflete a busca por um mundo onde a existênciatenha sempre o inerente prazer em estar vivo! Pessoas que sabem seu lugar frente ao Estado e que sabem o lugar do Estado frente a elas, conscientes de que nenhum poder é absoluto, e é sobre alguns desses limites que escrevo.

É sempre bom saber que não estamos sós! Sigamos!

(Agradeço também à amorosa e solidária companhia, durante todas as horas, inclusive, dessa trajetória, de meus “netos” felinos, os “gatoterapeutas” Tútu e Cléo, parte da minha família de afeto na grande teia da vida!)

“Contudo, aos poucos percebeu-se que a produção legislativa, como fato solitário, não bastava. O Direito Ambiental haveria de ser algo mais que a disposição metódica de normas e padrões de comando-e-controle inaplicáveis ou inaplicados (= lawonthe books), ou, noutra perspectiva, deveria ir além da asséptica análise teórica que daí se construísse. De fato, quem se contentar com um tal isolado e abstrato estudo do Direito Positivo Ambiental estará apequenando, a um só tempo, a disciplina jurídica e o seu objeto.”

Ministro Antônio Herman Benjamin, 2011, *in*
Estado Teatral e a implementação do Direito Ambiental.

RESUMO

Este trabalho integra a vertente de pesquisas jurídicas voltada para o estudo da implementação da norma ambiental. Buscou-se identificar os limites postos à discricionariedade administrativa em consequência da tutela constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Através da análise de caso da Ação Popular (AP) Nº 1001312-27.2017.401.3300, proposta em defesa dos rios, foi analisada a tomada de decisão da Administração Pública em relação à escolha da concepção técnica de engenharia do Projeto de Macrodrenagem dos Rios Jaguaribe e Mangabeira. Foi destacada a necessidade da atuação interdisciplinar e a relevância das informações técnicas para o controle no ato discricionário pelo poder judiciário. Além disso, foram propostos alguns critérios mínimos a constarem na motivação do ato discricionário, a fim de contribuir para o melhor controle do mesmo.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa, norma ambiental, rios urbanos, macrodrenagem.

ABSTRACT

This work is part of the legal research component focused on the study of the implementation of the environmental norm. We sought to identify the limits placed on administrative discretion as a consequence of the constitutional protection of the ecologically balanced environment. Through the case analysis of Popular Action (AP) N° 1001312-27.2017.401.3300, proposed in defense of rivers, we analyse the decision made by the Public Administration concerning to the choice of the engineering design of the Jaguaribe and Mangabeira Rivers Macrodrainage Project. It was highlighted the need for interdisciplinary action and the relevance of technical information for control in the discretionary act by the judiciary. In addition, some minimum criteria were proposed to be included in the motivation of the discretionary act, in order to contribute to it's the better control by the judiciary.

Key words: administrative discretion, environmental norm, urban rivers, macro drainage.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DAS CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS.....	16
2.1 Da nova ordem (jurídica) ambiental	16
2.2 A ordem constitucional ambiental brasileira.....	24
2.3 Da discricionariedade administrativa.....	31
2.3.1 Notas gerais sobre a discricionariedade administrativa.....	31
2.3.2 Da sujeição a legalidade a sujeição à juridicidade.....	35
2.3.3 Sobre o controle do agir discricionário da Administração Pública.....	39
3. DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO.....	46
3.1 Da Ação Popular nº 1001312-27.2017.401.3300.....	48
3.2 Do Projeto de Macrodrenagem dos Rios Jaguaribe e Mangabeira.....	51
3.3 Da alegação acerca da “concepção antiga” de engenharia adotada no projeto.....	59
3.4 Das considerações constantes da Nota Técnica do MAASA.....	62
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

Ainda que nossa Constituição Cidadã imponha, em seu artigo 225¹, caput, que é dever do Poder Público e da coletividade, defender o meio ambiente, inúmeras são as situações de graves danos ambientais causados pelo próprio Poder Público, muitas através da atuação do Poder Executivo. Sem dúvida, há intervenções necessárias que causam impactos ambientais inevitáveis, no entanto, o problema se coloca quando os prejuízos ambientais poderiam ser evitados, caso a atuação da Administração Pública, ou seja, se sua tomada de decisão dentre as alternativas legítimas possíveis, estivesse em consonância efetiva com a norma ambiental posta, assim como com as exigências administrativistas para o exercício do poder. A problemática que este estudo pretende abordar localiza-se nesta seara, a da busca dos limites jurídicos para o controle dos atos discricionários do gestor, a partir da tutela constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, concebido como direito fundamental de toda a coletividade.

Transformando tais considerações em fatos concretos, presenciamos que nos últimos anos a cidade de Salvador tem sido palco de inúmeras manifestações da sociedade civil contrárias a intervenções realizadas pelo poder executivo em diversos locais da cidade. Essas manifestações são motivadas especialmente em decorrência dos notórios e gravosos danos ambientais causados pelas obras de engenharia, referente à execução dos projetos escolhidos pelo poder executivo como proposta de solução para problemas urbanos, como drenagem de águas pluviais e mobilidade urbana.

Dentre os projetos de engenharia em execução que despertam intensas críticas e manifestações populares estão o projeto de mobilidade urbana *BusRapid Transit* – BRT – de responsabilidade da Prefeitura Municipal, e o projeto de macrodrenagem dos Rios Jaguaribe e Mangabeira, de responsabilidade do Governo do Estado. Ambos os projetos apresentados como “solução” para sérios problemas urbanos - mobilidade e saneamento, aos quais o poder executivo tem por obrigação oferecer respostas.

¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. 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.

Logo, importante se faz, desde o início, deixar claro ao leitor que a proposta desse estudo não é a de uma oposição radical a qualquer intervenção que venha causar impacto ao meio ambiente. Parte-se do pressuposto que os problemas urbanos existem e que é competência e obrigação da Administração Pública apresentar soluções e realizar intervenções. Porém, é preciso verificar a adequação da proposta apresentada (a obra que será realizada), frente aos mandamentos do ordenamento. É preciso que a escolha seja justificada com motivos justos e congruentes com o ordenamento para que seja legítima, afinal, muitos são os absurdos que vemos no Brasil em termos de obras públicas.

Frente ao exposto, a justificativa para esse estudo é contribuir para o alcance de uma atuação mais responsável da Administração Pública frente à cidade e às pessoas, ao gerar conhecimentos que ajudem controlar tomadas de decisões, cujas consequências sejam irreversíveis perdas ambientais, que poderiam ser minimizadas ou zeradas, caso houvesse uma escolha técnica em conformidade com a norma ambiental. A contribuição por tanto é para que a Administração Pública intervenha nos problemas urbanos, respeitando o direito difuso e fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, como prescreve nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225.

Mister se faz destacar que a característica marcante das manifestações sociais supra referidas, contrárias a tais projetos, tem sido o massivo apoio técnico de profissionais, incluindo pesquisadores, ligados à área de urbanismo, engenharia, meio ambiente em geral, contando, inclusive, com apoio de instituições como a Universidade Federal da Bahia e Instituto de Arquitetura da Bahia. Depreende-se desse fato a existência de uma crescente **preocupação tecnicamente qualificada** da sociedade civil frente às decisões tomadas pela Administração Pública.

Sinteticamente, a crítica feita a tais projetos pelos especialistas compreende dois pontos fulcrais: 1. a Administração Pública não está considerando, em seu processo de tomada de decisão para a escolha dos projetos a serem implementados, alternativas de técnicas de engenharia que apresentem menor impacto ambiental em comparação às implementadas tradicionalmente, restringindo-se a repetir a concepção convencional de engenharia que não mais atende às hodiernas demandas de preservação ambiental; 2. a Administração Pública não está apresentando as devidas razões e justificativa (fundamentação) para escolhas das técnicas realizadas.

Diante deste cenário, acrescido de uma preocupação afetiva com a cidade de Salvador, minha cidade lar, o caso da macrodrenagem do Rio Jaguaribe e Mangabeira foi escolhido para objeto deste estudo, por ser considerado pela autora como emblemático do exercício da defesa do patrimônio ambiental urbano pela coletividade, em especial, para a proteção de seus rios e seus ecossistemas. Vale ressaltar que, além da intensa movimentação da sociedade civil, tal projeto é destinatário de Ações Cíveis Públicas propostas pelos Ministérios Públicos, Estadual e Federal, além de Ações Populares impetradas por cidadãos e associações legitimadas, no exercício direto da cidadania, em defesa da preservação ambiental.²

O marco teórico adotado é o do neoconstitucionalismo, a partir do qual aos princípios é dada força normativa, e não mais apenas prescritiva de conduta, passando a ser a violação de um princípio jurídico a violação do ordenamento. Dentro deste pressuposto é considerada a força normativa da dimensão ecológica posta na Constituição Federal de 1988, a partir da qual, o Brasil se torna também um Estado de Direito Ambiental³.

A vertente deste estudo, por sua vez, se associa à de pesquisas jurídicas que têm por objetivo o estudo da implementação da norma, e não a análise da norma em si. Conforme ensina o eminente jurista Antônio Herman Benjamin⁴:

[...] ao Direito Ambiental, como disciplina jurídica com identidade própria, importa tanto conhecer a norma, em sua abstração formal, como no cotidiano de sua aplicação, vale dizer, na sua *implementação*. À *Ordem Pública Ambiental* legislada haverá que se acrescentar o matiz implementador. O texto legislativo, sozinho, realmente não leva a lugar nenhum, contrariamente ao que insinua e advoga o saber convencional.

Desta forma, esse estudo alia-se àqueles que visam compreender as variáveis envolvidas no fenômeno da não-implementação das normas ambientais, buscando oferecer contribuições para uma implementação mais efetiva, tentando, como isso, evitar prejuízos ambientais incalculáveis.

O problema de pesquisa aqui posto é verificar, com base no escopo do material analisado, se a Administração Pública, no que se refere ao ato de escolher

²As mencionadas ações são: 1) Ação Popular no 1001312-27.2017.4.01.3300; 2) Ação Civil Pública no 1005070-14.2017.4.01.3300 e 3) Ação Civil Pública no 1002742-14.2017.4.01.3300.

³SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴BENJAMIN. Antônio Herman de V. **Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental**. Brasília: BDJUR B12, 2011, p.5. Disponível em: <<http://bdj.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2018.

a técnica de engenharia, agiu dentro dos limites discricionários postos pela norma ambiental e administrativista no exercício do poder, fundamentando satisfatoriamente sua escolha, ou extrapolou esses limites?

Metodologicamente, optou-se por realizar uma análise de caso na esfera jurídica, sendo o recorte, quanto às fontes de informação referentes ao caso concreto, a análise da Ação Popular (AP) nº 1001312-27.2017.401.3300, proposta na Justiça Federal, por cidadão, atuando o Ministério Público Federal na função de fiscal da lei (*custos legis*) em face dos seguintes entes: a União, o Estado da Bahia, Município de Salvador, a CONDER - Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia, e a CEF - Caixa Econômica Federal.

Da análise da referida AP, destacam-se os seguintes documentos, dentre outros analisados: petição inicial (PI), com pedido liminar *inaudita alter parte* visando a paralisação imediata do empreendimento; Nota Técnica (NT) elaborada por 10 (dez) engenheiros especialistas, doutores e pós-doutores, integrantes do corpo docente do MAASA - Mestrado em Meio Ambiente, Águas e Saneamento da Escola Politécnica da UFBA, a qual instrui a PI; peças de contestação do Estado da Bahia, CONDER, CEF - Caixa Econômica Federal, União e Município de Salvador; e Agravo de Instrumento interposto pelo Estado da Bahia e CONDER pedindo o retorno das obras paradas pelo deferimento da liminar. Até o momento da realização desse estudo, o mérito da AP não havia sido julgado, as obras de execução estavam em curso, sendo, o trecho referente à foz do rio Jaguaribe, parte destacada na AP, sendo inaugurado em 19.11.2018.

Dada a complexidade do tema, foi necessário adotar uma abordagem interdisciplinar. Assim, em acréscimo do estudo jurídico voltado à legislação aplicada à espécie, doutrina e jurisprudência nas áreas do direito ambiental, administrativo e constitucional, fez-se necessária aproximação com conceitos da engenharia, focando em técnicas relacionadas a soluções para alagamentos de águas pluviais e rios urbanos, assim como conceitos relativos a serviços ecológicos e outros benefícios prestados pelos rios às cidades.

Além das pesquisas bibliográficas e documentais, foram realizadas entrevistas com especialistas em saneamento básico, participações em seminários e eventos relacionados ao tema e participações em movimentos ambientalistas engajados com a preservação do Rio Jaguaribe e do meio ambiente como um todo.

O objetivo geral do estudo foi identificar em que medida, a partir do material analisado, verificou-se que a escolha feita pela administração acerca da técnica/concepção de engenharia no projeto esteve em consonância com as exigências do Direito Administrativo para o exercício da discricionariedade e com os princípios ambientais, as políticas de meio ambiente e saneamento básico no Brasil e a gestão pública sustentável que se aplicam ao caso. Em termos jurídicos, o objetivo geral foi verificar se o ato da Administração, referente à escolha do tipo de projeto de engenharia para o problema urbano foi um ato administrativo devidamente fundamentado apresentando a devida consonância com a normatividade posta pela Constituição Federal para a preservação ambiental, expressa inclusive em diplomas infraconstitucionais, aplicados à espécie, decidido, portanto, dentro dos limites da discricionariedade administrativa.

Para tanto, os objetivos específicos foram os seguintes:

- a) caracterizar o problema fático que deu origem a intervenção da administração pública através do projeto de macrodrenagem;
- b) identificar as exigências essenciais postas pelo Direito Administrativo para o exercício da discricionariedade, assim como os critérios para seu controle judicial;
- c) identificar as prescrições essenciais da norma ambiental, em âmbito constitucional e infraconstitucional, para escolhas técnicas em situações correlatas ao caso concreto;
- d) identificar, a partir da análise da NT, as informações técnicas acerca do projeto de macrodrenagem relacionadas à alegação do autor, selecionada para este estudo;
- e) analisar, conforme os parâmetros normativos identificados para o controle da legalidade, se o ato discricionário da escolha técnica pela administração respeitou devidamente o princípio da legalidade ou não.

Dentro do escopo de um Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito da UFBA, monografia, os assuntos tratados nos capítulos foram os seguintes:

O capítulo 2 - Das Considerações Jurídicas – aborda dois temas jurídicos pertinentes ao problema posto pelo estudo, visando prover subsídios para o mesmo. O primeiro deles é sobre o surgimento da ordem jurídica ambiental, estruturada em respostas às demandas originadas a partir da “crise ambiental”, contextualizada na década de 1970, com foco no surgimento do direito constitucional ambiental,

alcançando a ordem constitucional brasileira em 1988, a partir das preocupações normativas voltadas à proteção ambiental. O segundo tema aborda a competência discricionária da Administração Pública, seu conceito, propósito, relação com o princípio da legalidade e critérios para seu controle judicial, destacando-se as limitações impostas à mesma partir do status de direito fundamental de terceira geração, atribuído ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O capítulo 3 – Da análise do caso concreto - trata da análise da Ação Popular nº 1001312-27.2017.401.3300, visando responder à alegação do autor de que a concepção/técnica de engenharia do projeto de macrodrenagem dos rios Jaguaribe e Mangabeira, era ultrapassada, causadora de já sabidos graves impactos ambientais, e que a Administração Pública não considerou técnicas mais sustentáveis para a escolha do projeto, causando desnecessária perda ecológica, paisagística, degradação ambiental. Partindo-se desta alegação posta na exordial, foi feita a análise das considerações constantes da Nota Técnica (NT), assinadas por engenheiros especialistas, integrantes do corpo docente da Escola Politécnica da UFBA, acerca da apreciação do Projeto de Macrodrenagem dos rios Jaguaribe e Mangabeira. O foco de análise da NT foi, por um lado, identificar as informações postas que pudessem para confirmar ou refutar a alegação do autor, suso referida, e, por outro lado, verificadas as respostas dos réus, através de suas contestações, sobre a alegação em foco.

No capítulo 4 – Das considerações finais – apresento, nas considerações finais, as reflexões acerca da atuação da Administração Pública no caso concreto, no que tange ao exercício da discricionariedade em consideração às normas ambientais e às exigências administrativistas, no intuito de contribuir para a construção de uma Salvador respeitada e valorizada em seu generoso atributo natural, elemento essencial de sua forte identidade.

2. DAS CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS

Os temas jurídicos apresentados neste estudo serão abordados com a finalidade de oferecer subsídios para a análise do caso concreto. Como se trata de Ação Popular contra ato da Administração Pública nas esferas federal, estadual e municipal, esta adquire centralidade nos temas abordados dada sua relevância no caso concreto. O propósito será o de tentar responder a seguinte pergunta: no que se refere ao ato discricionário, quanto à escolha da concepção/técnica de engenharia para o problema de alagamento relacionado ao Rio Jaguaribe, a Administração Pública respeitou o princípio da legalidade?

Por se tratar de um ato de tomada de decisão da Administração Pública, no exercício da gestão (e não um ato político), incide sobre o mesmo as prescrições do Direito Administrativo, destacando-se: a congruência com a “Lei” e exposição da motivação satisfatória que justifique sua escolha. Por outro lado, por se tratar de um ato que impacta sobre um bem jurídico, tutelado constitucionalmente, o meio ambiente em seu elemento natural (rio urbano e seu ecossistema), tal ato atrai para si a incidência da força normativa ambiental constitucional, ou a norma ambiental em sentido amplo, incluindo a expressão dessa normatividade fundamental nos diplomas infraconstitucionais. Com isso, a análise quanto à adequação ao “princípio da legalidade” passa a abarcar, além dos critérios postos pelo direito administrativo, os limites (ou direcionamentos) jurídicos acrescidos tanto pelo status jurídico do direito que se quer proteger, direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como pela norma ambiental, ao campo de atuação discricionária do gestor público.

2.1 Da nova ordem (jurídica) ambiental

O domínio do homem sobre a natureza, o avanço do conhecimento científico e o desenvolvimento de tecnologias altamente poderosas, deveriam ser celebrados como a realização plena do homem iluminista, afinal, somente através do uso da razão, fora possível afirmar sua superioridade “absoluta” frente à natureza. No entanto, o incrível avanço tecnológico, aliado a um modo de vida consumista, individualista, irrefletido, voltado apenas para a satisfação imediata das necessidades e desejos, passou a dar sinais de que as coisas não iam assim tão bem. A acelerada produção exauria os recursos naturais, poluía o ambiente, alterava

os elementos essenciais à vida, tornando-os muitas vezes perigosos à saúde ou letais. Em meados do século passado, em decorrência das consequências negativas trazidas pelo grande “progresso e desenvolvimento” da humanidade, começaram a surgir, na Europa e nos EUA, as primeiras preocupações com a integridade humana nesse novo cenário.

A publicação, em 1962, do livro *Primavera Silenciosa*, da autora Rachel Carson, projetou para o espaço público o debate a respeito da “responsabilidade da ciência, dos limites do progresso tecnológico e da relação entre o ser humano e a natureza”, ainda que não fosse a pioneira do movimento ambientalista.⁵ Partindo do problema da contaminação química, por agrotóxicos (como o DDT), que alteravam os processos celulares em plantas e animais, atingindo todo o ambiente, inclusive o ser humano, sua reflexão alcançou a questão ecológica em todas as dimensões, destacando a importância da inclusão da proteção do ambiente no catálogo dos direitos fundamentais dos sistemas jurídicos, como ilustra o trecho abaixo:

Se a Constituição (Bill of Rights) não contém a garantia de que o cidadão deve ser protegido contra venenos letais distribuídos tanto por indivíduos privados quanto por representantes oficiais do governo, isso ocorre porque nossos antepassados, apesar de sua considerável sabedoria e previdência, não podiam imaginar tal problema à época de sua elaboração⁶

Essa passagem, além de apontar para a necessidade de proteção do cidadão e do ambiente frente a produtos nocivos criados pela ciência, mostra que tal situação era absolutamente nova no cenário social. Ou seja, os avanços tecnológicos, com suas promessas de solução, estavam gerando produtos prejudiciais à vida e ao ambiente, sendo uma ameaça à integridade, à saúde e existência das pessoas e demais seres vivos. Dada a relevância do problema humano trazido por tais avanços, o Direito foi chamado a dar respostas jurídicas, visando estabilizar as relações sociais frente à nova situação.

Ou seja, a chamada “crise ambiental”, acirrada pelas formas de produção e sua intensidade em um mercado “desenvolvimentista”, focado no lucro, implicava na degradação do ambiente pela poluição gerada pelas indústrias, chuvas ácidas, envenenamento e seca dos rios, exaurimento de recursos ambientais, dentre outras expressões. Tal cenário levou, em 1972, à convocação da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia. Neste

⁵SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit.

⁶CARSON 1962 apud SARLET; FENSTERSEIFER, Ibidem, p. 23.

encontro foi produzida a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, estabelecendo princípios para questões ambientais internacionais, incluindo direitos humanos, gestão de recursos naturais, prevenção da poluição e relação entre ambiente e desenvolvimento, estendendo-se até a necessidade de se abolir as armas de destruição em massa.⁷Tal declaração, como apontam Sarlet e Fensterseifer⁸,

se apresenta como marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental, projetando pela primeira vez no horizonte jurídico, especialmente no âmbito internacional, a ideia em torno de um direito humano a viver em um ambiente equilibrado e saudável, tomando a qualidade do ambiente como elemento essencial para uma vida humana com dignidade e bem-estar.

Vale ressaltar que a consciência da “crise ambiental” foi um fato social, levando vários ramos da ciência e sociedade a repensarem seu modo de vida, forma de atuação e valores, voltando-se para busca de condutas menos impactantes no ambiente. Como será visto no capítulo 3, a seguir, é interessante notar, que a década de 1970 também trouxe mudanças na concepção de engenharia, levando à busca de soluções técnicas menos impactantes que a canalização e retificação de curso d’água (rios), comuns à época, para o problema de alagamentos urbanos decorrentes de águas pluviais.

Os esforços internacionais deram então início ao processo de ecologização do Direito⁹ frente à constatação material do progressivo exaurimento de recursos naturais pelo homem, da crescente poluição e seus nocivos efeitos, e, como descrito por Ulrich Beck em seu livro “Sociedade de Risco”, da socialização dos riscos e prejuízos ambientais que, por virem integrados aos elementos essenciais para a vida – ar, água, alimentos, etc – não poderiam ser evitados por fronteiras políticas, exércitos ou muralhas. Destaca o autor em sua obra, que a “sociedade (industrial) de risco” é uma “civilização que ameaça a si mesma.”¹⁰

A tomada de consciência da situação fática e as características dos problemas relacionados à crise ambiental demandaram um novo “olhar do Direito”.

⁷ SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documento por Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente. **Revista em Discussão**, ano 3, n. 11, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>> Acesso em: 22 nov.2018.

⁸ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p.36.

⁹Ibidem, p. 23.

¹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p.12.

Do esforço internacional de se pactuar regramentos referentes à preservação do meio ambiente, se chegou à introdução dessas preocupações ecológicas na ordem Constitucional de inúmeros países, a exemplo da Constituição de Portugal (1976, art. 66), Espanha (1978, art. 45), Brasil (1988), França (2005), Alemanha (preocupação ambiental introduzida em 1994), além de inúmeros outros países na América Latina. Esclarecem Sarlet e Fensterseifer¹¹ que assim como no passado a Teoria da Constituição e do Direito Constitucional se comprometeram a dar respostas a valores liberais e sociais, hoje a proteção e promoção do ambiente desponta, inova enquanto valor constitucional, dando origem à edificação de uma “Teoria Constitucional Ecológica, o que torna possível a defesa de um Direito Constitucional Ambiental.”

O rápido reconhecimento do ambiente equilibrado, como valor de tutela maior, como ilustra Herman Benjamin, citando o geógrafo Carl O. Sauer, “é um daqueles raros momentos, que ocorrem de tempos em tempos, em que o ‘senso de civilização’ é redefinido”. Continua o autor, “a constitucionalização do ambiente é uma irresistível tendência internacional, que coincide com o surgimento e consolidação do Direito Ambiental”.¹²

Aponta Benjamin que, ao contrário das disciplinas clássicas, os fundamentos dorsais do Direito Ambiental encontram-se expressamente apresentados em crescente número nas Constituições modernas, devendo ser montado o edifício teórico da disciplina a partir destas. Conforme o autor;

Somente por mediação do texto constitucional enxergamos – espera-se – um novo paradigma ético-jurídico, que é também político-econômico, marcado pelo permanente exercício de fuga da clássica compreensão coisificadora, exclusivista, individualista e fragmentária da biosfera.¹³

Herman Benjamin¹⁴, citando estudo comparado dos regimes de proteção constitucional do meio ambiente, apresenta cinco características comuns aos mesmos, a saber: 1. Adota-se nos textos constitucionais uma compreensão sistêmica (orgânica ou holística) e legalmente autônoma do meio ambiente, determinando um tratamento jurídico das partes a partir do todo, posicionando-se de

¹¹SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 23-24.

¹²SAUER apud BENJAMIN, Antônio Herman de V. Constitucionalização do Ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José J. G. e MORATO, José R. (Coord.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77-150, p.81.

¹³Ibidem p. 85-86

¹⁴ Ibidem p. 86-87

modo oposto ao paradigma anterior; 2. Compromisso ético de não empobrecer a Terra e a sua biodiversidade, visando manter as condições para que as futuras gerações possam realizar suas escolhas, manter a sobrevivência das espécies e do seu habitat; 3. Torna o direito de propriedade mais receptivo à proteção do meio ambiente, sob a marca da sustentabilidade, inaugurando uma nova dominialidade dos recursos naturais, seja pela alteração do domínio de certos recursos naturais, seja pela mitigação dos exauros degradadores do direito de propriedade, com a ecologização da função social; 4. Opção por processos decisórios abertos, transparentes, bem informados e democráticos, estruturado em torno de um devido processo legal ambiental (= *due process* ambiental); e 5. Preocupação com a implementação das normas ambientais já presente no próprio texto constitucional.

Neste sentido, Sarlet e Fensterseifer¹⁵ apontam que não obstante as diferenças existentes no ordenamento jurídico dos diversos países que incluíram a importância do meio ambiente em suas constituições,

resulta evidente que a proteção ambiental passou a ser compreendida, em todos os cenários constitucionais [...], como um valor constitucional, assim como uma tarefa do Estado (Estado-Legislator, Estado-Administrador e o Estado-Juiz) e da sociedade.

Convocado a regular e a normatizar as relações pertinentes a um objeto tão imenso, o “meio ambiente”, o direito ambiental já nasce sob a égide da transversalidade e interdisciplinaridade. Sua transversalidade se refere ao fato de que, em todos os ramos do direito positivo, haverá a incidência da preocupação com o meio ambiente, por isso, o direito ambiental é considerado um dos ramos do direito que mais se relaciona com os demais, destacando-se sua estreita relação como o Direito Constitucional e Administrativo¹⁶. O traço da transversalidade é traduzido para o princípio da integração, presente no direito ambiental europeu.

Conforme Aragão, uma vez que todas as atividades humanas são suscetíveis de afetar o ambiente, uma política preventiva de proteção ambiental implicaria em uma “ponderação prévia dos ‘impactos ambientais’ de qualquer atividade humana antes da tomada de decisão, minimizando assim, os prejuízos ambientais pela

¹⁵ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p.26.

¹⁶ ANTUNES, Paulo de B. **Direito Ambiental**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.41.

ponderação das consequências ecológicas da decisão”¹⁷. Esta é a ideia subjacente ao princípio da integração, vigente na União Europeia, pelo qual, “as exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias”¹⁸.

Já a interdisciplinaridade, parte da necessidade prática de informações de inúmeras áreas do conhecimento humano, para ser capaz de oferecer a proteção necessária ao ambiente. Não pode haver proteção jurídica efetiva se o aplicador do Direito não tiver acesso ao saber relevante à matéria em que atua. A exemplo do caso concreto, faz-se mister as informações científicas sobre os impactos ambientais decorrentes das obras propostas, assim como avaliação dos impactos de outras alternativas interventivas. E, só é possível ter acesso a essas informações, a partir de estudos jurídicos específicos, aliado ao saber profissional da área técnica de engenharia ambiental.

Uma vez compreendido que um ambiente saudável é substrato ao direito à vida digna, ingressa o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado no catálogo de direitos fundamentais de terceira geração, caracterizado a partir dos seguintes traços: apresentarem a titularidade difusa e por serem direitos de solidariedade ou fraternidade, “em face de sua implicação universal, ou no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.”¹⁹

Um tema jurídico de relevância é sobre o direito a um mínimo de existência ecológico, que traz consigo a ideia de um núcleo essencial de *um direito fundamental ao ambiente e qualidade de vida*. Como leciona Canotilho,

Este núcleo essencial pressupõe, desde logo, a **procura do nível mais adequado de ação**, ou seja, **que a execução das medidas de política do ambiente tenha em consideração o nível mais adequado de ação**, seja ele de âmbito internacional, nacional, regional, local ou setorial.²⁰

¹⁷ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente na União Europeia. In: CANOTILHO, José J. G. e MORATO, José R. (Coord.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47-48.

¹⁸Ibide, p. 48

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 49.

²⁰CANOTILHO, José J. G. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José J. G. e MORATO, José R. (Coord.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

A compreensão do traço da solidariedade no direito ao meio ambiente equilibrado, como posto acima, é de essencial importância para sua efetivação e adoção de medidas protetivas, pois tal traço indica que “só podem ser realizados por meio de esforços conjuntos de todos os atores da cena social: o indivíduo, o Estado, corporações públicas e privadas e a comunidade internacional.”²¹ Desse modo, assim como os direitos liberais tem seu alicerce normativo no princípio da liberdade, os direitos sociais no princípio da igualdade, o direito ao ambiente tem por suporte normativo-axiológico no princípio (e dever) da solidariedade.²²

Sintetizam Sarlet e Fensterseifer que,

o objetivo da Modernidade teria sido conceber o ser humano como indivíduo numa sociedade livre, democrática e social. No entanto, conforme alerta Bosselmann, “o tempo passou”, e agora, não obstante os seres humanos continuarem a ser uma ameaça para os seus “companheiros” da espécie humana, eles, além disso, passam a representar uma ameaça para as condições naturais de vida, o que demanda um conceito alargado de solidariedade, incorporando uma dimensão ecológica à já existente dimensão social, de modo a alcançar uma adequada compreensão dos direitos fundamentais.²³

Neste sentido, destaca Zhouri²⁴, ao incorporar a dimensão ecológica à dimensão social, que as ameaças às condições naturais de vida, decorrentes das disputas por elementos naturais implicados em projetos desenvolvimentistas, impactam de forma desigual nos diferentes grupos, levando a um redimensionamento do campo dos conflitos sociais.

Além da solidariedade entre os agentes no sentido da proteção e preservação ambiental, Canotilho²⁵ destaca o conceito de *responsabilidade de longa duração*, como traço do Estado de direito democrático e ambiental, a qual abarca quatro princípios básicos: o princípio do desenvolvimento sustentável, princípio do aproveitamento racional dos recursos, princípio da salvaguarda da capacidade de renovação e estabilidade ecológica destes recursos e o princípio da solidariedade entre gerações.

Explica o autor, que em termos jurídicos-constitucionais, a responsabilidade de longa duração primeiramente impõe a adoção, pelo poder público, de medidas de

²¹ BOSSELMANN, 2006 apud SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 36.

²²SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 36.

²³ Ibidem, p. 36.

²⁴ ZHOURI, Andréa e VALÊNCIO, Norma (orgs.). Formas de matar, de morrer e de resistir: limites da resolução negociada de conflitos ambientais. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2014.

²⁵CANOTILHO, op. cit., p. 26.

proteção ordenadas, que limitem ou neutralizem a causação de danos ao ambiente que ameacem a garantia de sobrevivência condigna das presentes e das futuras gerações humanas (responsabilidade antropocêntrica) e de todas as formas de vida centradas no equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas naturais ou transformados (responsabilidade ecocêntrica). Além da adoção das medidas adequadas de proteção, a responsabilidade de longa duração, impõe ao Estado o dever de observância do princípio de nível de proteção elevado quanto à defesa dos componentes ambientais naturais.

Além desses elementos, a consciência ecológica trouxe ainda uma outra inovação jurídica, o deslocamento ético do eixo antropocêntrico, no sentido de uma ética biocêntrica ou ecocêntrica. Isto porque, o traço coletivo e holístico da crise ambiental trouxe a reflexão da posição do homem frente aos outros animais e à natureza. Ficou claro que o ser humano, a despeito dos ideais iluministas Kantianos e Cartesianos, os quais afirmavam ser o homem um ser superior em relação aos outros seres da natureza, dada sua capacidade racional, em verdade era parte dessa mesma natureza, sendo mais uma espécie dentre os animais.

Paradoxalmente, foi em decorrência do domínio aparentemente total da natureza pela técnica que a consciência holística do homem foi despertada, descobrindo-se igual aos outros seres da natureza, sofrendo dos mesmos impactos e dependendo dela para existir. A compreensão de fazer parte de um todo maior, trouxe consigo a redescoberta de uma ética de respeito à vida já sustentada por alguns. O ponto crucial estava na consciência de que a qualquer prática de “objetificação” ou “coisificação” seria vedada não apenas para o ser humano, como postulava Kant acerca da dignidade da pessoa humana, mas também em relação a qualquer outra forma de vida.²⁶

A inovação desta nova ética, que concebe dignidade ao princípio da vida, trouxe, como postula o filósofo Hans Jonas, um reconhecimento de um valor intrínseco à própria existência orgânica como tal.²⁷ O valor intrínseco da vida, ao ser absorvido juridicamente, fez surgir inúmeros documentos em âmbito internacional sobre o tema, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos dos Animais da UNESCO (1978). Ressalta-se ainda, em sinergia com a noção de dignidade da vida

²⁶SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 36.

²⁷JONAS, Hans. **O princípio da vida**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 15.

não humana, a Constituição do Equador (2008) que consagrou capítulo específico sobre os Direitos da Natureza (Pacha Mama), atribuindo à natureza o status de sujeito de direito.

A recente decisão da Corte Constitucional Colombiana, por meio da Sentença T-622 de 2016, que atribuiu personalidade jurídica ao rio Atrato²⁸, dando-lhe status de sujeito de direito, tornou-se um exemplo emblemático dessa nova ética. Também no Brasil já temos exemplo de decisões judiciais, ainda que por juízes em primeiro grau, reconhecendo o status de sujeito de direito a animais, como o ocorrido na decisão de concessão de liminar no caso do Circo Portugal²⁹, em Salvador, Bahia.

Por fim, importante ressaltar, ainda que o Direito Ambiental traga a abertura a novos temas e áreas de atuação jurídica, como o Direito Animal, Direito da Natureza, implicando em novas possibilidades éticas, esse dado é irrelevante em relação ao reconhecimento da importância do meio ambiente para possibilidade da vida digna do ser humano. Destaca-se esta observação porque inúmeras vezes se confundem a busca por um ambiente saudável com uma “preocupação excessiva” com a vida de seres que não são humanos, como se essa preocupação, aos olhos de muitos que ainda não saíram do antropocentrismo, maculasse a causa ambiental. O que se postula aqui é deixar claro que a defesa da preservação ambiental, à vida dos ecossistemas, rios, mares, pode ser feita ainda que se mantenha a ética antropocêntrica. Vez que, reiterando o acima dito, o reconhecimento do equilíbrio ambiental, como condição essencial para a dignidade da pessoa humana, já é o argumento suficiente para a sua preservação e proteção de danos, inúmeras vezes, evitáveis.

2.2 A ordem constitucional ambiental brasileira

Em sintonia com as preocupações ambientais surgidas em todo o mundo, a Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo especial à proteção do

²⁸CAMARA, Ana Stela; FERNANDES, Marcia Maria. O Reconhecimento Jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v.12, n.1, 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/viewFile/27788/pdf>>. Acesso em: 12 out. 2018.

²⁹ FERREIRA, Ana Conceição B. S. G. A. **Proteção aos Animais e o Direito**: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecendo, em seu art. 225, caput, o seguinte:

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.

Leciona Antônio Herman Benjamin que:

Coube à Constituição – do Brasil, mas também de muitos outros países – repreender e retificar o velho paradigma civilístico, substituindo-o, em boa hora, por outro mais sensível à saúde das pessoas (enxergadas coletivamente), às expectativas das futuras gerações, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos a longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como aos benefícios tangíveis e intangíveis do seu uso-limitado (e até não uso). O universo dessas novas ordens constitucionais, afastando-se das estruturas normativas do passado recente, não ignora ou despreza a natureza, nem é a ela hostil.³⁰

E continua o autor:

Muito ao contrário, na Constituição, inicia-se uma jornada fora do comum, que permite propor, defender e edificar uma nova ordem pública, [...], centrada na valorização da responsabilidade de todos para com as verdadeiras base da vida, a Terra.³¹

A partir dessa compreensão, fica evidente que a escolha do constituinte originário em consagrar formalmente a tutela do direito ao meio ambiente em nível constitucional gera, por si só uma série de consequências com base no princípio da hierarquia jurídica, destacando-se: a possibilidade de anulação ou não aplicação de leis contrárias a esse objetivo da preservação ambiental; a determinação de que nenhum agente público ou privado pode tratar o meio ambiente como valor subsidiário ou menor; e, principalmente, o fato de tornar-se um dado importante para a “interpretação axiologicamente adequada das leis ordinárias e do exercício correto dos espaços de poder discricionário pela Administração Pública”, o que implicasse **“o Poder Público deve sempre optar por alternativas interventivas menos gravosas às condições ambientais e até vetar a realização de projetos e atividades contrárias a esse valor (grifo nosso).”**³²

³⁰BENJAMIM, Antônio Herman de V. Constitucionalização do Ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José J. G. e MORATO, José R. (Coord.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77-150, p.86.

³¹ Ibidem p. 86.

³²KRELL, Andreas J. Comentário ao artigo 225, caput. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, LenioL. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 2083.

Importa destacar que o conceito de meio ambiente adotado na Constituição não se resume aos elementos naturais, ampliando o conceito, enquanto objeto de proteção do art. 225, para, além dos elementos naturais, os artificiais e os culturais, incluindo a estética da paisagem natural e o ambiente construído pelo ser humano.

Ressalta Krell³³, que esse conceito mais abrangente não dilui os contornos do bem protegido, declarando o STF que os instrumentos jurídicos visam a

*defesa objetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerando este em seu aspecto físico ou natural.*³⁴

Como já mencionado acima, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado guarda intrínseca relação com o fundamento da dignidade da pessoa humana, constante do art. 1º, inciso III da Carta Magna, reforçando ainda o direito à vida (art. 5º caput) e à saúde (art. 6º, 196 e s.), em consonância com o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais.

Sobre o status de direito fundamental leciona Krell³⁵:

A consagração de um direito fundamental ao ambiente na Constituição do País significa uma importante decisão axiológica em favor de um bem imaterial, cuja efetiva proteção depende da cooperação dos diferentes atores sujeitos às respectivas obrigações legais. Tornam-se imprescindíveis também profundas alterações no uso dos instrumentos normativos e administrativos, bem como nas próprias atitudes na compreensão dos conflitos envolvidos, a partir da perspectiva da solidariedade (benefícios e responsabilidades comuns).

O dever decorrente de tratar-se de direito fundamental, impõe ao Estado “um comportamento *ativo* no sentido de uma obrigação a prestar proteção ao meio ambiente e impedir que terceiros o destruam e degradem, além de exigir uma *abstenção* no mesmo sentido”.³⁶

Logo, citando Herman Benjamin, esclarece que “a consagração do direito ao ambiente ao nível fundamental determina que nenhum agente, público ou privado, pode tratá-lo como “valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível”.³⁷

³³ Ibidem, p. 2083

³⁴ STF, ADI-MC 3540-1/DF, Tribunal Pleno, j.1.9.2005, Rel. Min. Celso de Mello, p. 2, fl. 529 apud KRELL. Ibidem, p. 2080 (grifos no original).

³⁵ Ibidem, p. 2078.

³⁶ Ibidem, p. 2082.

³⁷ BENJAMIN apud KRELL, Andreas J. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In. CANOTILHO, José J. Gomes; LEITE, José R. Morato. **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.112.

De fato, Herman Benjamin, ao listar os benefícios da constitucionalização do ambiente aponta como um deles a redução da discricionariedade da Administração Pública. Por um lado, impondo ao administrador o permanente dever de levar em conta o meio ambiente e de direta ou positivamente, protegê-lo, exigindo que os demais membros da comunidade ajam da mesma forma. De outro lado, a constitucionalização do ambiente abre ao cidadão a possibilidade de questionar as ações realizadas pela Administração Pública que prejudiquem os sistemas naturais e a biodiversidade de forma significativa.³⁸

Explica, ainda, o eminente jurista:

Daí que ao Estado não resta mais do que uma única hipótese de comportamento: na formulação de políticas públicas e em procedimentos decisórios individuais, optar sempre, entre as várias alternativas viáveis ou possíveis, por aquelas menos gravosas ao equilíbrio ecológico, aventado inclusive, a não ação ou manutenção da integridade do meio ambiente pela via do sinal vermelho ao empreendimento proposto.³⁹

Apesar disso, Krell destaca que

“é de observar, contudo, que muitos agentes públicos ainda efetuam um tipo de ponderação deformada, dando – ex ante e sem consideração das condições concretas – preferência aos interesses públicos tradicionais (criação/manutenção de emprego, produção de bens, geração de tributos, etc.), o que relega os interesses difusos quase sempre ao segundo plano”.

40

Declarado, também pelo caput do art. 225, como **bem de uso comum do povo**, o meio ambiente passou a ser enquadrado como bem público (art. 99, I, CC/2002), sendo, portanto, pertencente à coletividade, não integrando o patrimônio disponível do Estado, o qual passa apenas a ter sua guarda e gestão. Além disso, como ressalta José Afonso da Silva⁴¹,

os bens ambientais, tanto os constitutivos do ambiente natural quanto os integrantes do ambiente cultural (de valor histórico, artístico, arqueológico turístico e paisagístico) **devem ser considerados bens de interesse público**, sujeitos a um regime jurídico especial que condiciona as atividades e os negócios relativos a eles.

No art. 225 estão postos o **direito e dever de proteção** ao meio ambiente de forma solidária, no sentido em que tanto o Estado como a coletividade devem atuar para protegê-lo. Destaca-se que, além da legitimidade conferida à coletividade e ao

³⁸BENJAMIN, 2011, op. cit. p. 95.

³⁹Ibid, p. 95.

⁴⁰KRELL, 2013, op. cit., p. 2081.

⁴¹SILVA 2003 apud KRELL, 2013, op. cit., p. 2080.

cidadão para proteger o meio ambiente, em consonância com o princípio da participação democrática, a própria Constituição prevê instrumentos para a sua proteção, a exemplo da Ação Popular e Ação Civil Pública.

No exercício do dever de proteção, o Estado tem a obrigação constitucional e legal de intervir em matéria ambiental. Não é uma faculdade. A Constituição Federal trata do tema na forma de obrigação estatal, não de inócua recomendação, tanto no *caput* do art. 225 ("*impondo-se* ao Poder Público...", grifei), como na abertura do seu parágrafo primeiro ("*incumbe* ao Poder Público", grifei). Por sua vez, a Lei nº 6.938/81 elenca, como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, a "ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerado o meio ambiente como patrimônio público a ser *necessariamente* assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo" (art. 2º, inciso I, grifei).

Como apontado no item acima, ainda que o traço solidariedade implique na necessidade da ação conjunta de todos em defesa ao meio ambiente, o impacto das ações atribuídas aos agentes varia imensamente. Destaca-se o papel da administração pública frente à proteção ou degradação ambiental.

Como aponta Antunes, no Estado Brasileiro cabe à Administração Pública o poder de polícia ambiental⁴² tanto preventivo, por ex. através dos licenciamentos ambientais, como repressivo, através de multas e outras sanções. Da mesma forma, como será visto no item a seguir, cabe à administração pública a função atípica de legislar, de modo complementar, normas ambientais com critérios técnicos relacionados a cada matéria, "discricionabilidade técnica", e ainda, é dado à Administração Pública, através da gestão da coisa pública, tomar as decisões sobre técnicas de engenharia a serem implementadas, a exemplo de canalização de rios. Ou seja, qualquer desses atos administrativos referidos acima pode repercutir de modo seriíssimo na qualidade do meio ambiente, daí a importância central do controle de discricionabilidade administrativa em matéria ambiental.

A compreensão concreta da proteção ambiental não pode negligenciar a relação entre meio ambiente e interesses econômicos, afinal, a crise ambiental se deu em decorrência da aliança entre tais interesses e a tecnologia. Logo, o argumento do "desenvolvimento urbano", tão utilizado pela Administração Pública precisa ser analisado criteriosamente, uma vez que, além da cobiça pelos elementos

⁴²ANTUNES, op. cit., p. 41.

naturais, muitas vezes os mesmos podem ser obstáculos a empreendimentos, vistos pelo poder público como muito vantajoso, fazendo com que seja desconsiderada a proteção ambiental. Nas cidades, o movimento de cheias natural dos rios é visto como um elemento a ser aniquilado, a fim de se aproveitar o terreno para negócios imobiliários, decidindo-se pelo aniquilamento do rio, com sua canalização e, muitas vezes, revestimento.

Ressalta-se, através do julgamento da ADI-MC 3540-1, que o STF exige que o antagonismo entre os valores constitucionais relevantes do desenvolvimento nacional e da preservação ambiental seja superado mediante:

*ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situações de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável [...], desde que [...] não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente*⁴³

A relevância constitucional dada ao meio ambiente causa grande impacto na interpretação axiológica das leis ordinárias e do exercício correto dos espaços de poder discricionário pela Administração Pública, afirmando Krell o que:

“à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados empregados pelas leis ambientais terá que deixar transparecer a *juridicidade reforçada* do valor meio ambiente. Na formulação de políticas públicas e, ainda mais, em procedimentos individuais, o Poder Público deve **optar pela alternativa menos gravosas** às condições ambientais ou até vetar a realização de projetos e atividades contrárias a este valor (grifoosso).⁴⁴

Vale ressaltar, como assinala Krell⁴⁵, que o parágrafo primeiro do art. 225, no qual a Constituição diz os deveres do Poder Público para a efetivação desse direito, é o único momento em que o texto constitucional se refere a “efetividade” de um direito, que pode ser entendida como eficácia jurídica (capacidade de uma norma constitucional para produzir efeitos legais) ou eficácia social (a aproximação do dever-ser normativo, ao ser da realidade social, surtindo os efeitos prescritos na realidade social).

⁴³ STF, ADI-MC 3540-1/DF, Tribunal Pleno, j.1.9.2005, Rel. Min. Celso de Mello, p. 2s, 34ss.; fls. 529s, 565ss.(grifo no original) apud KRELL, Andreas J., 2013, op. cit., p. 2080.

⁴⁴KRELL, 2013, op. cit., p. 2083.

⁴⁵Ibidem, p. 2086.

Da leitura do caput do art. 225, destaca-se também o termo “qualidade de vida”, o qual relaciona o direito ao ambiente à saúde física e psíquica e o bem estar espiritual do ser humano, retirando a proteção ambiental da sua dependência funcional em relação à utilidade direta para os objetivos do homem, e reforçando a sua ligação com o bem estar das pessoas, como preleciona Herman Antônio Benjamin.⁴⁶

A proteção ao ambiente, como já anunciado acima, traz uma série de princípios informativos da matéria. Dentre os mais relevantes estão o princípio da precaução, que visa proteger o ambiente frente ao risco de uma ameaça; princípio da solidariedade intergeracional, fazendo com que haja solidariedade e responsabilidade para com aqueles presentes e os que virão; princípio democrático, implicando no direito à informação e à participação; princípio da responsabilidade, lembrando que na esfera ambiental a responsabilidade é objetiva, sendo o princípio do poluidor pagador coincidente com a definição posta na Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, em seu artigo 3º, IV, “poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

O assunto acerca da ordem jurídica ambiental no Brasil é muito mais vasto do que as simples colocações aqui postas, lembrando-se que o direito ambiental tem um catálogo múltiplo de assuntos e que necessita, para sua efetividade, do diálogo com outras disciplinas. Muitas das dificuldades do poder judiciário em apreciar atos que impactem no meio ambiente derivam da necessidade de conhecimentos técnicos especializados sobre o assunto. Ressaltando-se também a frequente presença do Direito Administrativo nos casos concretos, dada a proeminência da Administração Pública, enquanto gestor do meio ambiente, situação presente no caso concreto.

Ao apreciar os atos discricionários da Administração Pública, cabe ao magistrado ter em mente, não apenas o controle da legalidade proveniente das leis ambientais formais, mas, e principalmente, a normatividade posta pela Constituição Federal no sentido da preservação e proteção de seu equilíbrio ecológico. Tal normatividade, como leciona Benjamin, acima, limita a discricionariedade

⁴⁶ BENJAMIN apud KRELL, 2013. Ibidem, p. 2080.

administrativa, deixando claro que suas ações obrigatoriamente devem guiar-se neste sentido.

2.3 Da discricionariedade administrativa

É “uma experiência eterna que todo homem que possui o poder é levado a dele abusar; ele vai até aonde encontrar limites.”
(Montesquieu, *O Espírito das Leis*)

2.3.1 Notas gerais sobre a discricionariedade administrativa

Só há sentido em falar em controle dos atos do administrador público quando temos por contexto um Estado de Direito. Como conhecida lição de ciência política, o Estado de Direito se organizou e estruturou a partir das ideias de igualdade, legalidade, liberdade, adotando a separação dos poderes em legislativo, executivo e judiciário e o sistema de controle de freios e contrapesos. Ainda que todos os Poderes do Estado devessem respeito ao ordenamento, à função administrativa foi dado o destaque de submeter-se aos estritos ditames da lei, ou seja, ter seus atos praticados conforme o Princípio da Legalidade. Deste modo, o Estado de Direito superou o modelo do Estado de Polícia, característico das monarquias absolutas, em que o exercício de poder era incondicionado, dada sua legitimação divina, ou transcendental.⁴⁷

Kelsen⁴⁸ aponta que a expressão “Estado de Direito” é utilizada para designar um tipo especial de Estado, como aquele que “satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica” e explica:

[...] ‘Estado de Direito’ neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis por seus atos, os tribunais são independentes e certas

⁴⁷CARDOZO, José Eduardo M. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, cap. II., p.44-77.

⁴⁸Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 346.

liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas.⁴⁹

Por sua vez, o surgimento do Direito Administrativo, em fins do século XVIII, marca a consagração do Estado de Direito. Este ramo do Direito é regido por dois princípios gerais, tendo, de um lado, o Princípio da Supremacia do Interesse Público, assegurando ao executor da lei prerrogativas e privilégios, que o colocam em patamar de superioridade em relação ao particular. Do outro lado, o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, situando o agir administrativo estritamente dentro dos mandamentos impostos pela ordem jurídica.⁵⁰

O Direito Administrativo, cujo substrato é a dialética entre “prerrogativa versus limites”, busca responder ao incessante questionamento do Estado de Direito acerca de uma possível ‘zona de liberdade’ no exercício dos poderes executivos. E ainda, uma vez que exista tal liberdade, quais seriam os limites desses atos discricionários, que técnicas jurídicas devem ser utilizadas para verificar a devida legalidade, quais atos podem ser controlados, e qual a possibilidade de controle pelo judiciário. Em outros termos, o Direito Administrativo busca dar ao Estado de Direito, dentre outros temas, respostas acerca do controle das prerrogativas do administrador, a fim de evitar os abusos de poder, tão frequentes na história das sociedades.

Estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu artigo primeiro, que a República Federativa do Brasil constitui-se em um “Estado Democrático de Direito”, afirmando que o Brasil, não apenas tem o vetor da legalidade administrativa como regente, mas também os valores da Democracia.

A evolução histórica do Estado de Direito mostra que nem sempre este teve por traço distintivo a Democracia. Inicialmente surge como um Estado Liberal, passando à fase do intervencionismo social, chegando então à fase democrática com a introdução da participação popular na coisa pública. Ao longo dessas fases o princípio da legalidade foi adquirindo novos sentidos e como tal, a compreensão do significado e limites da discricionariedade administrativa.

Como sintetiza Tourinho⁵¹, o princípio da legalidade, na primeira fase do Estado, era entendido de forma mais liberal, ainda que a Administração devesse

⁴⁹Ibidem, p. 346.

⁵⁰CARDOZO, op. cit.

⁵¹TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, cap. IV, p. 91-160.

atuar conforme a vontade da lei, havia atividades desempenhadas pela Administração Pública que estavam isentas a qualquer vinculação à norma jurídica, conseqüentemente, a qualquer controle judicial. Citando a ministra Carmen Lúcia, explica que a liberdade formalizada nesta etapa atendia apenas aos ricos e poderosos, passando as classes pobres cada vez a maior opressão, sendo flagrante a impotência do Estado diante dos conflitos sociais, apesar de seu poder de coação e monopólio da força.

Com a atribuição ao Estado da missão em se buscar a igualdade através da intervenção na ordem econômica e social, o ideal de igualdade passa a prevalecer sobre o da liberdade, havendo um intervencionismo estatal no sentido social. Neste chamado Estado Social, como continua Tourinho, instalou-se a ideia de interesse público, em oposição ao individualismo da fase anterior. O exercício dos direitos individuais passou então a ser limitado em benefício do bem-estar coletivo.

No novo contexto de intervencionismo estatal, todo o agir da Administração tornou-se limitado pela lei. Pelo princípio da legalidade, a partir de então, a Administração Pública poderia fazer apenas aquilo que a lei autorizasse, sendo-lhe proibido todo o resto, atuando, portanto, em completa inversão à lógica aplicada à esfera civil, através da qual o cidadão só não pode fazer aquilo que lhe é proibido por lei. Nesses moldes, a discricionariedade administrativa passou a ser circunscrita por limites jurídicos mais marcantes.

Com o alcance da fase democrática, a participação popular tornou-se relevante nas decisões de Governo e no controle da Administração Pública, ou seja, na coisa pública. Nesta fase, o poder político passa a ser entendido como expressão do poder dos cidadãos, a exemplo do parágrafo único do art. 1º da Carta Magna quando afirma que “Todo poder emana do povo”.

Esclarece Bobbio⁵² que a democracia tem por traço distintivo, frente às formas de governo autocrático, apresentar um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Portanto, entendido como Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade passa a ser, também no Brasil, o princípio garantia dos cidadãos, obrigando o Estado a atuar em conformidade com o Direito, o qual estabelece os limites à sua atuação.

⁵²BOBBIO 1987 apud TOURINHO, Rita. Ibidem, p.99.

No entanto, mesmo a Administração Pública sujeitando-se ao Princípio da Legalidade e agindo em congruência, a realidade fática apresenta-se sempre mutante e complexa, de modo a tornar impossível que a lei preveja todas as hipóteses e as discipline. Portanto, a partir da abertura empírica da própria realidade, reitera-se a necessidade de algum grau de liberdade à atuação do administrador.

Isto porque, em distinção aos demais poderes do Estado – o legislativo e o judiciário -, cujas funções estão direcionadas a fins específicos, à administração pública cabe, além de executar as leis, ainda ter que gerir a “coisa pública”, deparando-se com uma infinidade de situações dinâmicas dos mais variados temas e demandas, relacionados à organização concreta da sociedade na gestão dos interesses da coletividade.

Sob o argumento do descompasso temporal entre a rapidez das respostas demandadas pelo administrador, e o vagar da produção de respostas legislativas, foi inicialmente justificada a necessidade da discricionariedade administrativa. No entanto, como ensina Barroso⁵³, a partir da compreensão da atividade interpretativa para a construção do sentido da própria norma, a discricionariedade passou a ser compreendida como uma atividade decorrente da condição hermeneuta humana.

Assim, toda vez que a lei possibilita a inclusão de uma estimativa subjetiva da Administração Pública no seu processo aplicativo, estamos diante da discricionariedade, mantendo-se porém a ideia de parâmetros avaliativos e controle, uma vez que à conduta da Administração não se admite o arbítrio. Como assinala Eros Roberto Grau⁵⁴, a discricionariedade não constitui um poder titulado pela administração, mas sim um modo de atuar ao dar cumprimento ao dever-poder de gerir a *res pública*.

Ressalta-se, por fim, que o Estado de Direito, em contraste ao Absolutista, cujo mote era a vontade (ou o arbítrio) do soberano - o qual não precisava prestar esclarecimentos a ninguém (salvo a Deus!) -, as ações da Administração Pública, além de vinculadas à lei, portanto regidas pelo Princípio da Legalidade, precisam ser

⁵³BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 95.

⁵⁴GRAU, 1990 apud TOURINHO, Rita, 2005, op. cit.

motivadas. Importa destacar, conforme Fernández⁵⁵, que “o Direito exige sempre justificação, demanda razões, preserva a razão. Sua Natureza é a de justificar decisões, atuações”.

Partindo desse pressuposto, explica o autor que a discricionariedade deve estar encoberta por motivação suficiente, discutível ou não, porém em todo caso, considerável. Já a arbitrariedade não traz motivação ou a traz eivada de contradições, revelando inautenticidade. A motivação da decisão é então o marco inicial da diferença entre arbitrariedade e discricionariedade, pois não havendo motivação que sustente a decisão administrativa, “o único apoio dessa será a vontade de quem a adota, apoio insuficiente em um Estado de Direito, que não dá margem para poder puramente pessoal”⁵⁶.

Conforme Tourinho, a exigência da fundamentação adequada - motivos indicados, existentes e suficientes - na diferenciação entre o ato discricionário e a arbitrariedade, é essencial, e afirma que muitas arbitrariedades são cometidas pelo administrador sob as vestes da discricionariedade, completando que “o dever-poder conferido da discricionariedade é, muitas vezes, interpretado por quem o exerce como um poder incondicional”⁵⁷.

2.3.2 Da sujeição a legalidade a sujeição à juridicidade

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo, conforme ensina Luís Roberto Barroso, sendo a promulgação da Constituição Federal de 1988, para o Brasil, o marco inaugural desta nova fase. Assim, ao atribuir força normativa aos princípios jurídicos, o dever de observância ao Princípio da Legalidade deixou de ser apenas uma obediência às leis escritas, para ser uma adequação à juridicidade.

Ainda que todos os Poderes do Estado devam atuar conforme o ordenamento jurídico, a sujeição da atividade administrativa à Lei, como dito acima, é o elemento distintivo do Estado de Direito. Neste sentido Queiró, “a essência do direito público,

⁵⁵FERNÁNDEZ, 1997 apud TOURINHO, Rita. Ibidem, p.94.

⁵⁶Ibidem, p. 94.

⁵⁷Ibidem, p. 95.

do direito administrativo *in specie*, está na obrigação para os respectivos agentes de realizarem os interesses que as leis lhes entregam para que deles curem”⁵⁸.

Desta forma, com o advento do neoconstitucionalismo, a legalidade seria o acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito no seu sentido amplo. Neste sentido, Lucia Valle Figueiredo⁵⁹, “o exame judicial terá de levar em conta não apenas a lei, a Constituição, mas também os valores principiológicos do texto constitucional, os Standards da coletividade”.

Conforme Bonavides⁶⁰, os princípios têm três funções relevantes na ordem jurídica: fundamentadora - causando a perda da validade ou vigência das normas que se contraponham aos princípios assentados em normas de nível hierárquico superior; interpretativa – norteando a atuação do interprete nas soluções jurídicas dos casos concretos; e supletiva – realizando a tarefa de integração do Direito, suprimindo omissões nas regras jurídicas.

De modo absolutamente simplório, regras e princípios, conforme Alexy⁶¹, são normas “porque ambas dizem o que deve ser”, no entanto, os princípios têm maior abrangência que as regras que lhes devem observância. Destaca-se também que enquanto num conflito entre regras, apenas uma será aplicada, na colisão de princípios, busca-se, através da ponderação, otimização entre eles.

Destacando a relevância e centralidade dos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶² ensina que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

No mesmo sentido a lição de Barroso⁶³,

Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados

⁵⁸ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, 1940 apud TOURINHO, Rita. **Discrecionabilidade Administrativa: ação de improbidade e controle principiológico**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 64.

⁵⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle 1998 apud TOURINHO, 2005, p. 149.

⁶⁰ BONAVIDES, 1998 apud TOURINHO, 2006, op. cit., p. 58.

⁶¹ ALEXY, 1998 apud TOURINHO, 2006. Ibidem, p. 55.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

⁶³ BARROSO, op. cit., p. 95.

valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. São exemplos de princípios constitucionais a dignidade da pessoa humana, a moralidade ou a solidariedade social. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

A presença, no texto constitucional - caput do art. 37 -, de alguns dos princípios administrativos a serem observados pela Administração Pública, direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estado, Municípios e Distrito Federal, foi uma das inovações da Constituição Cidadã de 1988. Não se trata, pois, de rol exaustivo, vez que há outros princípios administrativos presentes em texto infraconstitucional, e ainda presentes de forma tácita, consubstanciando o sentido de proposições normativas. Importante frisar-se que Administração não tem sua atividade limitada apenas pelos princípios da “Boa Administração”, como leciona Germana de Oliveira Moraes:

“são limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade os princípios gerais do Direito, especialmente os princípios constitucionais da Administração Pública consagrados explicita ou implicitamente na Constituição e a proteção constitucional aos direitos fundamentais.”⁶⁴

Em virtude da amplitude conferida ao Princípio da Legalidade, alguns autores optam por chamá-lo de Princípio da juridicidade, reservando a expressão princípio da legalidade para a referência a lei considerada em seu sentido estrito⁶⁵. Adverte a autora que ainda quando o princípio da legalidade for considerado em seu sentido estrito, este não pode ser entendido como simples cumprimento formal da lei. E, adverte, citando Caio Tácito que “o princípio da legalidade se aperfeiçoou na medida em que se passou a exercer a vigilância sobre o respeito à finalidade da lei”⁶⁶.

Logo, como o passar do “direito-regra” para o “direito-norma”, tornou-se necessária uma análise mais axiológica dos atos administrativos em relação à lei, já que a legalidade agora passou a ser a congruência com o ordenamento jurídico como um todo, entrando em cena o controle pela juridicidade do ato, e não apenas pela lógica da subsunção do fato à norma.

Aponta Barroso que com o neoconstitucionalismo, muitas foram as mudanças no trato com a norma jurídica em razão de uma necessária hermenêutica constitucional. Em suas palavras:

⁶⁴MORAES, Germana de Oliveira, 2004 apud TOURINHO, 2005, op. cit.

⁶⁵ TOURINHO, 2006, op. cit.

⁶⁶TACITO 1996 apud TOURINHO, 2006, op. cit., p. 66.

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas, em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as que incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.⁶⁷

Continua,

No Direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido, e do intérprete. Em razão das circunstâncias, a nova interpretação precisou desenvolver, reavivar ou aprofundar categorias específicas de trabalho que incluem a atribuição de sentido de conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.⁶⁸

Germana de Moraes⁶⁹ esclarece que, no Brasil a ampla positivação dos princípios gerais do Direito no texto constitucional, em sua atual fase “pós-positivista”, deixou evidente que todo ato administrativo, inclusive o discricionário, são suscetíveis de controle judiciário, sendo aqueles controlados não apenas por sua legalidade, mas por sua *juridicidade*, aumentando sua margem de vinculação.

Neste novo cenário de normas jurídicas, onde se somam princípios e regras, aponta Celso Antônio para a gravidade da violação de um princípio:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nela esforçada.⁷⁰

Nesse diapasão, ressalta-se que a relevância atribuída pela Constituição Federal ao meio ambiente agregou ao ordenamento uma série de princípios que direcionam o agir discricionário. Dente esses princípios destaca-se o da proteção ambiental, fazendo com que, nas decisões a serem tomadas, a preocupação com a preservação e recuperação do ambiente adquiram proeminência. Canotilho explica

⁶⁷BARROSO, op. cit., p. 95.

⁶⁸ Ibidem, p. 95.

⁶⁹ MORAES, 1999 apud KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 54.

⁷⁰MELLO, op. cit.

que associa-se ao princípio da proteção o princípio da precaução, da responsabilização e ainda o da utilização das melhores tecnologias disponíveis.⁷¹

2.3.3. Sobre o controle do agir discricionário da Administração Pública

Dentre os usos da palavra controle está, conforme definição de Houaiss⁷² o sentido de “monitoração, fiscalização ou exame minucioso, que obedece a determinadas expectativas, normas, convenções etc”. No caso da discricionariedade administrativa, o controle essencial se refere à verificação de adequação do ato ao Princípio da Legalidade, uma vez que toda atividade da Administração, no Estado de Direito, como dito acima, é vinculada à Lei. Assim, a fim de assegurar a lisura do exercício da função, faz-se necessário a verificação de legalidade dos atos administrativos, quando questionados.

Mas, como fazer tal verificação? Quais parâmetros e procedimentos devem ser considerados? É permitido ao judiciário controlar atos discricionários do poder executivo ou isso fere à separação dos poderes? Todo o ato é controlável ou há uma margem que não é passível de verificação? Sobre a possibilidade a essas perguntas, debruçam-se as mais brilhantes mentes jurídicas!

Celso Antônio Bandeira de Mello, ressaltando que no ordenamento brasileiro, em decorrência do mandamento constitucional o qual afirma que nenhuma lesão ou ameaça ao direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV,CF), assevera ser a discricionariedade administrativa objeto de controle judicial. Mais ainda, que “para legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo”.⁷³

No entanto, o tema da discricionariedade administrativa e seu controle ainda não detém um conhecimento sistematizado e satisfatoriamente eficiente. Conforme aponta Andreas Krell⁷⁴, a existência de inúmeras teorias diversificadas, em verdade, tem dificultado a compreensão dos verdadeiros problemas. Uma das clássicas

⁷¹CANOTILHO, José Joaquim G. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José J. Gomes; LEITE, José R. Morato. **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007,

⁷²HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de S. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.p. 825.

⁷³MELLO, op. cit., p. 976.

⁷⁴ KRELL, 2004, op. cit.

abordagens do tema é a prevalecente distinção rígida entre os atos administrativos *vinculados* e os atos administrativos *discricionários*, em relação aos quais, e contrariamente aos primeiros, “a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”.⁷⁵

No entanto, leciona Krell⁷⁶ que a natureza do ato administrativo “vinculado” não é diferente da do ato “discricionário”, residindo a diferença apenas quanto ao grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador, logo se tratando de uma diferença *quantitativa, mas não qualitativa*⁷⁷. Explica ainda que “a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei”.

E, neste sentido, a crítica do eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello ao frisar que a linguagem simplificada, vertida na fórmula ‘ato discricionário’ e ‘ato vinculado’, tem gerado inúmeras confusões, sugerindo a existência enganosa de categorias antagônicas, resultando no “daníssimo efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e consequente comprometimento da defesa dos direitos individuais”.⁶⁸

Como já explanado acima, há discricionariedade toda vez que a lei possibilita a inclusão de uma estimativa subjetiva da Administração Pública no seu processo aplicativo. Algumas das situações que demandam o exercício da competência discricionária pelo administrador se relacionam tanto quanto à interpretação na norma existente, a exemplo dos conceitos jurídicos indeterminados, assim como nas situações de tomada de decisão. Vale ressaltar que a Administração tem sido chamada inclusive para decidir acerca da lei, quando a ela é delegada a função legislativa de complementação com conteúdo técnicos específicos (fenômeno da “deslegalização”), na seara da “discricionariedade técnica”⁷⁸, termo trazido da doutrina italiana. Outras formas do agir discricionário referem-se a situações de tomadas de decisão, diante da necessidade de gerir os interesses coletivos da sociedade que representa.

⁷⁵MEIRELLES, Hely L. **Direito Administrativo brasileiro**, 14. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 143.

⁷⁶ KRELL, 2004, op. cit, p. 22-23.

⁷⁷RUPP 1987 apud KRELL. Ibidem, p. 22.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

Neste sentido, Andreas Krell⁷⁹ aponta alguns espaços livres de decisão, da administração, que podem estar localizados no mandamento da norma, bem como em sua hipótese, listados a seguir: **a.** discricionariedade tática, em que o órgão pode decidir sobre circunstâncias concretas alteráveis, para tomar medidas de forma rápida e eficaz; **b.** o espaço livre para a apreciação pericial, que normalmente pressupõe um processo administrativo que assegura a imparcialidade da tomada de decisão sobre questões técnico-científicas, mediante órgãos colegiados especializados; **c.** a discricionariedade para a avaliação de riscos oriundos de atividades perigosas definidas em lei (ex. potencial impacto ambiental, manipulação genética); **d.** discricionariedade de planejamento, que serve para a ponderação criadora e realização de um determinado programa de ação e resulta em decisões administrativas complexas, que devem ponderar todos os aspectos relevantes, tentando equacionar uma pluralidade de interesses envolvidos (ex. planos diretores de desenvolvimento urbano); **e.** discricionariedade para a adaptação da lei ao caso concreto, em que a aplicação da norma levaria a um resultado contrário a seu fim, devendo a própria lei prever uma cláusula de dispensa, reservada para os casos atípicos.

Ressalta o autor que, “dentro do âmbito da discricionariedade, devemos distinguir entre dois atos na decisão do órgão administrativo, se ele vai agir ou não, e a decisão do órgão de *como* ele vai agir, o que envolve o poder de escolha entre várias possibilidades.”⁸⁰

Conforme sabida lição de Direito, rege a atividade discricionária da Administração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, incorrendo, sua violação, em antijuridicidade. O administrador tem o poder-dever de optar, entre as alternativas **válidas para o direito** dispostas no caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, pela solução que melhor atenda aos interesses postos, realizando a finalidade do interesse público.

Citando a Teoria da Discricionariedade Mínima, Rocha e Rotodano (2011) esclarecem que:

havendo uma melhor decisão no caso concreto – eleita a partir de uma rigorosa e convincente fundamentação – não há que se falar em poder discricionário, e sim em poder vinculado. O administrador está obrigado a adotar a melhor solução encontrada, sob pena de reformulação do ato

⁷⁹KRELL, 2013, op. cit.

⁸⁰KRELL, 2004, op. cit., p. 47.

emanado pelo Poder Judiciário. A discricionariedade só se configura em casos nos quais existem duas ou mais soluções com melhor eficácia, podendo o administrador escolher qualquer uma delas, sem interferência judicial.⁸¹

O controle decorrente dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade que verifica a adequação, necessidade e proporcionalidade, não se afigura como controle do mérito do ato, mas sim como controle de legalidade ou legitimidade. Como leciona Celso Antônio:

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o 'mérito' do ato administrativo, isto é, o campo de 'liberdade' conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita 'liberdade' é liberdade dentro lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.⁸²

Uma questão relevante que tem surgido em referência ao controle judicial da discricionariedade administrativa é a intensa proliferação de decisões em matérias técnicas, que demandam, além do conhecimento da norma jurídica, também o conhecimento do assunto para sua apreciação. Nesse contexto, ressalta Krell,

ganha grande importância o dever constitucional da Administração de **motivar os seus atos** o que a obriga a expor, com clareza, as razões que resultaram nas escolhas concretas entre diferentes soluções possíveis. Caso essa motivação, que serve justamente para viabilizar o controle do ato administrativo não seja suficiente, o Judiciário deve anular a respectiva medida.⁸³

Apontam Rocha e Rontondano⁸⁴ que, na área ambiental, a “melhor solução” deve ser baseada na fundamentação técnica do laudo biológico, hidrológico, inventário de fauna e de flora, antropológico, plano de manejo.

Em relação à problemática do controle das decisões técnicas, cita-se o “enfoque jurídico-funcional”. Tal enfoque postula pela distribuição de tarefas e responsabilidades “funcionalmente adequada” entre Executivo e o Judiciário, a qual deve levar em conta a específica idoneidade em virtude de sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica,

⁸¹ ROCHA, Júlio César de Sá da; ROTONDANO, Ricardo Oliveira. Uma Necessária Limitação ao Atual Conceito de Discricionariedade Administrativa: Fundamentos da Teoria da Discricionariedade Mínima doi:10.5007/2177-7055.2011v32n63p101. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 101-132, dez. 2011. P. 102. Acessado em 14 de Nov. 2018

⁸²MELO, op. cit., p. 958.

⁸³OSORIO 2000 apud KRELL 2004, op. cit., p. 47.

⁸⁴ROCHA e ROTONDANO, 2011, op. cit.

etc. Parte-se então da legitimidade técnica dos órgãos para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional das decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas.⁸⁵

Revela o autor que no Brasil, ao mesmo tempo em que carece de regras acerca dos limites do controle jurisdicional da discricionariedade, acontece uma crescente abertura das leis, através da utilização de:

conceitos vagos e fluidos, que conferem à Administração um âmbito de responsabilidade própria para avaliação de questões técnicas, políticas, valorativas, a ponderação de interesses contraditórios ou a apreciação de evoluções futuras.⁸⁶

Tal fato tem sido impulsionado em função da existência das chamadas “normas-objetivo” na esfera administrativa, que possuem uma programação finalista e servem de base jurídica na implementação de políticas públicas, sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados tais fins, concedendo ao Poder Executivo uma larga margem de discricionariedade.⁸⁷

Ao problema do controle da “discricionariedade técnica”, que traz em si a característica da transversalidade do direito ambiental, dado o amplo escopo e variação das áreas e conseqüentes matérias técnicas envolvidas, no Brasil se soma ainda o fato de o Judiciário não ter um ramo especializado em dirimir conflitos entre o cidadão e a Administração Pública. Além disso constata-se

um crescente número de juízes conscientes de que não estão preparados, técnica e intelectualmente para lidar com o inédito [...] e que não foram treinados para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados.⁸⁸

E mais que isso, que

em geral, os juízes têm, até por comodismo, se detido diante do mal definido ‘mérito da atuação administrativa’, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo. Por isso, as intervenções judiciais nessa área têm sido tímidas, mostrando-se uma ‘necessidade de afirmação’ do Direito Administrativo no âmbito do Poder Judiciário.⁸⁹

Conclui Krell que a tímida atuação do judiciário na sindicância da discricionariedade tem contribuído para a crescente ingerência do Estado na esfera dos direitos fundamentais, o que, para sua defesa, demanda um judiciário mais efetivo. Tal atuação faz-se também necessária considerando-se o contexto da

⁸⁵ Ibidem, p. 46.

⁸⁶ Ibidem, p. 19.

⁸⁷ FRANÇA, 2000 apud KRELL. Ibidem, p. 19.

⁸⁸ FARIA, 1998 apud KRELL. Ibidem, p. 49.

⁸⁹ Ibidem, p. 49.

realidade brasileira, cuja “estrutura da Administração Pública é extremamente viciada, inclusive pela excessiva penetração do elemento político em seu funcionamento”, maculando seu sentido de profissionalismo e a idoneidade de suas decisões em relação à busca do interesse público.⁹⁰

Num esforço para sistematizar parâmetros para o controle judicial dos atos discricionários, a eminente jurista, Odete Medauar⁹¹, compila alguns dos critérios que auxiliam na avaliação destes. Abaixo os critérios para a observância da discricionariedade, eleitos pela jurista: regra de competência, regra de forma, apreciação jurisdicional da conformidade ao fim; motivo: nexos entre a decisão e seus antecedentes ou circunstâncias de fato; controle do motivo do ato, possibilitando a verificação dos fatos, levando ao controle jurisdicional dos antecedentes de fato; controle jurisdicional das justificativas jurídicas que levaram à tomada de decisão em determinado sentido; os princípios jurídicos; os direitos fundamentais; e o aumento do alcance do controle judicial, explicado a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade:⁹²

a) se a medida tomada é suscetível de alcançar o objetivo pretendido (princípio da adequação); b) se a medida é necessária, isto é, se nenhuma medida menos grave permitiria obter o resultado (princípio da necessidade); c) se há ou não rigor exagerado em relação ao fim pretendido, isto é, se há desproporção entre meio e fim (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Também a autora dá destaque especial à motivação do ato, elemento de essencial relevância para a atuação do judiciário, assim como para a fiscalização da coletividade.

Sobre a relevância da motivação para o controle da discricionariedade, destaca Canotilho⁹³ que as agressões ao direito do ambiente, sobretudo quanto à integridade dos componentes naturais, carecem de justificação adequada, implicando que, entre as ponderações a considerar, deve incluir-se o juízo sobre *alternativas ambiental e ecologicamente amigas*, desde que elas se revelem adequadas, necessárias e proporcionais.

Portanto, nas decisões que afetem matéria ambiental, sobretudo em sua **dimensão natural**, o **dever de motivação** da Administração Pública, já posto pelo

⁹⁰ Ibidem, p.49.

⁹¹ MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, cap. III, P. 79-89.

⁹² Ibidem, p. 86.

⁹³ CANOTILHO, op. cit., p. 27.

Direito Constitucional e Administrativo como necessário para o controle da discricionariedade, torna-se ainda mais relevante. Lembrando que, muito mais que palavras jurídicas, a materialidade do direito ao ambiente equilibrado, implica na condição para a continuidade, ou não, da vida digna.

Frente ao exposto, seguindo o entendimento dos juristas aqui citados, conclui-se que a norma ambiental estabelece limites ao exercício da competência discricionária, ao impor à Administração Pública direcionamento em suas tomadas de decisões e atos, no sentido de sempre buscar a alternativa que mais proteja o meio ambiente, dada as contingências do caso concreto. E ainda, reforça a exigência posta pelo direito administrativo da motivação satisfatoriamente fundamentada para os atos discricionários, ao ressaltar a essencial necessidade de motivação para aqueles que impliquem em impacto ambiental, em especial, na sua dimensão natural. Como consta da melhor doutrina administrativista, a ausência de motivação satisfatória dos atos discricionário, salvo as exceções postas em lei, é forte indicio de violação ao Princípio da Legalidade, por implicar em provável exercício de arbitrariedade pelo gestor público, situação inadmissível em um Estado de Direito. Desse modo, a ausência de motivação do ato discricionário, tem como pena, a nulidade do referido ato.

3. DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO

O estudo deste caso concreto foi realizado a partir das informações extraídas dos autos da Ação Popular (AP) Nº 1001312-27.2017.401.3300⁹⁴. O fato de ter sido proposta uma Ação Popular em matéria ambiental aponta para alguns dos seus elementos caracterizadores: 1. trata-se da situação do cidadão acionando o Estado, através do Poder Executivo; logo, uma vez acionada a Administração Pública, no desempenho típico de sua função discricionária, o Direito Administrativo é atraído para a análise em tela; 2. por se tratar de defesa do meio ambiente, passa a incidir a norma jurídica ambiental, conforme os valores postos pela Constituição, destacando-se o poder-dever de proteção ambiental; 3. ao ser utilizado tal instrumento processual, é efetivada a tarefa solidária do cidadão na proteção ambiental, sendo um exemplo da concretização do princípio da participação democrática; e, 4. trata-se da defesa de um direito fundamental de terceira geração, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja titularidade não pode ser atribuída a nenhum ente isoladamente.

Dentre as inúmeras informações trazidas pela AP, será foco desta análise apenas as pertinentes à alegação do autor, presente na petição inicial⁹⁵ cujo teor é o seguinte: que o projeto a ser implementado nos rios Jaguaribe e Mangabeira, como proposta ao problema urbano de alagamento, representa uma “concepção antiquada de retificação e canalização em concreto” dos rios, “nos moldes ultrapassados”, demonstrando uma “estagnação tecnológica e administrativa no tratamento dispensado aos rios urbanos nesta cidade”. Tais técnicas são descritas pelo autor da ação como muito impactantes ambientalmente e que haveria alternativa de “outros projetos mais proveitosos para o bem-estar da população de das gerações futuras, em soluções modernas e tendentes à recuperação do rio e não ao sepultamento”.

Como peça de instrução da petição inicial, o autor apresenta Nota Técnica (NT), elaborada por 10 engenheiros especialistas, professores doutores e pós doutores do MAASA - Mestrado de Meio Ambiente, Águas e Saneamento da Escola

⁹⁴SALVADOR. 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária Bahia. Ação popular em defesa dos rios Jaguaribe e Mangabeira frente aos danos ambientais decorrentes da execução do projeto de macrodrenagem. N.: 1001312-27.2017.4.01.3300. Autor: Marcelo Timbó Nilo. Réus: União Federal, Estado da Bahia, Município de Salvador, Caixa Econômica Federal, CONDER. Fiscal de Lei: Ministério Público Federal. PJE Processo judicial eletrônico, 2017.

⁹⁵Ibidem, Petição Inicial - ID: 1799726.

Politécnica da UFBA, com considerações feitas a partir da apreciação técnica do projeto. Dada a idoneidade do documento, fundamentada pela competência técnica dos elaboradores, assim como pela legitimidade da instituição da qual procede, este foi analisado extraindo-se as informações pertinentes a alegação do autor. O objetivo foi identificar elementos que confirmassem ou refutassem as críticas feitas pelo autor à técnica/concepção de engenharia escolhida, assim como identificar a existência de técnicas de menor impacto ambiental, passíveis de serem consideradas pela Administração Pública como alternativas propostas para o problema do alagamento urbano.

Para finalizar, partindo do pressuposto do processo civil de que cabe aos réus se manifestarem precisamente sobre as alegações dos fatos apresentados pelo autor, dado o ônus da impugnação especificada (art. 341, CPC/2015), foram verificadas as respostas dos réus para a referida alegação do autor. A partir das considerações jurídicas apresentadas no Capítulo 2, sobre o exercício da competência discricionária pela Administração Pública, buscou-se identificar os seguintes conteúdos: quais foram as alternativas técnicas/concepção de engenharia consideradas para a escolha, quais os critérios ou parâmetros adotados para a comparação entre as alternativas, quais fatores foram determinantes para a escolha feita fazendo com que esta fosse considerada a melhor escolha, vez que o exercício da competência discricionária se justifica para que seja encontrada a melhor alternativa visando a realização dos interesses da coletividade.

Uma vez que o projeto implica em intervenção humana, através de técnica impactante, em elemento natural do meio ambiente - rios e seus ecossistemas -, é atraída, para o delineamento dos limites da discricionariedade do ato, a normatividade jurídica constitucional, no sentido da realização do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Conclui-se, logicamente, que o agir da Administração Pública, em respeito ao Princípio da Legalidade, deva ser no sentido de buscar a técnica, dentre as disponíveis, de menor impacto ambiental, e se possível, aquela que propicie a recuperação dos rios e de seus ecossistemas. Caso não seja possível a adoção da melhor técnica em termos ambientais, que a tomada de decisão seja motivada, sendo apresentada justificativa clara e pertinente capaz de fundamentar de modo satisfatório a decisão tomada.

3.1 Da Ação Popular nº 1001312-27.2017.401.3300⁹⁶

Viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito expressamente reconhecido pela Constituição, como postula o art. 225, caput, sendo imposto ao Poder Público e à coletividade o dever do defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações. Para o exercício deste dever de proteção pelos membros da coletividade, em consonância com o princípio democrático, a Constituição atribuiu instrumentos ao cidadão, dentre eles, a legitimidade para o ingresso em juízo através da Ação Popular (AP), como previsto no art 5º, LXXIII⁹⁷, sendo regulada pela Lei 4.717/65.

Ao tratar da AP em matéria ambiental, José Rubens Morato Leite destaca que:

A prática efetiva do exercício desse instrumento jurisdicional legitima e dá maior transparência, controle e fiscalização aos atos praticados pelo poder público. Acrescente-se, conforme já referido, que tal meio de defesa da cidadania ambiental abre espaço para intervenção direta do indivíduo, em verdadeira possibilidade do exercício da cidadania participativa nas correções das disfunções existentes nas tarefas da proteção ambiental como bem pertencente à coletividade. Trata-se, de fato, da abertura de uma via de mão dupla na proteção ambiental, em que o cidadão pode passar de mero beneficiário e destinatário da função ambiental exercida pelo Estado para ocupar uma posição positiva, podendo intervir nesta exercendo sua responsabilidade social compartilhada, conforme ditames do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil. Tornando o cidadão, com essa legitimidade, um verdadeiro defensor do interesse da legalidade e da coletividade, sem ter que invocar e demonstrar interesse pessoal no ato lesivo ao meio ambiente.⁹⁸

Para a utilização da via da AP, a lei estabelece dois requisitos essenciais: a ilegalidade e a lesividade, considerada esta não apenas do ponto de vista econômico.

Como aponta Krell⁹⁹, a doutrina discutia se seria suficiente a *lesividade* do comportamento estatal impugnado ou se era necessária também sua *ilegalidade*,

⁹⁶SALVADOR. 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária Bahia. Ação popular em defesa dos rios Jaguaribe e Mangabeira frente a ameaça do projeto de macrodrenagem. N.: 1001312-27.2017.4.01.3300. Autor: Marcelo Timbó Nilo. Réus: União Federal, Estado da Bahia, Município de Salvador, Caixa Econômica Federal, CONDER. Fiscal de Lei: Ministério Público Federal. PJE Processo judicial eletrônico, 2017.

⁹⁷CF/88, art. 5º, inciso LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, **ao meio ambiente** e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (grifo nosso).

⁹⁸LEITE, 1999 apud MIRANDA, Marcos Paulo de S. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro:** doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 164.

⁹⁹ KRELL, 2004, op. cit, p. 69.

prevalecendo por muito tempo o entendimento de que era indispensável o binômio ilegalidade/lesividade. Isto porque os textos constitucionais anteriores a 1988 mencionaram expressamente o critério de “nulidade ou anulabilidade” do ato lesivo como condição do cabimento da referida ação.

Continua o autor explicando que com a promulgação da atual Constituição, **em se tratando da defesa de interesse difuso**, parte crescente da doutrina não considera mais indispensável a ilegalidade do ato como condição de procedência da ação popular, vez que o art. 5º, LXXIII, CF, não faz mais referência à sua ilegalidade. Por esta tendência a lesão, em si, passaria à condição de motivo autônomo de nulidade do ato, entendido que a lesividade seria o pressuposto para a ilicitude.

Neste sentido, afirma Morato Leite¹⁰⁰,

em se tratando de bem de natureza difusa, crê-se que só há necessidade de demonstrar o ato lesivo, pois este de per si caracterizaria o ato ilegítimo, considerando que o bem protegido não tem titular exclusivo e é de responsabilidade solidária da coletividade, dificultando muito a prova da ilegalidade.

Ainda sobre a ocorrência da lesividade, a jurisprudência superior é pacífica em entender não ser necessária que esta já tenha ocorrido para que a ação possa ser proposta, bastando a sua ameaça¹⁰¹, justificado esse posicionamento pelo Princípio da Precaução, central para a proteção do meio ambiente. Deste modo, a ação popular passa a ter cunho também preventivo, e não apenas repressivo.

Partindo da relevância desse instrumento judicial, a Ação Popular nº 1001312-27.2017.401.3300, peticionada em 02.06.2017, na justiça federal, por cidadão em face da União, Estado da Bahia, Município de Salvador, Caixa Econômica Federal e CONDER - Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia, foi escolhida como a fonte primária de informações acerca do caso concreto, dentre as várias ações judiciais propostas contrárias à execução desta obra. A opção pela análise de uma ação judicial se justifica partindo-se do pressuposto que, em juízo, as partes têm direito a postularem suas alegações, assim como direito ao contraditório e a ampla defesa. Consequentemente, salvo a litigância de má-fé, entende-se que as partes se expressaram de forma livre, buscando demonstrar, da

¹⁰⁰ LEITE, 2003 apud KRELL, 2004, p. 69.

¹⁰¹ MIRANDA, op. cit., p. 164.

melhor forma, por todos os meios de provas admitidos no direito, a sua versão dos fatos.

Através a referida ação, além das narrativas das partes, foi possível ter acesso a documentos idôneos, relevantes à compreensão do caso, destacado os seguintes: a petição inicial (PI); a Nota Técnica (NT) elaborada por 10 (dez) engenheiros doutores e pós-doutores, integrantes do corpo docente do MAASA - Mestrado em Meio Ambiente, Águas e Saneamento, da Escola Politécnica da UFBA, a qual instrui a PI; parecer prévio do MPF favorável à concessão da liminar; decisão interlocutória concedendo a liminar pleiteada pelo autor; a contestação do Estado da Bahia; contestação do Município de Salvador; contestação da CONDER - Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia, empresa pública estadual, vinculada à SEDUR - Secretaria de Desenvolvimento Urbano; contestação da CEF - Caixa Econômica Federal, contestação da União; agravo de instrumento do autor em face de decisão do juízo de extinção do processo, sem julgamento do mérito, dado o entendimento de ilegitimidade passiva da CEF e União. Vale salientar que este estudo não tem a pretensão de atuar “como o juízo da causa”, nem analisar a AP em todas suas alegações, mas levantar informações e reflexões acerca da temática da competência discricionária da Administração Pública, a partir da situação fática.

A Ação Popular nº 1001312-27.2017.401.3300, como consta da PI, teve por objeto “impedir que os poderes públicos aniquilem um dos últimos rios urbanos vivos de Salvador”, em decorrência da concretização das obras do Projeto de Macrodrenagem dos rios Jaguaribe e Mangabeira. O alvo desse estudo será apenas a alegação do autor, que em síntese afirma **a técnica escolhida pelo projeto pertencente a uma concepção antiquada, causadora de prejuízos ambientais que poderiam ser evitados, caso outra concepção de engenharia fosse adotada.** A escolha em analisar tal alegação se justifica pela seguinte razão: caso seja verificada a existência de concepções técnicas de engenharia, para o problema de alagamento urbano, com diferenças significativas quanto ao impacto ambiental, faz-se mister reivindicar que a Administração Pública, no exercício da gestão, adote concepções de menor impacto, dada a importância do ambiente ecologicamente equilibrado para a própria continuidade da vida humana, como demonstrado no capítulo 2, acima.

Além disto, uma vez que a relevância material do meio ambiente ecologicamente equilibrado para a existência da vida digna foi absorvida pelo ordenamento jurídico pátrio, passando a ser incluído no rol dos direitos fundamentais, impondo, a Constituição ao Poder Público, o dever de proteção deste bem jurídico tutelado, cabe à Administração Pública, frente à exigência de respeito ao Princípio da Legalidade, a busca por projetos embasados por concepções técnicas que minimizem o impacto ambiental, e até que recuperem o que já está degradado. Assim, verificar e controlar a congruência da concepção do projeto com a normatividade da proteção ambiental, ainda na fase da escolha do mesmo, torna-se essencial para impedir a ocorrência de danos ecológicos abrangentes, evitáveis em outras concepções técnicas.

Dada a impossibilidade de um leigo avaliar as características e impactos decorrentes da implementação do projeto de macrodrenagem, de saber se há alternativas técnicas menos degradantes do que a escolhida, e ainda, comparar seus impactos, é que se faz essencial o parecer imparcial de especialistas na área, reafirmando o traço da interdisciplinaridade do Direito Ambiental.

3.2 Do Projeto de Macrodrenagem dos Rios Jaguaribe e Mangabeira

O Projeto de Macrodrenagem dos Rios Jaguaribe e Mangabeira, conforme análise dos autos da Ação Popular Nº 1001312-27.2017.401.3300¹⁰², faz parte de um conjunto de obras que vem sendo realizadas pela CONDER, em esforços comuns entre a União, Governo do Estado e Município de Salvador. Essas obras estão sendo realizadas nas bacias hidrográficas do município, incluindo a Bacia Hidrográfica do Rio Jaguaribe, a segunda maior delas, com 52,76km² de área. O projeto de macrodrenagem é descrito como integrante do PAC – Programa de Aceleração de Crescimento.¹⁰³

A administração pública justifica a necessidade da obra em estudo, principalmente em função dos alagamentos que ocorrem nas áreas circunvizinhas

¹⁰²SALVADOR. 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária Bahia. Ação popular em defesa dos rios Jaguaribe e Mangabeira frente a ameaça do projeto de macrodrenagem. N.: 1001312-27.2017.4.01.3300. Autor: Marcelo Timbó Nilo. Réus: União Federal, Estado da Bahia, Município de Salvador, Caixa Econômica Federal, CONDER. Fiscal de Lei: Ministério Público Federal. PJE Processo judicial eletrônico, 2017.

¹⁰³ Ibidem, Contestação CONDER -.ID: 2042480.

aos rios, atingindo pessoas e moradias, ligada também a necessidades de saúde pública. Assim, conforme consta da contestação do Estado da Bahia¹⁰⁴, o projeto em tela é caracterizado como de infraestrutura, com vistas a implantação de saneamento básico e minimização de riscos de enchentes, objetivando a melhora das condições de habitabilidade, conservação ambiental e desenvolvimento social e econômico do Estado.

Afirma a administração pública estar em plena conformidade com a legislação, sendo a classificação da obra como de saneamento básico, de acordo com a LEI FEDERAL nº 11.445/07, artigos 3 e 15, regulamentados pelo DECRETO Nº 7.217/10.

Para a realização do projeto, o Ministério das Cidades (Governo Federal) e o Governo do Estado da Bahia celebraram Contrato de Repasse no montante de R\$ 273.000.000,00 (duzentos e setenta e três milhões de reais), com a gestão e intermédio da Caixa Econômica Federal para o repasse das verbas federais. Estabelecidas as diretrizes que nortearam a ação, foi lançada a licitação pública sob a forma do Regime Diferenciado de Contratação RDC, Contratação Integrada, que resultou no Contrato Administrativo celebrado entre a CONDER e o CDUJ - Consórcio Desenvolvimento Urbano do Jaguaribe. Conforme consta da constatação da Caixa Econômica Federal¹⁰⁵, trata-se do Termo de Compromisso OGU PAC 0402.487-88, que prevê a canalização e revestimento da calha do Rio Jaguaribe e Canal Mangabeira, com valor de Investimento de R\$ 270.265.079,91, sendo R\$ 220.113.033,73 de repasse do OGU e R\$ 50.152.046,18 de contrapartida do Governo do Estado da Bahia.

A CONDER informa que as obras de execução do projeto de macrodrenagem estão compatibilizadas com as obras, também de canalização, do Rio Trobogy, já em curso à época da proposição da AP, conforme consta do trecho abaixo, transcrito da Nota Técnica da CONDER, apresentada em sua contestação¹⁰⁶:

Nota técnica da CONDER:

Vale ressaltar que esta intervenção (MACRO-DRENAGEM DOS RIOS JAGUARIBE E MANGABEIRA) faz parte de um planejamento maior, integrado à outras intervenções em curso em Salvador, executadas simultaneamente pela Prefeitura e pelo Governo do Estado, nas bacias hidrográficas do Rio Jaguaribe, Trobogy e Passa Vaca, cujas

¹⁰⁴Ibidem, Contestação do Estado da Bahia - ID. 2104953.

¹⁰⁵Ibidem, Constatação da Caixa Econômica Federal ID. 1983689 - Pág. 5 e 6

¹⁰⁶ Ibidem, Nota Técnica da CONDER - ID. 2042534.

funcionalidades estão intrinsecamente ligadas, além de outras obras de mobilidade, as quais podem verificadas no Anexo 02.¹⁰⁷

A informação acima, sobre um “planejamento integrado” entre as obras de canalização nas bacias hidrográfica dos rios Jaguaribe, Trobogy e Passa Vaca, “cujas funcionalidades estão intrinsecamente ligadas” é um dado relevante em termos ambientais. Isso nos faz questionar, em termos de impactos ambientais, sobre a extensão real da “obra”. Ainda que estejam sendo realizadas por entes federativos diferentes, Governo do Estado e Prefeitura, trata-se de corpos d’água, pertencente a uma mesma grande bacia, que estão sendo modificados por projetos de canalização e retificação, e que a vazão alterada dos mesmos deságua na foz do Jaguaribe, na av. Otávio Mangabeira, e posteriormente no mar.

A absorção da vazão, maior e mais veloz proveniente do rio Trobogy, pelo rio Jaguaribe é clara no trecho abaixo, extraído da contestação da CONDER:

a suspensão das obras determinada por este M.M.Juízo, paralisa a adoção das ações necessárias ao combate das enchentes e alagamentos, que podem se tornar mais frequentes em razão da avançada etapa em que se encontra a obra de macrodrenagem do Rio Trobogy, que já alcançou a confluência com o Rio Jaguaribe.

Explica-se. Considerando que os projetos de macrodrenagem foram compatibilizados entre si, e o Rio Trobogy encontra-se atualmente com cota de 0,54m abaixo do leito projetado para o Rio Jaguaribe concedida, com a paralisação das obras, possibilitará a ocorrência de efeito reverso (inversão do fluxo d’água), causando transbordamentos e/ou enchentes, em razão de o Rio Jaguaribe, neste trecho, ainda não se encontrar preparado para receber o afluente (vazão) da outra bacia.¹⁰⁸

Ainda que o tema de licenciamento ambiental não seja o foco desse trabalho, diante desse fato da integração das obras de canalização, se fazem necessárias algumas observações. Explica a CONDER¹⁰⁹ que o modo de verificação do porte do empreendimento e dos impactos ambientais esperados, para fins de obtenção do licenciamento ambiental, está previsto no art. 109 do Decreto Estadual nº 14.024/12.

Por este decreto, segundo a CONDER, por se tratar de **RETIFICAÇÃO DE CURSOS DE ÁGUA**, a obra se enquadraria dentro do grupo F4 no anexo IV do Decreto Estadual nº 14.024/12, estando, **em razão da sua extensão**, classificada no nível 2, sendo considerada de **pequeno porte e médio potencial poluidor**. A essa

¹⁰⁷Ibidem, Nota Técnica da CONDER - ID. 2042534, p. 3. Grifo nosso.

¹⁰⁸Ibidem, Contestação CONDER ID: 2042480, p.18-19.

¹⁰⁹Ibidem, Contestação CONDER ID: 2042480

classificação, conforme o art. 110, I, do referido decreto, aplicaria a Licença Unificada, cujo nível de exigência de estudos de impacto ambiental é o menor e o mais simplificado de todos.

Neste ponto, sem adentrar nos critérios definidos na lei para definição do tamanho da obra, o que será objeto de consideração um pouco mais a frente, se destaca o fato de que a extensão considerada para a concessão do tipo de licença não abarcou a extensão total das **modificações integradas** que estão ocorrendo na bacia, ao sofrer a canalização de vários rios.

A fim de exemplificar que as consequências no meio ambiente não podem ser avaliadas de forma fragmentada, vale aqui antecipar um trecho da Nota Técnica do MAASA, no qual os especialistas apontam para impactos das obras dos rios Passa Vaca e Jaguaribe sobre o manguezal existente nas áreas circunvizinhas à foz dos rios, conforme trecho a seguir:

Adicionalmente, com relação ao rio Passa Vaca, afluente do rio Jaguaribe junto à foz e com obras a cargo da Prefeitura Municipal de Salvador, a inexistência de Estudo de Impactos Ambientais das intervenções a que nos referimos não permite antecipar prováveis impactos ao seu manguezal (último remanescente desse tipo de ecossistema na Orla Atlântica de Salvador e que abriga espécies de flora e fauna típicas, incluindo o *gaiamum*, espécie atualmente ameaçada).¹¹⁰

Dessa forma, ainda que a lei não preveja a consideração do somatório de trechos de diferentes obras integradas para fins de dimensionamento do impacto ambiental (o que já demandaria uma revisão da mesma com as devidas alterações), com o objetivo da concessão de licenciamento, fica claro que, na prática, que a bacia, como um todo, está sofrendo o impacto do somatório dos trechos canalizados e retificados. Destarte, somatório dos trechos modificados poderia, inclusive, modificar a classificação das obras conforme os critérios de extensão postos para o grupo F4, no anexo IV, do Decreto Estadual nº 14.024/12, exigindo-se estudos ambientais mais amplos para fins de concessão de licença. Vale lembrar, como já apontado acima, que a Bacia Hidrográfica do Rio Jaguaribe é a segunda maior bacia do município, com 52,76km² de área¹¹¹.

¹¹⁰Ibidem, Nota Técnica do MAASA ID -2154694 - Pág. 6

¹¹¹Ibidem, Contestação Estado da Bahia - ID. 2104953

Figura 1. Decreto Estadual nº 14.024/12. Anexo IV. Grupo F4.1



(Redação do anexo dada pelo Decreto Nº 16963 DE 17/08/2016):

ANEXO IV TIPOLOGIA E PORTE DOS EMPREENDIMENTOS E ATIVIDADES SUJEITOS AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

CÓDIGO	TIPOLOGIA	UNIDADE DE MEDIDA	DE	PORTE	POTENCIAL POLUIDOR
Grupo F4: Retificação de Cursos d'Água					
F4.1	Retificação de Cursos d'Água	Extensão (Km)		Pequeno < 10 Médio > = 10 < 30 Grande > = 30	M

Fonte: Ação Popular nº 1001312-27.2017.401.3300, Contestação CONDER ID 2042480, p. 9.

Ainda sobre o “tamanho da obra”, item central para o dimensionamento do impacto da mesma, conforme consta da portaria municipal nº 138/2017, que concedeu a licença ambiental unificada¹¹², a obra tem exatamente 10km, no entanto, em apresentação da CONDER, constante da nota técnica apresentada pela empresa pública, o somatório dos canais do Jaguaribe e Mangabeira seria superior a 10km, chegando a extensão total de 10.135m, como se vê na figura abaixo:

¹¹²Ibidem, Contestação Estado da Bahia, documento anexo, ID. 2042650, p. 1.

Figura 2. Localização dos trechos canal Jaguaribe e canal Mangabeira.



Fonte: Ação Popular nº 1001312-27.2017.401.3300, Nota técnica CONDER ID 2042559, p. 2.

Além disso, se considerarmos, como posto acima, que essas obras nos rios Jaguaribe e Mangabeira se encontram com as obras de macrodrenagem dos rios Trobogy e Passa Vaca, sua extensão será muito maior, como se vê na figura abaixo, passando a ter exigências de estudos de impacto ambiental mais rigorosas.

(Como exercício, vale ao leitor, ainda que leigo, observar a extensão da obra nas figuras postas e refletir se uma obra de 10km de retificação de curso d'água (leito de rio) pode ser considerada uma obra de **pequeno porte!**)

Figura 3. Canais Jaguaribe, Mangabeira e Trobogy



Fonte: Ação Popular nº 1001312-27.2017.401.3300, Nota técnica CONDER ID 2042534 - Pág. 4

Ainda que fuja ao escopo deste estudo o tópico de licenciamento e a análise específicas das leis correlatas, é necessária mais uma observação sobre a relação da mensuração do tamanho das obras de retificação de cursos d'água e as exigências de estudos de impacto ambientais para concessão do licenciamento ambiental. Isto porque, tais critérios de tamanho - pequeno, médio e grande porte -, são estabelecidos através de decretos estaduais, ficando a cargo do administrador em sua função atípica de legislador complementar da norma, sendo um exemplo do fenômeno da “deslegalização”, citado no capítulo 2. Assim, tais critérios são postos na norma por uma decisão técnica do poder executivo, no exercício da “discricionariedade técnica”.

Por se tratar, o estabelecimento dos referidos critérios do porte da obra, de uma competência estadual, verificam-se variações nas leis comparando-se os diversos estados. No entanto, o ponto a ser destacado é que, uma vez que se trata de matéria fática, retificação de curso d'água (leito de rio), em relação a qual há farta produção de conhecimentos científicos sobre seus impactos ambientais e urbanos, tanto nacional como internacional, o que se espera é que tais variações nos

parâmetros adotados de modo independente nos estados seja considerada razoável.

No entanto, conforme Humbert e Nilo, as variações dos critérios entre as legislações chegam a 600%, como aponta o trecho transcrito:

Por tudo quanto aduzido, é completamente desarrazoado que, enquanto em Estados como Santa Catarina o porte de tais obras civis é considerado **grande** a partir de 5 quilômetros de extensão, na Bahia o mesmo enquadramento só seja atribuído a empreendimento acima de 30 quilômetros. Trata-se de uma diferença irrazoável de 600%. Nota-se, portanto, a absurda desproporção entre as normas, capaz de causar, na prática, enormes estragos ambientais.¹¹³

A implicação dos critérios postos na legislação baiana frente à de Santa Catarina, é que na Bahia há maior permissividade quanto às exigências de estudos de impacto ambiental para a concessão da licença ambiental. Ou seja, enquanto em Santa Catarina a exigência para uma obra de 6 km será a máxima, uma vez que se enquadrará como de grande porte, essa mesma obra na Bahia será de pequeno porte, sendo-lhe feitas as exigências mínimas em estudos para a concessão da licença. Diante de tal fato, como aponta o artigo citado, ressalta-se a urgência da revisão da legislação estadual baiana, para que a proteção ambiental possa ser efetivada conforme os valores constitucionais, preservando-os dos desvirtuamentos decorrentes dos decretos estaduais, frente a abertura discricionária dada ao administrador, evidenciando a necessidade controle da discricionariedade técnica exercida no caso.

3.3 Da alegação acerca da “concepção antiga” de engenharia adota no projeto

Como já referido, dentre as alegações constantes da inicial, a que este estudo se propõe a analisar com mais ênfase é a de que o projeto a ser implementado nos rios Jaguaribe e Mangabeira, como proposta ao problema urbano de alagamento, mantém a “concepção antiquada de retificação e canalização em concreto” dos rios,

¹¹³HUMBERT, Georges L. H. e NILO, Marcelo T. **Licenciamento ambiental unificado e empreendimentos de macrodrenagem**. v. 27, n. 2 (2017): *Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - Direito Ambiental*, p. 255-280.

“nos moldes ultrapassados”, demonstrando uma “estagnação tecnológica e administrativa no tratamento dispensado aos rios urbanos nesta cidade”. E ainda, complementando, “contrariando as condições naturais e as diretrizes legais, os Poderes Públicos parecem estar mais uma vez optando por **uma concepção antiquada de retificação e canalização em concreto** do Rio Jaguaribe e seus afluentes.”¹¹⁴

Informa o autor que:

o objetivo principal desta Ação Popular é, sem síntese, a **interrupção imediata da obra de macrodrenagem do Rio Jaguaribe, nos moldes ultrapassados em que aparentemente está sendo proposta**, para que haja uma maior discussão com a população diretamente atingida e com especialistas em questões ambientais, para que mais um erro histórico e irreversível não seja cometido em relação aos rios urbanos de Salvador.¹¹⁵

Fica claro, portanto, que o autor não se opõe a realização de “obras” que visem dar resposta ao problema de enchentes, mas sim, demanda que a administração pública saia da perspectiva de intervenção de engenharia que vem sendo aplicada na cidade, com retificação de cursos d’água e canalização dos rios.

Ao analisar as respostas dos réus à alegação em foco, a fim de extrair de tais manifestação, os motivos que levaram a Administração Pública a decidir pela concepção técnica do projeto, não foi identificada, em nenhuma delas, a consideração de alternativas. Em regra, houve apenas valorização da concepção adotada, destacando os estudos feitos para a implementação da mesma. Como exemplos, seguem trechos das argumentações trazidas pela CONDER, Estado da Bahia e Município de Salvador, abaixo:

Por fim, só nos resta rechaçar efusivamente a alegação de que "que o projeto contempla apenas soluções antigas e simples de canalização, sem levar em consideração outras alternativas tecnológicas". Se assim fosse, não haveria a extensa documentação atestando os estudos sobre o impacto sobre a vegetação da Orla, o efeito das tipologias de revestimento sobre a largura das seções, os impactos econômicos e sociais da desapropriação, as análises sobre a viabilidade das detenções.¹¹⁶

Ademais, a solução técnica contemplada pelo projeto preza pela mínima intervenção possível, bem como respeita o curso natural das águas e as dinâmicas inerentes à natureza dos corpos d’água, de forma a estar caracterizada como minimamente invasiva.¹¹⁷

¹¹⁴Ibidem, Petição Inicial - ID 1799726, p. 3.

¹¹⁵Ibidem, Petição Inicial - ID 1799726, p. 8.

¹¹⁶Ibidem, Nota Técnica da CONDER, ID 2042542, p. 24.

¹¹⁷Ibidem, Contestação Município de Salvador, ID. 2378468, p. 35.

Ressalta-se que as narrativas da administração pública, para justificar a canalização e retificação dos rios, foi sempre no sentido de convencimento de que os rios já estavam muito degradados, de modo que não haveria grande impacto ambiental com a realização do projeto. Ao mesmo tempo, afirmam que a obra visa à melhoria da condição dos rios.

Outro ponto que merece atenção é a afirmação da Administração Pública de que não cabe, ao particular, questionar a escolha técnica da administração. Os réus referem-se à preocupação ambiental do autor da AP como fruto de “medos imaginários”, ou desinformação por não conhecer detalhes do projeto, denotando serem suas argumentações vazias e de ainda ser um possível aproveitador insensível em relação aos problemas da população atingida.

Essa postura verticalizada da administração frente ao cidadão evidencia desconsideração acerca do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do dever de solidariedade para a proteção ambiental, como expresso na Constituição Federal, caput do art. 225, destacando-se a legitimidade atribuída ao cidadão para o exercício desse direito-dever.

O agravo de instrumento do Estado e CONDER é a peça que mais trouxe exemplos sobre a relação de superioridade e desrespeito da administração frente ao seu administrado e à coletividade, relacionando-se de forma pejorativa com o exercício da democracia participativa. Vejamos abaixo trechos extraídos do referido agravo:

Trata-se, em verdade, de um movimento (manifestações sociais pela preservação dos rios) midiático que apenas sai da inércia quando da sua conveniência, esquecendo-se, entretanto, de proceder uma campanha constante para o bem-estar socioambiental.¹¹⁸

“Ora, como pode o Agravado, leigo no assunto, pensar ser capaz de julgar como *antiquada* uma obra pública iniciada após o prévio estudo de agentes públicos especialistas na questão, como engenheiros e arquitetos?!”¹¹⁹

Ora, é óbvio que não pode o Autor questionar, sem qualquer base técnica, as soluções corretivas adotadas pelo Poder Público na cidade de Salvador! Da frágil narrativa autoral percebe-se que o Popular tentar minimizar os graves problemas que atingem os moradores da localidade de forma a justificar, absurdamente, uma tolerância às enchentes que acometem a vida

¹¹⁸ Ibidem, Agravo de Instrumento Estado da Bahia e CONDER ID. 2207184, p. 4.

¹¹⁹ Ibidem, Agravo de Instrumento Estado da Bahia e CONDERID. 2207184, p.13.

daqueles que moram junto ao curso do rio; que, segundo ele, não justificariam a intervenção do Poder Público nos aludidos rios.¹²⁰

“Ora, há de se registrar que, data máxima vênia, são risíveis as assertivas apresentadas pelo Recorrido, que, mesmo não tendo qualquer especialização no tema, pensar saber mais que todos os agentes públicos envolvidos na aludida obra”.¹²¹

E por fim, a mais emblemática colocação do Poder Público, evidenciando seu anacronismo frente aos valores democráticos constitucionais:

Ora, não é dado ao Popular querer ditar a solução técnica a ser implementada pelo Poder Público!

Com efeito, a escolha da solução técnica mais adequada para a solução do problema motivador da intervenção é do Poder Público, a quem cabe elaborar o projeto de engenharia e de quem se pode verificar a responsabilidade técnica [...].¹²²

Apesar dos ataques ao cidadão, em momento algum os réus respondem efetivamente a sua alegação, fortalecendo a hipótese de que, no processo de tomada de decisão, não se buscou avaliar alternativas de menor impacto ambiental frente à concepção adotada, não havendo, portanto, comparações entre as concepções e técnicas disponíveis.

Os ataques contra a alegação do autor perdem sua força argumentativa frente ao teor da NT dos engenheiros especialistas da Escola Politécnica/UFBA, a seguir.

3.4 Das considerações constantes da Nota Técnica do MAASA

Frente ao exposto, a Nota Técnica (NT) elaborada por engenheiros doutores e pós-doutores, integrantes do corpo docente do MAASA - Mestrado em Meio Ambiente, Água e Saneamento, da Escola Politécnica da UFBA, adquire central importância para a compreensão da situação em estudo. Ainda que tal NT instrua a PI, o fato de ter sido assinada em nome do MAASA, e não por perito particular, denota a imparcialidade necessária para servir de fonte de informação acerca das questões técnicas referentes ao projeto.

De início, chama atenção, já no ofício que acompanha a NT quando do seu envio ao Governador do Estado da Bahia, Secretários da Casa Civil e do Meio

¹²⁰Ibidem, Agravo de Instrumento Estado da Bahia e CONDER ID. 2207184, p. 13.

¹²¹ Ibidem, Agravo de Instrumento Estado da Bahia e CONDER ID. 2207184, p. 14.

¹²²Ibidem, Agravo de Instrumento Estado da Bahia e CONDERID. 2207184, p. 19.

Ambiente, a manifestação de “extrema preocupação com a intervenção proposta”, face aos motivos constantes da NT, a partir da apreciação do Projeto de Macrodrenagem dos Rios Jaguaribe e Mangabeira.¹²³

Esclarecem os engenheiros que a apreciação do projeto pelo corpo de especialistas na área,

respaldou-se no pressuposto fundamental do efetivo cumprimento dos princípios e diretrizes que norteiam não só as Políticas de Meio Ambiente e Saneamento Básico no Brasil, mas também o Estatuto das Cidades e o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano – PDDU 2016 de Salvador e, sobretudo, considerou o compromisso com uma gestão pública sustentável preconizada na Política Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.¹²⁴

Além disso, afirmaram ser indispensável à discussão acerca das questões postas pela NT, para se lograr uma “**alternativa de intervenção mais pertinente aos objetivos de sustentabilidade.**”¹²⁵

Ou seja, já de início fica evidenciado que a preocupação de degradação posta pelo cidadão na exordial tem pertinência técnica, vez que o projeto de macrodrenagem do Rio Jaguaribe também causou sérias preocupações ambientais nos especialistas.

Mais uma vez ressaltando a realidade fática da importância da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para a existência da vida digna, também a área da engenharia tem destacado a urgência da preservação ambiental. No tocante à área de saneamento, que engloba, conforme estabelecido na Lei Federal 11.445/2007, art. 3º, conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de a. abastecimento de água potável, b. esgotamento sanitário; c. limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos ; e d. drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, a questão do manejo de águas urbanas, e conseqüentemente, os corpos hídricos, tem relevância central.

Aponta Luz¹²⁶ para a centralidade dos serviços ambientais prestados pelos corpos hídricos, os quais só podem ser devidamente prestados a partir da preservação de seus ecossistemas. Conforme o relatório Millennium Ecosystem

¹²³ Ibidem, Nota técnica do MAASA- ID. 2154694, p. 01.

¹²⁴Ibidem, Nota técnica do MAASA ID. 2154694, p. 2.

¹²⁵Ibidem, Nota técnica do MAASA ID. 2154694, p. 2. (grifo nosso)

¹²⁶ LUZ, L. D. . Aspectos hidrológicos e serviços ambientais hídricos. In: Lucilia Maria Parron; Junior Ruiz Garcia; Edilson Batista de Oliveira; George Gardner Brown; Rachel Bardy Prado. (Org.). **Serviços Ambientais em Sistemas Agrícolas e Florestais do Bioma Mata Atlântica**. 1ed.Brasília, DF: Embrapa, 2015, v. , p. 171-182.

Assessment (2005), resultado de um esforço internacional que busca conscientizar a todos acerca da dependência da sociedade sobre os ecossistemas, que os serviços ambientais podem ser divididos em quatro categorias: a. serviços de provisão: suprimento de água doce , produção de alimentos, madeira e fibras, geração de energia, transporte; b. serviços de regulação: controle de vetores patogênicos, mitigação de danos hídricos, autopurificação das águas, estabilização climática; c. serviços culturais: recreação, estética, intelectual e espiritual; d. serviços de apoio ou suporte: formação de solos, fotossíntese, ciclagem de nutrientes, propagação de espécies, habitat, diversidade biológica aquática, recarga hídrica. Além desses, o autor ainda chama atenção para o efeito dos ecossistemas na locação de água, referente à precipitação em água superficial e água subterrânea, sendo considerado o efeito mais importante dos ecossistemas.

No entanto, uma vez que os serviços hídricos formam um todo, a fragmentação de sua totalidade causa conseqüências nem sempre percebidas de imediato. Luz exemplifica tal situação com a construção de uma barreira no leito de um rio. A fim de potencializar o serviço de suprimento de água doce a determinada região, tal barreira poderá impactar na fauna e na flora, ao longo do rio, gerando diminuição do serviço de produção de alimento em outras regiões, além do próprio serviço de fornecimento de água. Isso evidencia a necessária compreensão global dos impactos causados por ações humanas, não sendo mais possível manter a visão fragmentada da “solução pontual”.

Sintetiza o autor, afirmando que “o conjunto de serviços ofertados por um ecossistema depende da sua conservação, havendo relação estreita entre a saúde ambiental e a saúde humana, a sua segurança e o seu bem-estar”¹²⁷

Destaca-se, para o objetivo desse estudo, o fato de os doutos especialistas contextualizarem a concepção técnica da obra como pertencente a um referencial vigente anos 70, o qual segundo os engenheiros, se encontra inadequado frente às exigências do Estatuto das Cidades Sustentáveis, apontando que a técnica de macrodrenagem já não responde às novas exigências postas, decorrentes do dever de proteção ambiental.

Conforme o item **b** da NT, tal concepção técnica se baseia unicamente no conceito de “eficiência hidráulica”, cuja finalidade é a de acelerar o escoamento das

¹²⁷ Ibidem, p. 175.

águas, drenando os terrenos de modo mais rápido. O problema com essa técnica, demonstrado pelos resultados empíricos, é que ela apenas transfere o problema do alagamento para a jusante (rio abaixo). A preocupação com a necessária superação da concepção “eficiência hidráulica” é reiterada no item i da NT. Sendo o “padrão de referência a drenagem convencional amplamente disseminada no Brasil a partir dos anos de 1970”, apontam que esta técnica, ainda que adotada, deve ser superada “frente às novas demandas para as Cidades Sustentáveis, como reza o Estatuto das Cidades”¹²⁸.

O objetivo em superar a concepção de “eficiência hidráulica” é identificado nas diretrizes do Governo Federal para a efetivação de financiamento de projetos, constantes do Manual para Apresentação de Propostas Programa – 1138 de Drenagem Urbana e Controle de Erosão Marítima e Fluvial, do Ministério das Cidades, já em 2009. Prevê o referido manual que “a gestão sustentável da drenagem urbana” deve ser realizada com ações estruturais e não estruturais dirigidas à recuperação de áreas úmidas, à prevenção, ao controle e à minimização dos impactos provocados por enchentes urbanas e ribeirinhas¹²⁹. Esclarece a nota técnica que, segundo esse manual:

as intervenções estruturais consistem em obras que devem preferencialmente **privilegiar a redução, o retardamento e o amortecimento das águas pluviais.**¹³⁰

As intervenções estruturais para o retardamento do escoamento, incluem: reservatório de amortecimento de cheias, adequação de canais para a redução da velocidade do escoamento, sistema de drenagem por infiltração, implantação de parques lineares, recuperação de várzeas e a renaturalização dos cursos de água. **Obras convencionais de galerias de águas pluviais e de canalização, que aceleram o escoamento, serão admitidas somente nos casos onde as soluções preferenciais se mostrarem inviáveis**, quando for comprovado que os impactos gerados pelas intervenções de baixa magnitude serão mitigados.¹³¹ (grifo nosso).

No mesmo sentido, o Manual de 2012¹³² reitera a prioridade de técnicas sustentáveis. Logo, fica claro concluir que as chamadas técnicas sustentáveis se

¹²⁸ Ibidem, Nota Técnica do MAASA, ID 2154694 - Pág. 6

¹²⁹Ibidem, Nota Técnica do MAASA ID 2154694 p. 8

¹³⁰Ibidem, Nota Técnica do MAASA ID 2154694 p. 10, grifo nosso.

¹³¹Ibidem, Nota Técnica do MAASA ID 2154694 p. 10.

¹³² Ibidem, Nota Técnica do MAASA ID 2154694 p. 10

opõem à ideia de aceleração de escoamento de água, defendida pela concepção da “eficiência hidráulica”. Tais técnicas visam implementar a concepção da redução da velocidade do escoamento, conforme esclarece Tucci¹³³, ao abordar as fases de desenvolvimento das “águas urbanas”, logo a seguir.

Como aponta o autor, “as águas urbanas englobam o sistema de abastecimento de água e esgotos sanitários, a drenagem urbana e as inundações ribeirinhas, a gestão dos sólidos totais, tendo como metas a saúde e conservação ambiental”.¹³⁴ No entanto, alerta Tucci para o fato de que

“**uma parcela importantedos engenheiros que atuam no meio urbano está desatualizada quanto à visão ambiental** e geralmente busca soluções estruturais que alteram o ambiente, com excesso de áreas impermeáveis e consequente aumento de temperatura, inundações, poluição, entre outros.”¹³⁵

Historicamente, demonstra Tucci que a busca para soluções das águas urbanas passou pelas seguintes fases:

Tabela 1 – Fases do desenvolvimento das águas urbanas

Fase	Características	Consequências
Pré-higienista: até início do século XX	Esgoto em fossas ou na drenagem, sem coleta ou tratamento e água da fonte mais próxima, poço ou rio.	Doenças e epidemias, grande mortalidade e inundações.
Higienista: antes de 1970	Transporte de esgoto distante das pessoas e canalização do escoamento	Redução das doenças, mas rios contaminados, impactos nas fontes de água e inundações.

¹³³TUCCI, Carlos E. M. Águas urbanas. **Estud. Av.**, São Paulo, v. 22, n. 63, p. 97-112, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142008000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04Jan. 2018.

¹³⁴ Ibidem, p.100.

¹³⁵ Ibidem, p.100.(grifo nosso)

Corretiva: entre 1970 e 1990	Tratamento de esgoto doméstico e industrial, amortecimento do escoamento.	Recuperação dos rios, restando poluição difusa, obras hidráulicas e impacto ambiental.
Desenvolvimento sustentável: depois de 1990	Tratamento terciário e do escoamento pluvial, novos desenvolvimentos que preservam o sistema natural.	Conservação ambiental, redução das inundações e melhoria da qualidade de vida.

Fonte: (TUCCI, p 101)

Verifica-se, através da didática explanação de Tucci, que a prática de canalização do escoamento, utilizada nos Projetos de Macrodrenagem, em execução nas bacias do Jaguaribe e sub-bacias do Trobogy e Mangabeira, localiza-se ainda na fase higienista, iniciada antes da década de 1970. Logo, a alegação do autor da AP de que o Projeto de Macrodrenagem dos Rios Jaguaribe e Mangabeira foi concebido dentro de uma concepção técnica de engenharia antiquada, devendo ser superada, encontra fundamento também na literatura especializada, em conformidade com o posicionamento dos especialistas constante da NT.

Como esclarece Tucci, a técnica de canalização dos rios não tratados, desenvolvida para dar resposta ao problema de inundação e saúde pública, agravado pelo processo de urbanização acelerada, demonstrou, ao longo do tempo, que apenas transferia os impactos para a justante.

A grande concentração desordenada de pessoas nas cidades levou ao 'colapso do ambiente urbano em razão dos efluentes sem tratamento e da poluição aérea. Para controle desse impacto, no início da década de 1970 houve um marco importante com a aprovação do "**Clean WaterAct**' (**Lei de água limpa**) nos Estados Unidos. Essa legislação definiu que todos os efluentes deveriam ser tratados com a melhor tecnologia disponível para recuperação e conservação dos rios.¹³⁶

Foi então iniciada uma fase de intenso investimento em tecnologia para tratamento de esgoto, e em paralelo, "verificou-se que era insustentável continuar a construção de obras de drenagem que aumentassem o escoamento em razão da

¹³⁶ Ibidem, p.101 (grifo nosso)

urbanização, como a canalização de rios naturais.”¹³⁷ **A partir de então, os procedimentos de drenagem foram revistos, passando a ser utilizados os sistemas de amortecimento em detrimento de canalização.** Com isso, essa fase passou a ser dominada a fase *corretiva* das águas urbanas, no período entre 1970 e 1990. Desde então, o foco tem sido na busca da preservação do sistema natural, na fase de Desenvolvimento Sustentável, depois de 1990.

Sobre o relevante tema de tratamento das águas, é informado, no item **h da NT**, que “as obras propostas não contemplam efetivas soluções para o esgotamento sanitário na bacia”, restringindo-se “exclusivamente a proporcionar a rápida drenagem das águas do rio via canalização”. Desta forma, ressaltam os especialistas, contaminação das águas do rio persistirá, sendo que estas fluirão mais rapidamente para a praia e o mar, assim como os resíduos sólidos, o que poderá vir a comprometer as intervenções realizadas. Apontam ainda que foram informados de que “um interceptor de esgotos sanitários está previsto para ser implantado em trechos do rio Mangabeira”, no entanto, o fato de não haver “inserção desse dispositivo num plano e projeto mais amplo de esgotamento sanitário deixa dúvidas quanto à sua operação e efetividade. ” ¹³⁸

O não enfrentamento do problema de contaminação das águas dos rios pelo projeto de macrodrenagem dos rios Jaguaribe e Mangabeira, o que provavelmente deve se repetir nas canalizações do Trobogy e Passa Vaca, demonstra como a Administração Pública, em termos de concepção de manejo de águas urbanas, ainda se encontra na fase higienista. Demonstrando, inclusive, falta de cuidado para com a saúde da população de modo direto. Tal realidade é apenas mais um exemplo do que acontece com os rios na cidade de Salvador, num processo se transformar em canal, e posteriormente esgoto.

A contextualização do projeto em termos de fases de manejo das águas urbanas, se faz relevante para demonstrar que os critérios sistematizados na engenharia servem para avaliar a conduta do Administrador Público em relação às escolhas dos projetos quanto ao dever de preservação/recuperação do meio ambiente. É comum a prática do gestor em apresentar a população um projeto de intervenção com a “única” solução para o problema em tela, quando, na verdade, a

¹³⁷ Ibidem, p.101.

¹³⁸ Ação Popular 2017, op. cit, Nota Técnica do MAASA ID 2154694 p. 5

decisão tomada é apenas o continuísmo de uma prática já instituída, cujos interesses podem inclusive buscar privilegiar mercados e parceiros econômicos já firmados que se beneficiam com a execução de tais obras.

No item **c** da NT, os especialistas apontam para a concepção de técnicas compensatórias, referente à adoção de bacias de retenção ao longo da bacia hidrográfica, as quais visam ao amortecimento do escoamento, característico da fase corretiva referida por Tucci, característica do período entre 1970 e 1990. Tais bacias serviriam para acumular temporariamente as águas das cheias, fazendo com que o volume extra, decorrente das canalizações do Trobogy e Mangabeira, não fosse todo concentrado no estuário do Jaguaribe, reduzindo o impacto e degradação ambientais.

O item **c** da NT aponta que a possibilidade da adoção de bacias de retenção, a despeito do adensamento urbano, não foi devidamente considerada pela Administração Pública. Ainda que não sejam técnicas recentes, e que seus efeitos, apontando para vantagens ambientais frente à concepção da “eficiência hidráulica, sejam conhecidos da literatura especializada há tempos.

Ainda que opção pela adoção de bacias de retenção devesse ser avaliada prioritariamente, efetuando-se análises de alternativas e seus custos, **não houve avaliação técnica** suficiente para que pudessem ser implementadas, “Somente a partir de tais análises, se poderia assumir qualquer intervenção no trecho final (foz do Rio Jaguaribe)”. Ou seja, tais estudos poderiam salvar a foz do Rio Jaguaribe, trecho que acabou sendo mais visível por ocasião das manifestações sociais e das ações judiciais propostas como o objetivo da preservação do meio ambiente, inclusive em seu aspecto paisagístico, dada a beleza do trecho. Ainda que tais manifestações, ou seus envolvidos, tenham se reportado ao rio e à bacia hidrográfica como um todo.

Tal ausência de avaliação técnica é mais uma evidência da falta de intencionalidade da Administração no sentido da verificação de técnicas tidas por menos impactantes, sendo flagrante violação do dever de cuidado em relação ao meio ambiente e à população.

Os estudos ambientais têm por objetivo fornecerem os elementos técnicos e científicos tanto para a concessão de licenças ambientais como para as decisões da própria Administração Pública frente a escolha de projetos a serem realizados. Na

ausência de tais informações relevantes, não há parâmetros para comparar técnicas possíveis a serem implementadas, diante de um mesmo problema urbano.

Daí a relevância de tais estudos não se restringem somente frente às exigências legais, mas, antes disso, surgem da necessidade de a administração ter o devido conhecimento a fim de tomar a decisão que melhor atenda ao interesse público. Sem tais estudos, não há base técnica e científica confiável para fundamentar decisões por projetos que impactem significativamente no meio ambiente. A partir dessa compreensão, dentre inúmeras informações relevantes na NT no tocante a estudos de viabilidade ambiental do projeto, apenas algumas serão aqui explanadas.

Uma das considerações mais relevantes quanto ao tópico de estudos ambientais está a constante do item d da NT, ao afirmarem que os estudos hidrológicos apresentados não identificam as zonas inundadas de forma a nortear as necessidades das obras¹³⁹. Isso, segundo os especialistas, implica a impossibilidade de avaliar alternativas técnicas para o problema, e nem mesmo afirmar que os problemas de inundação serão solucionados com as canalizações. Ou seja, trata-se da ausência satisfatória de um dado central para o diagnóstico e tomada de decisão acerca de qual medida técnica adotar frente ao problema.

Sobre o dimensionamento dos impactos ambientais próprios da obra de macrodrenagem, apontam os especialistas, de modo enfático, no item j, para a ausência de consideração dos efeitos da dinâmica marinha com relação ao balanço de sedimentos no trecho estuarino, cujas consequências negativas, se ocorrerem, também podem vir a causar significativos prejuízos ao erário, a exemplo de casos similares em outras obras em Salvador, como informa o trecho transcrito abaixo:

“O resultado disso pode ser similar ao caso da saída artificial do rio Camarajipe, no Jardim de Alá, em que vultosos recursos financeiros têm sido empregados com maquinário para a remoção do dique arenoso que o mar cria nessa localidade. Um estudo de impacto ambiental adequado deveria trazer essa resposta. No entanto, tal estudo, tão seguidamente reivindicados pela sociedade, não foi desenvolvido, o que demonstra a falta de cuidado e responsabilidade com o patrimônio ambiental da Cidade por parte dos entes públicos.”¹⁴⁰

Outra consideração fundamental se refere à tese utilizada pela administração pública de que “o rio Jaguaribe já era um rio morto e degradado e, dessa forma, a

¹³⁹ Ibidem, Nota Técnica do MAASA ID 2154694 - Pág. 6

¹⁴⁰ Ibidem, Nota Técnica do MAASA ID 2154694 - Pág. 6

canalização proposta no projeto ‘em nada pioraria tal quadro’¹⁴¹. Com base nos dados técnicos apresentados pela CONDER, os especialistas refutam tal tese, alegando falta de sustentação técnica e científica dos argumentos que formam a base da conclusão final, de que a canalização deve ser realizada. Além disso, afirma que tal posicionamento da Administração demonstra falta de alinhamento com proposta de equilíbrio ecológico, refletida nas ações de recuperação dos rios urbanos já em prática em diversas cidades do Brasil e no resto do mundo, como se vê no trecho abaixo:

Essa retórica, não traz nem considera a **hipótese mais desejável e perfeitamentepossível, e que vem sendo disseminada em todo o mundo, de recuperação das condições degradadas desse rio urbano**. A tese sustentada pelos proponentes e agentes públicos também não informa ou aborda quaisquer possibilidades de sanar ou minimizar as causas dos problemas identificados como degradação. Ou seja, **apenas conduz à proposta tradicional, higienista e desintegrada, que enfrenta de forma inadequada uma única dimensão do problema, as enchentes e alagamentos. Dessa forma, desprezam as chances de real requalificação ambiental e ecológica** (nos máximos limites das possibilidades), colocando a questão da canalização do rio como panaceia. **Essa visão se caracteriza como ultrapassada em termos de propostas para o enfrentamento dos problemas de drenagem e manejo das águas urbanas na atualidade.**¹⁴²

Através dessa consideração fica clara a postura da Administração Pública em manter-se atrelada às concepções de canalização de rios, sem se atualizar com as novas e menos impactantes propostas de manejo de águas urbanas. Ao considerar apenas as tradicionais técnicas de eficiência hidráulica, em detrimento das técnicas compensatórias e outras que visem à manutenção dos sistemas naturais, é factível afirmar que tal decisão na implementação da política pública de “saneamento” exacerbou os limites da discricionariedade.

Ainda que tal elemento por si só não seja o suficiente para afirmar o descumprimento ao Princípio da Legalidade, ele aponta para o fato de que a opção feita está em flagrante desconformidade com o mandamento de proteção e preservação ambiental. Destarte, para que tal escolha tenha sido eleita legitimamente, faz-se mister que a Administração Pública apresente sua motivação

¹⁴¹ Ibidem, Nota Técnica do MAASA Nota Técnica do MAASA ID 2154694 - Pág. 7

¹⁴² Ibidem, Nota Técnica do MAASA **ID** 2154694 - Pág. 7 (grifo nosso)

justificando tal escolha, de forma clara e satisfatória, viabilizando o controle da discricionariedade do ato.

Caso contrário, como já exposto no Capítulo 2, na ausência da devida motivação, o ato deve ser considerado nulo, cabendo à administração, ou apresentar a motivação necessária ou decidir por uma alternativa mais adequada, também devidamente motivada. Além disso, caso tenha havido prejuízo ao erário e/ou ao ambiente, deve a administração pública e o gestor, serem responsabilizados e devidamente sancionados.

Nesse ponto vale lembrar que responsabilidade por danos causados ao meio ambiente goza de *status* constitucional, art. 225, §3º, CF, sendo bastante abrangente e podendo ser aplicada a pessoas físicas e jurídicas, subdividindo-se em penal, administrativa e civil. Trata-se de responsabilidade solidária, sendo, conforme a lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, em seu artigo 14, §1º, objetiva¹⁴³. Na esfera penal, conta-se, ainda, com a Lei Federal 9.605/98 que trata dos crimes ambientais.

¹⁴³ ANTUNES, op. cit.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo enfrentou o grande desafio de pesquisar a problemática da implementação da norma ambiental, em sua dimensão principiológica - a partir da tutela constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Através da análise jurídica de um caso concreto, o qual envolveu grande impacto ambiental, decorrente de uma tomada de decisão da Administração Pública quanto à escolha de um projeto de engenharia a ser executado em rios urbanos, na cidade de Salvador, Bahia.

O foco do estudo foi, então, analisar se a tomada de decisão da Administração Pública respeitou o Princípio da Legalidade. Ou seja, se a Administração Pública agiu dentro dos limites, postos pelo ordenamento jurídico, postos para o exercício da competência discricionária, destacando-se aqueles limites decorrentes da tutela ambiental, em âmbito Constitucional.

Partindo do pressuposto jurídico de que a atividade da Administração Pública é regida pelo Princípio da Legalidade, o qual não se refere apenas à obediência formal das leis postas, mas ao ordenamento jurídico como um todo, essa análise demandou duas etapas. A primeira, por ser um ato da Administração Pública, verificou-se as exigências postas pelo Direito Administrativo ao exercício da competência discricionária de forma geral. Daí identificadas tais exigências, a segunda etapa foi identificar limites postos pela norma ambiental, em âmbito principiológico, à margem de atuação discricionária da Administração, uma vez que o conteúdo do ato de tomada de decisão tratava da matéria ambiental.

A partir das considerações jurídicas apresentadas nesse estudo, a primeira conclusão decorrente dessa análise, é a de que a tutela constitucional do ambiente implica em uma redução da “área” da discricionariedade administrativa. Isto, devido a pelo menos um dos limites posto à atividade discricionária pela norma ambiental, qual seja: a imposição ao administrador público do permanente dever de considerar, em todas as suas decisões, o vetor normativo da proteção ambiental. Ou seja, de sempre **buscar a alternativa** interventiva que melhor proteja o meio ambiente, ou por manter o maior nível de preservação ou, preferencialmente, por recuperar o que já fora anteriormente degradado.

Identificados os limites postos à discricionariedade administrativa, o segundo desafio posto para a análise do caso concreto, foi a de verificar se a tomada de

decisão da Administração Pública, na escolha do projeto de engenharia, se deu dentro desses limites discricionários identificados: o de buscar as alternativas interventivas que melhor realize a proteção ambiental, e dentre estas, a que melhor possa ser efetivada, dada as circunstâncias fáticas.

Isso trouxe à tona a complexa questão da fiscalização e do controle judicial dos atos discricionários. Isto porque o objeto de estudo, aqui proposto, se refere à análise de uma alegação constante de Ação Popular, na qual o autor afirma que a concepção de engenharia escolhida pelo gestor público não está em consonância com a norma ambiental, e, ainda, que a administração não avaliou alternativas mais sustentáveis.

Quanto à fiscalização da atuação discricionária da administração em matéria ambiental, ficou clara a relevância da participação da coletividade no exercício do dever de proteção ambiental, na busca da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A exemplo da Ação Popular, aqui analisada, restou clara a importância dos instrumentos jurídicos para a gestão ambiental participativa. Isto porque, além de pleitear em juízo a defesa do meio ambiente, a ação popular oportunizou à coletividade o acesso a informações, ampliando a transparência da gestão pública e a possibilidade de controle social desta, no sentido de exigir uma conduta em congruência com a norma ambiental. A partir da verificação de critérios postos pela literatura para o controle judicial dos atos discricionários, ficou claro que a norma ambiental reforça significativamente a exigência, já posta pelo Direito Administrativo, de motivação dos atos discricionários. Essa ênfase é dada, principalmente nos casos de tais atos impactarem na dimensão natural do meio ambiente: água, fauna, flora, ar, ecossistemas, dentre outros elementos.

A partir das considerações jurídicas foi feita a análise em si do caso concreto, através das informações constantes dos autos da Ação Popular Nº 1001312-27.2017.401.3300. Nesta, como referido acima, buscou-se verificar se a tomada de decisão da administração pública, quanto à concepção de engenharia adotada para o projeto interventivo nos rios Jaguaribe e Mangabeira, sob o argumento de oferecer solução ao problema de alagamento na região, foi uma decisão dentro dos limites discricionários – ou seja, dentro dos limites postos pela norma administrativista e pela norma ambiental – ou se extrapolou esses limites. Para isso buscou-se verificar se, para a tomada de tal decisão, a Administração Pública buscou alternativas sustentáveis, e quais os critérios que justificaram a escolha feita.

Por se tratar de uma área específica de engenharia, ficou evidente a necessidade da abordagem metodológica interdisciplinar, evidenciando, na prática o traço da interdisciplinaridade do Direito Ambiental. Apenas em posse da informação técnica idônea é possível verificar a conduta da administração em uma escolha técnica.

A primeira conclusão alcançada nessa fase, foi a da essencialidade dos estudos técnicos ambientais, de qualidade, para que o gestor público possa atuar em consonância com norma ambiental protetiva, independentemente das exigências de estudos ambientais postas na legislação infraconstitucional. A realização de estudos para obter informações sobre os impactos, vantagens e desvantagens das técnicas possíveis é uma condição o próprio exercício discricionário, no momento em que é dever do administrador buscar a melhor alternativa.

Como pode o gestor escolher a melhor alternativa, senão em posse das informações técnicas e critérios para comparação? Obter tais informações é uma necessidade material do desempenho da função pública em assuntos ambientais, e não pode ser reduzido a exigências formais da legislação ambiental infraconstitucional. É preciso que o gestor atue conforme a exigência do ordenamento para o exercício do poder público.

O advento da proteção ambiental na esfera jurídica parte de uma necessidade séria de preservação do equilíbrio ecológico dada a ameaça à própria continuidade da vida na terra. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser reduzido a retóricas vazias, devendo os gestores públicos agir em consonância com o novo paradigma constitucional.

As informações técnicas idôneas são também essenciais para a atuação do judiciário. Como pode o magistrado avaliar alternativas técnicas senão em posse de conhecimentos da área, para que seja avaliada a motivação da decisão?

O caso concreto se mostrou emblemático por apresentar nota técnica proveniente do corpo docente de engenheiros especialistas da Escola Politécnica da UFBA, os quais teceram sérias considerações ao Projeto de Macrodrenagem dos Rios Jaguaribe e Mangabeira. Através da análise dessa peça apresentada pelo autor, pode-se compreender a dimensão do problema ambiental e pontos críticos na atuação da Administração Pública.

Inicialmente a concepção técnica do projeto de macrodrenagem proposto foi contextualizada dentro da evolução das fases de manejo de águas urbanas,

situando-se em uma técnica já ultrapassada e superada por técnicas “compensatórias” ou por outras que busquem a maior integração com os sistemas naturais, fundamentando, portanto, a alegação do autor. Além disso, foi evidenciada a fragilidade ou ausência de estudos necessários, tanto para o diagnóstico mais preciso do problema de inundação, como para as possibilidades técnicas de alternativas menos impactantes, e até mesmo para a verificação da eficácia do projeto de macrodrenagem. Foi enfatizada a ausência de atenção às técnicas compensatórias, as quais deveriam ter sido consideradas em primeiro lugar, inclusive conforme diretrizes do Ministério das Cidades para financiamento de obras deste porte, sendo esta, contraditoriamente, uma das contempladas com tal financiamento.

Igualmente foi destacado que a obra não contempla efetivas soluções para o esgotamento sanitário na bacia, levando à infeliz conclusão de que os rios Jaguaribe e Mangabeira, em consequência da concepção de canalização dos seus cursos d’água, sem o devido tratamento de suas águas, a exemplo dos demais rios de Salvador, serão não só transformados canais, mas em canais de esgoto. A despeito deste fato, vale salientar que um dos argumentos centrais da Administração Pública para justificar as obras de macrodrenagem, foi o argumento da saúde pública. No entanto, como demonstrado no capítulo 3, o aumento da velocidade da drenagem de água poluída, não é a resposta eficaz para a saúde pública, e sim o tratamento das mesmas através dos serviços de esgoto, juntamente com as técnicas compensatórias.

Em acréscimo, foi evidenciada a anacronia da Administração Pública ao defender a tese do “rio morto”, justificando que o projeto não causaria, portanto, maiores impactos. Tal tese, além de ser refutada pelos especialistas, com base nos insuficientes estudos apresentados sobre a condição dos rios, foi também rechaçada, uma vez que a tendência atual é a recuperação dos rios urbanos, mesmo daqueles tamponados anteriormente, o que pode ser visto em ações em lugares do Brasil em todo o mundo. Rios são mananciais de água potável e é, absolutamente contraditório, estando em posse de tecnologias de preservação e recuperação, atuar no sentido de maior degradação do mesmo, destruindo, em plena crise hídrica local e mundial, esses mananciais.

A utilização de concreto e outras técnicas de impermeabilização do solo causam a obstrução do ciclo hídrico, fazendo com que menos água seja absorvida

pelo solo, e com isso, deixando de alimentar os aquíferos, que por sua vez, alimentam as nascentes dos rios. Com menos água no solo, menos água nos aquíferos, menos água nos rios. Além disso, quanto mais áreas impermeabilizadas na cidade, maior o volume de água “solta” contribuindo para os alagamentos. Rios urbanos, para além da essencial relevância enquanto fonte de água, também são importantes para o microclima urbano, a biodiversidade, além da beleza paisagística que tanto contribui para a qualidade de vida do cidadão local, como para o turismo.

Frente ao exposto surge a seguinte questão: pode o gestor público manter o *modus operandi* anterior à década de 1970, no tratamento das águas urbanas, uma vez que as técnicas de engenharia evoluíram, tanto em eficiência como em sustentabilidade? Pode o gestor público manter uma conduta passiva e acomodada de repetição da degradação do meio ambiente, frente à normatividade de proteção ambiental imposta pela própria Constituição Federal? Pode o gestor público agir de modo descompromissado frente à crise ambiental?

Assim, a partir das conclusões aqui expostas e dada a relevância do controle judicial para a efetiva implementação da norma ambiental, reitera-se a necessidade da motivação para a consideração da legalidade do ato discricionário. Neste sentido, nos casos semelhantes ao aqui estudado, sugere-se que a motivação, além estar presente de forma clara, deva apresentar, a fim de que seja minimamente satisfatória, os seguintes conteúdos:

- a) as alternativas consideradas para a intervenção no problema urbano em foco;
- b) os critérios e parâmetros utilizados para a comparação das alternativas citadas;
- c) os estudos técnicos ambientais utilizados como fonte de informação para o diagnóstico da situação problema, assim como sobre os impactos e vantagem de cada alternativa; e
- d) os motivos finais que levaram à escolha realizada, considerando a ponderação da variável ambiental no conjunto das demais variáveis, a exemplo da orçamentária, deixando claro os critérios utilizados nesta ponderação.

Logo, entende-se que qualquer ato discricionário, relacionado a impactos ambientais, que não considere o vetor normativo/principiológico da proteção ambiental, ou que não demonstre a motivação fundamentada para a utilização de

medidas impactantes, estará contrário à norma ambiental constitucional, violando, portanto, o Princípio da Legalidade, ao qual deve absoluta obediência.

Além dos pontos aqui destacados, inúmeras outras variáveis influenciam para a implementação da norma ambiental, a exemplo da formação dos magistrados, da ausência de um poder judiciário especializado para julgar atos da Administração Pública, em especial voltado para as questões ambientais, dada a vastidão de seus temas, assim como própria cultura política brasileira, ainda com fortes traços patrimonialistas e autoritários. No entanto, apesar das dificuldades, a materialidade da questão ambiental não deixa outra opção, a não ser a busca pelo ambiente ecologicamente equilibrado, para que a vida continue a ser possível, mantendo-se o prazer em estar vivo.

Por fim, relato que enquanto escrevo este TCC testemunho o Governo do Estado inaugurar a primeira fase do Projeto de Macrodrenagem do Rio Jaguaribe e Mangabeira. Esse trecho abrange exatamente a foz do Rio Jaguaribe que deságua no mar, o trecho que motivou a intensificação das manifestações sociais contrárias ao projeto de macrodrenagem e em defesa do rio, assim como a propositura da Ação Popular, objeto deste estudo. Desse modo, os prejuízos ambientais que o cidadão e a coletividade tentaram evitar, já se concretizaram.

No entanto, ainda que esses rios e seus ecossistemas estejam sendo duramente degradados, fica a certeza de que a tendência mundial é a de recuperação dos rios urbanos. O avanço das concepções sustentáveis em engenharia, com suas técnicas de recuperação dos rios e seus ecossistemas, sinaliza que cada vez mais as cidades vão se preocupar com a recuperação de seus rios. Salvador, enquanto uma cidade banhada por mares e bacias de água doce, também será contemplada neste sentido. E para que isto aconteça da forma mais breve é que se mantêm os incansáveis esforços para implementação da norma ambiental.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente na União Europeia. . In: CANOTILHO, José J. G. e MORATO, José R. (Coord.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN. Antônio Herman de V. **Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental**. Brasília: BDJUR B12, 2011. Disponível em: <<http://bdj.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Constitucionalização do Ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José J. G. e MORATO, José R. (Coord.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 77-150.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAMARA, Ana Stela; FERNANDES, Marcia Maria. O Reconhecimento Jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v.12, n.1, 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/viewFile/27788/pdf>>. Acesso em: 12 out. 2018.

CANOTILHO, José J. Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José J. Gomes; MORATO, José R. (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-3.

CARDOZO, José Eduardo M. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, cap.I, p. 44-77.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 3-42.

FERREIRA, Ana Conceição B. S. G. A. **Proteção aos Animais e o Direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de S. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1ª reimpressão com alterações, Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HUMBERT, Georges L. H. e NILO, Marcelo T. **Licenciamento ambiental unificado e empreendimentos de macrodrenagem**.v. 27, n. 2 (2017): Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - *Direito Ambiental*, p. 255-280.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

JONAS, Hans. **O princípio da vida**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos direitos difusos. 2 ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2013.

_____. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. Comentário ao artigo 225, caput. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio .L (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

LUZ, L. D. . Aspectos hidrológicos e serviços ambientais hídricos. In: Lucilia Maria Parron; Junior Ruiz Garcia; Edilson Batista de Oliveira; George Gardner Brown; Rachel Bardy Prado. (Org.). **Serviços Ambientais em Sistemas Agrícolas e Florestais do Bioma Mata Atlântica**. 1ed.Brasília, DF: Embrapa, 2015, v. , p. 171-182.

MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: In: GARCIA, Emerson (Coords.). **Discricionariedade Administrativa**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, cap. III, p. 79-89.

MEIRELLES, Hely L. **Direito Administrativo brasileiro**, 14. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MIRANDA, Marcos Paulo de S. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

ROCHA, Júlio César de Sá da; ROTONDANO, Ricardo Oliveira. **Uma Necessária Limitação ao Atual Conceito de Discricionariedade Administrativa: Fundamentos da Teoria da Discricionariedade Mínima** doi:10.5007/2177-7055.2011v32n63p101. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 101-132, dez. 2011. ISSN 2177-7055. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p101/21057>>. Acesso em: 14 nov. 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2011v32n63p101>.

SALVADOR. 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária Bahia. **Ação popular em defesa dos rios Jaguaribe e Mangabeira frente a ameaça do projeto de macrodrenagem**. N.: 1001312-27.2017.4.01.3300. Autor: Marcelo Timbó Nilo. Réus: União Federal, Estado da Bahia, Município de Salvador, Caixa Econômica Federal, CONDER. Fiscal de Lei: Ministério Público Federal. PJE Processo judicial eletrônico, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documento por Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente. **Revista em Discussão**, ano 3, n. 11, jun. 2012. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>> Acesso em: 22 nov.2018.

TOURINHO, Rita. A Princiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In: GARCIA, Emerson. (Coord). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, cap. IV, p. 91-160.

_____. **Discricionariedade Administrativa**: ação de improbidade e controle principiológico. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

TUCCI, Carlos Eduardo Morelli. Águas urbanas. **Estud. Av.**, São Paulo, v. 22, n. 63, p. 97-112, 2008. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142008000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 Jan. 2018.

ZHOURI, Andréa e VALÊNCIO, Norma (orgs.). **Formas de matar, de morrer e de resistir: limites da resolução negociada de conflitos ambientais**. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2014.