

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

KÁTIA ALESSANDRA PASTORI TERRIN

**SUSTENTABILIDADE COMO FATOR
DELIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE NA
EXPLORAÇÃO DE POTENCIAIS
HIDRELÉTRICOS**

**Curitiba
2023**

KÁTIA ALESSANDRA PASTORI TERRIN

**SUSTENTABILIDADE COMO FATOR
DELIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE NA
EXPLORAÇÃO DE POTENCIAIS
HIDRELÉTRICOS**

Tese apresentada ao curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento, Direito Comparado.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

**Curitiba
2023**

KÁTIA ALESSANDRA PASTORI TERRIN

**SUSTENTABILIDADE COMO FATOR
DELIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE NA
EXPLORAÇÃO DE POTENCIAIS
HIDRELÉTRICOS**

Tese apresentada ao curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento, Direito Comparado.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet (PUCPR)

Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas (PUCPR)

Profa. Dra. Angela Costaldello (UFPR)

Profa. Dra. Adriana Schier (UNIBRASIL)

Prof. Dr. Eduardo Oliveira Agostinho (PUCPR)

**Curitiba
2023**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Sônia Maria Magalhães da Silva – CRB 9/1191

T327s
2023 Terrin, Kátia Alessandra Pastori
 Sustentabilidade como fator delimitador da discricionariedade na exploração
 de potenciais hidrelétricos / Kátia Alessandra Pastori Terrin ; orientador: Luiz
 Alberto Blanchet. – 2023
 137 f. : 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2023
Bibliografia: f. 131-137

1. Poder discricionário. 2. Sustentabilidade. 3. Usinas hidrelétricas – Brasil.
4. Concessões administrativas. 5. Direito. I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

Doris 3. ed. – 340

TERMO DE APROVAÇÃO

KÁTIA ALESSANDRA PASTORI TERRIN

SUSTENTABILIDADE COMO FATOR DELIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE NA EXPLORAÇÃO DE POTENCIAIS HIDRELÉTRICOS

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a aprovação no Doutorado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet (PUCPR)

Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas (PUCPR)

Profa. Dra. Angela Costaldello (UFPR)

Profa. Dra. Adriana Schier (UNIBRASIL)

Prof. Dr. Eduardo Oliveira Agostinho (PUCPR)

**Dedico este trabalho à minha adorável Cecília.
Obrigada, filha, por compartilhar os meses iniciais
de sua vida com a finalização de minha pesquisa.**

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet, por ter acreditado no potencial da minha pesquisa e ter me dado um voto de confiança na entrevista da seleção do Doutorado, e por toda delicadeza, respeito, responsabilidade, zelo e educação que conduziu esse processo. O senhor me inspira.

Aos Professores Doutores membros da banca, por aceitarem o meu convite e serem tão respeitosos e gentis em contribuir com minha pesquisa.

Aos meus pais, Jovino e Lúcia, que sempre foram e serão minha base para tudo e a meus irmãos, Daniela, Marcos, Lilian, Mateus e Ana Eloisa, por compartilharem a vida comigo.

Ao meu esposo Eurico, por todo amor, suporte e paciência comigo nessa fase. E a minha filha Cecília, que nasceu em meio a pesquisa, sendo a inspiração e o folego que faltava para mim. Amo vocês.

A minha amiga Maria Célia, que foi a principal incentivadora para que eu fizesse meu Doutorado, antes mesmo de eu saber que poderia cursar um. Você sempre me ajuda de todas as formas possíveis. Somente Deus é testemunha de tudo que eu e você vivemos juntas. A minha amiga Janaína, pela parceria no Doutorado, nas viagens, nas alegrias e angústias dessa jornada e da vida. A minha amiga Fernanda, por ser bálsamo, alegria e risadas nas horas mais difíceis. Sua sabedoria e carinho são frutos divinos.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR, pelos conhecimentos adquiridos nas disciplinas que cursei.

Ao Programa de Pós-Graduação da PUC-PR, por meio de seus funcionários e professores, pela excelência e condução acadêmica exemplar.

A PUCPR Campus Londrina, por todo suporte, incentivo e pela oportunidade. Tenho a honra de ser docente desta Casa.

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já não tem a forma do nosso corpo. E esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo de travessia. E se não ousarmos fazê-la, teremos ficado para sempre à margem de nos mesmos.

Fernando Pessoa.

RESUMO

TERRIN, Kátia A. Pastori. **Sustentabilidade como fator delimitador da discricionariedade na exploração de potenciais hidrelétricos**. 2023. 139 f. Tese apresentada ao curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Curitiba, 2023

A outorga de concessão para exploração de potenciais hidrelétricos no Brasil engloba uma série de atos administrativos. Dentre eles, destacam-se os atos discricionários, dos quais se defende uma releitura do critério de “conveniência e oportunidade”, por meio da motivação substancial que vinculará o administrador público. A tese propõe a análise da imprescindível necessidade de fixação de parâmetros objetivos para as tomadas de decisões discricionárias do poder público, tendo como recorte metodológico para esta pesquisa, os atos administrativos de outorga de concessão de exploração de potenciais hidrelétricos para geração de energia elétrica por Usinas Hidrelétricas. Para tanto, aborda os conceitos legais e doutrinários que dizem respeito aos empreendimentos de exploração de potencial hidrelétrico, possibilitando a delimitação de atos discricionários dentro da dinâmica de outorga de concessão até o procedimento licitatório, interrompendo a análise antes da celebração do contrato administrativo, demonstrando, dessa forma, a necessidade de uma motivação qualificada para estes atos discricionários. Destaca os conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade, inclusive apontando seus aspectos e pontua como marco teórico os aspectos socioambientais e econômicos da sustentabilidade, aplicados à exploração de potencial hidrelétrico. Estabelece um liame da análise econômica da exploração desses potenciais no Brasil, bem como elementos do Desenvolvimento socioeconômico alinhados à Constituição Federal de 1988 e do Desenvolvimento sustentável, comparando os danos diante de outras fontes de energia, como forma de demonstrar que a escolha feita se mostra conveniente e oportuna ao interesse público. Como fator delimitador da discricionariedade na exploração de potenciais hidrelétricos, aborda a Motivação substancial (qualificação dos motivos) dos atos administrativos como mecanismo de legitimar a tomada de decisão. Para isso, realiza uma diferenciação entre Motivo e Motivação e estabelece requisitos objetivos que devam ser satisfeitos pelo administrador público para legitimar sua escolha, propondo uma ressignificação da “conveniência e oportunidade”, apontando parâmetros objetivos a serem seguidos pelo agente público. A pesquisa utiliza o método hipotético dedutivo, com referenciais teóricos específicos para cada uma das variáveis envolvidas no estudo e conclui pelo parâmetro da sustentabilidade, aqui, correlacionada à necessidade de qualificação substancial do fato, demonstrando que a tomada de decisão por parte do administrador público só terá validade, uma vez preenchido este fator delimitador, sob pena de controle do mérito administrativo.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa; sustentabilidade; motivação substancial; potencial hidrelétrico

ABSTRACT

TERRIN, Katia A. Pastori. **Sustainability as a delimiting factor of discretion in the exploration of hydroelectric potential**. 2023. 139 f. Thesis presented to the Doctorate in Law course of the Postgraduate Program at the Pontifical Catholic University of Paraná (PUCPR). Curitiba, 2023

The granting of concessions for exploring hydroelectric potential in Brazil encompasses a series of administrative acts. Among them, discretionary acts stand out, from which a reinterpretation of the criterion of “convenience and opportunity” is advocated through the substantial motivation that will bind the public administrator. The thesis proposes the analysis of the essential need to set objective parameters for the discretionary decision-making of the public power, having as a methodological cut for this research, the administrative acts of granting the concession of exploration of hydroelectric potential for the Generation of electric energy by Power Plants Hydroelectric. To this end, it addresses the legal and doctrinal concepts that relate to hydroelectric potential exploration projects, allowing the delimitation of discretionary acts within the dynamics of concession granting to the bidding procedure, interrupting the analysis before the execution of the administrative contract, demonstrating, thus, the need for a qualified motivation for these discretionary acts. It highlights the concepts of development and Sustainability, including pointing out their aspects and points out as a theoretical framework the socio-environmental and economic aspects of sustainability. Applied to the exploitation of hydroelectric potential. It establishes a link between the economic analysis of the exploitation of these potentials in Brazil, as well as elements of socioeconomic development aligned with the Federal Constitution of 1988 and sustainable development, comparing the damage to other energy sources, as a way of demonstrating that the choice made is shown to be convenient and timely in the public interest. As a delimiting factor of discretion in the exploration of hydroelectric potential, it addresses the Substantial Motivation (qualification of reasons) of administrative acts as a mechanism to legitimize decision-making. For this, it differentiates between Motive and Motivation and establishes objective requirements that must be satisfied by the public administrator to legitimize his choice, proposing a redefinition of “convenience and opportunity”, pointing out objective parameters to be followed by the public agent. The research uses the deductive hypothetical method, with specific theoretical references for each of the variables involved in the Sustainability, here, correlated to the need for the substantial qualification of the fact, demonstrating that decision-making by the public administrator Only will be valid, once this delimiting factor is filled, under penalty of control of the administrative merit.

Keywords: administrative discretion; sustainability; substantial motivation; hydroelectric potential

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica
CGH - Central Geradora Hidrelétrica com Capacidade Instalada Reduzida
PCH - Pequena Central Hidrelétrica
UHE - Usina Hidrelétrica
EVTE - Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica
SIN - Sistema Interligado Nacional
ACR - Ambiente de Contratação Regulada
CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CGCR - Central Geradora de Capacidade Reduzida
CGH - Centrais Geradoras Hidrelétricas
UTE - Centrais Geradoras Termelétricas
EOL - Eólicas
UFV - Fotovoltaicas
DRS - Despacho de Registro da Adequabilidade do Sumário Executivo
DRDH - Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica
EIA - Estudos de Impactos Ambientais
RIMA - Relatórios de Impactos Ambientais
NEI - Nova Economia Institucional
AED - Análise Econômica do Direito
AIA - Avaliação de impactos ambientais
PNEs - Planos Nacionais de Energia
PDEEs - Planos Decenais de Energia
AAIs - Análise Ambiental Integrada de Bacias Hidrográficas
EPE - Empresa de Pesquisa Energética
MME - Ministério de Minas e Energia
FAP - Ficha de Abertura do Processo
LP - Licença Prévia
LINDB - Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EXPLORAÇÃO DE POTENCIAL HIDRELÉTRICO NO BRASIL	15
2.1 Empreendimentos de exploração de potencial hidrelétrico.....	17
2.2 Atos discricionários na outorga de Concessão para exploração de potencial hidrelétrico	22
2.2.1 Outorga de Concessão de Geração de Energia Elétrica	28
2.3 Publicação de ato justificando a conveniência da outorga de concessão.....	37
2.4 Atos discricionários no procedimento licitatório	41
2.4.1 Fase Preparatória	42
2.4.2 Elaboração do Edital de Licitação	44
3 DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE	48
3.1 Desenvolvimento Sustentável na ótica da Constituição da República de 1988.	57
3.2 Componentes do Desenvolvimento Sustentável	62
3.3 Sustentabilidade Energética	70
3.3.1 Análise Econômica da Exploração de Potenciais Hidrelétricos no Brasil.....	71
3.4 Sustentabilidade e definição de “Aproveitamento ótimo” do potencial hidrelétrico.	81
4 FATOR DELIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE NA EXPLORAÇÃO DE POTENCIAIS HIDRELÉTRICOS.	89
4.1 Motivação substancial (qualificação dos motivos) dos atos administrativos como mecanismo de legitimar a tomada de decisão.	93
4.1.1 Diferenças Substanciais entre Motivo e Motivação.....	96
4.1.2 O impacto da Lei 13.655/2018 no Dever do Gestor Público Justificar e Motivar as Decisões	101
4.2 Resignificação da “conveniência e oportunidade” da outorga de concessão na exploração de potenciais hidrelétricos.....	106
4.3 Parâmetros sustentáveis para a tomada de decisão	112
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

As diversas fontes de energia são recursos essenciais à existência humana e exigem a busca de alternativas para suprir as demandas de consumo. A produção de energia elétrica é fundamental para atender as demandas energéticas de um país que passe por forte desenvolvimento e aumento da qualidade de vida de sua população. O suprimento de energia elétrica é uma condição básica para promover o desenvolvimento econômico e o progresso das nações, que, quanto mais se desenvolvem, mais se torna necessário aumentar a sua produção.

A hidreletricidade tem sido a principal fonte de geração do sistema elétrico brasileiro por várias décadas, tanto pela sua competitividade econômica quanto pela abundância deste recurso energético a nível nacional. O Brasil dispõe de um sistema gerador com capacidade instalada com predominância hidrelétrica. Essa predominância decorre da extensa superfície territorial do país, com muitos planaltos e rios caudalosos. O potencial hidrelétrico brasileiro é estimado em 172 GW, dos quais mais de 60% já foram aproveitados.¹

Priorizar a produção da hidroeletricidade justifica-se em características naturais do Brasil, que facilitam os investimentos em hidrelétricas, em vista de que o relevo brasileiro é predominantemente composto por montanhas e planaltos, contribuindo, assim, para a formação dos rios e quedas d'água, o clima brasileiro, exceto no Nordeste, é chuvoso e auxilia no fluxo d'água em rios nacionais.

O fornecimento de energia elétrica no Brasil, conforme o comando constitucional, é responsabilidade de empresas concessionárias ou permissionárias, no regime de concessão ou permissão diretamente ligadas e incumbidas a prestar conta ao Poder Público, uma vez concedida a licença mediante licitação para atuar na esfera de exploração autorizada. E, a cada decisão de construir ou não uma usina hidrelétrica, ou de um conjunto de usinas de uma alternativa, devem ser avaliados os impactos da sua construção ou não. Portanto, fatores de ponderação deverão ser utilizados para possibilitar a relativização dos índices de impacto.

Dessa forma, serão abordados nos tópicos a seguir os principais componentes da exploração de potencial hidrelétrico no Brasil, a partir de uma perspectiva do Direito

¹ **Hidrelétricas.** Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/areas-de-atuacao/energia-eletrica/expansao-da-geracao/fontes>. Acesso em: 25 abril. 2022.

Administrativo brasileiro, a fim de se estabelecer uma contribuição ao agente público na suas tomadas de decisões.

A outorga de concessão para exploração de potenciais hidrelétricos no Brasil engloba uma série de atos administrativos. Dentre eles, destacam-se atos discricionários do Poder Público que necessitam de uma releitura dos critérios de “conveniência e oportunidade”, por meio da motivação substancial que vinculará o administrador público, o que será objeto do último capítulo desta tese.

A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente público, ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação. O certo é que, em várias situações, a própria lei lhe oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente público avaliar a conveniência e oportunidade dos atos que irá praticar na qualidade de administrador de interesses coletivos. Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário que será analisado.

Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida.

Para tanto, buscar-se-á definir os atos discricionários desta tratativa e como a sustentabilidade, em seu aspecto socioambiental e econômico, poderá ser um fator delimitador do agir da Administração Pública, evitando, assim, desvios ao interesse público, para, ao final, apresentar contribuição viável para que os agentes públicos possam ter uma ação mais adequada ao problema concreto na tomada de decisões discricionárias para concessão de exploração de potenciais hidrelétricos no Brasil, a partir da análise teórica da temática.

Importante pontuar que, como recorte metodológico, a tese analisará atos administrativos de outorga de concessão de exploração de potenciais hidrelétricos de grande porte, que serão melhor detalhados ao longo do capítulos, mormente, no primeiro capítulo, bem como ressalta-se que, dentre os atos administrativos aplicados à outorga destes empreendimentos, o estudo se pautará tão somente em atos administrativos classificados como discricionários, os quais também serão detalhados nos capítulos que se seguem.

Deve-se pontuar, contudo, que para a realização de uma concessão para exploração de potencial hidrelétrico no Brasil, o Poder Público depende de algumas formalidades, que serão explanadas sequencialmente na pesquisa.

Para tanto, se fará necessário em um primeiro momento apontar aspectos

técnicos e jurídicos referentes aos empreendimentos de exploração de potencial hidrelétrico, para que, então, se possibilite uma maior compreensão e justificativa da necessidade de se estabelecer um parâmetro para condutas públicas nesta seara.

Importante apontar que a utilização do termo “empreendimentos de exploração de potencial hidrelétrico” pressupõe o entendimento inicial de que, conforme critérios da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), através da previsão normativa na Resolução nº 875 de 10 de março de 2020, os empreendimentos hidrelétricos classificam-se em três grupos, segundo a capacidade de geração de energia.

Assim, tem-se a Central Geradora Hidrelétrica com Capacidade Instalada Reduzida (CGH), que são aqueles empreendimentos cuja potência seja igual ou inferior a 5.000 kW; a Pequena Central Hidrelétrica (PCH), identificada por meio de aproveitamentos hidrelétricos com as características de potência instalada superior a 5.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW; e a Usina Hidrelétrica (UHE), com os respectivos regimes de outorga: I - potência instalada superior a 5.000 kW e igual ou inferior a 50.000 kW, desde que não sejam enquadrados como PCH e estejam sujeitos à outorga de autorização; II - potência instalada superior a 50.000 kW, sujeitos à outorga de concessão; e III - independente da potência instalada, tenham sido objeto de outorga de concessão ou de autorização.²

Destaca-se a escolha metodológica desta pesquisa para empreendimentos de grande porte, denominados tecnicamente de ‘Usinas Hidrelétricas’, cuja potência seja superior a 50.000 kW, sujeitos à outorga de concessão, em virtude dos relevantes impactos que estas obras promovem na sociedade brasileira, com necessário olhar da ciência do Direito, uma vez que o setor elétrico brasileiro tem uma capacidade vasta de geração de energia elétrica, sendo um enorme percentual proveniente de fonte hidráulica.

Diante disso, se apontará aspectos gerais do Direito de Energia e sua geração a partir das usinas hidrelétricas, até mesmo como mecanismo de se demonstrar como a sustentabilidade poderá ser um instrumento eficiente nas tratativas públicas.

Será destacado também como a utilização da energia elétrica tornou-se essencial no mundo contemporâneo, pois quase todas as atividades humanas envolvem o seu consumo. Sua essencialidade mostra-se cada vez mais perceptível para a sociedade em seus mais variados aspectos. Diante dessa perspectiva, sua análise jurídica, com reflexos nas mais diversas ordens, tem sido cada vez mais alvo de discussões importantes.

² BRASIL. **Resolução Normativa nº 875** de 10 de março de 2020. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

Estabelecendo-se um liame com a temática proposta, destacar-se-á que a sustentabilidade, que servirá como parâmetro delimitador das condutas públicas, não deve ser analisada tão somente em seu aspecto ambiental, mas também a partir de uma visão social e econômica ressaltando as dimensões ética e jurídica-política.

Nesse sentido, mostrar-se-á eficaz estabelecer um exame dos institutos gerais da sustentabilidade como valor e princípio constitucional sobre a agenda da sustentabilidade multidimensional; e, desenvolvimento de uma atuação real, direta e eficiente do princípio da sustentabilidade sobre a educação, os vícios políticos, a atuação dos atos administrativos, a responsabilidade do Estado e a nova interpretação jurídica sobre o princípio em menção, o que será melhor aprofundado no segundo capítulo.

A avaliação da sustentabilidade de hidrelétricas é complexa e requer a observação de um amplo conjunto de fatores para uma consolidação de informações quantitativas que poderão orientar o processo decisório sobre a construção de novas hidrelétricas, com benefícios para todo o país. Espera-se, assim, elevar o patamar do debate acerca do impacto de hidrelétricas e contribuir para a formulação de políticas públicas que compatibilizem segurança energética e o desenvolvimento sustentável no Brasil.

No desenvolvimento da pesquisa será utilizado o método hipotético dedutivo, por meio da argumentação e do raciocínio, com a utilização de referenciais teóricos específicos para cada uma das variáveis envolvidas no estudo.

Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, a pesquisa será caracterizada como documental e bibliográfica, valendo-se da análise de leis e normas em geral, além de doutrinas, jurisprudências e estudo de artigos em periódicos e de dados apresentados por entidades oficiais. Será utilizada o método Pesquisa-ação como forma de investigação baseada em uma autorreflexão coletiva empreendida pelos gestores públicos de maneira a melhorar a racionalidade e a justiça de suas próprias práticas.

A pesquisa será desenvolvida pelo método monográfico e utilizar-se-á a discussão da bibliografia disponível acerca do tema, de autores nacionais e estrangeiros.

Pretende-se ao final, apresentar uma contribuição viável, por meio de limites objetivos, para que os administradores públicos possam ter uma ação mais adequada ao problema concreto na tomada de decisões discricionárias no que tange a exploração de potenciais hidrelétricos no Brasil, a partir da análise teórica que será feita.

Será possível afirmar categoricamente que se deve considerar a sustentabilidade como um princípio e valor supremo do Estado Constitucional e, portanto,

este princípio estará sempre a serviço deliberado da capacidade biológica e institucional de promover o reequilíbrio dinâmico e propício ao bem-estar sustentável.

Assim, o meio para obter e gozar desse Estado Constitucional ocorrerá por meio da correta aplicação de decisões sustentáveis mediante o princípio constitucional de precaução e prevenção, não somente na seara ambiental, mas também em outras áreas de relevância social, jurídica, política, econômica e ética. Somente desta forma se alcançará uma existência digna e sustentável, garantindo-se o desenvolvimento nacional como norte para a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

2 EXPLORAÇÃO DE POTENCIAL HIDRELÉTRICO NO BRASIL

Existe um dado histórico, em que pese o respeito a posições divergentes, de que a primeira vez em que se utilizou da eletricidade no Brasil foi em 1879, na Estação Central de Campos no Rio de Janeiro, e este fato ocorreu no mesmo ano em que a primeira central elétrica do mundo foi instalada em São Francisco, Estados Unidos da América. Conforme observam Clovis Alberto Volpe Filho e Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga, em obra específica do Setor Elétrico, a experiência somente foi realizada, pois Dom Pedro II concedeu a Thomas Edson o direito de introduzir no Brasil os processos e aparelhos para a geração de eletricidade.³

A partir de então, a importância do Direito de Energia e seus impactos na sociedade demonstram a necessidade de se pontuar questões iniciais sobre esta perspectiva correlacionando-a à noção de sustentabilidade.

Na contextura jurídica, a energia é um bem juridicamente tutelado como uma questão de interesse público. Possui reflexos importantes nas mais variadas ordens. Na Economia, aparece como um elemento externo ao sistema econômico, que deve ser levado em consideração a partir de uma relação entre custo e oportunidades. Já em um sentido político, pode-se dizer que a energia é uma condição do desenvolvimento. Ela possibilita que a sociedade crie e mantenha mecanismos de adaptação ao meio ambiente natural.

Importante apontar ainda a inclusão social, que pressupõe também o acesso universal à energia. Somente com energia se pode participar comunicativamente da sociedade contemporânea, quer dizer, uma sociedade que transcende os espaços das interações presenciais face-a-face. Sua falta corresponderia a uma catástrofe social. Os sistemas sociais deixariam de funcionar, a economia sofreria impactos severos, a segurança se encerraria, a saúde pública seria afetada, o direito já não se aplica mais, a política perde seus meios de vinculação generalizada de suas decisões.⁴

Transpostas essas noções iniciais, destaca-se que antes da eletricidade, as matrizes energéticas estavam baseadas na queima de combustíveis vegetais e fósseis, como o carvão e derivados de petróleo, além da energia do trabalho humano e animal.

Esses tipos de energia não suscitavam problemas novos para o direito, porque

³ VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. **Setor Elétrico**. Curitiba: Juruá, 2008; p. 23.

⁴ LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna**. Trad. Carlos Fortea Gil; Barcelona: Paidós; 1997; p.151

eventuais conflitos decorrentes tanto da sua produção, como do transporte e consumo, cabiam exatamente nas formas contratuais tradicionais do direito privado. Os problemas jurídicos surgiram somente com a energia elétrica, já que a sua produção, transporte e distribuição afetava o dogma da liberdade privada. O que chama a atenção nesse período de passagem do Século XIX ao Século XX é que toda a argumentação utiliza referências predominantemente econômicas.

As justificativas das construções jurídicas utilizam sempre o valor "desenvolvimento". Nessa semântica, colocar-se contra os empreendimentos de geração de eletricidade seria o mesmo que colocar-se contra o desenvolvimento. Nessas condições, o dogma da propriedade privada logo cedeu espaço à exigência econômica do desenvolvimento baseado na energia elétrica. A discussão política a respeito da energia ficou a cargo do Estado sob o nome de geopolítica.⁵

Um impacto significativo no Direito da Energia brasileiro surgiu na década de noventa, não só pela regulamentação constitucional da Ordem Econômica, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelas legislações na área do meio ambiente, mas principalmente em razão das privatizações e do início do processo de desregulamentação do setor elétrico.

A questão energética colocada para o Direito não se encontra mais apenas nas relações entre produção, transmissão, distribuição e consumo de energia. Agora, a energia tem que ser pensada também como um recurso natural que coloca como problema a própria continuidade operativa da sociedade como um todo; um produto cuja utilização não pode agravar a situação ecológica do planeta; bem como diante de seus significativos impactos na esfera social.

A partir dessas análises, destaca-se a importância de se estruturar um regime jurídico específico para abarcar os reflexos tão singulares que este bem produz. Dessa forma, o Direito da Energia se consolidou como disciplina jurídica na Europa do final do século XIX. Mas apesar dos esforços da teoria jurídica, a sua autonomia disciplinar sempre foi ameaçada pela falta de princípios próprios, até então. A partir da semântica ecológica da década de setenta, o Direito da Energia passa a incorporar também referências à sustentabilidade ambiental.

⁵ A influência dessa semântica militar – uma linguagem de guerra – na geopolítica da energia se condensou e se confirmou até hoje (Conant, 1981; Silva, 1967; Porto-Gonçalves, 2006; p. 287-298). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19372/principios-do-direito-da-energia/5>; Acesso em 09 jun. 2020

2.1 Empreendimentos de exploração de potencial hidrelétrico

Atualmente – e especialmente após a descentralização do sistema de geração, transmissão, distribuição e consumo de energia –, a energia pode ser juridicamente entendida como dependente da tecnologia e dos recursos naturais. Essa tríplice referência jurídica, ecológica e tecnológica permite pensar em princípios específicos ao Direito da Energia: o princípio da segurança no aprovisionamento energético, da eficiência energética, do não-retrocesso na utilização de tecnologias, do acesso universal à rede de distribuição de energia e, por fim, o princípio da liberdade energética.

A energia elétrica é uma das formas de energia dentro de um sistema; ela corresponde ao produto de uma diferença de potencial (volts) por uma corrente elétrica (ampères) pelo tempo (segundo) em que é fornecida. Assumindo o papel de mercadoria, a energia pode ser objeto de relação jurídica, sendo considerada pela legislação vigente como bem móvel.⁶

Com o advento da Constituição da República, a matéria veio disciplinada no Título VII, Capítulo I, que trata da Ordem Econômica e Financeira e que estabelece Princípios Gerais da Atividade Econômica para o país.

Sua previsão legal concentra-se no artigo 175, que acabou por incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Ficou ainda estabelecido pelo parágrafo único do artigo em comento, que a lei disporá sobre o regime de concessão e permissão dos serviços públicos, o caráter especial do contrato e a forma de sua prorrogação, as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, bem como os direitos dos usuários, a condução da política tarifária e a obrigatoriedade em manter o serviço adequado.⁷

A Constituição da República dispõe, ainda, especificamente do serviço de energia elétrica no artigo 21, inciso XII, “b”, ao estabelecer que compete à União explorar os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. É neste sentido que

⁶ ALVARES, Walter T. **Natureza jurídica da eletricidade**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Abril/Junho de 1972. Disponível em: <file:///C:/Users/Katia/Downloads/admin,+natureza.pdf>. Acesso em: 22 abril. 2022

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 fev.2021.

a doutrina insere os serviços de energia elétrica como serviços públicos por determinação constitucional, vez que a Constituição da República, ao definir as competências dos entes federados, atribuiu à União a titularidade de explorar os serviços de energia elétrica.⁸

Assim explicita-se que a Constituição da República já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público Federal. Dentre eles, serão, pois, obrigatoriamente serviços públicos (por certo quando volvidos à satisfação da coletividade em geral) os arrolados como de competência das entidades públicas.

Todo esse arcabouço jurídico que permeia o Direito de Energia, traz consigo uma gama de princípios norteadores que consolidam a força normativa de uma proteção otimizada deste bem jurídico.

Ao se apontar os princípios que orientam o Direito de Energia, mostra-se oportuno pontuar que eles destacam-se como mandamentos de otimização que conferem a possibilidade de uma melhor interpretação e aplicação da norma.

Denotam as regras que se fala, apontam normas, significam o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e o limite objetivo sem a consideração da norma. São linhas diretivas que iluminam a compreensão da norma, imprimindo caráter de unidade relativa e serve de fator de agregação para um conjunto de normas. Os princípios exercem reação centrípeta que atrai as regras jurídicas sob seu raio de influência e manifestam a forma de sua presença.

Neste aspecto, se mostra imperioso analisar os princípios do Direito de Energia uma vez que servirão, juntamente a outros argumentos, de base jurídica para fundamentar a imposição de um parâmetro objetivo para a conduta do administrador público.

Diante disso, destacam-se alguns princípios aplicados ao Direito de Energia, não obstante a importância de todos os demais já listados pela doutrina.

Em primeiro lugar, o Princípio da Segurança no abastecimento energético. Esse princípio estabelece uma abertura ecológica do direito. Parte do suposto de que assegurar o abastecimento energético pressupõe continuidade das operações autopoéticas de cada sistema social implicado. E continuidade autopoética só se assegura mediante sustentabilidade ambiental. Do ponto de vista interno do sistema jurídico, muitos recursos energéticos são escassos na natureza e a sua utilização é fonte

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 fev.2021.

de poluição. Nessa perspectiva, o princípio da segurança no abastecimento energético aponta para a necessidade de planejamento das decisões sobre política energética, tendo em conta o cumprimento das condições necessárias para uma autonomia energética. Isso significa, em outras palavras, planejar a autonomia para evitar a dependência de uma matriz de abastecimento às flutuações econômicas, políticas e militares da sociedade mundial.⁹

Enquanto o princípio da segurança no abastecimento energético aponta para uma abertura do direito para referências ecológicas, o princípio da eficiência energética aponta para uma abertura a referências econômicas.

A eficiência energética orienta a se decidir pelas expectativas que procuram meios inovadores de aproveitamento ótimo da energia na relação entre geração, transmissão, distribuição e consumo. Esse princípio nega, portanto, a dotação de validade a decisões que confirmam situações de desperdício de energia. E nessas condições, pode produzir um resultado interessante nas decisões com impactos energéticos: tanto os consumidores podem aprender a economizar energia, como também os geradores não desperdiçarão investimentos em obras supérfluas do ponto de vista da eficiência energética. No campo da energia elétrica isso pode ser facilmente constatado através do fato de que toda a energia produzida é imediatamente consumida, não havendo a possibilidade de estocagem de energia elétrica. Isso significa a exigência de um planejamento energético no sentido do equilíbrio entre produção e consumo de energia, a partir do qual todo excesso é desperdício e toda escassez é motivo para novos planejamentos de eficiência.¹⁰

O princípio do não-retrocesso na utilização de tecnologias diz que uma determinada tecnologia de produção-transmissão-distribuição-consumo de energia não pode ser substituída por outra inferior do ponto de vista da eficiência energética. E isso significa que deve ser considerado não apenas a potência da energia, mas também todo o seu ciclo de vida, que passa pela produção de insumos, geração, transmissão, distribuição, consumo e inclusive o descarte de resíduos-gases-efluentes. A justificativa é a de que em cada etapa desse ciclo de vida da circulação da energia há geração de resíduos capazes de comprometer as exigências da semântica ecológica.¹¹

⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Princípios do Direito da Energia**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19372>. Acesso em: 1 fev. 2021.

¹⁰ *Idem. Ibidem.*

¹¹ *Idem. Ibidem.*

Não-retrocesso pode significar, portanto, a garantia de um espaço social economicamente viável somente para novas tecnologias capazes de superar as anteriores no aspecto da eficiência energética. Em outras palavras, esse princípio diz, normativamente, que apesar de todas as inconstâncias e descontinuidades políticas, econômicas, militares, tecnológicas, regionais e etc., as decisões da sociedade a respeito da energia "devem" levar em consideração o longo prazo, a solidez do desenvolvimento, os vínculos com o futuro, enfim, a sustentabilidade.¹²

Já o princípio do acesso universal tem sido trabalhado no sentido da institucionalização jurídica de um mercado de energia competitivo, justificada na suposição de que a competitividade oportuniza uma otimização dos preços e das tecnologias de eficiência energética. Assim, nesse contexto político, um mercado da energia competitivo contribui para uma utilização eficiente da energia.¹³

A par dessas considerações iniciais, tratar-se-á, agora, da análise da energia elétrica gerada a partir das usinas hidrelétricas, que utilizam a força hidráulica das águas para a produção de eletricidade.

Também conhecidas como usinas hidroelétricas ou centrais hidroelétricas, essas grandes estruturas se aproveitam do movimento dos rios para a obtenção da energia elétrica. Para isso, no entanto, requer a construção de obras de engenharia complexas, e que podem apresentar um forte impacto no meio ambiente local.

A instalação das estruturas de uma usina hidrelétrica representa um forte impacto, no mais variados aspectos, não se nega. Contudo, observa-se que quase toda a energia elétrica produzida no país é originada a partir das usinas hidrelétricas. O Brasil é detentor do terceiro maior potencial hidrelétrico do mundo, ficando atrás apenas do Canadá e dos Estados Unidos. Além disso, também ocupa o terceiro lugar no *ranking* de países com maior potencial hidráulico, superado apenas pela Rússia e China.¹⁴

As usinas hidrelétricas podem ser um vetor importante para auxiliar o país na preservação ambiental. É interesse do Brasil preservar o seu ecossistema e aproveitar seu potencial hidrelétrico.

A hidroeletricidade também promove a segurança energética e a estabilidade dos

¹²SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Op. Cit.*

¹³*Idem. Ibidem.*

¹⁴ BLANCHET, Luiz Alberto; TERRIN, Kátia. **Direito de Energia e Sustentabilidade: uma análise dos impactos negativos das usinas hidrelétricas do Brasil.** In: Revista Videre. v. 11; n. 22. p. 48-64. Disponível em: file:///C:/Users/Katia/Downloads/trbotelho,+Revista+Videre+v11-n22___v4-48-64.pdf. Acesso em: 22 abril.2022

preços. A água dos rios é um recurso doméstico e, ao contrário do combustível ou gás natural, não está sujeita a flutuações de mercado. Além disso, a hidroeletricidade é a única grande fonte renovável de eletricidade e sua relação custo-benefício, eficiência, flexibilidade e confiabilidade ajudam a otimizar o uso das usinas.

A hidroeletricidade aumenta a estabilidade e a confiabilidade do sistema elétrico. A operação dos sistemas elétricos depende de fontes de geração rápidas e flexíveis para atender às demandas de pico, manter os níveis de tensão do sistema e restabelecer prontamente o fornecimento após um blecaute. A energia gerada por instalações hidrelétricas pode ser injetada no sistema elétrico mais rapidamente do que a de qualquer outra fonte energética.

Oferece também, contribuição significativa para o desenvolvimento. As instalações hidrelétricas trazem eletricidade, estradas, indústria e comércio para as comunidades, desenvolvendo assim a economia, ampliando o acesso à saúde e à educação, melhorando a qualidade de vida.

Os empreendimentos hidrelétricos que são desenvolvidos e operados de forma economicamente viável, ambientalmente sensata e socialmente responsável, representam desenvolvimento sustentável em sua melhor concepção. Isto é, desenvolvimento que atende hoje às necessidades das pessoas, sem comprometer a capacidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.

É necessário se ter claro que usinas hidrelétricas tem permitido a expansão econômica e o progresso do bem-estar da sociedade humana. Contudo, desde que a implementação de estruturas de exploração de potenciais hidrelétricos atendam aos limites impostos pela sustentabilidade, conforme será proposto a seguir.

O desenvolvimento sustentável leva em conta um equilíbrio entre fatores econômicos, sociais e ambientais, de forma que se atenda às necessidades atuais, sem prejudicar as futuras gerações.

Tal princípio é a matriz de todas as questões que envolvem o meio ambiente, pois numa sociedade com livre concorrência e iniciativa, chegando a um parâmetro desregrado, chegar ao caos ambiental torna-se uma certeza. Destarte, é fato que a preservação ambiental é mister, contudo, também coexistindo com políticas econômicas e sociais mais regradas e sustentáveis.

Dessa forma, analisar os impactos das Usinas Hidrelétricas no Brasil, à luz de um Direito de Energia se mostra cada vez mais relevante diante da atualizada necessidade em se pensar mecanismos de sustentabilidade na promoção do desenvolvimento nacional, mormente no que tange à produção energética no país.

2.2 Atos discricionários na outorga de Concessão para exploração de potencial hidrelétrico

A lei 9.074/1995 estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. O artigo 1º, inciso V, dispõe que sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão (que, por recorte metodológico, não é objeto desta pesquisa), nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os serviços e obras públicas de competência da União para exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis, diques, irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas.¹⁵

Já em seu artigo 4º, há a determinação sobre as concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água, que serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos daquela e da Lei nº 8.987 de 1995.¹⁶ Na sequência, o artigo 5º delimita a concessão, mediante licitação, de aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a execução de serviço público, sendo este o objeto de pesquisa da tese.

Dessa forma, para início da temática a ser explorada, se faz importante conceituar a concessão de serviço público, para então apontar aspectos relevantes da temática, bem como delimitar os atos discricionários que a integram.

Não existe uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na definição do instituto da concessão.

Para fins de sistematização, pode-se apontar aqueles que, seguindo a doutrina italiana, atribuem acepção muito ampla ao vocábulo, de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular; há os que lhes dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa da constitutiva, e admitindo a concessão de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público. Por fim, os que lhe dão acepção restrita, somente considerando como concessão a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, concessão

¹⁵ BRASIL. **Lei 9.074 de 1995**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 23 fev. 2021.

¹⁶ *Ibidem*.

de serviço público.¹⁷

A presente pesquisa adota a concessão de serviço público, portanto, como o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral, e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.¹⁸

Ainda nesta perspectiva, a concessão é ato administrativo pelo qual o Poder Público incumbe a uma pessoa natural ou jurídica, de exercer um serviço público. Coloca-se o concessionário no lugar do concedente, pois o serviço é próprio do Estado, exercendo-o por delegação. Atendendo razões de oportunidade política, ao invés de gerir diretamente o serviço, o Estado o faz por intermédio do concessionário, havido como capaz de desempenhá-lo satisfatoriamente, o qual, afiança, mediante as cautelas julgadas necessárias, assim proceder. O serviço público delegado, deve ter, como o serviço público levado a efeito pelo Estado, o objetivo principal de atender ao interesse coletivo, pois não seria possível essa forma de exploração se tal garantia não existisse.¹⁹

A concessão de serviço público foi a primeira forma que o Poder Público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isto se deu a partir do momento em que, saindo do liberalismo, o estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico, necessitando encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração.²⁰

O procedimento inicialmente utilizado foi a delegação de execução de serviços públicos a empresas particulares, mediante concessão.

A concessão de serviços públicos encontra previsão expressa na Constituição da República, que em seu artigo 175 estatui que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou mediante regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. E, em seu parágrafo único, estabelece que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.. 2017. p. 331.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros. 2021. p. 678

¹⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, II, ano III, 1951. p. 872. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/65847/37829> Acesso em 15 maio. 2022.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* p. 335.

público; o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; política tarifária; e obrigação de manter serviço adequado.²¹

Para cumprir o referido artigo, foi editada a Lei 8.987, de 13.2.1995, publicada no dia subsequente. Contudo, cabe anotar que, assim que foi publicada, no mesmo dia, referida lei sofreu acréscimos ou alterações pela Medida Provisória 890 de 14.2.1995, a qual foi sucedida por outras medidas provisórias, até a conversão da última, na atual Lei 9.074, de 7.7.1995.

O principal objetivo das medidas provisórias convertidas na Lei 9.074 foi disciplinar o tema das concessões de energia elétrica e oferecer fórmulas e soluções para situações pendentes até então, assim como respaldar situações irregulares ou irregularidades constituídas, sem prejuízo de outros dispositivos que extrapolaram este âmbito e são até mesmo úteis em tema de energia elétrica ou não. Em despeito de falhas, sobretudo técnicas, tanto a Lei 8.987 quanto a Lei 9.074 traduzem alguns apontamentos. Em atitude inovadora, colocam o concessionário na posição de quem se obriga a proceder de maneira efetivamente empresarial, assujeitado, salvo quando impossível, a um regime de competição, forçando-o a assumir os riscos inerentes a qualquer empreendedor e incitando-se aos mesmos empenhos de eficiência e produtividade inerentes à disputa da atividade econômica.²²

A referida Lei 8.987 distinguiu a concessão em concessão precedida de obra pública e concessão não precedida de obra pública e define cada uma dessas espécies no artigo 2º e seus incisos.

Para os fins do disposto legal, considera-se concessão de serviço público não precedida de obra pública a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Já a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 maio. 2022.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros. 2021. p. 681

empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou obra por prazo determinado.²³

Só se tem concessão de serviço público quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral. Pode ocorrer que, para tanto, o concessionário necessite usar bem público, mas o objeto da concessão é o serviço a ser prestado. Diversamente, a concessão de uso pressupõe um bem público cuja utilização ou exploração não se preordena a satisfazer necessidades ou conveniências do público em geral, mas a do próprio interessado, ou seja, ensejar um uso do próprio bem ou da exploração que este comporte, como sucede com os potenciais de energia hidroelétrica, para que o próprio concessionário se sacie com o produto extraído em seu proveito ou para que o comercialize limitadamente com alguns interessados.²⁴

A Lei 9.074, de 7.7.1995, no artigo 5º, II e III, expressamente contempla ditas hipóteses, tanto sob a forma de concessão de uso de potenciais hidráulicos para produção de energia elétrica para consumo próprio como para o que denominou produção “independente”, explicitando no artigo 13, *in casu*, que se trata também de uma concessão de uso.²⁵

Também é importante mencionar que só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder Público. Em rigor, por ser público e privativo do Estado, o serviço é *res extra commercium*, inegociável, sediado na esfera pública, razão por que não há transferência da titularidade do serviço para o particular. Por isso, o que se transfere a particular é tão somente o exercício da atividade pública. O Estado mantém sempre e permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço concedido. Daí se segue que o concessionário o desempenhará se, quando, como e enquanto conveniente ao interesse público.²⁶

Neste momento, chama-se a atenção para a necessidade de se delimitar a conveniência ao interesse público nestes moldes, o que será melhor aprofundado nos próximos capítulos.

Contudo, a fim de se estabelecer um liame entre a utilização de parâmetros

²³ BRASIL. **Lei 8.987 de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em 15 maio. 2022.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.** p. 684

²⁵ BRASIL. **Lei 9.074 de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm. Acesso em 15 maio. 2022.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit** p. 685

objetivos para a demarcação dos critérios de conveniência e oportunidade da discricionariedade pública, se mostra necessário, em um primeiro momento, abordar a natureza jurídica do instituto da concessão de serviço público, que tem sido objeto das mais vivas polêmicas e até hoje os autores discutem o assunto, para então chegar-se a um denominador que mais eficiente se mostre.

Considerando, portanto, que a concessão é ato jurídico, cuja manifestação é ato de vontade, e que, ainda, os atos jurídicos, sendo manifestação da vontade tem determinado conteúdo, e, considerando, finalmente, que pelo conteúdo os atos jurídicos se dividem em unilaterais e convencionais, e pela combinação de ambos, podendo formar atos complexos, destacam-se as correntes sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público em três categorias fundamentais: 1) doutrinas unilaterais; 2) doutrinas contratuais; e 3) doutrinas complexas.²⁷

A primeira doutrina dá maior importância à autoridade do Estado, ao passo que os autores catalogados na segunda, dão maior deferência a liberdade do particular, enquanto que, adeptos da última, procuram conciliar a soberania do Estado com a autonomia do particular.²⁸

A teoria unilateral entende que a concessão se institui por ato do poder público, ou seja, por simples manifestação de vontade do poder concedente e a vontade do concessionário pode ser admitida apenas como ato complementar da concessão, sendo preponderante a vontade emanada do ato da administração. Os atos do concedente e do concessionário se encontram ligados entre si, sendo que o ato do concedente constitui a causa da obrigação do concessionário e o ato deste, condição de emanção do ato administrativo quando lhe precede e condição de eficácia ou mesmo de sua validade, quando lhe sucede.²⁹

Já, o instituto da concessão para os adeptos da teoria contratual surge de um acordo entre o Estado e o particular, cujas vontades se integram como elemento necessário para que esse acordo produza seus efeitos. O concedente entrega ao particular a execução do serviço público, antes somente por ele realizado, e o concessionário recebe o encargo de desempenhá-lo de acordo com o interesse da coletividade.³⁰

²⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, II, ano III, 1951. p. 862. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/65847/37829> Acesso em: 15 maio. 2022.

²⁸ *Idem. Ibidem.* p. 880.

²⁹ *Idem. Ibidem.* p. 882.

³⁰ *Idem. Ibidem.* p. 888.

Sérios são os entraves doutrinários de ambas teorias, o que fez com a doutrina e jurisprudência atualmente consagrem o princípio da dupla natureza do ato de concessão e, portanto, da situação que daí decorre.

Procurando resolver os impasses, e respeitando o fato de que ambas as teorias possuíam parcelas de razão, surge a doutrina complexa que procura harmonizar as duas posições em choque e pôr termo ao debate existente.

Sustentou-se, portanto, que a concessão é um instituto jurídico complexo, no qual há duas operações distintas e fundamentais: o ato unilateral regulamentando a organização e o funcionamento da concessão e o contrato regendo o aspecto econômico do negócio.³¹

Surge a nova concepção de que o ato jurídico instituidor da concessão é ato-união pelo qual se acorda instituição de serviço público, que será explorado nos termos regulamentares prescritos por ato unilateral do concedente, garantida ao concessionário a estabilidade econômico-financeira da empresa, nos moldes fixados pelo contrato complementar ao ato da concessão.³²

Pode ocorrer que um ato seja, por uma parte unilateral e por uma parte contratual, e, assim, mereça plenamente a qualificação de ato misto. Seria, notadamente o caso dos contratos de concessão de serviços públicos ou de obras públicas.³³ A concessão de serviço público é, com efeito, um ato misto, meio regulamentar, meio contratual.

Tem-se, portanto, uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.³⁴

Embora a natureza jurídica da concessão de serviço público seja objeto de grande debate, reconhece-se, pela doutrina majoritária, em que pese respeito a posições

³¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. Cit.* p. 895.

³² *Idem. Ibidem.* p. 895.

³³ CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*, 6º ed., t. 1, Ed. Montchrestien, 1992, p. 369. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros. 2021. p. 686.

³⁴ *Idem. Ibidem.* p. 686

diversas, que ela deve ser regida pelos princípios do direito administrativo.

O fim dessa convenção entre poder concedente e concessionário é, para aquele, o de escolher a entidade capaz de realizar proficientemente determinado serviço público, a quem delega atribuição que lhe é peculiar e lhe assegura vantagem econômica. Já o fim do concessionário ao aderir a concessão será executar certo serviço público, mediante a inversão de determinado capital e organização adequada de empresa, a fim de obter um lucro compensador pela prestação de tais atividades, satisfazendo o interesse coletivo nos moldes previstos pelo poder público.³⁵

A concessão do serviço público de energia, pressupõe atos destinados a conceder a agentes privados a responsabilidade por produzir, transmitir e distribuir energia elétrica para todo o país, estando de acordo com a Lei de criação da ANEEL (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996)³⁶ que assim dispõe:

Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.
[...]

II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004).

Existem as seguintes opções de outorgas do serviço público de energia elétrica: Outorgas de Geração, Outorgas de Transmissão e Outorgas de Distribuição.

Como recorte metodológico, a tese analisará apenas aspectos da outorga de Geração de energia elétrica.

2.2.1 Outorga de Concessão de Geração de Energia Elétrica

Segundo a Resolução da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) nº

³⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. Cit.* p. 898.

³⁶ BRASIL. **Lei 9.427 de 1996. Brasília:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 16 maio.2022.

875 de 10 de março de 2020, em seu artigo 39, os interessados em obter concessão para exploração de aproveitamentos hidrelétricos denominados “Usina Hidrelétrica” (UHE) cuja potência seja superior a 50.000 kW, previstos ou não no Planejamento Indicativo do Setor Elétrico, deverão apresentar os Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE), solicitando a sua inclusão no programa de licitação de concessões. As solicitações de registro para aproveitamentos caracterizados no *caput* serão conferidas por meio da publicação de despacho. Após análise da solicitação, a ANEEL expedirá comunicado ao interessado, informando sobre o resultado do pleito, podendo solicitar informações adicionais que julgar necessárias. Caso o pleito seja considerado válido, após a aprovação do EVTE, a ANEEL iniciará o procedimento de licitação para outorga de concessão.³⁷

No entanto, se faz pertinente analisar o passo a passo desta etapa a fim de demonstrar que a própria Resolução Normativa nº 875 de 2020 já sinaliza a necessidade de se estabelecer um parâmetro delimitador ao agente público na tomada dessas decisões.

No capítulo VII da Resolução Normativa nº 875 de 2020³⁸, intitulado de “Aproveitamentos Hidrelétricos sujeitos à outorga de Concessão”, ao pontuar que os interessados deverão apresentar os Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE), solicitando a sua inclusão no programa de licitação de concessões, dispõe-se que o registro de realização do EVTE será iniciado com a autuação do requerimento, específico para cada aproveitamento hidrelétrico, sendo seu comprovante o número do processo da ANEEL.

Para que o registro do EVTE ou projeto básico seja considerado ativo, o interessado deverá apresentar para cada aproveitamento hidrelétrico as seguintes informações, conforme determinações disponíveis no sítio da ANEEL³⁹: I - qualificação do interessado; II - denominação do curso d’água e o número da bacia e da sub-bacia hidrográfica; III - denominação do aproveitamento hidrelétrico, indicando município(s) e estado(s); IV - coordenadas geográficas do aproveitamento hidrelétrico; V - potência estimada a ser instalada; VI - regime de exploração da energia a ser produzida; VII - cópia de carta geográfica publicada por entidade oficial, com indicação do local do empreendimento pretendido; VIII - cronograma e condições técnicas de realização

³⁷ BRASIL. **Resolução da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020**. Disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2021.

³⁸ *Idem. Ibidem.*

³⁹ *Idem. Ibidem.*

indicando a data de término do EVTE ou projeto básico; IX - informação dos Estudos de Inventário Hidrelétrico realizados, adotados como referência para as características do empreendimento; X - relatório de reconhecimento do sítio onde se localiza o potencial; e XI - previsão do dispêndio com o EVTE. XI - previsão do dispêndio com o EVTE ou projeto básico.

Após essa etapa, conforme dispõe o artigo 47 da Resolução Normativa nº 875 de 2020⁴⁰, os EVTE(s) e os projetos básicos serão objeto de avaliação quanto aos seguintes aspectos:

I - desenvolvimento dos EVTE(s) ou dos projetos básicos fundamentados em estudos básicos consistentes e adequados à etapa e ao porte do empreendimento;

II - atendimento à boa técnica em nível de projetos e soluções para o empreendimento, especialmente quanto às condições de atualidade, eficiência e segurança, e apresentação de custos com precisão adequada às diversas etapas de desenvolvimento dos EVTE(s), de modo a garantir uma correta definição do dimensionamento ótimo, de acordo com as normas técnicas e procedimentos instituídos pela ANEEL;

III - articulação com os órgãos ambientais e de gestão de recursos hídricos, no âmbito Federal e Estadual, bem como junto a outras instituições com interesse direto no empreendimento, quando for o caso, visando a definição do aproveitamento ótimo e preservando o uso múltiplo das águas; e

IV - obtenção do licenciamento ambiental pertinente.

Nota-se que os critérios de avaliação nesta etapa sinalizam a Sustentabilidade – que será aprofundada no capítulo seguinte – como parâmetro para a tomada de decisão, mormente quando se busca garantir a correta definição de dimensionamento ótimo.

Nos termos do art. 175 da Constituição da República, a prestação de serviços públicos, caso não seja feita diretamente pelo Estado, deverá ser atribuída a concessionários e/ou permissionários sempre mediante procedimento de licitação.⁴¹

O art. 3º, II, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, atribui à ANEEL competência para promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a

⁴⁰ BRASIL. **Resolução da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020**. Disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 03 abril. 2021.

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 fev. 2021.

contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.⁴²

Com a edição da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, e do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, que regulamentou a comercialização de energia elétrica e o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, ficou estabelecido que as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas do serviço público de distribuição de energia do Sistema Interligado Nacional - SIN deveriam garantir, por meio de licitação, o atendimento à totalidade de seu mercado no Ambiente de Contratação Regulada – ACR. Assim, por delegação, a ANEEL organiza as licitações para contratar a compra de energia elétrica por parte das concessionárias, das permissionárias e das autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, com o apoio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Contudo, conforme previsto no parágrafo 2º do artigo 5º da Lei 9.074 de 1995, destaca-se que nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do "aproveitamento ótimo" pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo.⁴³

Considera-se "aproveitamento ótimo", todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d'água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica, segundo a previsão do parágrafo 3º do mesmo artigo.⁴⁴

Dessa forma, se mostra imprescindível estabelecer parâmetros delimitadores do que venha a ser considerado “aproveitamento ótimo” do empreendimento de geração energética, em cumprimento à exigência legislativa. Para tanto, a sustentabilidade, no seu aspecto socioambiental e econômico, será este limite conforme se argumentará nos capítulos posteriores.

Reforça-se também este indicativo de necessidade a partir da Resolução normativa da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020 que estabelece os requisitos e procedimentos necessários à aprovação dos Estudos de Inventário Hidrelétrico de bacias hidrográficas, à obtenção de outorga à aprovação de Estudos de Viabilidade Técnica e

⁴² BRASIL. **Lei 9.427 de 1996. Brasília:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁴³ BRASIL. **Lei 9.074 de 1995. Brasília:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁴⁴ *Ibidem*.

Econômica de Usina Hidrelétrica sujeita à concessão.

De acordo com o artigo 3º e artigo 39 da Resolução Normativa, os Estudos de Inventário Hidrelétrico têm a finalidade de identificar, por meio do uso ótimo do potencial hidráulico, aproveitamentos hidrelétricos da bacia hidrográfica, que apresente a melhor relação custo-produção de energia, considerando o contexto socioeconômico e ambiental do momento e o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.⁴⁵

Ou seja, percebe-se já na fase de elaboração de Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE) que aspectos de sustentabilidade são sinalizados como necessários para outorga de concessão de geração de energia elétrica a partir de Usinas Hidrelétricas – estes aspectos serão apontados no capítulo seguinte.

Preenchidos os requisitos listados na Resolução Normativa citada, a ANEEL analisará a solicitação do interessado, expedindo comunicado e iniciando o procedimento de licitação para outorga de concessão, uma vez validado o pleito.

A partir de então, iniciam-se os trâmites do procedimento licitatório de concessão, dos quais serão analisados apenas os atos administrativos discricionários que antecedem o contrato administrativo.

Para tanto, antes de se adentrar nesta etapa da pesquisa, se mostra necessário conceituar ato administrativo discricionário, para, então, se realizar a análise substancial de referidos e pontuais atos no instituto da concessão.

Pro primeiro, cumpre destacar que a Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebam a denominação especial de atos administrativos. Tais atos, por sua natureza, conteúdo e forma, diferenciam-se dos que emanam do Legislativo e do Judiciário, quando desempenham suas atribuições específicas de legislação e jurisdição. É, portanto, toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.⁴⁶

Ato administrativo é, portanto, declaração do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da

⁴⁵ BRASIL. **Resolução da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020**. Disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 03 abril. 2021.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 161.

lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. Trata-se de uma declaração jurídica, de manifestação que produz efeitos de direito.⁴⁷

Os atos administrativos, frutos do Poder Discricionário da Administração Pública, podem ser objeto de múltiplas classificações, conforme o critério em função do qual sejam agrupados. Quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática, encontram-se elencados os atos administrativos discricionários, objeto de recorte metodológico nesta pesquisa.

Antes de figurar nas obras de direito administrativo, o termo “discricionariedade” indicava mero atributo do soberano, expressando sua aptidão, e a de seus agentes, para bem desempenharem suas funções. O vocábulo surge na segunda metade do século XIX, por doutrinadores franceses denominando atos de pura administração às decisões resultantes do que hoje é o poder discricionário. No fim do século XIX e início do século XX, o termo já integrava a linguagem da doutrina e jurisprudência do direito administrativo. E a partir de fins do século XIX surgiram várias teorias para caracterizar o poder discricionário, registrando-se evolução no sentido de apontar-lhe parâmetros.⁴⁸

Na França, até os primórdios do século XX, os atos discricionários ou atos de pura administração conceituavam-se como aqueles insuscetíveis de apreciação pelo juiz. Para outra corrente, o conceito se resolvia levando-se em conta a situação de ausência de lei ou imprecisão da lei de um lado, e, de outro, a liberdade conferida à Administração para interpretar tais leis ou criar novas normas. Posteriormente, desenvolveu-se entendimento de que o poder discricionário consistia na liberdade de apreciação, em vista do atendimento do interesse público.⁴⁹

Hoje, no âmbito de um Estado de direito, é impossível cogitar-se de poder discricionário fora do direito, subtraído à toda disciplina legal. A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada. Vai exercer-se com base na atribuição legal, implícita ou explícita, se sujeitando as normas específicas para cada situação, mas também a uma rede de princípios que asseguram a congruência da

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2021. p. 315

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p. 135.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Op. Cit.** p. 136.

decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.⁵⁰

A partir dessas noções iniciais, atos discricionários seriam, portanto, os que a Administração Pública pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. Ou seja, a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.⁵¹

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público.

Oportuno pontuar que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos, isto porque nenhum ato é totalmente discricionários, dado que, conforme doutrina prevalente, será sempre vinculado quanto ao fim e a competência, ao menos.

Em que pese impere referido entendimento na doutrina nacional e estrangeira, autores defendem que haveria sim a possibilidade de certa margem de discricionariedade quanto ao fim, uma vez que, embora a finalidade seja o interesse público, existe certa margem de subjetivismo na apreciação do que venha a ser definido como interesse público. Ou seja, o fim – interesse público, é sempre vinculado, contudo, qualificar o que venha a ser ‘interesse público’ pressupõe certo juízo discricionário.⁵²

Não se nega, portanto, que a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, já que aquela é liberdade dentro da lei, mormente diante do Princípio da Legalidade, expresso constitucionalmente e que permeia a atuação de toda Administração Pública.

Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais, arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido. Ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.⁵³

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.* p. 137.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 434.

⁵² *Idem. Ibidem.* p. 351.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 179.

A discricionariedade é a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar a sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.⁵⁴

Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade – que simultaneamente é um dever, cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público ao caso concreto.⁵⁵

A discricionariedade adquire relevância jurídica quando a Administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. É, então, ferramenta jurídica concedida pela Ciência do Direito para que o administrador realize a gestão dos interesses sociais respondendo as necessidades de cada momento.⁵⁶

No entanto, a discricionariedade está estreitamente ligada ao exame da própria norma jurídica responsável pela existência dessa liberdade, já que elas se constituem em uma disciplina da conduta humana mediante a qual, a fim de atingir certas finalidades, são facultados ou exigidos certos comportamento dos sujeitos de direito. Em vista disso, a lei prevê certos acontecimentos que, descritos com objetividade total ou sem objetividade total, uma vez sucedidos, constituem os agentes na faculdade ou na obrigação de agir, ora especificando qual o comportamento, facultado ou obrigado, ora não especificando exatamente o conteúdo deste comportamento, o qual deve sempre se orientar para uma finalidade também ela enunciada (ou subentendida) mediante conceitos padecentes de certa fluidez, certa indeterminação.⁵⁷

Outro aspecto a se levar em conta é que ao exame do caso concreto, a existência de norma ensanchadora de liberdade administrativa não é o bastante para concluir que exista discricionariedade na prática de um determinado ato. Com efeito, desde logo, quando a lei se vale de conceitos vagos, imprecisos, dos quais resultaria certa liberdade administrativa para ajuizar sobre a ocorrência de situações assim qualificáveis, tal liberdade só ocorre em casos duvidosos, ou seja, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos para a

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 352.

⁵⁵ *Idem. Ibidem.* p. 355.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* p. 179.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 353.

espécie. Assim como a dúvida pode se instaurar procedentemente, em inúmeras situações – quando, então, haverá espaço para um juízo subjetivo pessoal do administrador -, em inúmeras outras, pelo contrário, não caberá dúvida alguma sobre o descabimento ou então sobre o cabimento da qualificação.⁵⁸

Assim, a discricionariedade existe para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda.

No que se diz respeito à chamada discricionariedade técnica, é importante apontar que por vezes há certo equívoco na expressão utilizada, já que abarcaria dois sentidos diferentes. Um, para designar situações em que a lei pressupõe que a conduta administrativa a ser adotada depende de uma averiguação técnica passível de um resultado conclusivo, o qual é o consequente de um exame que a Administração teve de efetuar como condição para decidir-se. Não há, neste caso, discricionariedade alguma, motivo pelo qual se aponta equívoco na expressão. Já, por outras vezes, a expressão ‘discricionariedade técnica’ também é usada para referir-se a situação que, embora o ato a ser praticado pela Administração também pressupõe uma averiguação técnica, a lei regente da matéria confere à Administração o dever de ajuizar sobre se a ocorrência do fato nela referido, e como tal reconhecido em decorrência da averiguação técnica, tem, ou não, nível de importância ou gravidade que requeira uma só conduta. Em tal caso, se a lei abre ao administrador a possibilidade de efetuar alguma contemporização, alguma tolerância, sem que haja no caso concreto comprometimento do interesse público, aí haverá uma discricionariedade mesclada com aspectos técnicos. Da mesma forma, se esta faculdade aberta pela lei é feita, eventualmente, para fins de proceder à conciliação com algum outro interesse público que seria afetado e/ou se abre a possibilidade de ensejar a adoção simplesmente de alguma providência acauteladora dos bens jurídicos a serem tutelados.⁵⁹

Muito frequente em autores italianos, a discricionariedade técnica não se trata de outra espécie de poder discricionário. Seria a escolha da solução a adotar pela utilização de critérios decorrentes de conhecimentos especializados, técnicos ou científicos. Nem sempre a técnica e a ciência implicam certeza absoluta, tampouco uniformidade ou concordância total. Permanecendo margem de escolha, o poder discricionário aí incide, sem que o uso de conhecimento técnicos enseje modalidade

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 354.

⁵⁹ *Idem. Ibidem.* p. 356.

diferente desse poder.⁶⁰

Neste sentido, faz-se a ponte com a previsão no capítulo VII da Resolução Normativa nº 875 de 2020⁶¹, intitulado de “Aproveitamentos Hidrelétricos sujeitos à outorga de Concessão”, citado acima, e que estabelece que os interessados deverão apresentar os Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE), solicitando a sua inclusão no programa de licitação de concessões, que serão posteriormente avaliados pelo Poder Público.

Esta avaliação se enquadra na expressão de discricionariedade técnica, já que a fase de elaboração de Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE) deverá, com base nesta tese defendida, que aspectos de sustentabilidade deverão ser usados como parâmetros para outorga de concessão de geração de energia elétrica a partir de Usinas Hidrelétricas.

Para a concessão da exploração de potenciais hidrelétricos há também a necessidade da publicação de ato justificando a conveniência da outorga de concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo. Pretende-se, portanto, analisar este ato justificador também, bem como seus impactos no futuro empreendimento.

Na sequência realiza-se o procedimento licitatório e, finalmente, a celebração do contrato, devendo, nessas etapas, atender à regras previstas na lei.

Estes próximos exames serão feitos nos tópicos que se seguem.

2.3 Publicação de ato justificando a conveniência da outorga de concessão

Nos termos do artigo 5º da Lei 8.987, os editais de licitação de concessão serão sempre precedidos de ato que justifique a conveniência em outorga-las e caracterize seu objeto, área e prazo. Também a concessão nos termos do artigo 16 da Lei 8.987, será outorgada, e, portanto, licitada sem exclusividade, admitindo-se, entretanto, a adoção do regime de exclusividade quando a primeira solução for inviável por imposição técnica ou econômica. Nesta segunda hipótese, tal circunstância também terá de ser justificada e constará de ato publicado nos termos do artigo 5º da Lei 8.987.⁶²

Neste sentido, faz-se imperioso demonstrar a forma e condição da outorga de

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.* p. 139.

⁶¹ *Idem. Ibidem.*

⁶² BRASIL. **Lei 8.987 de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm Acesso em 23 maio. 2022.

serviço em concessão a fim de se caracterizar o ato discricionário referenciado e seu liame com a temática da pesquisa.

Por primeiro, importante mencionar que a outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize. Não pode o Poder Executivo, por simples decisão sua, entender pela transferência a terceiros de uma atividade havida constitucionalmente como peculiar ao Estado. Somado a isso, vem também o fato de que a Administração Pública se submete integralmente ao princípio da legalidade.⁶³

Pontua-se também que, além do princípio da legalidade, deve-se levar em consideração também os princípios da moralidade, igualdade, publicidade, impessoalidade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório, segundo dispõe o artigo 14 da Lei 8.987/95.⁶⁴

Conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade em que se discutia a constitucionalidade do artigo 2º da Lei 9.491/1997, referendou-se a afirmação de que não há necessidade de lei específica autorizando a desestatização de empresas, sendo suficiente a autorização legal genérica.⁶⁵

Assim, cumpre que a lei fundamente o ato administrativo de concessão, outorgando ao Executivo competência para adoção de técnica de prestação de serviço. Contudo, pondera-se que, em que pese a Lei 8.987 de 1995 não menciona a necessidade de lei autorizando, nem por isso pode-se prescindir de tal exigência. Ademais, a Lei 9.074 de 1995, em seu artigo 1º, fez um arrolamento de serviços passíveis de serem concedidos e, em seu artigo 2º, deixou estampado que é vedado a União, Estados, Distrito Federal e Municípios outorgarem concessão sem lei que os autorize e fixe respectivos termos.⁶⁶

Deve haver, portanto, transparência, ou seja, acesso aos elementos do processo licitatório, divulgação dos editais, divulgação das decisões, entre outros.

Para entender o passo a passo que leva ao ato que justifica a outorga da concessão, seguem os detalhes:

A ANEEL é responsável por receber e analisar as solicitações para geração de energia elétrica a partir de diferentes fontes e providenciar o registro, a autorização e a instrução processual para a concessão dos empreendimentos, conforme o tipo e a potência instalada.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 688.

⁶⁴ BRASIL. **Lei 8.987 de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm Acesso em 23 maio. 2022.

⁶⁵ STF, Pleno, ADI 3.577, rel. Min. Dias Toffoli, julgado no Plenário Virtual entre 7 e 13.2.2020.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 699.

Para centrais geradoras com capacidade instalada reduzida, é necessário apenas comunicar a ANEEL, conforme disposto na Lei nº 9.074/1995. A ANEEL regulamentou o registro de Central Geradora de Capacidade Reduzida (CGCR), em duas modalidades: (i) uma que permite que o interessado venda a energia produzida; e (ii) outra na qual a energia injetada na rede pode ser compensada em relação a energia consumida. A modalidade de registro de CGCR que permite a venda da energia está regulada pela Resolução nº 875/2020 e Lei nº 13.360/2016, para Centrais Geradoras Hidrelétricas (CGH), com potência instalada menor ou igual a 5.000 kW; Resolução nº 876/2020, para Centrais Geradoras Termelétricas (UTE), Eólicas (EOL) e Fotovoltaicas (UFV), com potência instalada menor ou igual a 5.000 kW. Em se tratando de central geradora EOL, UFV e UTE com potência superior a 5.000 kW, PCH ou UHE, é necessário obter da ANEEL outorga de autorização.⁶⁷

Para empreendimentos com potência superior à 50.000 kW, que representam o objeto metodológico delimitado para esta pesquisa, devem ser desenvolvidos Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE). A autorização para desenvolvimento do EVTE é feita a partir da emissão de Despacho de registro.

Uma vez publicado o DRI ou registro, é necessário que o interessado realize o Projeto Básico ou EVTE tendo como referência o potencial hidráulico e a partição de quedas definidos nos Estudos de Inventário Hidrelétrico. O Projeto Básico junto com outras informações e documentos compõem o Sumário Executivo que o interessado deve entregar à ANEEL. Caso o Sumário esteja compatível com os Estudos de Inventário Hidrelétrico e com o uso do potencial hidráulico, será publicado Despacho de Registro da Adequabilidade do Sumário Executivo (DRS). O DRS tem como finalidade permitir que a ANEEL solicite a Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica (DRDH) e que o interessado requeira o Licenciamento Ambiental pertinente nos órgãos competentes, sem prejuízo de antecipação dessas ações, quando couber, imediatamente após a publicação do DRI.⁶⁸

Após a obtenção da DRDH e do Licenciamento Ambiental pertinente e da apresentação de documentos à ANEEL, é emitida a outorga de autorização com vigência de 35 (trinta e cinco) anos.

Com relação ao EVTE, após a sua elaboração, deverá ser entregue na

⁶⁷ BRASIL, ANEEL. **Resolução Normativa nº 875 de 2020**. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/geracao/outorgas>. Acesso em: 23 maior. 2022

⁶⁸ *Idem. Ibidem.*

ANEEL, que verificará se o estudo possui os requisitos mínimos para que seja analisado. Uma vez possuindo tais requisitos, a ANEEL emitirá o Despacho de Aceite do EVTE, que ficará aguardando a emissão do Licenciamento Ambiental e DRDH.

Após a obtenção do Licenciamento Ambiental e DRDH, compatíveis com o EVTE apresentado, o estudo será analisado pela ANEEL e caso aprovado, está habilitado a participar do programa de concessões do Governo Federal.

Os procedimentos para aprovação dos Estudos de Inventário Hidrelétrico de bacias hidrográficas, obtenção de outorga de autorização ou concessão para exploração de aproveitamentos hidrelétricos, comunicação de implantação de Central Geradora Hidrelétrica com Capacidade Instalada Reduzida, aprovação de Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica e Projeto Básico de Usina Hidrelétrica sujeita à concessão constam da Resolução Normativa ANEEL nº 875/2020.⁶⁹

Perceba-se, portanto, que o ato que justifica a conveniência da concessão se instrumentaliza por meio do ato administrativo chamado de Despacho.

Despacho é ato administrativo que contém decisão das autoridades administrativas sobre assuntos de interesse individual ou coletivo, submetido à sua apreciação. Quando, por meio de despacho, é aprovado parecer proferido por órgão técnico sobre assunto de interesse geral, ele é chamado de despacho normativo, porque se tornará obrigatório para toda a Administração Pública. Na verdade, ele não cria direito novo, mas apenas estende a todos os que estão na mesma situação a solução adotada para determinado caso concreto, diante do Direito Positivo.⁷⁰

Dessa forma, chama-se a atenção para o fato de que o Despacho proferido pela ANEEL tomará por base o Projeto Básico e o Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica da Usina Hidrelétrica. O que se pretende, com a presente tese é demonstrar que a Sustentabilidade funcionará como um parâmetro balizador desta tomada de decisão.

Para tanto, no próximo capítulo serão discorridos aspectos da sustentabilidade para então, no último capítulo, serem sugeridos estes limites objetivos pertinentes à temática abordada.

⁶⁹ BRASIL, ANEEL. **Resolução Normativa nº 875 de 2020**. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/geracao/outorgas>. Acesso em: 23 maio. 2022

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 277.

2.4 Atos discricionários no procedimento licitatório

Como conceito de licitação destaca-se a definição de que se trata de um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta da contratação mais vantajosa, com observância do princípio da Isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.⁷¹

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação pública, bem como o artigo 175 da Carta Magna, ao tratar das outorgas de Concessões e Permissões, também faz referência à obrigatoriedade de licitar, imposta ao ente estatal. Quanto à competência para legislar, de acordo com o artigo 22, compete privativamente à União legislar sobre.⁷²

A Licitação tem como finalidade viabilizar a melhor contratação possível para o poder público, sempre buscando a proposta mais vantajosa ao Estado, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos, buscar incentivar inovações e o desenvolvimento nacional sustentável, bem como permitir que qualquer pessoa tenha condições isonômicas de participar das contratações públicas, desde que preencha os requisitos legais, consoante disposição do art. 11, da Lei 14.133/21.⁷³

O procedimento licitatório deve observar os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, sejam os princípios expressos no artigo 37, *caput*, e demais dispositivos da Constituição da República, sejam aqueles implícitos no ordenamento jurídico, além dos princípios específicos. Dessa forma, todos os princípios aplicáveis à atuação do Estado – o chamado Regime Jurídico Administrativo – devem ser observados na realização de licitações públicas.

Em obediência ao dispositivo constitucional, foi publicada em abril de 2021 e, em substituição à legislação anterior, a Lei 14.133/21 traçando as modalidades e tipos de licitação, bem como definindo seu procedimento, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade e demais procedimentos auxiliares para as contratações públicas. Trata-se, no entanto, de uma lei geral de licitações.

⁷¹ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Brasília: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 maio. 2022.

⁷³ BRASIL. Lei 14.133 de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 24 maio .2022.

Com relação a licitação das concessões, destacam-se ainda a Lei 8.987/1995 e Lei 9.074/1995 que trazem previsões atinentes a temática desta pesquisa.

A partir dessa previsão legislativa, tem-se que são objeto de concessão, mediante licitação, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a produção independente de energia elétrica, consoante disposto na Lei 9.074/1995. Nas licitações previstas nesta lei, o poder concedente deverá especificar as finalidades do aproveitamento ou da implantação das usinas, caso em que, nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do "aproveitamento ótimo" pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo.⁷⁴

Nota-se que o primeiro passo para essa licitação será a definição do que venha a ser considerado “aproveitamento ótimo”. E, esta definição, configura-se como um ato discricionário do Poder Público, uma vez que, em que pese algumas balizas tenham sido sinalizadas pela lei ao considerar que "aproveitamento ótimo" será todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d'água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica⁷⁵, o agente público precisará de tomadas de decisões pautadas nos critérios de conveniência e oportunidade para então definir essa concepção de eixo global. Para isso, a sustentabilidade servirá como parâmetro objetivo a ser percorrido pelo gestor público, que será melhor explanada no capítulo seguinte.

Estabelecida esta definição, serão, portanto, percorridos os próximos passos.

A Lei 8.987 estabelece em seu artigo 2º que a modalidade licitatória própria das concessões de serviço público (e de obra pública) será a concorrência ou diálogo competitivo. No entanto, referida legislação não especifica a forma e o procedimento destas modalidades, o que será subsidiado pela lei geral de licitações (Lei 14.133/21).

2.4.1 Fase Preparatória

Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com

⁷⁴ BRASIL. Lei 9.074 de 1995. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 24 maio. 2022.

⁷⁵ *Idem. Ibidem.*

observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Segundo a Lei 8.987/1995 o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos. Dessa forma, ao se analisar a lei geral de licitações (Lei 14.133/2021) destaca-se a presença da Fase Preparatória.

A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do artigo 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação.

Esta fase, consoante artigo 18 da Lei 14.133/2021 compreende: I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação; V - a elaboração do edital de licitação; VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação; VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala; VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto; IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio; X - a análise dos riscos que

possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual; XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação.⁷⁶

Percebe-se que a Fase Preparatória do procedimento de licitação envolve uma série de atos administrativos discricionários, nos quais o Poder Público necessitará, pautado em critérios balizadores da conveniência e oportunidade do interesse público, motivar as escolhas feitas e que justifiquem aquele procedimento licitatório e futura concessão.

Surge, então, a importância de se estabelecer parâmetros objetivos que auxiliem o administrador público na tomada dessas decisões.

E a escolha da Sustentabilidade como este parâmetro tem fundamento até mesmo na própria lei geral de licitações que estabelece, em seu artigo 5º que, na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.⁷⁷

Além disso, destaca-se que no artigo 11 de referida lei, o processo licitatório tem, dentre seus objetivos, incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.⁷⁸

Dessa forma, no capítulo seguinte será abordado o conceito e aspectos da sustentabilidade, bem como a concatenação da aplicação dela como parâmetro nas diversas etapas discricionárias que integram a Fase Preparatória do procedimento licitatório listadas acima.

2.4.2 Elaboração do Edital de Licitação

No Direito brasileiro habitualmente designa-se por edital de licitação, tanto o ato através do qual se realiza a publicidade do certame, quanto aquele consubstanciado no documento que fixa as condições em que se efetivará o certame. Fato é que edital é

⁷⁶ BRASIL. Lei 14.133 de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 25 maio. 2022.

⁷⁷ BRASIL. Lei 14.133 de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 25 maio. 2022.

⁷⁸ *Idem. Ibidem.*

ato administrativo por cujo meio a Administração faz público o seu propósito de licitar objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos do proponente e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato travado.⁷⁹

Segundo Lei 8.987/1995, o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: I - o objeto, metas e prazo da concessão; II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço; VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa; IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; X - a indicação dos bens reversíveis; XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior; XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa; XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio; XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis; XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra.

80

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 485.

⁸⁰ BRASIL. Lei 14.133 de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 25 maio. 2022.

Dentre as cláusulas legais passíveis de serem previstas no edital de licitação tem destaque a ‘descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço’ e ‘os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta’.

O destaque se dá em virtude de identificar uma margem de discricionariedade por parte do agente público na elaboração do edital ao trazer essa descrição de condições do serviço, já que serviço adequado, nos termos do artigo 6º da lei 8.987/1995 é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Neste sentido, nota-se que a noção de eficiência perpassa por aspectos de sustentabilidade, conforme será melhor explanado no capítulo seguinte.

O mesmo podendo ser afirmado quanto a cláusula que define os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta, mormente no que tange aos aspectos econômicos da sustentabilidade que serão aprofundados.

Somado a isso, a lei geral de licitações (Lei 14.133/2021), subsidiariamente aplicada nas concessões, estabelece que o edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

Destaca-se que na concessão a modalidade licitatória poderá ser a concorrência ou diálogo competitivo. Bem, a escolha dentre essas modalidades trata de uma discricionariedade do Poder Público. Quais seriam, portanto, os parâmetros que o levariam a escolher entre uma ou outra modalidade?

A sustentabilidade poderá ser esse fio condutor.

Ainda, o artigo 25 da Lei 14.133/2021 estabelece que conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, desde que não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra; bem como a possibilidade de prever a responsabilidade do contratado pela obtenção do licenciamento ambiental. Notam-se, nestes dois itens, uma faculdade, discricionariedade ao agente público para

esta escolha.

E quando se trata, como no caso em tela, a construção e exploração de uma usina hidrelétrica para captação de energia elétrica, percebe-se que os impactos ambientais e sociais em comunidades ribeirinhas são de larga escala. Permeiar o agente público nesta escolha, pautado em parâmetros de sustentabilidade, proporcionará maior legitimidade na tomada da decisão pela concessão deste serviço público. O Edital que a isso se atentar, estará efetivando a sustentabilidade social, ambiental e também econômica.

A noção de bem comum não é quantitativa, porém qualificativa – não se pressupõe, mas se subordina à natureza humana. Na verdade, a sociedade tem por objetivo facilitar a expansão de todos os predicados humanos, e a coordenação do bem comum é feita com o intuito único, de servir à coletividade, aos seres humanos que a constituem enquanto tais.⁸¹

Pela atividade administrativa, o Estado integra os princípios necessários à consecução do seu fim, de realização do bem comum de seus membros, de modo direto. Compreende o estabelecimento de normas de caráter geral e sua aplicação para os atos que a concretizam em face das situações particulares, devidamente fiscalizados e informados, sempre tendo em vista a integração dos princípios julgados necessários à realização do bem comum dos membros da comunidade política. Em virtude do Estado ser desprovido de atributos de inteligência e vontade, a realização das atividades necessárias à consecução do seu fim é confiada à indivíduos considerados seus agentes, mas à ele imputadas, pois são praticadas em seu nome e interesse, ou seja, no interesse coletivo.

Não se nega que a construção da estrutura de uma Usina Hidrelétrica, diante da complexidade, extensão e amplitude que alcança, gera uma série de impactos na sociedade.

O desenvolvimento sustentável leva em conta um equilíbrio entre fatores econômicos, sociais e ambientais, de forma que se atenda as necessidades atuais, sem prejudicar as futuras gerações. Dessa forma, analisar parâmetros para tomadas de decisões de agentes públicos se mostra cada vez mais relevante diante da atualidade, bem como a necessidade em se pensar mecanismos de sustentabilidade na promoção do desenvolvimento nacional, mormente no que tange à produção energética no país.

⁸¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, II, ano III, 1951. p. 862. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/65847/37829> Acesso em: 15 maio. 2022

3 DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE

A temática do desenvolvimento sempre foi, ao longo dos anos, objeto de pesquisa dos estudiosos do Direito. A despeito disso, a variedade de acepções que circundam o termo deixa evidente a dificuldade em se estabelecer uma definição unívoca de desenvolvimento.

A complexidade conceitual ganha maiores contornos quando se leva em conta que a noção de desenvolvimento varia no tempo e no espaço. Assim, as características que envolvem o desenvolvimento no atual cenário são nitidamente distintas daquela do século passado. De mesmo modo, o conceito de desenvolvimento encontra diferenças consideráveis em relação ao lugar onde é estabelecido.⁸²

Para Calixto Salomão Filho, não se pode utilizar uma concepção puramente econômica de desenvolvimento, eis que ela está baseada apenas em resultados eficientes e não aponta a direção em que o processo deve se dar, papel este que deve ser atribuído ao Direito, cuja função está essencialmente vinculada aos valores fundamentais e à organização social.⁸³

No contexto atual, o desenvolvimento é visto como direito humano fundamental, referindo-se a um conjunto de aspectos que vão além do seu caráter econômico para abarcar também o desenvolvimento ambiental, social, cultural e político. Desse modo, verifica-se uma ruptura com a tradicional concepção de desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico.⁸⁴

Essa visão desenvolvimentista, a despeito de receber apoio da maior parte dos estudiosos do Direito, está permeada de contornos utópicos, na medida em que propõe um cenário onde o desenvolvimento é o instrumental capaz de solucionar a (quase) totalidade das mazelas sociais.

Neste contexto, Celso Furtado preceitua que o desenvolvimento, entendido como a ideia de que os países com economias menos desenvolvidas podem algum dia desfrutar das formas de vida dos atuais países detentores de economias bem

⁸²GABARDO, Emerson; COUTO, Clayton Santos do. **O desenvolvimento para além das fronteiras nacionais: entre universalismo e subsidiariedade**. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coords.) **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 120.

⁸³SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

⁸⁴RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 67. De acordo com Gilberto Bercovici, o conceito de desenvolvimento compreende a ideia de crescimento, superando-a. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54.

desenvolvidas, é irrealizável, e por isso, representaria um mito. O autor aponta que diante dessa falsa ideia de desenvolvimento “tem sido possível desviar as atenções da tarefa básica de identificação das necessidades fundamentais da coletividade e das possibilidades que abrem ao homem o avanço da ciência, para concentrá-las em objetivos abstratos, como são os investimentos, as exportações e o crescimento”.⁸⁵

Na mesma linha, Ana Paula Teixeira Delgado afirma que a própria superação do subdesenvolvimento requer a prioridade à satisfação das necessidades da população, obtida através da distribuição equitativa de renda, fato que é estranho ao fenômeno da globalização, e que, segundo a autora, trata-se de um problema de natureza política.⁸⁶ Neste contexto, diante da lógica global imperante, constata que o direito ao desenvolvimento, cuja essência consiste em situar a pessoa humana no processo de desenvolvimento, compreendendo-se aí não só a satisfação das necessidades econômicas e sociais indispensáveis à dignidade humana, mas também a sustentabilidade, a capacitação e a participação das pessoas como forma de ampliar as suas oportunidades, almejando-se assim, a superação do subdesenvolvimento, torna-se um direito sem eficácia, impossível de ser concretizado diante do contexto de globalização atual.⁸⁷

Esta vertente desenvolvimentista tida como a panaceia dos problemas sociais decorre da constatação de que o desenvolvimento, pensado como direito humano fundamental, engendra uma série de imbricações, que remetem à necessidade de sua efetividade dentro do sistema econômico.

Em outros termos, a ordem econômica passa a ter o papel de propiciar meios para a promoção do desenvolvimento, que não é mera norma de caráter programático, contribuindo para a redução das desigualdades sociais, o combate à fome, a preservação do meio ambiente, o fim da exploração do ser humano em todas as suas formas, a erradicação da corrupção, a promoção da paz, do bem-estar social e da democracia, entre outras premissas.

Para além do critério de ruptura, Luiz Carlos Bresser Pereira foi um dos primeiros a ressaltar a necessidade que o desenvolvimento esteja relacionado a um critério de autonomia. Para tanto, segundo o autor, é necessário que as estruturas econômicas, políticas e sociais de um país sofram contínuas e profundas transformações. Conforme

⁸⁵ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 89.

⁸⁶ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 69.

⁸⁷ *Idem*. *Ibidem*. p. 138.

aduz Bresser Pereira, “se o desenvolvimento econômico não trazer consigo modificações de carácter social e político; se o desenvolvimento social e político não for a um tempo o resultado e causa de transformações econômicas, será porquê de fato não houve desenvolvimento”.⁸⁸

Neste contexto, enquanto o crescimento consiste na ocorrência de mudanças de ordem apenas quantitativa, não refletindo necessariamente a melhoria das condições de vida da população, podendo ser associado a um surto ou a um fenômeno cíclico por impulso exógeno, após o qual se dá o retorno ao *status quo ante*, o desenvolvimento está relacionado a um processo de mudança estrutural e qualitativa de realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica de autossustentado, entendida esta como a capacidade da manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.⁸⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, o desenvolvimento adquiriu força normativa ao ser alçado à condição de objetivo fundamental da República, conforme disposto no artigo 3º, inciso II da Constituição Federal de 1988.⁹⁰

De acordo com Blanchet, a Constituição faz poucas referências à palavra desenvolvimento, mas o texto constitucional e o suporte físico em que está inscrito “são apenas o instrumento da verdadeira Constituição”. Para o jurista, “o fato de um princípio ser apenas implícito e não expresso no texto normativo, não o torna menos importante, têm ambos a mesma importância no sistema que integram”.⁹¹

É certo, entretanto, que a Constituição de 1988 “amplia e aprofunda, intensamente, o tratamento jurídico do desenvolvimento”.⁹² Seu preâmbulo anuncia a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar, dentre outros, o “desenvolvimento” – sem qualquer qualificação, como “econômico”, que pudesse restringir o alcance do termo. O mesmo ocorre com o artigo 3.º, que inclui, dentre os quatro objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “garantir o desenvolvimento nacional”.⁹³

⁸⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 20.

⁸⁹ DELGADO, Ana Paula Teixeira. *Op. cit.*, p. 40-42.

⁹⁰ FOLLONI, André. **A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema**. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, p. 70-71.

⁹¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo - O Estado, o Particular e o Desenvolvimento Sustentável**. Curitiba: Juruá Editora, p. 12-13.

⁹² FOLLONI, André. *Op. Cit.*, p. 71

⁹³ *Idem. Ibidem.* p. 71-72.

Neste sentido, o garantismo constitucional do direito ao desenvolvimento gerou um sem-número de obrigações positivas ao Estado. Todavia, as políticas públicas adotadas pelo Estado brasileiro ao longo dos anos, no mais das vezes, não se refletiram na promoção do desenvolvimento.

A teoria econômica clássica sempre trabalhou com o conceito de desenvolvimento a partir da ideia de aumento do produto gerado por uma sociedade.⁹⁴ Sob esta perspectiva, a formulação de uma política pública de cunho desenvolvimentista deve se preocupar exclusivamente com o resultado de maximização da riqueza social. Esta concepção estrita de desenvolvimento não apenas desconsidera as posições individuais frente à utilidade agregada, mas também as concebe estritamente em termos de renda, isto é, de riqueza gerada. Esta acepção desenvolvimentista não compreende qualquer perspectiva de justiça social, nem a necessidade de distribuir a renda gerada.⁹⁵

Ao revés, uma noção de desenvolvimento formulada nesses termos aceitaria, como melhoria das condições de uma sociedade, mudanças que provocassem significativa deterioração na qualidade de vida de parcela da comunidade. Ou seja, na medida em que o desenvolvimento é concebido a partir da maximização da renda global, é possível incorporar no conceito um princípio de “compensação potencial”, passando-se a admitir que um sistema se moveria para uma conformação melhor se os prejuízos causados pudessem ser compensados pelos ganhos produzidos.⁹⁶

O conceito de desenvolvimento sofreu sensíveis alterações, deixando de ter um viés estritamente econômico para abarcar também outras esferas não menos importantes. Esta visão multifacetária é resultado de uma evolução marcante no relacionamento entre os conceitos de desenvolvimento e bem-estar. Num primeiro momento, associava-se bem-estar ao desenvolvimento, o que era mensurado pelas cifras do Produto Interno Bruto ou pela renda per capita. A seguir, começou-se a qualificar o desenvolvimento a partir do bem-estar, ou seja, aceitou-se *prima facie* os dados puramente quantitativos como uma razoável medida do desenvolvimento, desde que acompanhados por progressos também razoáveis dos demais indicadores qualitativos. Contemporaneamente, a tendência é a de se desconsiderarem as cifras brutas do produto e da renda, caso não haja incremento de qualidade de vida ou redução na agressão

⁹⁴ DELGADO, Ana Paula Teixeira. *Op. Cit.* p. 23.

⁹⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas, de comunicação – rádio, televisão e internet.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51.

⁹⁶ *Idem. Ibidem.* p. 52.

ambiental. Para Nusdeo, isto equivale a ver o desenvolvimento econômico não um fim em si, mas um meio, um “grande e complexíssimo meio para se chegar ao objetivo final: a melhor qualidade de vida – para a qual o acesso à maior quantitativa de bens de consumo direto é apenas um ingrediente”.⁹⁷

Do ponto de vista conceitual, a expressão “desenvolvimento econômico” não é a mais correta, uma vez que “não existe desenvolvimento apenas de caráter econômico”. Portanto, não há qualquer sentido em se referir ao desenvolvimento como “apenas econômico, ou apenas político, ou apenas social. Carla Abrantkoski Rister aduz que o direito ao desenvolvimento vai além do conceito de desenvolvimento puramente econômico, visto que pressupõe uma aproximação centrada nos direitos humanos.”⁹⁸ Neste sentido, seria necessário, ao se pensar o desenvolvimento, ter em mente paz, economia, meio ambiente, justiça e democracia.⁹⁹

Por outro lado, Eros Roberto Grau anota que a ideia de desenvolvimento pressupõe mutações dinâmicas e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. Neste sentido, “o processo de desenvolvimento deve levar a um salto, do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário”.¹⁰⁰ Daí porque, para Gilberto Bercovici, a passagem do subdesenvolvimento para o desenvolvimento só pode ocorrer em processo de ruptura com o sistema, interna e exteriormente, afinal, “em suas raízes, o subdesenvolvimento é um fenômeno de dominação, ou seja, de natureza cultural e política”. Deste modo, o desenvolvimento só pode ocorrer com a transformação das estruturas sociais.¹⁰¹

Já a concepção de desenvolvimento como sinônimo de expansão das liberdades dos indivíduos, desenvolvida por Amartya Sen, tornou-se clássica no estudo da temática. Sen afirma que o desenvolvimento consiste na “eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”, entre elas a “pobreza e a tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.¹⁰² Na

⁹⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 382.

⁹⁸ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 67.

⁹⁹ *Idem*. *Ibidem*, p. 67.

¹⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2023.

¹⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2022.

¹⁰² Amartya Sen estabelece cinco tipos distintos de liberdade que “ajudam a promover a capacidades geral

concepção de Sen, o desenvolvimento deve ser encarado, portanto, como “um processo de expansão das liberdades reais, que as pessoas desfrutam, em contraste com visões que identificam desenvolvimento apenas com crescimento do Produto Nacional Bruto, aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico e modernização social”.¹⁰³

O direito ao desenvolvimento também aparece como corolário ou desdobramento natural da autodeterminação dos povos. Sob essa ótica, o direito ao desenvolvimento seria o “complemento da autodeterminação” na medida em que se apresentaria como instrumento da verdadeira independência, da negação do colonialismo e do pleno acesso dos povos aos bens e direitos inerentes a um estágio de desenvolvimento que garanta o bem-estar econômico e social de cada um dos cidadãos de um Estado Nacional.¹⁰⁴

Sob outro ângulo, o direito ao desenvolvimento adota a concepção de desenvolvimento sustentável, como a garantia de que o desenvolvimento econômico, social e político de um povo ou dos povos não será feito às custas do patrimônio comum da humanidade, particularmente do meio ambiente e da paz. Em outro aspecto, o direito ao desenvolvimento tem seu foco voltado à redução das desigualdades locais ou regionais dentro de um mesmo Estado ou de um espaço político supranacional, com vistas à uniformização dos benefícios do progresso econômico e social dentro de uma mesma coletividade. Por fim, o direito ao desenvolvimento pode ser visto relacionado, no plano nacional e na esfera internacional, ao conjunto de políticas e direitos a ela conexos voltados para enfrentar as desigualdades materiais, garantindo direitos sociais e

de uma pessoa: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência e; segurança protetora. SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 17- 25.

¹⁰³ Na visão de Amartya Sen, o desenvolvimento é relevante inclusive para os países considerados muito ricos. A presença de contrastes intergrupais nesses países deve ser considerada, nessa visão, como aspecto essencial da concepção de desenvolvimento e subdesenvolvimento. SEN, Amartya. *Op. Cit.*, p. 17. Celso Furtado também relaciona o direito ao desenvolvimento com o grau de satisfação das necessidades humanas, apontando, entretanto, que o grau de ambiguidade já vislumbrado no conceito de desenvolvimento aumenta ainda mais. FURTADO, Celso. *Op. Cit.*, p. 21-30.

¹⁰⁴ Campinho infere que o modelo de direito subjetivo, por si só, não é suficiente para explicar o direito ao desenvolvimento, na medida em que, embora tenha uma dimensão coletiva associada a beneficiários individualizáveis e individualizados, para sua concretização o direito ao desenvolvimento precisa de um conjunto de políticas sociais, econômicas e culturais, não sendo, portanto, uma prestação aferível de imediato ou que possa ser invocada como um benefício específico ao sujeito titular, embora seja ele composto, nas suas diversas variáveis, de um feixe de diversas prestações singulares. CAMPINHO, Bernardo Brasil. **O Direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias**. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 156.

econômicos, individuais e coletivos.¹⁰⁵

Esta última acepção vislumbrada por Bernardo Campinho apresenta um conceito mais alargado de desenvolvimento em relação aos demais. Nela, o desenvolvimento figura como ferramenta para o alcance de todos os demais direitos. A partir desta perspectiva, que acentua o seu caráter instrumental, o desenvolvimento não seria um fim em si mesmo ou um objetivo, mas um caminho necessário para a promoção dos direitos relacionados à qualidade de vida da sociedade, o que implica numa concepção de caráter utilitarista.

Inicia-se, portanto, a partir desta perspectiva, que nenhuma atividade nos dias atuais pode (ou pelo menos não deveria poder) ser implementada sem que se levem em conta os aspectos de sustentabilidade.

O conceito de sustentabilidade, que nasceu do desenvolvimento sustentável dos anos 1970 e 1980 e que foi consagrado inicialmente em três pilares - econômico, social e ambiental, é um condicionante para todos os empreendimentos, especialmente para as usinas hidrelétricas de grande porte, tema objeto desta pesquisa, como será demonstrado.

As usinas hidrelétricas foram, por um tempo, consideradas grandes vilãs do desenvolvimento, muito por conta da ênfase dada aos impactos negativos que causam na sociedade e no meio ambiente. Pecha que as acometeu causada em grande parte por conta de empreendimentos mal planejados ou com decisões tomadas pelo Poder Público ausente de motivação condizente com o interesse público no seu mais amplo aspecto.

Torna-se importante, portanto, analisar os aspectos de sustentabilidade associados a esses empreendimentos a partir de arcabouços dedicados a ela.

Percebe-se no Brasil, ao longo das décadas, um avanço significativo na construção de empreendimentos, atividades e obras que causam impactos na sociedade como um todo. Como exemplo, podem ser citadas as Usinas Hidrelétricas de grande porte, pelas quais as obras de construção e funcionamento interferem de maneira

¹⁰⁵ CAMPINHO, Bernardo Brasil. O Direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coords.). *Op. Cit.*, p. 157. Relativo a outras conotações de desenvolvimento, Felipe Gómez Isa, defende que os direitos humanos e as liberdades individuais constituem um dos principais elementos que integram o conteúdo do direito ao desenvolvimento. Assim, explica: “*Desde la óptica del derecho ao desarrollo, no cabe um verdadeiro processo de desarrollo sin um respeto escrupuloso de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho al desarrollo se convierte así em um derecho que refuerza y aprofundiza la indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos.*” ISA, Felipe Gómez. **El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, p. 324.

singular em aspectos sociais, econômicos, ambientais e culturais da sociedade.

O estudo nesta perspectiva se mostra pertinente e atual, uma vez que o Brasil conta hoje com uma das maiores produções de energia elétrica do mundo. Assim sendo, se faz necessária a pesquisa já que se buscam cada vez mais meios sustentáveis de desenvolvimento nacional, e, portanto, analisar esses impactos permitiria se concluir pela manutenção ou não desses empreendimentos energéticos.

Diante desta perspectiva, parte-se da noção de que o desenvolvimento sustentável é um conceito ainda em construção. Seu ponto de partida teria sido o compromisso político internacional com um modelo de desenvolvimento em novas bases, que compatibilizasse as necessidades de crescimento com a redução da pobreza e a conservação ambiental.

O conceito foi reconhecido internacionalmente em 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia. A comunidade internacional adotou a ideia de que o desenvolvimento socioeconômico e o meio ambiente, até então tratados como questões separadas, poderiam ser geridos de uma forma mutuamente benéfica.

Em 1983 é estabelecida a Comissão Mundial das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que restou incumbida de investigar as preocupações levantadas nas décadas anteriores acerca dos graves e negativos impactos das atividades humanas sobre o planeta, e como os padrões de crescimento e desenvolvimento poderiam se tornar insustentáveis caso os limites dos recursos naturais não fossem respeitados. O resultado desta investigação foi o Relatório “Nosso Futuro Comum” publicado em abril de 1987.

O documento ficou conhecido como Relatório Brundtland, em referência à Gro Harlem Brundtland, ex-primeira ministra norueguesa e médica que chefiou a comissão da ONU responsável pelo trabalho, formalizou o conceito de desenvolvimento sustentável e o tornando conhecido do público.

Satisfazer as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades, destacou-se como cerne do conceito de desenvolvimento sustentável e se tornou o fundamento da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada no Rio de Janeiro em 1992. O encontro foi um marco internacional, que reconheceu o desenvolvimento sustentável como o grande desafio dos dias atuais e também assinalou a primeira tentativa internacional de elaborar planos de ação e estratégias neste sentido.

Diante dessas premissas iniciais, se faz necessária a conceituação de sustentabilidade, bem como sua correlação com o desenvolvimento sustentável.

Destaca-se, por tanto, um conceito de sustentabilidade, dimensionada como substância de um princípio constitucional diretamente aplicável, dotado de eficácia, veiculado por meios idôneos, instrumento para consecução de ambiente saudável, plasmado por juízo de valor ético absoluto, preventivo, elo de solidariedade intergeracional, indicativo de alcance de bem-estar.¹⁰⁶

A natureza multidimensional da sustentabilidade capta-a em suas instâncias sociais, éticas, jurídicas, políticas, econômicas e ambientais. Caminhando no sentido inverso do reducionismo ambiental epistemológico, para o qual tudo converge para o ambiental, sem que se considere outras dimensões da experiência humana, a sustentabilidade é princípio-síntese que determina a proteção do direito ao futuro. Não é mera norma vaga, pois determina, numa perspectiva tópico-sistemática, a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade, com o pronunciado resguardo do direito ao futuro.¹⁰⁷

A visão clássica de desenvolvimento sustentável informa três princípios básicos, a proteção ambiental, o incremento econômico e a equidade social.

Essa conceituação é aceita na comunidade internacional, uma vez que alia a persecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cerne da questão ambiental, com o desenvolvimento econômico, objeto de luta do setor público e o privado e a equidade social, objeto buscado pelo Estado de Bem-Estar Social.

Ocorre que essa visão já se encontra didaticamente ultrapassada, uma vez que importantes caracteres da vida social são esquecidos nessa conceituação. Assim, elenca-se mais dois princípios para construção do termo sustentabilidade, a dimensão ética e a jurídica política.

Neste ponto, destaca-se que a definição adotada para esta pesquisa traz o desenvolvimento sustentável como aquele capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações. É o desenvolvimento que não esgota os recursos para o futuro.

¹⁰⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁰⁷ *Idem. Ibidem.*

3.1 Desenvolvimento Sustentável na ótica da Constituição da República de 1988.

O desenvolvimento sustentável é um direito e um dever constitucional fundamental consagrado pela Constituição da República. Referenciado desde o Preâmbulo constitucional, passando pelos artigos 1º, inciso III; 3º, inciso II; 5º, parágrafo 2º; 170 e 225.¹⁰⁸

Incorpora o vetor do bem-estar duradouro, sob o influxo de múltiplos ângulos constitucionais, como o artigo 174, parágrafo 1º (planejamento do desenvolvimento equilibrado), o artigo 192 (o sistema financeiro tem de promover o desenvolvimento que respeita os interesses da coletividade, de forma inteligível, em lugar de produtos derivativos tóxicos); o artigo 205, vinculado ao pleno desenvolvimento da pessoa; o artigo 218, que traz o desenvolvimento científico e tecnológico, com o dever implícito de observar ecológicos limites e o artigo 219 que incentiva o desenvolvimento cultural e socioeconômico e a autonomia tecnológica.¹⁰⁹

A Constituição da República reconheceu, ainda que de forma implícita, a existência do direito fundamental ao desenvolvimento. Isso se dá por meio da cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais contido no artigo 5º, §2º da Carta Magna, que admite a existência de outros direitos materialmente fundamentais, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior, e dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. De acordo com Daniel Wunder Hachem, a atribuição de *status* de direito fundamental a posições jurídicas não inseridas formalmente no rol do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Constituição, nem expressamente em outras partes do texto constitucional, “exige que elas ostentem conteúdo e importância que as aproximem dos direitos formalmente fundamentais, e que derivem diretamente dos princípios enumerados do art. 1º ao 4º do Título I (“Dos Princípios Fundamentais”).¹¹⁰ A partir de uma leitura da Constituição de

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Brasília: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 fev.2021

¹⁰⁹ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.* p. 122.

¹¹⁰ Daniel Wunder Hachem lembra que alguns dos primeiros passos para a busca do desenvolvimento no ordenamento jurídico nacional se deu com o Decreto-Lei nº 200/67.103 Em seu art. 7º, o diploma prevê que “A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteados por planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”. HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro.** In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2013. p. 154-163.

1988, Hachem propõe que a noção jurídica de desenvolvimento, desvinculada de uma perspectiva meramente econômica, reclama a postura interventiva de uma Administração Pública inclusiva, por meio de ações universalizadas, que não se restrinjam à garantia do mínimo existencial. Nesta perspectiva, ao Estado não incumbe uma função subsidiária nessa seara, limitada a proporcionar uma igualdade de oportunidades entre os indivíduos como ponto de partida; pelo contrário, a ele compete a implementação de políticas públicas de modo planejado, com vistas à redução das desigualdades entre as posições sociais existentes na realidade brasileira.¹¹¹

Destaca-se ainda se tratar de um princípio previsto em tratados e convenções internacionais, dos quais o Brasil é signatário, reforçando sua força normativa como parâmetro de uma sociedade democrática, como por exemplo a Conferência de Estocolmo, Conferência Rio 92, Acordo de Paris, dentre outros.

Ademais, complementa-se que o direito ao desenvolvimento não é albergado pela Constituição da República e, tampouco, pelo Direito Internacional se não estiver de acordo com a satisfação do mínimo social, a garantia de uma existência digna, a boa governança e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento que não respeita o princípio da dignidade da pessoa humana não é sustentável. A distribuição de bens e riquezas dentro de uma sociedade deve beneficiar toda a população, em especial os que mais necessitam de proteção do Estado na concretização dos direitos fundamentais, notadamente os prestacionais.¹¹²

O desenvolvimento econômico não é antítese ao desenvolvimento sustentável, porquanto cria as riquezas que precisam ser distribuídas. Direito ao desenvolvimento sustentável, na sua perspectiva objetiva, significa a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado, e do princípio da dignidade da pessoa humana.

A sustentabilidade é princípio ético-jurídico, direta e imediatamente vinculante, do qual são inferíveis regras-chave, que determina o oferecimento de condições, objetivas e subjetivas, para a fruição do bem-estar das atuais e futuras gerações; é valor constitucional supremo (critério axiológico) de avaliação dos impactos

¹¹¹ HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro.** In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2013., p. 133.

¹¹² WEDY, Gabriel. **O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.** Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 01julho. 2020.

de condutas públicas e privadas; e é objetivo fundamental da República, como norte integrativo da interpretação do Direito.¹¹³

Dentro deste aspecto constitucional, a sustentabilidade é diretriz vinculante, é dever. Introduzido por norma geral inclusiva, fruto da previsão constitucional do artigo 5º, parágrafo 2º que é verdadeiro canal de abertura de novos valores constitucionais.

O ambiente sustentável é, portanto, opção valorativa de índole constitucional. Não cabe invocar discricionariedade ou reserva do possível para adiá-la. Tampouco não se sustenta a tese de que a sustentabilidade seria impraticável sem a prévia coordenação internacional.

Em matéria normativa interna, a partir da Constituição da República de 1988, destacam-se como exemplos, progressos merecedores de nota: a Lei 6.938/1981 consagrou a manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. A Lei 10.257/2001 estabelece diretrizes gerais de política urbana estabelecendo a garantia do direito a cidades sustentáveis. Ainda, para corroborar, registra-se a Lei 9.433/1997 que estabelece entre os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos com vistas ao desenvolvimento sustentável. Por outro lado, a lei 11.445/2007, prescreve que a união, no estabelecimento de sua política de saneamento, observará a aplicação dos recursos financeiros por ela administrados de modo a promover o desenvolvimento sustentável, a eficiência e a eficácia.¹¹⁴

E como já mencionado no capítulo anterior, reforça-se a Lei 8.666/1993 e a Lei 14.133/2021 mencionando a inserção do princípio do desenvolvimento sustentável.

Ou seja, não se pode falar em ausência de regras para densificar o valor constitucional da sustentabilidade. O que falta é introjetá-lo no tecido social, fortalecendo escolhas ecossistemicamente legítimas.¹¹⁵

O senso apurado de sustentabilidade veda, como desproporcionais, as degradações comissivas e omissivas. Como exemplos de omissões danosas e desproporcionais destacam-se a demora injustificável para o licenciamento ambiental por fatores alheios a qualidade do projeto e realização de programas socioambientais sem a checagem de resultados, que serão mais exploradas no capítulo seguinte.

¹¹³ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.* p. 125.

¹¹⁴ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.* p. 135.

¹¹⁵ *Idem. Ibidem.* p. 136.

Como valor supremo, a sustentabilidade se desdobra no princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar de modo preventivo e precavido o direito ao bem-estar.¹¹⁶

Se tratando de um dever comunitário a prevenção de ambientes naturais de forma mais sustentável, sem que venha a degradar a natureza, deve ser efetiva, pois envolve um direito fundamental e constitucional que deve ser considerado, explícito na Constituição Federal da República, em seu Art. 23, incisos III, IV, VI e VII:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - Proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - Impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

VI - Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - Preservar as florestas, a fauna e a flora.¹¹⁷

Assim, a legislação, defende a proteção ao meio ambiente com ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais e proteção do meio ambiente em geral, como ambientes de caráter de política comum.

Tendo como prioridade a conscientização de uma vida social mais sustentável e ecológica, visando manter ambientes naturais conservados, proporcionando, assim, um melhor bem-estar para a coletividade, a Constituição da República de 1988 fundamenta que é dever coletivo manter preservado o meio ambiente, onde se inclui ambientes públicos comuns, explícito em seu artigo 225, *caput*.¹¹⁸

¹¹⁶ *Idem. Ibidem.* p. 140.

¹¹⁷ BRASIL, **Constituição Federal da República de 1988. Art. 23, incisos III, IV, VI e VII. Capítulo II. Da União.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 fev.2021.

¹¹⁸ BRASIL, **Constituição Federal da República de 1988. Artigo 225, caput. Capítulo VI. Meio Ambiente.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 fev.2021.

Visando a busca por um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção do ambiente, com preservação eficaz e primordial, deve ser executada de forma ética, respeitando o princípio da prevenção/precaução e princípio da participação, tornando real a efetivação de tais princípios no meio comum da sociedade, com mecanismos de uma maior promoção sustentável.¹¹⁹

Visando sempre a melhoria do ambiente, é evidente que seja mantido normas eficazes para tal fundamentação, sendo de extrema importância a prevenção de possíveis danos.

Com relação ao Princípio da Participação, tem-se, de forma universal o dever de cuidado de qualquer e todo ambiente, previsto no caput do artigo 225 da Constituição da República de 1988, extraindo a necessidade de uma atuação conjunta entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais comprometidos nessa defesa e preservação.¹²⁰

Se vinculado a consciência de que os cuidados ambientais são extremamente necessários e seus meios de se efetivar devem ser praticadas, assim, as informações obtidas, serão de forma mais fáceis compreendidas, interpretadas e solucionadas.

No mais, é válido reforçar que embora a administração do meio ambiente ser vinculada ao Poder Público, a sociedade em geral, também tem o dever moral e legal de atuar em sua conservação e preservação de forma ética.

Doravante a Constituição da República de 1988, o fator de cuidar e preservar ambientes naturais é de competência comum entre os entes públicos, em conjunto com a sociedade, exercendo atividades que visam contribuir com o ambiente, de forma sustentável, priorizando sempre a finalidade de conservação de forma efetiva.

O direito ambiental é um direito consagrado como um direito de todos e não de indivíduos, onde os princípios ambientais buscam efetivar as condutas de preservação para a presente e futura geração, com ações concretas que visam minimizar os impactos atuais ao meio ambiente, bem como, os atos futuros lesivos a este.¹²¹

Esta premissa está fundada em garantias constitucionais, mas também em leis ambientais infraconstitucionais de prevenção e contribuição buscando a efetividade ao

¹¹⁹ WEDY, Gabriel. **Precaução no Direito Ambiental não querer dizer o mesmo que prevenção**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-30/gabriel-wedy-precaucao-direito-ambiental-nao-prevencao>. Acesso em: 22 fev. 2021.

¹²⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 56.

¹²¹ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Editora Almedina, 2003, p.35.

cumprimento de tais leis com ações concretas e legais, mesmo que de forma regrada pelos entes administrativos.

No direito ambiental, diferente do conceito administrativo onde a fiscalização se dá por competência exclusiva, de acordo com a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, se trata de uma forma de cooperação também para o poder de fiscalizar ações viáveis para tal conservação ser efetivada, não limitando competências, e sim, tornando-as comum assim como a Constituição da República dispõe.¹²²

De fato, há competência comum e cumulativa para o dever de cuidado ao ambiente. O parágrafo único do artigo 23 da Constituição da República¹²³ prevê a possibilidade de leis complementares disciplinando a cooperação comum entre entes federados com mesma finalidade, buscando a aplicação eficiente dos recursos públicos e a máxima proteção ambiental com fundamento em leis e princípios que devam ser executados para melhor desempenho sustentável.

3.2 Componentes do Desenvolvimento Sustentável

A sustentabilidade é pluridimensional, conduzindo à releitura ampliada para além do tripé clássico de sustentabilidade social, ambiental e econômica e reordenando a interpretação integral do Direito – de modo emblemático no Direito Administrativo, que progressivamente tende a incorporar o princípio no plano das normas primárias e secundárias.¹²⁴

O campo do desenvolvimento sustentável será classificado didaticamente a partir da divisão dos seguintes componentes: a sustentabilidade ambiental, sustentabilidade econômica, a sustentabilidade sociopolítica, sustentabilidade cultural e sustentabilidade ética.

A sustentabilidade ambiental consiste na manutenção das funções e componentes dos ecossistemas para assegurar que continuem viáveis – capazes de se autorreproduzir e se adaptar a alterações para manter a sua variedade biológica. É também

¹²² BRASIL, **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Art. 1º Capítulo I. Disposições Gerais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm Acesso em: 24 fev. 2021.

¹²³ BRASIL, **Constituição Federal da República de 1988. Art.23, parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Capítulo II. Da União.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 fev.2021.

¹²⁴ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.* p. 62-63.

a capacidade que o ambiente natural tem de manter as condições de vida para as pessoas e para os outros seres vivos, tendo em conta a habitabilidade, a beleza do ambiente e a sua função como fonte de energias renováveis.

É o direito das gerações atuais, sem prejuízo das gerações futuras, ao ambiente limpo, ecologicamente equilibrado, em todos os aspectos, o que demonstra a necessidade de não se endossar a evasão da responsabilidade antrópica, no atinente à crise da biodiversidade ou do clima. Intervenções humanas legítimas tem que resguardar a proporcionalidade legítima, em termos ecológicos.¹²⁵

A econômica é um conjunto de medidas e políticas públicas que visam a incorporação de preocupações e conceitos ambientais e sociais.

A economicidade não pode ser dissociada da medição de consequências ecossistêmicas. Nessa perspectiva, o consumo e a produção precisam ser reestruturados com os reflexos no estilo de vida usual. Assim, a regulação estatal sustentável faz-se impositiva para coibir disfuncionalidades do mercado.¹²⁶

Dessa forma, o lucro passa a ser também medido através da perspectiva social e ambiental, o que leva à otimização do uso de recursos limitados e à gestão de tecnologias de poupança de materiais e energia. A exploração sustentável dos recursos evita o seu esgotamento.

Diante disso, o investimento no aprimoramento da governança, em vez de mais gastos, amplia a renda numa equação custo-benefício que pende para externalidades positivas.

A sustentabilidade deve lidar adequadamente com os custos e benefícios diretos e indiretos, bem como o *trade-off* entre eficiência e equidade para que a economicidade alcance vitória sobre os desperdícios de todos matizes e para que a regulação de mercado aconteça com justificação plausível e permita que a eficiência guarde real subordinação à eficácia na correção de falhas, como por exemplo, abuso de poder dominante, informações assimétricas e externalidades negativas.¹²⁷

Já a sustentabilidade sociopolítica é orientada para o desenvolvimento humano e a estabilidade das instituições públicas e culturais, bem como a redução de conflitos sociais. É um veículo de humanização da economia, e, ao mesmo tempo, pretende desenvolver o tecido social nos seus componentes humanos e culturais.

¹²⁵ FREITAS, Juarez. *Op. Cit* p. 72.

¹²⁶ *Idem. Ibidem.* p.76.

¹²⁷ *Idem. Ibidem.* p. 76.

Vê o ser humano não como objeto, mas sim como objetivo do desenvolvimento. Ele participa na formação de políticas que o afetam, decide, controla e executa decisões.

Na perspectiva social da sustentabilidade, abrigam-se os direitos fundamentais sociais, que requerem outro modelo de governança, caracterizada por programas dirigidos à universalização do acesso aos bens e serviços essenciais.

Trata-se da contrapartida do direito fundamental à sustentabilidade com o ônus protetivo correspondente. Acarreta, portanto, o redesenho do Direito Administrativo da Regulação, pressupondo deveres de precaução e prevenção da teoria da responsabilidade civil, administrativa e penal. Requer, em suma, nova hermenêutica das relações jurídicas. Merece destaque, nesta linha, o resguardo dos direitos fundamentais do direito ao processo judicial e administrativo com desfecho tempestivo e a melhor definição de competência marcado pela predisposição conciliatória e o direito à boa administração pública, pautada pela indeclinável regulação independente de atividades socialmente relevantes, tendo em vista o compromisso do Estado Sustentável com o bem-estar multidimensional.¹²⁸

A sustentabilidade cultural leva em consideração como os povos encaram os seus recursos naturais, e sobretudo como são construídas e tratadas as relações com outros povos a curto e longo prazo, com vista à criação de um mundo mais sustentável a todos os níveis sociais. A integração das especificidades culturais na concepção, medição e prática do desenvolvimento sustentável é fundamental, uma vez que assegura a participação da população local nos esforços de desenvolvimento.

Nesta perspectiva, destaca-se a Ecologia que é diálogo de tudo o que existe; é inter-ação; relação entre os seres, vivos ou não. Deve-se ultrapassar o entendimento reducionista de ecologia associado apenas à natureza. Ao postular a interdependência o termo ecologia nega todas as ‘hierarquias’; logo, todos os seres possuem autonomia e o futuro requer adaptação e relação, ignorando o ‘mais forte’. Segundo a visão ecopedagógica de Boff, a ecologia deve ser uma preocupação de todos com a Terra. Os indivíduos devem estar atentos para o equilíbrio universal e para isso precisam buscar novos caminhos, nova ordem ecológica mundial. Boff mostra a necessidade de um conhecimento interdisciplinar sobre os fatos, superando saberes estanques. Os indivíduos serão mais solidários com as gerações que estão por vir, sendo possível superar o

¹²⁸ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.* p. 77 e 80.

pensamento dominante e propor uma visão ecológica holística, preocupada com o todo, em que cada indivíduo faz parte de um elo da corrente cósmica que hoje se encontra ameaçada. Nesse contexto, é necessário mudar práticas e saberes humanos em prol do cuidado e da preservação do planeta. Urge a necessidade de se adotar uma cultura ecológica, com práticas menos agressivas com a natureza. Os caminhos possíveis para a efetivação dessas práticas passam por reflexão crítica dos aspectos econômico, político, social, ético, mental e místico.¹²⁹

E por fim, a sustentabilidade na dimensão ética destaca o sentido de que todos possuem conexão intersubjetiva, anímica e natural à solidariedade como dever universalizável. Decorre da preponderância da racionalidade do ser humano.

É correto afirmar que, para o princípio da sustentabilidade, importa que a vontade seja livre, coerente e hábil a produzir bem-estar material e imaterial. Não se admite escapismos, sendo que toda corrupção, direta ou indireta, material ou imaterial resulta eticamente reprovada e insustentável.¹³⁰

Diante dessa amplitude em seus aspectos, pontua-se que para a elaboração da tese será adotado como recorte metodológico os aspectos socioambientais e econômicos, não obstante a importância dos demais.

Para ser alcançado, o desenvolvimento sustentável depende de planejamento e do reconhecimento por parte do Poder Público. Justamente por conta desta perspectiva é que se defende a necessidade da utilização da sustentabilidade como parâmetro delimitador nas tomadas de decisões discricionárias.

Muitas vezes, desenvolvimento é confundido com crescimento econômico, que depende do consumo crescente de energia e recursos naturais. Esse tipo de desenvolvimento tende a ser insustentável, pois leva ao esgotamento dos recursos naturais dos quais a humanidade depende. O desenvolvimento sustentável sugere, de fato, qualidade em vez de quantidade. O objetivo será produzir um conjunto de objetivos que supra os desafios ambientais, políticos e econômicos mais urgentes que mundo enfrenta.

A sustentabilidade é papel fundamental para a gestão do meio ambiente, se tratando de normas comuns a serem realizadas, que se destinam a conservar e prevenir os ambientes, seus componentes e recursos em geral, beneficiando o planeta, lugares comuns e todos seus habitantes.

¹²⁹ BOFF, L. **Ecologia. Mundialização. Espiritualidade**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2008.

¹³⁰ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.* .p. 70.

Em questões subjetivas, a forma sustentável adotada na atualidade, está interligada com fatores comuns de regramentos ecológicos, ou seja, são necessárias regras de proteção para influenciar o cuidado aos elementos do ambiente que determinam as atividades dos seres vivos, fato este, conhecido como desenvolvimento sustentável, feito através de meios que venham proporcionar cuidados e melhorias naturais ou ambientais, com a finalidade de prevenção e equilíbrio ambiental no presente e para o futuro.

Desenvolver-se de forma sustentável quer dizer ter certos cuidados para a garantia de uma melhor condição natural na geração futura, promovendo precauções e adaptações para a vida de forma socioeconômica, cultural e ambiental, envolvendo uma coletividade para a efetivar a preservação de determinados ambientes, como é o caso da preservação de ambientes urbanos, sejam eles naturais ou modificados, o que se caracteriza como sendo um ambiente de caráter comum, que deve ser cuidado por todos, independente de trazer benefícios próprios ou não advindo de seus recursos.

Há destaque também para “democracia ecológico-social”, uma nova forma de democracia, ao lado das questões humanas, focalizam-se as questões ecológicas, buscando melhorar a qualidade de vida, ultrapassando o enfoque participativo e social, em prol da conscientização ecológica. Neste novo paradigma, o homem deixa de ser o centro de tudo e perde o direito de explorar os recursos naturais de forma ilimitada. Há a necessidade de entender que o homem é parte da natureza e a democracia ecológico-social aceita em seu seio, como cidadãos, não apenas os humanos, mas todos os seres da natureza, especialmente os seres vivos. É preciso entender a importância de uma educação ecológica social para que as futuras gerações aprendam a relacionar as questões de justiça social com as de justiça ecológica, possibilitando uma sociedade mais livre e integrada.

131

O Desenvolvimento Sustentável que teve sua definição dada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conclui que o desenvolvimento que atende às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades, se identifica por um ato de garantia sustentável.

A Legislação Ambiental Brasileira, apresenta o conceito de desenvolvimento sustentável na Lei 6.938/81, onde trata a Política Nacional de Meio Ambiente, que em seus artigos 2º e 4º, dispõe:

¹³¹ BOFF, L. *Op. Cit.*

Art. 2º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Art. 4º: A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.¹³²

Compondo assim a grande relevância da preservação ambiental, considerando em evidência os três fatores, sendo eles, a economia, o ambiente e a sociedade, quando unidos, se tratam de fatores primordiais para a política sustentável do ambiente, resguardando em efetivo a política de preservação legal, visando um meio equilibrado e preservado, com garantias futuras de desenvolvimento, de forma sustentável.

Problemas ambientais em larga escala começaram a surgir no século XVIII, com o processo de industrialização na Inglaterra, na chamada Primeira Revolução Industrial. No século XX surgiram os primeiros Tratados visando proteger bens naturais e paisagísticos, como a Convenção de Londres de 1900, que foi um Tratado Internacional Multilateral, dispondo sobre a criação de parques para a conservação da natureza. Este movimento influenciou a legislação brasileira nos anos 1930, com a edição de vários diplomas. Todavia, as primeiras preocupações com a proteção do meio ambiente, de forma coordenada e a nível internacional, tiveram seu início nos anos 1960, através de tímidos encontros internacionais que exteriorizavam a necessidade de proteção da natureza. Porém, foi a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, entre 5 e 16 de junho de 1972, que a matéria entrou na agenda internacional.¹³³

A sustentabilidade ambiental, como meio de prevenção para evitar possíveis danos naturais, se funda em métodos de cuidados que são desenvolvidos e praticados para melhor conservação ao meio ambiente, sendo essencial para um futuro de garantias

¹³² BRASIL, **Legislação Ambiental. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. Art. 2º e 4º**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm . Acesso em: 25 fev. 2021

¹³³ FREITAS, Vladimir Passos de. **O novo papel das empresas na proteção do meio ambiente**. In: Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno | Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM> | Nº. 01 | p.02-16 | Jul./Dez. 2020. Acesso em: 25 fev.2021

ambientais, por isso, de caráter fundamental, como dito na Constituição da República, em seu artigo 170, inciso VI.¹³⁴

Configurando a preservação do ambiente como um direito fundamental de todos, em observância de uma vida digna que considere a natureza como fundamento para realizar tal prerrogativa de iniciativa humana, é de extrema importância que seja realizada a prevenção e cuidado do meio ambiente de forma sustentável, para que não cause danos gerais.

Dessa forma, o desenvolvimento econômico, e do qual depende a paz social, não pode mais seguir isolado, mas sim alinhar-se com a proteção do meio ambiente, o que subsidiou que em Conferência realizada no Rio de Janeiro (1992), as discussões sobre o tema ganhassem corpo. Estabeleceu-se o Princípio 4, que, para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste. No ano de 2000, a Organização das Nações Unidas deu um passo importante na consecução de tal objetivo. Foi criado o Pacto Global, que é uma convocação para as empresas aderirem a 10 princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção. Foram apontados os seguintes princípios: a) As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais. b) Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental. c) Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis. Consequência destas linhas mestras foi a adoção, na Conferência de Joanesburgo em 2002, conhecida como Rio + 10, e na sequência a Rio + 20, de metas que vão além do desenvolvimento e do meio ambiente, incluindo a erradicação da pobreza e o fortalecimento da participação mais efetiva e construtiva do empresariado e das organizações não governamentais nas discussões internacionais sobre desenvolvimento sustentável.¹³⁵

Em estudos específicos sustentáveis e ambientais, visando melhorias na eficácia da proteção ambiental, a sustentabilidade pode ser destacada como sendo um conceito ecológico – isto é, como a capacidade que tem um ecossistema de atender às necessidades das populações que nele vivem – ou como um conceito político que limita

¹³⁴ BRASIL, **Constituição Federal da República, Art. 170, inciso VI. Capítulo I.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 26 fev.2021

¹³⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. *Op. Cit.*

o crescimento em função da dotação de recursos naturais, da tecnologia aplicada no uso desses recursos e do nível efetivo de bem-estar da coletividade.¹³⁶

Desta forma, fica evidente a necessidade e o dever de cuidar e preservar áreas comuns, sejam elas naturais ou não, para que continuem atendendo as necessidades ambientais e desenvolvendo de forma regulamentada e ética o uso e bem-estar envolvendo tais ambientes comuns.

A promoção da sustentabilidade, deve ser exercida em qualquer e todo ambiente natural ou não, sendo de convívio comum ou individual, pois se refere ao fato de cuidar e preservar os ambientes, para melhor convivência na atualidade e em gerações futuras, visando uma melhoria social, de forma pública.

O conceito de sustentabilidade passou de meramente ambiental para multidimensional, com uma análise de necessidades materiais das gerações presentes e futuras, avançando para uma consideração do padrão de vida e das liberdades e capacidades substantivas das pessoas.

A previsão em diversos instrumentos internacionais e nacionais estimula os estados a se preocuparem com as futuras gerações e com o valor intrínseco do meio ambiente, bem assim a internalizarem a sustentabilidade como princípio jurídico e diretriz vinculante, que enseja a eficácia direta e imediata do direito ao futuro e impõe a superação do viés da preferência excessiva pelo presente.

E dentro dessa perspectiva apontada, a decisão administrativa, para ser legítima, tem de ser sustentável, caso contrário se expõe a invalidação. Para tanto, os agentes públicos devem incorporar uma análise de custos e benefícios, diretos e indiretos, não restrita, porém, a aspectos econômicos. E será na esfera da motivação fática e jurídica que a Administração Pública e os controladores terão a oportunidade de avaliar os reais motivos, as consequências, as alternativas que foram desprezadas e as prioridades que foram consideradas nas escolhas públicas, para, com isso, proporcionar decisões administrativas consorciadas com a sustentabilidade pluridimensional, o que será mais explorado no capítulo seguinte.

A nova governança exige dos gestores públicos que incentivem mecanismos participativos e promovam resultados de impacto para a sociedade. Com efeito, escolhas insustentáveis produzem prejuízos sistêmicos ao bem-estar dos cidadãos e menosprezam

¹³⁶ VEIGA, José Eli da. **Prefácio ao livro: *Desenvolvimento Sustentável. O desafio do século XXI***. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p.9.

os direitos das futuras gerações. Dito de outro modo, a Administração Pública tem de ser, necessariamente, sustentável.

3.3 Sustentabilidade Energética

A necessidade de atendimento das demandas e o enfrentamento das questões socioambientais em bases competitivas representam grandes desafios ao setor elétrico brasileiro.

No Brasil, a geração de energia elétrica baseia-se notadamente na utilização da força da água nas usinas hidrelétricas. Este cenário pauta-se na abundância de recursos naturais a baixos custos em termos relativos. Porém, a questão que se coloca para o futuro é se o País terá condições de manter esta vantagem competitiva e ainda garantir à população o amplo acesso a este insumo.

O tratamento da categoria sustentabilidade envolve um universo complexo de dimensões de abordagem. O Relatório de Brundtland define o desenvolvimento sustentável com mais detalhamento.

De acordo com o documento, o termo é um processo de mudança no qual a direção de investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e elevam o potencial corrente e futuro para reunir necessidades e aspirações humanas.¹³⁷

O Relatório apresenta uma relevante definição de crescimento, bastante discutida na pauta política internacional no que se refere às questões pertinentes à distribuição global de uso de recursos e à qualidade ambiental.

Neste sentido, essa definição dificulta a separação da ideia de que a premissa fundamental do desenvolvimento sustentável seria o crescimento econômico. O desenvolvimento sustentável visa à sustentabilidade. A dificuldade na definição e transmissão do termo sustentabilidade indica a dificuldade em traduzir os conceitos em atitudes diárias e permanentes.¹³⁸

A dimensão econômica está alicerçada no papel da mercadoria energética por

¹³⁷ BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso futuro comum: comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

¹³⁸ COSTA, D. V. da; TEODÓSIO, A. dos S. de S. **Desenvolvimento sustentável, consumo e cidadania: um estudo sobre a (des)articulação da comunicação de organizações da sociedade civil, do estado e das empresas**. Revista de Administração Mackenzie, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 114-145, mai.-jun. 2011.

meio dos termos de troca que procuram promover um processo de acumulação de capital, o valor da mercadoria energética no mercado determina diretamente a taxa de lucro da atividade produtiva. A dimensão social é verificada pela identificação de níveis básicos de necessidades, ou seja, é caracterizada pela possibilidade de utilizar o insumo energético em condições mínimas, talvez o mais desafiador.

A dimensão ambiental é identificada pelo nível de deterioração que a utilização da energia pode causar ao meio ambiente. A eletricidade é usada em diversos setores, como o agropecuário, industrial, comercial e residencial; em cada um deles a energia é transformada de acordo com os propósitos dessas atividades.

Diante deste quadro, constata-se que o mais aceitável para a construção do entendimento da sustentabilidade, de forma a iniciar uma contribuição ao termo, alicerça-se na ideia de que ela compreende a capacidade de crescimento econômico contínuo, de modo a permitir uma razoável distribuição concreta da riqueza social por meio da ampliação do acesso das populações à satisfação de necessidades básicas, como saúde, educação, água, saneamento e energia, sendo esta última responsável prévia pelo acesso às necessidades anteriores.¹³⁹

Neste sentido, a compreensão do termo sustentabilidade, em cômputo geral, assume um desafio, não apenas no campo teórico, no qual se constitui como um referencial normativo ainda em construção, mas também por meio de suas diretrizes de implantação e operação no ambiente organizacional do setor elétrico nacional.

Por isso, no tópico seguinte será feita uma abordagem econômica da exploração de potenciais hidrelétricos no Brasil a fim de demonstrar e referendar a importância de se estabelecer a sustentabilidade como parâmetro nas tomadas de decisões do Poder Público.

3.3.1 Análise Econômica da Exploração de Potenciais Hidrelétricos no Brasil.

Inegável apontar que o mundo passou por inúmeras situações de progresso industrial e crescimento econômico. Contudo, com eles surgem também destruições e estagnações, especificamente no que tange ao meio ambiente. Os riscos converteram-se em representações globais, transfronteiriças e potencialmente catastróficas que se

¹³⁹ BORGES, F. Q.; ZOUAIN, D. M. **A matriz elétrica e seu posicionamento no desenvolvimento sustentável no estado do Pará.** Revista Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, v. 35. p. 187-221, 2010.

projetam no futuro através de decisões presentes, demarcando uma sociedade de risco e incertezas. Estes processos de transformação passam a comprometer a continuidade do progresso na modernidade.

A abordagem sobre a lógica da distribuição de riquezas e distribuição de riscos, afirma que na modernidade tardia, a produção de riquezas é acompanhada sistematicamente pela produção de social de riscos, apontando problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos.

A sociedade industrial criticou as práticas sociais típicas da tradição, e a sociedade de risco, por sua vez, questiona as premissas da sociedade industrial. Nesta fase de desenvolvimento da sociedade moderna os riscos sociais, políticos, econômicos e industriais tomam proporções cada vez maiores escapando da alçada das instituições de controle e proteção da sociedade industrial. Os problemas da sociedade industrial de risco foram gerados pelo próprio avanço técnico-econômico. O processo de modernização volta-se para si mesmo como tema e problema através, torna-se reflexivo.¹⁴⁰

Aponta-se ainda, a ideia da utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais e de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-tecnológico. Dentre os paradigmas de desigualdade social estão sistematicamente relacionados as fases específicas do processo de modernização e que na sociedade de escassez, o processo de modernização encontra-se e consoma-se sob a pretensão e abrir com as chaves do desenvolvimento científico-tecnológico os portões que levam as riquezas sociais.

Paralelamente dissemina-se a ideia de que as fontes de riquezas estão contaminadas por ameaças colaterais. A noção de risco acompanha a evolução social e as descobertas ao longa da história. Contudo, fica latente que os riscos e as ameaças atuais diferenciam-se das medievais, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance e de suas causas modernas.

Assim, com a distribuição e o incremento dos riscos surgem situações sociais de ameaça que acompanham a desigualdade de posições e classes sociais, fazendo valer uma lógica distributiva substancialmente distinta.¹⁴¹

O centro da consciência de risco reside em projeções para o futuro e não no presente, o que pressupõe um processo social de reconhecimento e legitimação. Os riscos

¹⁴⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010. (No vulcão civilizatório / p. 21-103).

¹⁴¹ BECK, Ulrich. *Op. Cit.*, p. 21-103.

funcionam a partir daquilo que Beck chama de efeito *boomerang*, a saber, os riscos geram situações de perigo social que afetam as diversas camadas da sociedade de forma diferenciada, havendo uma tendência em prejudicar mais os menos poderosos.¹⁴²

Nos riscos socialmente reconhecidos são previstos os atores e as instâncias do processo de modernização, com todos seus interesses parciais e dependências. Os riscos da modernidade emergem, ao mesmo tempo, vinculados espacialmente e desvinculados com um alcance universal.

Os riscos, são, dessa forma, imagens negativas objetivamente empregadas de utopias nos quais o elemento humano é conservado e revivido no processo de modernização.

Após estas análises, observa-se que nas sociedades de capitalismo avançado, em que o Estado de Bem-Estar Social experimentou seu desenvolvimento mais significativo no pós-guerra (o parâmetro é a Alemanha), uma superação do dogma marxista de sociedade de classes para enxergar uma sociedade centrada no conceito de individualização. Como a elevação do padrão social não significa de forma definitiva a eliminação das desigualdades, mas sim um efeito cosmético-simbólico que disfarça os efeitos das desigualdades, voltando a atenção daqueles que estariam propensos a se engajar no combate a estas diferenças para a efetivação de oportunidades individuais tornadas possíveis por esta elevação, perpetuando as desigualdades.¹⁴³

Esta análise é fundamental para compreensão do modo como política, economia, subpolítica, ciência e os meios de comunicação afetam o desenvolvimento dos estilos de vida, relações e metas na sociedade de risco.

Analisado sob essa perspectiva, é possível perceber que o risco estabelece uma vinculação com o futuro. Com isso, uma nova relação parece estabelecer-se entre o futuro e a sociedade, entre as incertezas projetadas em uma dimensão temporal e a própria dimensão social. Através das noções de probabilidade, incerteza e futuro, é possível começar a entender o significado do risco. O acontecimento provável, porém incerto, que se projeta no futuro sob a denominação de risco é, portanto, uma derivação de decisões que se concretizam no tempo presente.¹⁴⁴

No entanto, o conceito de risco não é algo simples de ser identificado. Diante

¹⁴² *Idem. Ibidem.*

¹⁴³ BECK, Ulrich., *Op. Cit* p. 21-103).

¹⁴⁴ FERREIRA, Helene Sivini. **A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco.** In: FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). **Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estados, Sociedades e Meio Ambiente.** Curitiba: Letra da Lei, 2016. p. 108-158.

disso, com o propósito de compreender o significado do risco, alguns autores recorrem à distinção entre risco e perigo. Isso porque, risco é um conceito histórico tardio introduzido para caracterizar situações cuja representação se fez inadequada pelo emprego de termos como acaso ou perigo.

Demonstra-se considerar que o risco é produto de escolhas sociais, enquanto o perigo encontra-se vinculado a fatores externos. Convém apenas assinalar que o risco pode ser compreendido como a representação de um acontecimento provável e incerto que se projeta no futuro através de determinações presentes.¹⁴⁵

Os conceitos de *perigo* e *risco* inserem-se em uma ampla estrutura que descreve o processo evolutivo da sociedade ao longo dos tempos.

Percebe-se que o risco é um dos elementos essenciais para a compreensão da segunda modernidade. Isso porque o movimento de transição da sociedade industrial para a sociedade de risco tem como marco inicial a natureza diferenciada das ameaças fabricadas.

Tomando a sociedade industrial como ponto de partida, observa-se que os riscos característicos da primeira modernidade são definidos através de cálculos e probabilidades. Isso porque, em sua origem, as relações de definição das sociedades capitalistas foram essencialmente estabelecidas a partir de teorias matemáticas lineares que imitavam a racionalidade mecanicista da ciência. Nesse contexto, os riscos sistematicamente produzidos eram quantificáveis e, portanto, passíveis de previsão e controle.¹⁴⁶

O conceito de sociedade de risco chama a atenção para o limitado poder de controle das ameaças fabricadas pela segunda modernidade e, como consequência, para a inadequabilidade das relações de definição que as orientam.

Muito embora a percepção dos riscos tenha alcançado a esfera pública, é necessário considerar que esse processo não se desenvolve de maneira uniforme entre os diferentes indivíduos e grupos sociais.

Ainda que possa haver variações na forma de percepção e no grau de tolerância do risco, não há como negar que o fator incerteza, vinculado particularmente às novas tecnologias, continua a influenciar a esfera pública de uma maneira determinante. Em ambas as áreas consideradas, por exemplo, verificou-se uma demanda

¹⁴⁵ FERREIRA, Helene Sivini. **A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco.** In: FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). **Op. Cit.**

¹⁴⁶ *Idem. Ibidem.* p. 108-158.

por regulamentações mais restritas. Isso significa que, muito embora os riscos possam ser minimizados em razão dos benefícios existentes, o simples fato de haver um percentual de incerteza associado a potenciais efeitos sobre os quais não se tem suficiente informação parece atrair a esfera pública e fazê-la questionar os padrões de segurança estabelecidos pela sociedade industrial.¹⁴⁷

Nesse contexto, afirma-se que a sociedade de risco demanda uma abertura dos processos decisórios. Os mecanismos simbólicos já não são propostas válidas e apenas estimulam os estados de ansiedade e apreensão. Diante da falência dos padrões de segurança que sustentaram a sociedade industrial, torna-se imprescindível uma reforma institucional das relações de definição e das estruturas de poder ocultas nos conflitos de risco. Com isso, ter-se-ia aberta a possibilidade para a redefinição da esfera pública, um espaço no qual as contingências deveriam ser debatidas e avaliadas.

Assim, diante dos impactos negativos, destaca-se a necessidade de sistematizar alguns mecanismos capazes de conter os prejuízos ocasionados. A contenção aqui será abordada ilustrativamente diante de um aspecto de prevenção.

A Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010 estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens.

Os objetivos da Política Nacional de Segurança de Barragens caminham para mecanismos como garantir a observância de padrões de segurança de barragens de maneira a reduzir a possibilidade de acidente e suas consequências; regulamentar as ações de segurança a serem adotadas nas fases de planejamento, projeto, construção, primeiro enchimento e primeiro vertimento, operação, desativação e de usos futuros de barragens em todo o território nacional; promover o monitoramento e o acompanhamento das ações de segurança empregadas pelos responsáveis por barragens; criar condições para que se amplie o universo de controle de barragens pelo poder público, com base na fiscalização, orientação e correção das ações de segurança; coligir informações que subsidiem o gerenciamento da segurança de barragens pelos governos; estabelecer conformidades de natureza técnica que permitam a avaliação da adequação aos parâmetros estabelecidos

¹⁴⁷ FERREIRA, Helene Sivini. **A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco**. In: FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). **Op. Cit.**

pelo poder público; fomentar a cultura de segurança de barragens e gestão de riscos.

Destacam-se como fundamentos desta Política Nacional a necessidade da segurança de uma barragem sendo considerada em todas suas fases; o destaque de que a população deve ser informada e estimulada a participar, direta ou indiretamente, das ações preventivas e emergenciais; o empreendedor deverá ser o responsável legal pela segurança da barragem, cabendo-lhe o desenvolvimento de ações para garanti-la; estimular-se-á a promoção de mecanismos de participação e controle social.

Observa-se ainda que a segurança de uma barragem influi diretamente na sua sustentabilidade e no alcance de seus potenciais efeitos sociais e ambientais. Assim sendo, a fiscalização da segurança de barragens caberá, sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), à entidade que outorgou o direito de uso dos recursos hídricos; à entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico; à entidade outorgante de direitos minerários para fins de disposição final ou temporária de rejeitos; à entidade que forneceu a licença ambiental de instalação e operação para fins de disposição de resíduos industriais.

Há ainda alternativas legais e administrativas. Contudo, é necessário se ter claro que usinas hidrelétricas, que tanto têm permitido a expansão econômica e o progresso do bem-estar da sociedade humana, também têm faces obscuras que demandam constante monitoramento. No caso brasileiro, a precariedade conceitual e empírica dos Estudos de Impactos Ambientais (EIA) e dos Relatórios de Impactos Ambientais (RIMA) é real.

Os estudos de impactos ambientais permitem que sejam analisadas, elaboradas e implantadas formas de minimizar danos. As restrições ambientais são cada vez mais abrangentes, as organizações não governamentais estão cada vez mais atuantes e as leis mais rigorosas e punitivas. Mesmo assim, há poucos quadros qualificados para análise e acompanhamento das demandas desses estudos, e forte influência política em decisões que têm que ser técnicas. Nesse cenário, os empreendedores de novas usinas invistam maiores recursos em pesquisas e medidas de mitigação de impactos.

Os técnicos que estudam os EIA/RIMA, caso cometam erros crassos e concedam licenciamentos viciados, podem ser corresponsabilizados até criminalmente por seus atos.

A Constituição da República, no parágrafo 3º do artigo 255, relata que qualquer atividade que cause degradação ambiental sujeitará seus infratores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, à obrigação de reparar o dano causado e às sanções penais,

sem prejuízo das demais (sanções civis e administrativas).

Esta norma constitucional foi devidamente regulamentada pelo art. 3º da Lei 9.605/98, que consagra a figura da responsabilidade penal da pessoa jurídica em casos de crimes ambientais. Entretanto, a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade da pessoa física, sejam autoras, coautoras ou partícipes. Tendo em vista a dificuldade de penalizar a pessoa jurídica, admite-se a presunção de responsabilidade em relação àquele que detém o poder de direção, o dever de zelo, de informação e de vigilância.

Dessa forma, é primordial conhecer a legislação ambiental, observar, zelar e acompanhar as atividades terceirizadas, além da pactuação mediante contrato bem estruturado, com delimitação das obrigações e responsabilidades de cada uma das partes. Mas, mesmo adotando tais medidas, não se elimina por completo eventual envolvimento em dano ambiental, mas restringirá e minimizará os riscos envolvidos.

Aponta-se ainda como importante mecanismo a requisição e realização de Audiências Públicas, destacando-se a participação da população interessada durante os Estudos de Impacto como forma de se estabelecer um controle social e maior legitimidade para a ação.

Um Estado Democrático como o Brasil tem o dever de propiciar e fomentar a participação e o envolvimento popular em tudo aquilo que abrange e permeia o direito fundamental de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio. E assim, na audiência pública encontra-se um forte exemplo para efetivar este objetivo.

A Audiência Pública é o momento, ao longo do processo de obtenção de licença ambiental de uma obra/atividade, em que a população pode obter esclarecimentos e elucidações sobre suas características e impactos (negativos e positivos) através da apresentação do Relatório de Impacto Ambiental. Uma audiência pública que não seja capaz de esclarecer as dúvidas e acabar com os receios da sociedade e interessados quanto à atividade que se pretende iniciar, pode acarretar sérios problemas, inclusive o indeferimento do pedido de sua licença ambiental.

A educação ambiental da comunidade direta e indiretamente afetada pela construção de uma Usina Hidrelétrica também se mostra uma estratégia de contenção de prejuízos, no entanto, por muitas vezes, depende de um alto investimento por parte do Poder Público e de organismos da sociedade civil.

Existe um conjunto de fatores que pode inviabilizar ou reduzir a participação de certos indivíduos no processo de legitimação da construção de uma Usina Hidrelétrica.

São eles: a pobreza – o indivíduo com baixa renda, ou sem emprego definido, precisa dedicar seu tempo a atividades que gerem renda, o que os impede de comparecer aos locais de participação; o meio rural – as comunicações no meio rural são mais difíceis e mais custosas, podendo inclusive, haver certo isolamento; o analfabetismo – o indivíduo analfabeto não consegue ler e nem compreender as comunicações de seu interesse; a cultura e os valores locais – as normas de comportamento e as práticas culturais podem dificultar o engajamento de certos grupos, que não se sentem livres para exprimir publicamente suas discordâncias em relação a grupos dominantes; as línguas faladas – existência de diferentes línguas e/ou dialetos, em um mesmo país ou região, dificulta a comunicação; sistema legal – as normas legais podem entrar em conflitos com valores tradicionais e confundir direitos e responsabilidades em relação aos recursos naturais; grupos de interesse – existência de diferentes grupos com visões conflituosas ou divergentes, ou ainda, interesses não-negociáveis; confidencialidade – o indivíduo sob domínio de governo autoritário é impedido de manifestar livremente sua opinião a respeito de qualquer assunto, bem como, de participar de formulação de políticas públicas ou de processo de tomada de decisão; e, por último, ligações familiares – limita a capacidade de intervenção em assuntos em que não há consenso.¹⁴⁸

A elaboração de estudos ambientais (EIA/RIMA) tornou-se, portanto, fase obrigatória do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos/atividades que utilizam recursos ambientais e/ou causem significativos danos ao meio ambiente, e/ou que estejam localizados em determinadas áreas especificadas na legislação. É, portanto, no âmbito do processo de licenciamento ambiental, na fase de apresentação do EIA/RIMA, que foi criado um espaço de participação da sociedade, por meio da Resolução Conama 009/1987. Nessa Resolução está prevista a participação direta de indivíduos, durante a realização da audiência pública, em que são apresentados os estudos ambientais referentes a empreendimentos e/ou atividades, cujas instalações poderão impactar o meio ambiente de maneira significativa.

Cabe salientar que a audiência pública é realizada sob a coordenação do órgão ambiental, da qual participa a equipe proponente do empreendimento e/ou atividade e

¹⁴⁸ ASSUNÇÃO, Francisca Neta Andrade; BURSZTYN, Maria Augusta Almeida; ABREU, Teresa Lúcia Muricy. **Participação social na avaliação de impacto ambiental: lições da experiência da Bahia.** Disponível em: <https://journals.openedition.org/confins/6750?lang=pt>. Acesso em: 07 nov.2020.

aquela que elaborou os estudos ambientais (EIA/RIMA), bem como membros das comunidades afetadas e outros interessados.

O desenvolvimento econômico é frequentemente destaque em qualquer meio de comunicação. Entendido em sua vertente quantitativa, ou seja, como crescimento, diversos fatores macroeconômicos são discutidos pelos analistas financeiros com o intuito de assegurar o seu aumento ou estabilização.

Os agentes econômicos desenvolvem seus negócios em um ambiente regulado por instituições que, portanto, influenciam diretamente nas decisões de mercado. Neste aspecto, o Direito está umbilicalmente associado à Economia na medida em que não existem fatos econômicos não influenciados pelas instituições criadas e asseguradas por ele.

Partindo-se dessa associação entre Economia, Direito e instituições, a escola teórica da Nova Economia Institucional (NEI) ligada à ciência econômica inclui as últimas, sejam formais ou informais, e sua atuação no ambiente econômico, quando da análise do fato econômico.¹⁴⁹

Márcia Carla Ribeiro enfoca juridicamente a relação entre a Economia e Direito por meio da Análise Econômica do Direito (AED), que é um método de interpretação do fenômeno jurídico no qual são utilizadas as metodologias criadas na ciência social econômica, especialmente com a incorporação dos elementos valor, utilidade e eficiência. Esse método está baseado em dois enfoques: um na análise positiva do Direito, relativo aos efeitos econômicos que ocorre com um determinado enquadramento jurídico, e outro na análise normativa do Direito, que determina qual enquadramento jurídico deve ser criado a fim de se atingir a maior eficiência econômica.¹⁵⁰

As respostas obtidas têm importância ímpar para a formulação tanto das ações relacionadas a investimentos por parte dos agentes privados, quanto para a orientação de nova regulamentação nos mais diversos setores da economia. Assim, considerando que um Estado se proponha a estabelecer uma política de governança aberta, com Transparência, Comunicação pública e acesso às informações, insta se questionar se isso seria uma forma de planejamento de desenvolvimento econômico, na medida em que o

¹⁴⁹ SOUZA, Alexandre Campos Gomes. **Ensaio sobre regulação monetária e financeira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 31-34.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Estado assume um papel compatível com os anseios do mercado global, que cada vez mais busca segurança para investimentos e celebração de relações econômicas.

A sociedade exige cada vez mais transparência nas atividades desempenhadas pela Administração Pública e a legislação brasileira, na esteira da legislação de outros países, tem evoluído neste sentido. Investigar e debater o grau atual de visibilidade da Administração Pública perante os administrados e como essa visibilidade deve evoluir e se desenvolver é uma atividade essencial para que o Direito Administrativo saia dos lugares comuns e das generalidades vazias e sem maiores repercussões concretas¹⁵¹.

O debate da transparência administrativa e da comunicação pública é na verdade extremamente extenso: questões como a concretização da democracia¹⁵² a partir da formação da *esfera pública*¹⁵³; o pleno reconhecimento do direito à informação; sua amplitude (em termos de quais entidades da Administração devem observá-lo); a forma e o conteúdo das informações obtidas pelos canais existentes; o uso da internet e das redes sociais¹⁵⁴; a preservação da intimidade em relação a bancos de dados públicos; gastos com publicidade governamental; a essência da comunicação enquanto função a ser desempenhada pela Administração Pública; quais as ações afirmativas que se espera da Administração para que a transparência se dê com maior plenitude; a manipulação de bancos de dados públicos e privados por órgãos de segurança e de investigação policial; a razoabilidade dos prazos para a publicidade de documentos considerados secretos; a classificação de certas matérias e informações como sigilosas e, até mesmo, o papel dos chamados “*whistleblowers*”¹⁵⁵, delatores que vazam informações supostamente sigilosas relacionadas a atuações ilegais dos governantes, são temas associados ao dever de transparência e comunicação e que podem vir a ser objeto de reflexão ao longo da pesquisa, contudo, sempre como subsídio para justificar que a conduta estatal aberta é o melhor caminho para um desenvolvimento econômico.

¹⁵¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Princípio da Transparência. In Tratado de Direito Administrativo** (Org. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 419-482.

¹⁵² BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Political Communication in Media Society: Does Democracy Still enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on empirical Research. In Communication Theory**, 16 (2006) 411–426, International Communication Association, 2006.

¹⁵⁴ MAÑAS, José Luis Piñar. Introducción. **Hacia un nuevo Modelo europeo de protección de datos**. In **Reglamento General de Protección de Datos** (Org. MAÑAS, José Luis Piñar et. al.). Madri: Editorial Reus, 2016, p. 15-22.

¹⁵⁵ WEAVER, Russell L.. **Transparency, Privacy & the Snowden Affair**. In **Transparency in the Open Government Era** (Org. BOUHADANA, Irène et. al.). Paris: Editions Imodev, 2015, p. 235-255.

Transparência administrativa e comunicação pública, por fim, na medida em que se configuram como um dever da Administração Pública de se comunicar com a sociedade, tanto para prestar contas de suas atividades, como para buscar a adesão, o consentimento ou simplesmente o debate com o administrado de decisões públicas de grande repercussão, são temas multidisciplinares, que vem sendo também pesquisados em outras disciplinas das ciências sociais, notadamente na comunicação, na ciência política, na psicologia e na filosofia.

A formação de uma “cultura de transparência” é passo importante na realização do direito. Arelado a esse ideal, deve-se pensar na Transparência Administrativa e na Comunicação Pública como uma forma de planejamento do Estado, a partir do que se extrai da leitura do artigo 174 da Constituição Federal de 1988, para garantir o desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, social do país.

Um bom sistema legal (e aqui, pensando-se nas leis de acesso à Informação) e a efetivação de programas de governo aberto, influi substancialmente na Economia, tanto por gerar transparência, segurança jurídica, eficiência e previsibilidade para as decisões econômicas, principalmente no que tange aos investimentos feitos por empresas, inclusive internacionais. Definir quais são as regras do jogo e os mecanismos pelos quais elas são garantidas proporciona maior segurança para um investimento econômico.

Dessa forma, o Estado, ao estabelecer um planejamento de sua atuação na ordem econômica, deveria primar por questões de transparência pública para então garantir o desenvolvimento nacional, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

3.4 Sustentabilidade e definição de “Aproveitamento ótimo” do potencial hidrelétrico.

A forma como a energia é produzida e utilizada possibilita o surgimento de muitos dos problemas ambientais atuais. O país tem um enorme desafio de aumentar a oferta de energia, de forma a possibilitar o crescimento econômico e a melhoria da qualidade de vida da população, causando o menor impacto possível sobre o meio ambiente. Esta questão está no cerne da busca do desenvolvimento sustentável, que do ponto de vista do setor energético, significa buscar uma política energética que integre a necessidade de expansão da produção de energia e a indispensável preservação ambiental,

aliada à justiça social.¹⁵⁶

Se por um lado a energia hidráulica possui diversas vantagens, a construção de hidrelétricas causa impactos ambientais altamente significativos e muitas vezes irreversíveis, tais como a perda de biodiversidade e a extinção de espécies pelo alagamento de áreas com vegetação nativa e florestadas, a destruição de habitats, a perda de área agricultável, o remanejamento de grandes populações, a interferência em áreas indígenas ou com populações tradicionais, a alteração no regime hídrico e morfologia dos corpos d'águas, o impacto sobre a ictiofauna etc. Os impactos mais marcantes ocorrem durante a instalação do empreendimento, mas os impactos de longo prazo, principalmente sobre os ecossistemas aquáticos e no regime hídrico dos rios, devem ser igualmente considerados, mormente se o empreendimento estiver localizado em áreas ambientalmente relevantes ou sensíveis.¹⁵⁷

Fica ainda mais relevante a informação apresentada pela PDE 2024 (2015) de que a expansão da geração hidrelétrica no Brasil se concentrará fortemente (93% em termos de capacidade instalada) na região Amazônica, considerada a maior reserva de biodiversidade do planeta. Nesta região, cerca de 62% do potencial remanescente possui significativas restrições socioambientais (44 % do potencial está previsto para ser gerado por usinas localizadas em Terras Indígenas e 12% em Parques Nacionais). A instalação de grandes hidrelétricas nesta região já vem ocasionado impactos ambientais significativos, principalmente pela perda, fragmentação e degradação de habitats.¹⁵⁸

Assim, é fundamental que a atividade de planejamento, construção e operação de usinas hidrelétricas seja realizada no âmbito de um amplo e robusto processo de avaliação de impactos ambientais (AIA). O processo deve identificar bacias hidrográficas com vocação e aptidão para o desenvolvimento do seu potencial hidrelétrico e também rios e bacias que devem ser protegidos; propiciar a escolha dos aproveitamentos mais adequados, considerando a variável econômica e ambiental; considerar efeitos cumulativos e de longo prazo; garantir a implementação de medidas para minimizar os

¹⁵⁶ AYRES, Madalena Junqueira. **O processo decisório de implantação de projetos hidrelétricos no Brasil. Análise dos casos referência da Usina de Barra Grande e do complexo hidrelétrico do Rio Madeira à Luz da Avaliação Ambiental Estratégica.** Dissertação de Mestrado defendida na PUC-Rio. 2009. Disponível em: https://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0710476_09_pretextual.pdf Acesso em: 28 out. 2022.

¹⁵⁷ ANDRADE, André de Lima. **A viabilidade ambiental de Usinas Hidrelétricas e a aplicação da avaliação ambiental estratégica no Brasil.** Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.ppe.ufrj.br/images/publica%C3%A7%C3%B5es/doutorado/Andr%C3%A9_de_Lima_Andra_de.pdf. Acesso em 27 out. 2022.

¹⁵⁸ ANDRADE, André de Lima. *Op. Cit.*

impactos decorrentes da instalação e operação dos empreendimentos e promover a participação das pessoas interessadas no processo de tomada de decisão. Tudo isso viabilizaria o “aproveitamento ótimo” exigido para a concessão de exploração de potenciais hidrelétricos, conforme se explanará a seguir.

Conforme já citado anteriormente, há previsão no parágrafo 2º do artigo 5º da Lei 9.074 de 1995 destacando que nenhum empreendimento hidrelétrico poderá ser lícito sem a definição do “aproveitamento ótimo” pelo poder concedente.¹⁵⁹

Considera-se “aproveitamento ótimo”, pela definição legal, todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d’água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica, segundo a previsão do parágrafo 3º do mesmo artigo citado acima.¹⁶⁰

Dessa forma, se mostra imprescindível estabelecer parâmetros delimitadores do que venha a ser considerado “aproveitamento ótimo” do empreendimento de geração energética, em cumprimento à exigência legislativa.

Para tanto, a sustentabilidade, no seu aspecto socioambiental e econômico, será este limite conforme recorte da pesquisa.

Indicativo deste parâmetro está na Resolução Normativa da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020 que estabelece os requisitos e procedimentos necessários à aprovação dos Estudos de Inventário Hidrelétrico de bacias hidrográficas à obtenção de outorga à aprovação de Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica de Usina Hidrelétrica sujeita à concessão.

De acordo com o artigo 3º e artigo 39 da Resolução Normativa, os Estudos de Inventário Hidrelétrico têm a finalidade de identificar, por meio do uso ótimo do potencial hidráulico, aproveitamentos hidrelétricos da bacia hidrográfica que apresentem a melhor relação custo-produção de energia, considerando o contexto socioeconômico e ambiental do momento e o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.¹⁶¹

Os interessados em obter concessão para exploração de aproveitamentos hidrelétricos denominados Usina Hidrelétrica (UHE), cuja potência seja superior a 50.000

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei 9.074 de 1995**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 23 fev. 2021.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ BRASIL, **Resolução da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020**. Disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 03 abril. 2021.

kW, previstos ou não no Planejamento Indicativo do Setor Elétrico, deverão apresentar os Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE).¹⁶²

O artigo 47 determina que os EVTE(s) serão objeto de avaliação quanto aos seguintes aspectos:¹⁶³

- I - desenvolvimento dos EVTE(s) fundamentados em estudos básicos consistentes e adequados à etapa e ao porte do empreendimento;
- II - atendimento à boa técnica em nível de projetos e soluções para o empreendimento, especialmente quanto às condições de atualidade, eficiência e segurança, e apresentação de custos com precisão adequada às diversas etapas de desenvolvimento dos EVTE(s), de modo a garantir uma correta definição do dimensionamento ótimo, de acordo com as normas técnicas e procedimentos instituídos pela ANEEL;
- III - articulação com os órgãos ambientais e de gestão de recursos hídricos, no âmbito Federal e Estadual, bem como junto a outras instituições com interesse direto no empreendimento, quando for o caso, visando a definição do aproveitamento ótimo e preservando o uso múltiplo das águas; e
- IV - obtenção do licenciamento ambiental pertinente.

Na fase de planejamento, a AIA é realizada no âmbito da elaboração dos Planos Nacionais de Energia - PNEs, dos Planos Decenais de Energia – PDEEs, dos Inventários Hidrelétricos de Bacias Hidrográficas e da Análise Ambiental Integrada de Bacias Hidrográficas – AAIs. Estes estudos são elaborados sob a responsabilidade da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e Ministério de Minas e Energia (MME). Na fase de projeto, é realizada principalmente por meio do instrumento de licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras, estabelecido na Lei Federal nº 6938/1981. O processo é conduzido pelos órgãos ambientais (federal, estadual ou municipal), conforme regulamentado pela Resolução CONAMA 237/97, Lei Complementar 140/2011 e Decreto Federal nº 8437/2015, que são competentes pela tomada de decisão quanto à emissão das licenças ambientais.¹⁶⁴

O licenciamento ambiental, em regra, é uma atribuição dos órgãos ambientais estaduais, conforme estabelecido na Lei de Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal nº 6938/1981). Após o ano de 1981, ocorreram algumas alterações nas atribuições

¹⁶² BRASIL, **Resolução da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020**. Disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 03 abril. 2021.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ ANDRADE, André de Lima. *Op. Cit.*

dos órgãos licenciadores, sendo que em 2011 foi editada a Lei Complementar nº 140/2011 discriminando o quadro de responsabilidades entre os órgãos licenciadores do país e, em 2015, o Decreto Federal nº 8437/2015, que detalhou as atividades cujo licenciamento ambiental é de competência da União. O procedimento de licenciamento prévio no IBAMA foi detalhado na Instrução Normativa – IN do IBAMA nº 184/08 e segue as seguintes etapas:¹⁶⁵

1. Abertura do processo por meio do preenchimento de Ficha de Abertura do Processo – FAP por parte do empreendedor;
2. Apresentação do empreendimento para o IBAMA;
3. Realização de vistoria técnica do IBAMA à área que será afetada pelo empreendimento;
4. Discussão e elaboração de termo de referência para a elaboração dos estudos ambientais com a participação do empreendedor, equipe do IBAMA e demais órgãos envolvidos no processo (conforme definido na Portaria Interministerial nº 60/2015);
5. Elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) por empresa de consultoria contratada pelo empreendedor;
6. Avaliação por parte do IBAMA se o EIA/RIMA apresentou as informações definidas no Termo de Referência. Caso negativo, o EIA/RIMA é devolvido e deve ser reapresentado, de forma integral.
7. Realização das Audiências Públicas, conforme estabelecido na Resolução Conama 09/87.
8. Elaboração de Parecer Técnico do EIA/RIMA por parte da equipe técnica do IBAMA com o objetivo de subsidiar decisão do IBAMA quanto à viabilidade ambiental do empreendimento. Caso necessário, poderá ser solicitada informação complementar.
9. Emissão ou indeferimento de Licença Prévia por parte do IBAMA e o estabelecimento das condições para a viabilidade da atividade.

Na fase de licenciamento prévio, o projeto é avaliado em termos locais e conceitual, a partir da análise dos estudos ambientais. De acordo com a Resolução Conama nº 237/97, o órgão ambiental deve “atestar a viabilidade ambiental” do empreendimento para emitir a Licença Prévia (LP). Estabelece-se as principais condições para execução da atividade e os requisitos básicos a serem detalhados e atendidos. Decisões tomadas no âmbito dos processos de licenciamento geram reflexos diretos no ritmo e no modelo de desenvolvimento do país e causam mudanças significativas nos ambientes nos quais os projetos são instalados¹⁶⁶, por isso a importância em se estabelecer parâmetros objetivos que devam ser seguidos pelo agente público.

Na maioria dos casos, a avaliação dos impactos também possibilita a

¹⁶⁵ ANDRADE, André de Lima. *Op. Cit.*

¹⁶⁶ *Idem. Ibidem..*

participação popular e viabiliza um processo de aprendizado, que aumenta a consciência ambiental dos participantes. Os resultados e a efetividade do instrumento de avaliação de impacto vão muito além das decisões quanto ao prosseguimento ou não dos projetos. O processo de licenciamento ambiental resulta em diversos ganhos para a sociedade, ainda que estes não sejam amplamente e corretamente divulgados.¹⁶⁷

Contudo, o atual modelo de avaliação de impactos ambientais brasileiro é bastante criticado e discutido. Entre as principais críticas e limitações, é importante citar: a baixa efetividade da AIA realizada na fase de planejamento, a análise limitada de alternativas de geração de energia hidrelétrica, a baixa participação popular nos processos de tomada de decisão, a baixa qualidade dos estudos de impactos ambientais, a ausência de parâmetros objetivos para a definição da viabilidade ambiental, a análise limitada dos impactos cumulativos e sinérgicos, a dificuldade de integração da AIA com os demais instrumentos ambientais e a morosidade. Do ponto de vista do setor interessado pelo projeto, o licenciamento ambiental é visto como uma barreira burocrática que não pode ser evitada para que o projeto siga adiante. Também é considerado o grande obstáculo para que a expansão da capacidade de geração de energia elétrica ocorra de forma previsível e dentro de prazos razoáveis.¹⁶⁸

Há um sentimento geral de falta de efetividade do processo de licenciamento, o que faz com que este instrumento esteja sofrendo uma grande pressão por mudanças. Atualmente, discute-se no Congresso Nacional diversas propostas de mudanças no atual procedimento, em especial por meio da criação da Lei Geral do Licenciamento Ambiental, através do Projeto de Lei nº 3.729/2004 e seus substitutivos.

Referido projeto se encontra em tramitação, aguardando a manifestação do Senado Federal. No entanto, se faz importante apontar que, em que pese ainda não aprovado, já demonstra sinalização da importância da sustentabilidade como norte na tomada de decisão referente ao licenciamento. Abaixo, serão explicitados alguns pontos importantes do projeto de lei, especialmente no ponto de congruência com esta tese.

O artigo 2º do projeto explicita que a implantação, ampliação e operação de empreendimento potencialmente causador de degradação do meio ambiente depende de prévio licenciamento pelo órgão competente integrante do SISNAMA, sem prejuízo de

¹⁶⁷ TEIXEIRA, Izabella Mônica Teixeira . **O Uso da Avaliação Ambiental Estratégica no Planejamento de Oferta de Blocos para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil: uma proposta.** Tese de Doutorado. Disponível em: www.coope.ufrj.br Acesso em: 27 out. 2022.

¹⁶⁸ ANDRADE, André de Lima. *Op. Cit.*

outras exigências legais. E elenca dentre os possíveis danos, aqueles atinentes aos componentes físicos, biológicos ou socioeconômicos do meio ambiente, ou a suas interações.¹⁶⁹

Já o artigo 15 estabelece que o Estudo prévio de impacto ambiental deve ser elaborado de forma a contemplar: I - a definição dos limites geográficos da área a ser direta e indiretamente afetada pelo empreendimento, considerando, em qualquer caso, a bacia hidrográfica em que este localizar-se-á; II - o diagnóstico ambiental da área de influência do empreendimento, com completa análise dos componentes físicos, biológicos e socioeconômicos do meio ambiente, e de suas interações, de modo a caracterizar a situação ambiental da região antes da implantação do empreendimento; III - a identificação e a análise de todas as alternativas tecnológicas e locacionais do empreendimento, confrontando-as entre si e com a hipótese de não implantação; IV - a identificação e a avaliação sistemática dos efeitos sobre o meio ambiente gerados pelo empreendimento nas suas fases de planejamento, implantação e operação; V - a identificação dos indicadores de efeitos sobre o meio ambiente e o estabelecimento de metodologia para avaliá-los ao longo das diversas etapas do empreendimento; VI - o prognóstico da evolução do meio ambiente na área de influência do empreendimento, nas hipóteses de sua implantação ou não; VII - a identificação dos planos e programas governamentais existentes, propostos e em implantação na área de influência do empreendimento e sua compatibilidade com este; VIII - a proposição de programas e ações compensatórias dos efeitos prejudiciais do empreendimento.¹⁷⁰

A decisão quanto à emissão de licenças é discricionária do Presidente do IBAMA que, conforme a Instrução Normativa do IBAMA nº 11/2010, pode solicitar o assessoramento da Comissão de Avaliação e Aprovação de Licenças Ambientais, no caso de empreendimentos de maior complexidade. De acordo com o art. 6º da referida IN, a opinião dos integrantes da Comissão não possui caráter vinculante, na avaliação da conveniência e oportunidade de emitir cada licença ambiental. O documento que subsidia esta instância de decisão é o parecer técnico conclusivo de avaliação do Estudo de Impacto Ambiental, preparado pela equipe técnica designada para conduzir o

¹⁶⁹ BRASIL, **Projeto de Lei nº 3.729/2004**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>. Acesso em: 28 out. 2022.

¹⁷⁰ BRASIL, **Projeto de Lei nº 3.729/2004**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>. Acesso em: 28 out. 2022.

licenciamento do empreendimento.¹⁷¹

No caso de empreendimentos de grande complexidade e considerados de utilidade pública, como usinas hidrelétricas, nos quais os ganhos e perdas decorrentes da instalação e operação dos empreendimentos são bastante significativos, a decisão quanto à viabilidade ambiental se torna bastante complexa e relevante.

Dessa forma, estabelecer a sustentabilidade como parâmetro objetivo das decisões administrativas desempenhado no tempo adequado poderá não apenas evitar prejuízos irreparáveis ao meio ambiente, à sociedade ou a outros direitos fundamentais, como também é apto a produzir efeitos sistêmicos benéficos no longo prazo e externalidades positivas. Portanto, é viável construir um arcabouço de sustentabilidade das decisões administrativas que concilie as funções próprias das demais instituições públicas, sua expertise e o respeito aos direitos das presentes e futuras gerações. Assim, discricionariedade administrativa e sustentabilidade andam juntas no renovado Direito Administrativo, de modo que no capítulo seguinte será estabelecido este liame.

¹⁷¹ BRASIL, **Instrução Normativa do IBAMA nº 11/2010**. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&legislacao=116324>. Acesso em: 28 out. 2022.

4 FATOR DELIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE NA EXPLORAÇÃO DE POTENCIAIS HIDRELÉTRICOS.

No primeiro capítulo ficou estabelecido que concessão de serviço público é quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder Público, inegociável, sediado na esfera pública, razão por que não há transferência da titularidade do serviço para o particular, mas tão somente o exercício da atividade pública. O Estado mantém sempre e permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço concedido. Daí se segue que o concessionário o desempenhará se, quando, como e enquanto conveniente ao interesse público.¹⁷²

Neste momento, destaca-se a necessidade de se delimitar a conveniência e oportunidade ao interesse público, com o fim de se estabelecer um liame entre a utilização de parâmetros objetivos para a demarcação dos critérios da discricionariedade pública.

Convém apontar novamente, para fins de estruturação do raciocínio, que segundo a Resolução da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) nº 875 de 10 de março de 2020, em seu artigo 39, os interessados em obter concessão para exploração de aproveitamentos hidrelétricos denominados “Usina Hidrelétrica” (UHE) cuja potência seja superior a 50.000 kW, previstos ou não no Planejamento Indicativo do Setor Elétrico, deverão apresentar os Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE), solicitando a sua inclusão no programa de licitação de concessões. As solicitações de registro para aproveitamentos são conferidas por meio da publicação de despacho. Após análise da solicitação, a ANEEL expede comunicado ao interessado, informando sobre o resultado do pleito, podendo solicitar informações adicionais que julgar necessárias. Caso o pleito seja considerado válido, após a aprovação do EVTE, a ANEEL iniciará o procedimento de licitação para outorga de concessão.¹⁷³

Referida Resolução Normativa sinaliza, portanto, a necessidade de se estabelecer um parâmetro delimitador ao agente público na tomada dessas decisões, conforme já explanado no primeiro capítulo. Mormente ao apontar que o “aproveitamento ótimo” do empreendimento de geração energética, em cumprimento à exigência legislativa se faz necessário.

Para tanto, a sustentabilidade, no seu aspecto socioambiental e econômico, será o limite nesta definição, já que, de acordo com o artigo 3º e artigo 39 da Resolução

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 685

¹⁷³ BRASIL, **Resolução da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020**. Disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 03 abril. 2021.

Normativa citada, os Estudos de Inventário Hidrelétrico têm a finalidade de identificar, por meio do uso ótimo do potencial hidráulico, aproveitamentos hidrelétricos da bacia hidrográfica que apresente a melhor relação custo-produção de energia, considerando o contexto socioeconômico e ambiental do momento.¹⁷⁴

A partir desta perspectiva pondera-se que o padrão de comportamento que o Direito Administrativo visa a impor à Administração é o de uma condutora isenta, transparente e condizente com o interesse público, finalidade maior deste ramo do Direito. Escolher entre as melhores opções concretas, desvinculada dos interesses, idiossincrasias ou paixões pessoais das autoridades, e atenta aos interesses públicos, tanto ao interesse primário como aos interesses secundários que se expressam devem ser os principais pilares que sustentam a tomada de decisão do gestor público para implementação de um empreendimento de exploração de potencial hidrelétrico no Brasil.

As repercussões futuras das decisões devem ser previamente estudadas com mais profundidade. O planejamento ou o estudo prévio de viabilidade de medidas administrativas que possuam largo e duradouro impacto econômico ou social não evita terminantemente que os objetivos dessas medidas sejam eventualmente frustrados, mas tendem a diminuir esse risco. Daí por exemplo os planos urbanos, as políticas monetárias, as políticas de incentivo e fomento a determinados setores econômicos, sempre de intenso impacto, terem de ser estudadas previamente com vistas a mitigar seus impactos (ou externalidades) negativos e majorar o seu custo-benefício. A não realização desse tipo de estudo sempre que as intervenções realizadas pela Administração possam gerar, em tese, efeitos de relevante impacto social ou econômico compromete a legalidade da instrução, pois a torna insuficiente para a tomada da decisão mais adequada no caso concreto.¹⁷⁵

A ponderação de interesses demonstra a relação de interdependência entre o ato administrativo discricionário e os motivos, enquanto elementos estruturantes da decisão administrativa e tem sido geralmente executada ou complementada por meio de estudos ou relatórios comparativos que realizam a ponderação de impactos, de custos-benefícios e de viabilidade ou de conveniência e oportunidade, enfim, da respectiva decisão administrativa.

Dessa forma, deve-se insistir que os motivos de fato, como por exemplo,

¹⁷⁴ BRASIL, **Resolução da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020**. Disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 03 abril. 2021.

¹⁷⁵ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Editora Fórum. 2021.

localização da instalação da Usina Hidrelétrica, possibilidade de transmissão, nascente do rio, dentre outros, tem poder vinculante. Explorar a ideia de uma motivação substancial (qualificação do motivo) dos atos discricionários como mecanismos de legitimar as tomadas de decisões, se mostra legítimo e pertinente na contemporaneidade da atuação administrativa.

Somado a isto, ao se analisar a Lei 9.074 de 1995, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, pode-se perceber que o legislador determinou que nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do "aproveitamento ótimo" pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo.¹⁷⁶ Para tanto, considera-se "aproveitamento ótimo", todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d'água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica, conforme disposição expressa no parágrafo 3º do citado artigo.¹⁷⁷ Dessa forma, a sustentabilidade poderá ser utilizada como parâmetro para delimitar o conceito de aproveitamento ótimo, conforme já explanado no capítulo anterior.

Fato é que a regência do princípio da verdade material, de fato, reforça os vínculos obrigacionais das autoridades do processo com a sua correta, isenta e completa instrução decisória. Logo, as questões objetivas compreendidas no processo decisório passarão por aspectos como: (i) A autoridade administrativa efetivamente se aplicou no exercício do dever de não deixar dúvidas sobre os fundamentos fáticos ou técnicos da decisão? (ii) Os dados fáticos ou técnicos, constantes da instrução do processo, possibilitam que a decisão seja reexaminada jurisdicionalmente? (iii) As provas produzidas foram adequadas em termos de compatibilidade material (técnica ou econômico-financeira) com o objeto da decisão administrativa? (iv) As provas produzidas foram adequadas em termos de relevância e repercussão (impactos, externalidades) da decisão administrativa?¹⁷⁸

Com relação à qualificação jurídica do fato, a constatação do fato (ligado ao motivo) vai além da ideia simples do fato identificado. Deve-se ir além, deve-se buscar a qualificação desse fato, comparando-o com as escolhas e os impactos para o futuro.

¹⁷⁶ BRASIL. **Lei 9.074 de 1995**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de março de 2021. Acesso em: 17 nov.2021.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. Cit.*

No caso de exploração de potencial hidrelétrico, esta comparação deverá se atentar a questões como comparação de danos socioambientais de outras fontes energéticas; impactos internacionais, como por exemplo, explorações fronteiriças, ou percepções e interferências de outros países na proteção ambiental. Deve-se buscar o direito comparado e verificar políticas de sucesso ou insucesso; Deve ser feito um trabalho de prognóstico, cujo embasamento delimitador, a partir dessa pesquisa, será a sustentabilidade.

Para o Direito, o fato não existe em si. Ele existe ligado a um prognóstico. O Processo Administrativo se assemelha mais ao Processo Penal, que ao Processo Civil, pois busca a verdade real e não formal. Se busca a verdade dos fatos. Assim, deve-se buscar uma tomada de decisão menos burocrática, mais ligada à comunicação e participação (por meio de processos democráticos de deliberação) e maior transparência.

179

O Direito hoje não deve ser visto como mera expressão de legalidade. Deve-se buscar atender princípios da economicidade, transparência, moralidade, reserva do possível e razoabilidade, como elementos de argumentação que devem estar presentes.

Elementos de comparação devem fazer parte na tomada de decisões. Isso trará uma decisão mais firme, transparente e legítima, dificultando sua desconstrução com base em um princípio geral, facilitando a atuação da Administração Pública posteriormente.¹⁸⁰

Em suma, é possível inferir a partir das normas atualmente existentes e, em especial, a partir dos princípios encontrados na Constituição e na legislação infraconstitucional, todas as regras necessárias à aplicação da motivação qualificada nos atos discricionários de concessão de exploração de potencial hidrelétrico. Porém, a edição de normas mais claras, mais concretas e objetivas, que tentassem superar a extrema generalidade da legislação em vigor, certamente contribuiria para que fossem dissipadas as incertezas e a insegurança jurídica que pairam atualmente sobre a teoria e a prática da discricionariedade administrativa.

¹⁷⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. Cit.*

¹⁸⁰ *Idem. Ibidem.*

4.1 Motivação substancial (qualificação dos motivos) dos atos administrativos como mecanismo de legitimar a tomada de decisão.

A motivação do ato administrativo, no direito brasileiro, é a regra, e a sua dispensa, a exceção. Entre os atos enumerados pelos incisos do artigo 50 da Lei nº 9.784/1999, encontram-se muitos reconhecidamente discricionários, o que também elimina dúvidas quanto à necessidade de motivação da atuação discricionária da Administração.

A Lei nº 9.784/1999 estabeleceu uma regra muito importante para o aprofundamento da análise jurídica relativa aos motivos da decisão administrativa, fixando no §1º do art. 50 que:

“A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.¹⁸¹

O que diz a lei, em outras palavras, é que deve ser cuidadosa, sob pena de invalidade, a revelação pelas autoridades administrativas dos motivos de suas decisões discricionárias; que não basta que as referidas autoridades encarem a motivação como um requisito meramente formal para a edição do ato administrativo; e que, pelo contrário, o conteúdo dessa motivação é importante e será considerado na aferição da legalidade da conduta.

Observe-se que, ao se falar em legalidade ou conformidade da atuação administrativa com o direito, faz-se direta referência aos elementos do ato administrativo: competência, forma, processo, objeto, motivo e finalidade.

Seria falso dizer que a lei, a doutrina e, por fim, a jurisprudência já não atuam com uso de métodos que, aliás, fazem uso corriqueiro dos elementos estruturais do ato administrativo para exame da legalidade de uma decisão específica. Mas há que se dividir a abordagem, a partir desse ponto, em duas partes, pois, ao lado de métodos já utilizados há muito no Direito brasileiro para a aferição da legalidade dos atos discricionários, devem passar a ser considerados outros métodos, ainda pouco utilizados e que, no caso do exame da discricionariedade se aplicam ao exame da conveniência e da oportunidade

¹⁸¹ BRASIL. **Lei 9.784 de 1999**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 23 fev. 2021.

da Administração Pública.

A utilização das técnicas classicamente empregadas no Brasil para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa (como também para os atos administrativos vinculados), também poderiam ser aplicadas, com uma maior ou menor medida, na escolha de mérito do administrador público.

São relacionadas à aferição: a competência da autoridade ou do órgão que praticou o ato; a observância da forma fixada pela legislação para a exteriorização do ato; a legalidade do objeto; a eventual existência de desvio de poder ou de finalidade; e a existência ou a veracidade dos motivos de fato e de direito que fundamentam o ato. Mas é necessário incorporar maior profundidade na análise desses elementos estruturais da decisão administrativa; e, dessa leitura mais profunda, ou simplesmente atualizada dos elementos que estruturam a legalidade das decisões administrativas, é preciso extrair novos métodos que possam vir a auxiliar sobremaneira o exercício do controle jurisdicional.¹⁸²

Desse modo, e talvez esteja aqui a pedra angular da contribuição oferecida pelo presente trabalho, pode-se dizer que, no direito atual, a fixação de parâmetros para a tomada de decisões discricionárias por parte do Poder Público está ligado à noção de efetiva utilização do processo administrativo enquanto veículo decisório; à correta e completa instrução do processo; à imparcialidade da decisão; e à previsibilidade e segurança jurídicas.¹⁸³

Dito de outra maneira, o modo pelo qual se estrutura a decisão administrativa ou o processo de tomada de decisão é que deve oferecer ao controlador da discricionariedade a medida das fronteiras entre uma decisão que atenda ao interesse público e aquela que caminha em passos contrários.

Destaca-se a necessidade de explicitar os caminhos que o administrador público pode e deve seguir em sua função. Dessa forma, a sustentabilidade é apontada como um parâmetro delimitador nas tomadas de decisões do administrador público.

Para a garantia desse pluralismo e do equilíbrio das posições e dos interesses, a autoridade administrativa deve se comprometer com a ampla divulgação do processo de tomada de decisão relacionada a concessão da exploração de potencial hidrelétrico e,

¹⁸² PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Editora Fórum. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4988020/mod_resource/content/1/PEREZ%20-%20cap.%20final.pdf. Acesso em 06 de abril de 2021.

¹⁸³ *Idem. Ibidem.*

mais do que isso, deve permitir que participem da instrução do processo todos os potencialmente interessados, todos que sejam direta ou indiretamente afetados por eventual decisão administrativa. Ademais, a transparência no curso da instrução deve permear todo ato de concessão. A Administração deve ainda buscar uma participação efetiva, verdadeira, optando por realizar consultas e audiências públicas.

Os motivos, enquanto elementos estruturantes da decisão administrativa, têm sido geralmente executados ou complementados por meio de estudos ou relatórios comparativos incluídos na instrução do processo, materiais esses que realizam a ponderação de impactos, de custos-benefícios e de viabilidade ou de conveniência e oportunidade, enfim, da respectiva decisão administrativa.

Há, ainda, diversas formas de se abordar e incentivar a sustentabilidade como parâmetro motivacional do ato discricionário, como por exemplo, a educação, o financiamento, os estudos científicos e as políticas públicas. Os gestores públicos devem agir em convergência para que o Poder Público seja sustentável e considere os impactos sistêmicos de longo prazo, bem como custos e benefícios, diretos e indiretos das decisões administrativas.¹⁸⁴

A atividade administrativa não pode ficar restrita a cada ato isolado, mas sim ser analisada e aplicada em uma perspectiva global e dinâmica, para então promover o interesse público e os direitos fundamentais. Dessa forma, a motivação de atos que concedam a exploração de potenciais hidrelétricos, para ser válida, deverá apresentar clareza, veracidade, exatidão congruência e suficiência, com destaque para apreciação dos custos e benefícios, diretos e indiretos, que serão apontados na sequência. A decisão administrativa, neste caso, para ser legítima, deverá ser sustentável, em uma visão pluridimensional.

O processo de tomada de decisão por agentes públicos é uma função complexa e que na atualidade enfrenta desafios de demandas sociais, econômicas e culturais e paradoxos de difíceis soluções diante da escassez dos recursos públicos e da necessidade de redução de gastos e aperfeiçoamento da responsabilidade fiscal.

Ao tempo em que devam cumprir com as promessas constitucionais e garantir soluções para as presentes e futuras gerações, percebe-se que os obstáculos e conflitos que subjazem as políticas públicas na atualidade não comportam mais as soluções oferecidas pela abordagem da antiga Administração Pública prevalecente no século XX,

¹⁸⁴ MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Direito Administrativo e sustentabilidade: o novo controle judicial da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Pg. 12.

sintetizada por burocracia, hierarquia, meritocracia e controle centralizado de políticas públicas, com pouco envolvimento dos cidadãos, com divisão rígida de funções, em um sistema fechado e gestão “de cima para baixo” e métodos de “comando-e-controle”.¹⁸⁵

Emerge, dessa forma, a necessidade de uma nova governança pública que representa o foco da Administração Pública aos cidadãos, à comunidade e à sociedade civil que tem garantia de participação nas decisões administrativas; o Estado passa a ser tratado como mais um ator entre outros que participam na deliberação e execução de serviços públicos, com foco em auxiliar os cidadãos a se articularem e atenderem seus interesses comuns, proporcionando a intermediação, negociação e resolução de problemas em parceria com os interessados. Tudo isso pautado também na governança digital e na motivação para corrigir os problemas de coerência organizacional e responsividade associados ao paradigma anterior, colocando as necessidades e os interesses dos cidadãos no centro da gestão pública, se adaptando a complexidade dos problemas enfrentados pela Administração Pública na manutenção de uma estrutura de serviço público eficiente e capacitada, sem perder o incentivo e privilégio dos interesses dos cidadãos.¹⁸⁶

É dizer, a nova Administração Pública tem de ser, necessariamente sustentável, principalmente diante da complexidade de uma decisão administrativa na atual sociedade de risco de Ulrich Beck.

A conduta estatal deve estar em sintonia com as alterações e vicissitudes da sociedade contemporânea, fornecendo instrumental para submeter as decisões administrativas a um teste de realidade, sem se afastar dos comandos constitucionais, dos princípios e direitos fundamentais, praticando a sustentabilidade social, econômica e ambiental.

4.1.1 Diferenças Substanciais entre Motivo e Motivação

No modelo de Estado de Estado Democrático de Direito estabelecido no sistema do Direito Positivo, exige-se do Poder Público um alto grau de intervenção na

¹⁸⁵ MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.* p. 18.

¹⁸⁶ DENHARDT, Robert B; DENAHART, Janet Vinzant. **The New Public Service: Serving Rather than Steering.** *Public Administration Review*, v. 60, n. 6, p.553-7. ROBINSON, Mark. From Old Public Administration to the New Public Service: Implications for Public Sector Reform in Developing Countries. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015. *Apud* MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Direito Administrativo e sustentabilidade: o novo controle judicial da Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 19.

esfera jurídica dos administrados, seja no domínio econômico, seja no domínio social. Intervenção esta que se justifica em razão de metas constitucionais de Justiça Social.

Nesse diapasão, os atos jurídicos do Estado ensejam o redimensionamento, ou até mesmo a compressão de interesses e direitos individuais dos administrados em prol dos interesses públicos. Para prevenir o arbítrio estatal, no campo da Administração Pública, exige-se que a autoridade apresente os fundamentos de sua decisão. Trata-se do dever de motivação dos atos administrativos.

Em uma acepção ampla, pode-se dizer que o ato administrativo é o fato jurídico¹² cujo suporte fático é composto por uma declaração (ou manifestação) do Estado (ou de quem esteja no exercício de prerrogativas públicas), expedida numa posição de autoridade, destinada à produção dos efeitos jurídicos previstos em lei (ou excepcionalmente na própria Constituição) e necessários para a concretização de interesse público, sem prejuízo do controle jurisdicional.¹⁸⁷

O ato administrativo em sentido estrito tem no cerne de seu suporte fático uma declaração (ou manifestação) unilateral destinada à produção de efeito jurídico que não pode ser modificado pelo seu emissor.

A partir da estrutura do ato administrativo extrai-se dois elementos: (i) o conteúdo, que compreende o(s) efeito(s) jurídico(s) que se pretende diretamente produzir com a expedição do ato; e, a (ii) a forma, por sua vez, o revestimento exterior do ato sob a inevitável perspectiva da linguagem.

O plano da existência diz respeito à pertinência do ato administrativo ao sistema do Direito Positivo ou, caso se prefira, à suficiência do suporte fático. Para tanto, é indispensável, além dos elementos já referidos, o ato administrativo atenda aos seguintes pressupostos de existência: (i) a possibilidade jurídica e material do objeto; (ii) a pertinência do ato à função administrativa, consubstanciada na identidade de seu emissor; e, (ii) a publicidade, ou seja, a efetiva disponibilidade do ato para a ciência de seu conteúdo por parte de seu(s) destinatário(s). Já o plano da validade envolve a compatibilidade do ato administrativo com as normas jurídicas vigentes. Compreende a

¹⁸⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Princípio da motivação no direito administrativo. Direito Administrativo e Constitucional**. Edição 1. 2017.

apreciação da juridicidade do conteúdo, assim como daqueles aspectos que podem comprometer a sua permanência válida no sistema do Direito Positivo.¹⁸⁸

A validade do ato administrativo exige que o conteúdo seja lícito, determinado ou determinável. Além disso, exige-se o preenchimento dos seguintes pressupostos de validade: (i) o sujeito, o emissor do ato, que abrange a competência da pessoa jurídica, a competência do órgão ou agente, e a imparcialidade desse mesmo agente; (ii) o motivo, consubstanciado no fato jurídico que exige ou autoriza a expedição do ato; (iii) os requisitos procedimentais, os atos jurídicos que devem preceder ou suceder o ato; (iv) a finalidade, o interesse público que se quer atingir ou restaurar com a emissão do ato; (v) a causa, a relação de proporcionalidade que deve haver entre o motivo e conteúdo à luz da finalidade; e, (vi) a formalização, o revestimento exterior que o ato administrativo deve ter.¹⁸⁹

Convém, portanto, a partir desse momento, diferenciar motivo de motivação do ato administrativo.

Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato, sendo externo e antecedente a ele. O motivo pode ser previsto ou não em lei. Quando previsto, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. Quando não há previsão legal, o agente tem liberdade de escolha da situação em vista da qual editará o ato. No entanto, em situação de ausência expressa da previsão legal, mesmo assim, somente serão aceitos os motivos havidos como implicitamente admitidos pela lei à vista daquele caso concreto, por corresponderem a supostos fáticos idôneos para demandar ou comportar a prática daquele específico ato.¹⁹⁰

Seguindo na linha da conceituação doutrinária, Di Pietro define motivo como “pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato”.¹⁹¹

¹⁸⁸ O conteúdo do ato compreende o efeito jurídico que ele visa produzir no sistema do Direito Positivo; já o objeto do ato, por sua vez, a conduta humana que sofrerá a irradiação desse efeito. De fato, há um laço indissociável entre o conteúdo e o objeto na estrutura do ato administrativo. Mas, ao contrário do que ocorre no negócio jurídico privado, a possibilidade jurídica e material do objeto diz respeito à existência do ato administrativo, e não à sua validade. Nesse sentido, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. p. 156-158.

¹⁸⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Op. Cit.*

¹⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 325

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª edição. Editora Forense. Rio de

Já Marçal Justen Filho entende como motivo do ato administrativo não os fatos propriamente ditos, mas a representação mental que o agente realiza a propósito deles, relacionando-a com o direito e atingindo uma conclusão. Essa representação mental conjuga os fatos e o direito aplicável e resulta em uma causa jurídica.¹⁹²

Fato é que o motivo é um dos elementos do ato administrativo (ou requisitos - como outros autores preferem chamar). A terminologia ‘elementos’, aqui adotada, está consagrada no direito positivo brasileiro a partir da Lei nº 4. 717/1965 (Lei da ação popular), cujo artigo 2º, ao indicar os atos nulos, menciona os cinco elementos dos atos administrativos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Sendo o motivo e o objeto os elementos discricionários do ato administrativo - porque podem comportar margem de liberdade; a competência, a forma e a finalidade - os elementos vinculados do ato à lei.

Nesta perspectiva, cumpre também distinguir motivo do ato de motivo legal. Enquanto este último é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, o motivo do ato é a própria situação material, empírica, que, efetivamente serviu de suporte real para a prática do ato.¹⁹³

Também é importante apontar que caso o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido anunciado. Assim, se o motivo for inexistente, o ato será inválido. A esta vinculação se dá o nome de ‘teoria dos motivos determinantes’.

A teoria dos motivos determinantes está relacionada a prática de atos administrativos e impõe que, uma vez declarado o motivo do ato, este deve ser respeitado. Esta teoria vincula o administrador ao motivo declarado. Para que haja obediência ao que prescreve a teoria, no entanto, o motivo há de ser legal, verdadeiro e compatível com o resultado.

Portanto, não se confundem motivo e motivação do ato. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, motivação representa a exteriorização das razões que justifiquem o ato.¹⁹⁴ Motivação, portanto, é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. A

Janeiro. 2017.

¹⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 404.

¹⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.** p. 325

¹⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 98.

motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato.

A complexidade da motivação do ato administrativo e a densidade que dela se espera são diretamente proporcionais ao grau de relevância desse provimento para a esfera jurídica do administrado.¹⁹⁵

Enquanto discurso, a motivação deve apresentar todos ou alguns dos seguintes elementos proposicionais, conforme a natureza do ato administrativo: (i) a demonstração do suporte fático da norma jurídica aplicada (motivo fático); (ii) a exposição da norma jurídica que justifica a emissão do ato (motivo legal); (iii) a comprovação da incidência da norma jurídica mencionada como lastro de validade para o ato; e, (iv) no caso de atos administrativos discricionários, a relação de proporcionalidade entre a conteúdo do ato e o motivo, em face da finalidade (causa).¹⁹⁶

A validade da motivação das decisões administrativas exige explicitude das razões que conduziram a prática do ato; veracidade dos fatos e do direito mencionado na decisão; conexão entre os motivos e a conclusão da prática do ato no caso concreto, suficiência, na medida em que o administrador deve demonstrar que considerou todos os elementos fáticos e jurídicos capazes de influenciar na sua decisão; e, por fim, clareza na exposição dos fundamentos¹⁹⁷, que inclusive será melhor exposta na análise da elaboração do relatório de impacto ambiental (RIMA) que sintetiza as conclusões técnicas do estudo de impacto ambiental (EIA) nas explorações de potências hidrelétricas.

Dentre as principais razões para se exigir a motivação, como regra, das decisões administrativas estão: a possibilidade de incremento da participação dos cidadãos na definição da forma e conteúdo, uma vez que o sistema administrativo é aberto e dialético; a exteriorização dos motivos conferem transparência às atitudes do Poder Público; viabiliza o controle da Administração Pública; emerge como garantia de proteção aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito fundamental à boa administração pública, eficiente e eficaz; e, o dever de motivação também contribui para evitar o subjetivismo decisório, o patrimonialismo e condutas impulsivas.¹⁹⁸

A última razão citada reforça que a discricionariedade administrativa, em que

¹⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**, p. 240-241. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 96

¹⁹⁶ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. São Paulo: Almedina, 1996, p. 254;

¹⁹⁷ MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Op. Cit.** p.49.

¹⁹⁸ *Idem. Ibidem.* p.46.

pese confira ao administrador certa margem de liberdade de escolha, não lhe confere liberdade absoluta para agir. Discrecionariade não se confunde com arbitrariedade. A escolha tem que ser exercida dentro da moldura do regime jurídico vigente.

4.1.2 O impacto da Lei 13.655/2018 no Dever do Gestor Público Justificar e Motivar as Decisões

Em abril de 2018, foi aprovada a Lei nº 13.655/2018, que promoveu profundas alterações no Direito brasileiro ao inserir dez novos artigos na Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro (LINDB). Incluiu os artigos 20 a 30, prevendo regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. A interpretação desses artigos inseridos dever ser, portanto, a de que eles se aplicam para temas de direito público. A tese analisará os impactos destas alterações no Direito Administrativo, especialmente no que tange ao tema em debate.

Em 2019 foi editado o Decreto nº 9.830/2019 que regulamentou os artigos 20 a 30 da LINDB, inseridos pela Lei nº 13.655/2018. Esta regulamentação assume grande importância pois os artigos mencionados são repletos de conceitos abstratos ou que foram ainda pouco trabalhados pela doutrina, de forma que o Decreto será essencial para a aplicação das inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018.

A Lei nº 13.655/2018 acrescenta à LINDB o artigo 20, cujo *caput* possui a seguinte redação: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”¹⁹⁹

O dispositivo reforça a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução, coibindo motivações decisórias vazias ou apenas retóricas, sem análise prévia de fatos e de impactos.

Passa-se a ter a necessidade de se avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão, demonstrando que é preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei 13.655 de 2018. Brasília:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 março.2021.

ideias.

Sobre o que seriam os “valores jurídicos abstratos” tratados na disposição do artigo 20 da Lei 13.655/2018, o Decreto nº 9.830/2019 fornece como definição que: para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.”²⁰⁰

Importante destacar que não há proibição neste dispositivo que o administrador público decida com base em valores jurídicos abstratos. Contudo, pontua-se que deverá ser feita uma análise prévia das consequências práticas dessa decisão. Isso se mostra latente quando da leitura do artigo 20 da LINDB que introduz a necessidade de o órgão julgador considerar um argumento metajurídico no momento de decidir, qual seja, as “consequências práticas da decisão”.

Em outras palavras, a análise das consequências práticas da decisão passa a fazer parte das razões de decidir. Essa conclusão é reforçada pelo art. 3º do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou o dispositivo: “A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.”²⁰¹

A própria Constituição da República é repleta de “valores jurídicos abstratos”. São alguns exemplos: “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV), “moralidade” (art. 37, caput), “bem-estar e a justiça sociais” (art. 193), “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225). Esses valores jurídicos abstratos são normalmente classificados pela doutrina como princípios, posto que possuem um grau de abstração maior que as regras.²⁰²

No entanto, é importante apontar que ao motivar a decisão tomada, o agente não precisa, necessariamente, apontar todas as possíveis consequências práticas da decisão. Tampouco que, caso ele não tenha apontado uma consequência prática posteriormente identificada, terá descumprido esse comando legal. Mas sim, ao fundamentar a decisão proferida, deverá apontar o maior número de consequências práticas que possa vislumbrar. Isso não significa, contudo, que outras alternativas não possam ser cogitadas e que não foram mencionadas.

²⁰⁰ BRASIL. **Lei 13.655 de 2018**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 março.2021.

²⁰¹ BRASIL. **Decreto 9.830 de 2019**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 março. 2021.

²⁰² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014, p. 23.

Nesse sentido, estabeleceu o Decreto em seu artigo 3º, parágrafo 2º, ao explicitar que “na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.”²⁰³

A expressão “consequências práticas da decisão” é bem ampla. No entanto, pode-se afirmar que a principal intenção do legislador foi a de impor a exigência de que o julgador considere, principalmente, as consequências econômicas da decisão proferida.

Nesta perspectiva, a presente tese reforça que na tomada de decisão de outorga de concessão para exploração de potenciais hidrelétricos, especificamente no que tange aos atos administrativos discricionários que permeiam essa decisão, os aspectos socioambientais e econômicos da Sustentabilidade deverão ser pautados como limites para a escolha administrativa.

Dessa forma, a Análise Econômica do Direito, como explorado no capítulo anterior, se mostra pertinente para esta abordagem da pesquisa. A economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.²⁰⁴

A teoria econômica clássica sempre trabalhou com o conceito de desenvolvimento a partir da ideia de aumento do produto gerado por uma sociedade.²⁰⁵ A concepção estrita de desenvolvimento não apenas desconsidera as posições individuais frente à utilidade agregada, mas também as concebe estritamente em termos de renda, isto é, de riqueza gerada. Esta acepção desenvolvimentista não compreende qualquer perspectiva de justiça social, nem a necessidade de distribuir a renda gerada.²⁰⁶ Ao revés: consoante observa Alexandre Ditzel Faraco, uma noção de desenvolvimento formulada nesses termos aceitaria, como melhoria das condições de uma sociedade, mudanças que provocassem significativa deterioração na qualidade de vida de parcela da comunidade.²⁰⁷

Por isso se reforça a ideia já explorada de que a concepção de que o

²⁰³ BRASIL. **Decreto 9.830 de 2019**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 março.2021.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.* p. 31.

²⁰⁵ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

²⁰⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas, de comunicação – rádio, televisão e internet**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51.

²⁰⁷ *Idem. Ibidem.* p. 52.

desenvolvimento deve ser visto contemporaneamente como um conjunto de aspectos que vão além do seu caráter econômico para incluir em seu bojo também o desenvolvimento ambiental, social, cultural e político. O desenvolvimento, visto como direito humano fundamental, impõe uma atuação positiva do Estado, no sentido de prestar de modo eficiente os serviços públicos²⁰⁸. Entretanto, as obrigações positivas prestadas pelo Estado devem ser condizentes ao seu modelo institucional.

Diante dessas perspectivas, pontua-se que a motivação do ato administrativo deverá demonstrar a necessidade e adequação, consoante parágrafo único do artigo 20 da LINDB: “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”²⁰⁹

O administrador público quando for impor alguma medida ou invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá demonstrar que a decisão tomada é necessária e a mais adequada, explicando, inclusive, as razões pelas quais não são cabíveis outras possíveis alternativas, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. Além disso, quando cabível, a decisão indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, sendo que, nesta modulação, se buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.²¹⁰

Destarte, observa-se que a decisão deverá ser motivada com a contextualização dos fatos (explicação das circunstâncias fáticas que envolvem a situação) e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará uma argumentação que demonstre que há harmonia entre as normas invocadas e os fatos que estavam em julgamento. A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa, indicando a interpretação

²⁰⁸ De acordo com Luiz Alberto Blanchet, a eficiência se subordina à consecução dos objetivos dos serviços públicos, os quais se traduzem na satisfação da necessidade para cujo atendimento é prestado o serviço. Neste contexto, o jurista aduz que “não basta que esta satisfação ocorra simplesmente, é imprescindível que ela ocorra no momento oportuno e mediante o atendimento dos requisitos indispensáveis de qualidade. Também não é eficiente o serviço que ultrapassa as exigências da necessidade a ser suprida.” BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo...** Op. cit, p. 564.

²⁰⁹ BRASIL. **Lei 13.655 de 2018**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 março. 2021.

²¹⁰ *Idem. Ibidem.*

jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.²¹¹

Há ainda que se observar que o artigo 22, introduzido pelo Decreto 9.830/19 destaca o “Primado da realidade” como um fundamento na interpretação das normas sobre gestão pública. O objetivo do dispositivo foi o de tentar demonstrar que se considere não apenas a literalidade das regras que o administrador tenha eventualmente violado, mas também as dificuldades práticas que ele enfrentou e que possam justificar esse descumprimento, quando, por exemplo, o julgador for avaliar determinada tomada de decisão por parte do gestor público.

Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.²¹²

Se faz oportuno destacar ainda que o grupo de juristas que auxiliou na elaboração do anteprojeto assim justificou a nova previsão legal: “(...) a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas. As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere.”²¹³

Interessante também fazer um contraponto e trazer a crítica da Professora Irene Nohara a esse dispositivo. Para a autora, “os elaboradores do texto normativo chamam essa exigência de primado da realidade. Todavia, podem existir vários olhares sobre essa previsão, por exemplo: (a) desnecessária, pois já deveria estar pressuposta na interpretação jurídica feita na área da gestão, que não pode se estabelecer sem que se considere a realidade; (b) ineficaz, porque podem existir interpretações variáveis e que não deixam de ser especulativas, abstratas, portanto, sobre quais seriam os obstáculos e

²¹¹ *Idem. Ibidem.*

²¹² BRASIL. **Lei 13.655 de 2018. Brasília:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de março de 2021.

²¹³ **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 20 março. 2021.

dificuldades; e, por fim, (c) perigosa: se for utilizada como uma brecha capciosa para se alegar que, por exemplo, como a realidade não nos permitiu cumprir adequadamente as exigências legais, então, podemos nos eximir de garantir direitos.²¹⁴

Instaurar e realizar o processo de justificação e motivação da decisão administrativa é, como se vê, uma obrigação basilar que estrutura o modo de agir da Administração contemporânea. A utilização de elementos fáticos, muitas vezes técnicos, que possibilitarão a devida motivação da decisão dará suporte à aplicação efetiva do direito no caso concreto.

Assim fixam os seguintes deveres à administração pública: dever de considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, sem prejuízo dos direitos dos administrados; dever de considerar as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados; dever de considerar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente na regularidade de conduta ou validade de ato; dever de considerar, na aplicação de sanções, a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente; e dever de levar em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Desta feita, as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 têm por escopo primordial a concretização da segurança jurídica e a estabilização das relações jurídicas, ofertando instrumentos que garantem a eficiência e a segurança aos agentes públicos. Ademais, buscou-se eliminar as incertezas bem como incentivar a solução consensual dos conflitos, trazendo para o ordenamento jurídico uma visão mais humanista, deixando de lado a ideia meramente legalista, traduzindo-se em ganhos significativos para o direito público.

4.2 Resignificação da “conveniência e oportunidade” da outorga de concessão na exploração de potenciais hidrelétricos

A discricionariedade justifica-se pela impossibilidade de previsão legislativa de todas as situações que comportariam uma ação estatal e se mostra indispensável para a atividade da Administração, sobretudo no contexto de incertezas e mudanças constantes

²¹⁴ NOHARA, Irene. **Proposta da alteração da LINDB**. Disponível em: <http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>. Acesso em: 20 março.2021.

que requerem do gestor público uma adaptação a realidade para agirem de acordo com as finalidades.²¹⁵

O fundamento da discricionariedade, encontra-se, portanto, na impossibilidade do legislador prever a solução mais adequada para problemas, que na elaboração da norma ainda não ocorreram, e a facilidade do administrador para diante do caso concreto, ter esta margem de liberdade e escolher a solução mais adequada, legitimando, portanto, a existência do poder discricionário.

Inicialmente a construção do princípio da legalidade da Administração coincidia com uma vinculação negativa, ou seja, os agentes públicos poderiam atuar livremente dentro dos limites da lei, razão pela qual a discricionariedade seria a expressão de uma liberdade absoluta de determinação, inclusive excluída de controle judicial.²¹⁶

Em razão dessa liberdade absoluta de atuação no campo dos elementos não vinculados, a discricionariedade também significava que o agente público fazia escolha de acordo com sua vontade subjetiva e incontrastável. Desde que não se afastasse das fronteiras permitidas pela lei, a decisão era válida, independentemente do juízo de valor sobre a intenção do agente.²¹⁷

Contudo, reforça-se que discricionariedade administrativa não se confunde com liberdade absoluta, tampouco com arbitrariedade, motivo pelo qual essa concepção carece de reformulação no novo Direito Administrativo.

O Direito condiciona e determina de maneira positiva a ação administrativa, a qual não é válida se não responde a uma previsão normativa. O que não é permitido há de ser proibido, devendo a Administração Pública agir como manda a lei e somente poderá fazer o que a lei permite. A competência discricionária existe, portanto, quando a lei assim o determinar.²¹⁸

Ademais, a vontade do administrador nas escolhas públicas não se confunde com seu desejo pessoal e privado, mas sim deve atender à finalidade pública e as prioridades estabelecidas na Constituição da República e pelo sistema jurídico como um todo. O que se busca é atingir a finalidade legal, uma vontade objetivada ou funcional, diversa da volição privada.²¹⁹

²¹⁵ MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.* p.39.

²¹⁶ PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Controle judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.156.

²¹⁷ MOREIRA, Rafael Martins Costa.. *Op. Cit.* p.41.

²¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo. Trad. Arnaldo Setti**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.376.

²¹⁹ MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.* p.41.

Luiz Alberto Blanchet, explica que a discricionariedade é também um princípio da atuação administrativa e, assim como os demais, também se submete a limitações. Sua aplicação se consubstancia em situações nas quais a lei não estabelece de forma explícita e literal o agir do agente público. Ou seja, quando não é definida qual deve ser a opção do agente da administração, deixando-lhe uma margem de liberdade de decidir de acordo com os requisitos da conveniência e oportunidade, tendo em vista o interesse público no caso concreto.²²⁰

Discricionariedade, portanto, é esta margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.²²¹

Celso Antonio Bandeira de Mello explica o mérito do ato administrativo, o qual para o estudo da discricionariedade é primordial se saber, como o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual deles seria a única adequada.²²²

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.²²³

A discricionariedade é concebida, enfim, como a atribuição, pela lei, de competência ao agente público para que este, no caso concreto, escolha entre duas ou mais opções igualmente legítimas. Porém, essa liberdade está limitada aos parâmetros instituídos pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais.

O fenômeno da Discricionariedade não deve ser compreendido apenas através da perquirição da lei, mas sim, desta em função do caso concreto. Por conseguinte, o

²²⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2006. p.71

²²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 831

²²² *Idem. Ibidem*. p. 928

²²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 152

correto conceito deste instituto jurídico deve ser difundido a fim de que, diante de certas ocasiões a autoridade possa bem aplicá-lo, com o intuito de que não ocorram maiores dissabores nem prejuízos para toda uma coletividade de administrados, os quais vivem não só na expectativa, mas, antes de tudo, atentos cada vez mais à forma com que se conduz a coisa pública. Entende-se que a possibilidade de transposição da fronteira da Discricionariedade situa-se não só na norma jurídica, mas também nos fins estabelecidos pelos princípios constitucionais difusos, sem nos esquecermos dos Princípios Gerais do Direito. Daí a necessidade de ampliação dos limites hodiernamente dados ao princípio da legalidade.²²⁴

É preciso reconhecer que há uma série de fatores que contribuíram para uma ressignificação da discricionariedade administrativa isso, tais como: (1) a disseminação da discricionariedade como técnica legislativa geradora, por um lado, de uma sobrecarga da Administração em relação à capacidade de executar todas as funções a ela acometidas e, por outro, de um avanço do exercício arbitrário da função administrativa; (2) a consequente reação da sociedade e do mercado contra esse estado de coisas, que acaba por sobrecarregar também o sistema de controle jurisdicional da Administração, cada vez mais instado a reapreciar as decisões discricionárias das autoridades administrativas; (3) tudo isso, ademais, permeado pelo stress do princípio da separação de poderes, que, tensionado pelo princípio da força e da efetividade da Constituição, passa a contribuir, muitas vezes, para geração de conflitos explícitos entre os próprios poderes tripartidos.²²⁵

Essa revisitação da discricionariedade parte também da consciência de que o papel da Administração na contemporaneidade, como anteriormente já se destacou, cresceu imensamente e que, por isso, o direito deve refletir sobre o aperfeiçoamento dos controles sobre a Administração, sob pena de um decréscimo das liberdades como nunca antes visto. A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica intervencionista, ampliaram-se as atribuições administrativas; um número crescente de decisões passou a afetar com mais amplitude direitos e interesses dos indivíduos. O conjunto desses fatores acarreta a mudança da natureza pura da discricionariedade. Prega-se então a necessidade de nova disciplina para que se torne objetiva, imparcial, controlável.²²⁶

A ação administrativa traduz a ideia de função subordinada aos interesses

²²⁴ MILDENBERGER, Adriana. **Discricionariedade Administrativa e seus limites na Administração Pública**. Disponível em: <file:///C:/Users/Katia/Downloads/29-18-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 nov.2022.

²²⁵ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte :Fórum, 2020. p.30

²²⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.p. 241.

públicos, melhor dizendo, ela encontra um limite insuperável no ordenamento jurídico. O fato de a norma atribuir uma margem de liberdade ao administrador para que ele, mediante juízo de oportunidade e conveniência escolha a melhor opção aplicável para a satisfação do interesse público, implica na necessidade de motivação daquele ato mais conhecido como discricionário.

Assim, a necessidade de motivação dos atos administrativos editados no exercício de prerrogativas discricionárias, se apresenta como mais uma via de limitação da discricionariedade por parte da Administração, ou seja, a motivação é um dever.

Dessa forma, indica-se que no âmbito das relações administrativas no Brasil, o desejável planejamento e a promoção dos direitos fundamentais devem nortear os tomadores de decisões administrativas que precisam se desvencilhar do viés do curto prazo e substituir medidas imediatistas, e por vezes eleitoreiras, por comportamentos afinados com a sustentabilidade a fim de se atingir o desenvolvimento socioeconômico consistente e inclusivo. Impõe-se ao agente público prestigiar soluções duradouras, de longo prazo e harmônicas com a economicidade, eficiência e eficácia.²²⁷

A cogência constitucional e legal de observância do desenvolvimento sustentável alcança o Poder Público que tem a obrigação de zelar pela sustentabilidade de suas decisões, descabendo invocar a discricionariedade ou a reserva do possível para adiá-las. Com isso, é possível falar em mudança de paradigma do Direito Administrativo em favor da sustentabilidade que se pauta pela racionalidade dialógica, pluralista e prospectiva, a exigir fundamentação e estabilidade no processo decisório.²²⁸

O Estado exerce papel fundamental na governança para a sustentabilidade.²²⁹ É, portanto, indispensável que o agente público incorpore metas de longo prazo e análise de custos e benefícios, diretos e indiretos, na tomada de decisões administrativas. A ação ou omissão que despreze a sustentabilidade em suas diversas dimensões e os impactos duradouros da conduta estatal poderá ser anulada por desvio de finalidade.²³⁰

A decisão administrativa pressupõe um indivíduo que escolhe e avalia as consequências de sua atividade. É preciso, então, exteriorizar de forma abrangente os impactos diretos e indiretos das opções públicas. A motivação intertemporal, sob o prisma da sustentabilidade deve ser tomado como uma máxima sempre que a decisão afetar os

²²⁷ MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit...* p.64

²²⁸ FREITAS, Juarez. *Op. Cit...* p. 217.

²²⁹ BOSSELMANN, Klaus. **Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança.** Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 183

²³⁰ MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit...* p.66

direitos das gerações atuais e futuras, com adoção de “checklist” para as grandes decisões administrativas, em conformidade com as metas transparentemente estabelecidas.²³¹

Pontua-se que o “Chekclist” será melhor explorado no tópico a seguir, a partir de parâmetros sustentáveis sugeridos para as decisões administrativas nas outorgas de concessão de exploração de potenciais hidrelétricos, com base no contexto que envolve esses empreendimentos.

Será na motivação fática e jurídica que a Administração Pública e os controladores terão a oportunidade de avaliar os reais motivos, as consequências, as alternativas que foram desprezadas e as prioridades que foram consideradas nas escolhas públicas, acolhendo a complexidade do Estado contemporâneo, tendo o serviço público prestado com o cidadão ao centro da demanda e, portanto, com ampliação de sua participação na formulação e execução de políticas públicas.²³²

A exteriorização das razões que condicionam a tomada de decisão proporciona transparência e favorece que os agentes públicos elaborem regras que reduzam custos, impulsionam benefícios e permitam soluções criativas, permitindo ao público que conheçam as causas, consequências e externalidades das condutas administrativas.²³³

A jurisdição da discricionariedade administrativa passa então a ser também compreendida como uma jurisdição de fato: de existência dos fatos; da qualificação jurídica dos fatos; e da consideração material de todos os fatos (enquanto provas ou evidências colhidas ao longo da instrução da decisão) na decisão.²³⁴

Contudo, não se pretende que a validade de toda e qualquer decisão administrativa dependa de longas considerações demonstrando que o ato praticado é sustentável. Isso seria inexequível e insustentável. Por diversas vezes, atos simples, de mero expediente, prescindem dessa fundamentação, uma vez que a sustentabilidade é inerente ao próprio exercício regular da função pública. Porém, ao se tratar de decisões administrativas que impactam sobremaneira direitos presentes e futuros, com abrangência social, econômica e ambiental, sobretudo em competências discricionárias, essas questões

²³¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.213. *Apud*. MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.* p.66

²³² MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.* p.66

²³³ SUSTEIN, Cass R. **Humanizing Cost-benefit analysis. Remarks prepared for American University's Washington Colleg of Law. Administrative Law Review Conference**. Washington, Fev. 17th, 2010, p.23. *Apud* MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.* p.67

²³⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. Cit.* p.132

devem compor a respectiva motivação.

A discricionariedade, porque exercida nos limites fixados pela lei, é limitada por inúmeros princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público. Qualquer outra interpretação significa perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos dos cidadãos em face do Poder Público. Sempre que a Administração tenha várias opções para atingir a mesma finalidade, ela deve necessariamente optar por solução que esteja em consonância com os princípios informadores do direito administrativo. O princípio da razoabilidade é de fundamental importância no que diz respeito aos limites da discricionariedade.²³⁵

E como ilustração desse tipo de decisão narrado acima, tem-se as concessões de exploração de potenciais hidrelétricos, recorte metodológico desta pesquisa, e que já foi explorado, em sua importância e impacto, no primeiro capítulo. Diante disso, passa-se agora a análise de parâmetros sustentáveis para as tomadas de decisões discricionárias que envolvam essa dinâmica.

4.3 Parâmetros sustentáveis para a tomada de decisão

Decisões administrativas se materializam em atos, procedimentos e contratos administrativos, os quais são espécies do gênero “atos jurídicos” e que possuem os mesmos elementos estruturais. Fato jurídico, em sentido estrito, tem como suporte eventos da natureza, independentes do ato humano. Já o ato jurídico tem a exteriorização consciente da vontade dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível, como cerne.²³⁶

A Administração Pública pode praticar fatos e atos jurídicos. Para esta pesquisa interessa destacar os atos jurídicos, mais especificamente os atos administrativos, como “manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos produzidos no exercício da função administrativa”.²³⁷

Dessa forma, na atividade administrativa, a Administração Pública pratica uma série de atos exteriorizando sua manifestação de vontade. No entanto, antes dessa exteriorização, existem agentes públicos que optam pela prática de um ato ou vários atos

²³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 59.

²³⁶ CARVALHO FLHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2022. p.99

²³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. Cit.**

sequenciais de um procedimento, por motivos muitas vezes não explicados. Nesse processo de tomada de decisão deve-se considerar duas premissas fundamentais: a) que o processo de decisão pressupõe um indivíduo que escolhe, e, por isso, reage a incentivos; b) que escolhas acarretam consequências.²³⁸

Nesta perspectiva, cumpre apontar a teoria da decisão que pode ser entendida como o estudo baseado na racionalidade que visa obter os melhores resultados por meio de um processo organizado e metódico.²³⁹ E no campo da decisão administrativa, ao efetuar uma escolha, o agente público procura maximizar determinada finalidade, que, contudo, não tem de representar sua vontade individual, mas sim uma vontade funcional²⁴⁰, pautada no interesse público, representando a vontade geral legítima.

Neste diapasão, a decisão administrativa tem de se alinhar à lei, aos princípios e aos direitos fundamentais, inclusive ao direito fundamental à sustentabilidade, levando em consideração os direitos das gerações presentes e futuras.²⁴¹

As decisões administrativas devem, portanto, propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimento. Tudo isso como corolário da garantia constitucional do devido processo legal administrativo e do Estado Democrático de Direito.²⁴² Seria a democratização do Poder Público e a processualização das decisões administrativas na formação da vontade.²⁴³

A processualização do Direito Administrativo permite um processo decisório vinculado a princípios e direitos fundamentais das gerações atuais e futuras no cumprimento dos deveres constitucionais, revelando ser essencial oferecer boas razões de fato e de direito – razões ética e logicamente sustentáveis, em todo o processo decisório.²⁴⁴

Por isso, o agente público ao representar a Administração Pública, e, portanto, o interesse público, deverá considerar todos os elementos fáticos e jurídicos conexos à decisão do caso concreto, analisando custos e benefícios da escolha, incluindo as

²³⁸ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

²³⁹ *Idem. Ibidem.* p. 95.

²⁴⁰ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 208-11.

²⁴¹ MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.* p.32.

²⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* p. 221.

²⁴³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.74.

²⁴⁴ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.* p. 217.

alternativas que foram prestigiadas e as que foram desprezadas, bem como as externalidades positivas e negativas que podem resultar da decisão.

Sobre as externalidades, surgem quando determinada ação produz efeitos em outra pessoa ou empresa pela qual esta não paga ou não é compensada. Cumpre ao Estado, portanto, combater as externalidades negativas, ou seja, os efeitos colaterais nefastos produzidos por empreendimentos, sem que os custos tenham sido internamente assimilados pelo empreendedor (público ou privado).²⁴⁵

Dessa forma, serão sugeridos a seguir parâmetros sustentáveis para a tomada de decisão sobre outorga de concessão de exploração de potenciais hidrelétricos. O primeiro a ser proposto trata-se da necessidade do processo administrativo para a tomada de decisão.

Nessa linha, um ponto de fundamental importância na perspectiva da revisão da discricionariedade, nos dias atuais, é a superveniência de uma maior atenção sobre o modo de produção das decisões administrativas por meio do processo administrativo.

O processo corresponde a um modelo de gestação da decisão administrativa voltado à racionalidade, à eficiência e à transparência dessas decisões. Quando atingidos esses objetivos, o processo facilita o controle jurisdicional da Administração.²⁴⁶

Nesta linha, segue o raciocínio que, em primeiro lugar, o processo obriga a autoridade administrativa a declarar os fundamentos de sua decisão; em segundo lugar, o processo obriga a autoridade administrativa a se abrir à participação dos interessados, possibilitando-lhes carrear provas e argumentos em defesa de seus interesses; e, por fim, obriga a autoridade administrativa a considerar ou ponderar nos fundamentos de sua decisão os múltiplos interesses afetados pela atuação administrativa, decidindo a partir da prova recolhida na instrução do processo. O processo é uma técnica de controle interno, porém pode servir de parâmetro para a atuação do controle externo.²⁴⁷

A formação do ato administrativo, dessa forma, resulta não mais da vontade pessoal, subjetiva, da autoridade, mas de um contraditório entre a Administração e interessado ou de vários interessados ante a Administração, havendo um confronto visível do todos os interesses presentes na situação. Os passos dessa evolução assinalam a valorização progressiva dos momentos que antecedem à edição dos atos. No processo

²⁴⁵ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.* p.160

²⁴⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 88.

²⁴⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. Cit.* p.136

administrativo, os interessados são ouvidos, apresentam argumentos e provas, oferecem informações. Contribuem, portanto, para a determinação do fato ou da situação, objeto do processo.²⁴⁸

A importância do processo administrativo, ademais, inspirou a edição da Lei nº 9.784/1999, a qual, por sua vez, deu azo a uma série de leis estaduais e municipais regulamentando-o, com o objetivo de fixar-se, em termos normativos, o modo pelo qual devem ser produzidas as decisões administrativas. Também muitíssimo importantes na dinâmica do processo de construção da decisão administrativa, são as normas gerais de instrução, constantes dos artigos 29 e seguintes da Lei nº 9.784/1999. Nesse ponto, vale destacar, desde logo, o *caput* do artigo 29, que estabelece textualmente que a finalidade da instrução é “averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão”.²⁴⁹

Esta norma demonstra o ponto de ligação do processo administrativo e os motivos enquanto elementos estruturadores da legalidade externa e interna da decisão administrativa. O artigo 29 estabelece, em outros dizeres, que é obrigação das autoridades administrativas coletar as evidências necessárias que forneçam lastro ou motivos de fato para a que a decisão administrativa seja editada. Ou seja, no ambiente jurídico formado pelo processo administrativo, os fundamentos de fato da decisão são tratados como prova, como evidências. Ademais, nesse ambiente, compete às autoridades administrativas responsáveis pela decisão dar o impulso oficial à correta instrução do processo, ou, caso se prefira, compete a essas autoridades realizar, de ofício, a completa coleta das provas enquanto ingredientes factuais imprescindíveis à legalidade da decisão a ser tomada.²⁵⁰

A norma do *caput* do artigo 29 é reforçada pela obrigação de fazer, instituída pelo §1º, do mesmo artigo, segundo o qual: o “órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo”, cravando, sem deixar qualquer margem de dúvida, o dever das autoridades administrativas de corretamente instruir os autos do processo administrativo. Esse dever expressa um compromisso da Administração com a correta, completa e isenta instrução do processo enquanto instrumento de realização da legalidade.²⁵¹

Para que a Administração não seja acusada de desvio de finalidade, os

²⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.* p. 61;

²⁴⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. Cit.* p.197

²⁵⁰ PEREZ, Marcos Augusto. Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa / Marcos Augusto Perez.— Belo Horizonte :Fórum, 2020. P.198

²⁵¹ *Idem. Ibidem.* p.198

cuidados das autoridades administrativas devem ser ainda maiores para que: (1) não se envolvam em decisões nas quais seus interesses pessoais as tornem impedidas ou suspeitas; (2) reste claro qual é a finalidade principal (ou as finalidades principais) da decisão administrativa; (3) estipulem quais são os resultados ou impactos esperados como fruto da medida decidida; (4) definam quais são os interesses particulares envolvidos, como se manifestaram ao longo do processo e como foram considerados pela decisão; e (5) procedam com transparência, em especial nas interações e relações porventura mantidas entre a Administração e os particulares interessados. Observa-se que, nesse ponto, como ficará ainda mais claro pela leitura dos itens seguintes, finalidade, motivo e processo administrativo acabam se associando para a determinação da legalidade da decisão administrativa.²⁵²

Além disso, vale frisar que, para a instrução das decisões de impacto geral, como a concessão de exploração de potenciais hidrelétricos, a realização prévia de procedimentos participativos, como a consulta pública e a audiência pública, entre outros meios de participação eventualmente convenientes se mostram necessário e são mecanismo sustentáveis de amparar a decisão administrativa.

Também, entre as normas básicas para a conformação do ambiente processual voltado à gestação ou ao modo de produção das decisões administrativas, a Lei nº 9.784/1999 consagra o dever da Administração de emitir uma decisão em prazo razoável (art. 48) e de cumprir com o dever de motivação (art. 50), outro elemento estruturador da legalidade dos atos administrativos.

O processo não constitui mera formalidade ou meio de externalização, mas também não se expressa por meio da simples identificação dos motivos ou da finalidade para decidir. A dinâmica processual, em termos jurídicos, estabelece uma relação complexa entre os interessados na decisão (a sociedade, em sentido mais amplo) e a Administração, relação essa que se guia fundamentalmente pela participação e pelo contraditório, dois caminhos seguros para a construção de uma decisão legal, impessoal e racional.²⁵³

Por isso, o processo administrativo, para gerar uma decisão administrativa

²⁵² PEREZ, Marcos Augusto. *Op. Cit.* p.185

²⁵³ ANDRADE, André de Lima. **A viabilidade ambiental de Usinas Hidrelétricas e a aplicação da avaliação ambiental estratégica no Brasil**. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.ppe.ufrj.br/images/publica%C3%A7%C3%B5es/doutorado/Andr%C3%A9_de_Lima_Andrade.pdf. Acesso em 27 out. 2022.

sustentável em seus múltiplos aspectos precisa cuidar de aspectos ligados a publicidade desse processo, a vinculação da decisão à instrução do processo, o cuidado da autoridade em proporcionar aos interessados o direito de conhecer e contraditar a decisão antes que ela fosse tomada e a busca pelo atendimento do interesse público ou da finalidade ínsita à decisão tomada e a imparcialidade na instauração e condução processual.

Outro parâmetro sustentável para subsidiar a decisão administrativa neste contexto seria a utilização do critério da compatibilidade do empreendimento com as normas legais.

Nesta abordagem, a viabilidade ambiental é avaliada mediante a verificação se todos os procedimentos estabelecidos no processo de licenciamento ambiental foram cumpridos, tais como: avaliação se as audiências públicas foram realizadas obedecendo aos critérios estabelecidos na Resolução Conana nº 09/1997; avaliação se todos os documentos definidos no Termo de Referência foram apresentados (Ex: anuência dos órgãos envolvidos, conforme estabelecido na Portaria Interministerial nº 419/2011); Análise do cumprimento dos pré-requisitos exigidos pela Resolução Conama nº 01/1986 no EIA/RIMA (Ex: foi elaborado por equipe multidisciplinar, foram avaliados os impactos cumulativos, etc). Avalia-se, também, se a execução de uma atividade poderia resultar na infração de lei ou demais dispositivos legais, por exemplo: I - afeta diretamente Unidades de Conservação de Proteção Integral, contrariando a Lei Federal nº 9985/2000; II - causa impactos irreversíveis em cavidades naturais de relevância máxima, contrariando o Decreto Federal nº 6640/2008; 34 III - causa a supressão de vegetação primária ou nos estágios médio e avançado de regeneração do bioma da Mata Atlântica, com características especificadas e contrariando o artigo 11 da Lei federal nº 11428/2006 – Lei da Mata Atlântica; IV causa perdas irremediáveis em bens tombados pelo patrimônio histórico, cultural ou de beleza cênica, contrariando o artigo 17, do Decreto-Lei nº 25/37; V - causa a extinção de espécies, contrariando a Convenção sobre a Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto Federal nº 2519/98; VI - afeta diretamente terras indígenas demarcadas, no caso de aproveitamentos energéticos e mineração, contrariando o artigo 231 da Constituição Federal de 1988, enquanto este não for regulamentado.²⁵⁴

Caso o empreendimento não cumpra os requisitos legais, o processo é normalmente suspenso (Ex: Usina Hidrelétrica de Marabá – Processo Suspenso diante da

²⁵⁴ ANDRADE, André de Lima. *Op. Cit...*

previsão de alagamento de terras indígenas), ou a licença prévia é indeferida (Ex: Usina de Itumirim – previsão de interferência direta no Parque Nacional das Emas). O Ministério Público usualmente adota esta abordagem para questionar licenças emitidas pelos órgãos ambientais, que normalmente são suspensas caso se constate algum erro processual (Ex: UHE Baixo Iguaçu – Licença suspensa por ausência de anuência do ICMBIO).²⁵⁵

A avaliação da viabilidade ambiental não deve, entretanto, se restringir à análise exclusivamente formal, que vise unicamente identificar algum vício processual. Também é necessário considerar a avaliação de alternativas, impactos, riscos, medidas mitigadoras e compensatórias.

Nesse sentido, propõe-se o terceiro parâmetro sustentável que seria a averiguação em ampla escala dos impactos, riscos, benefícios e alternativas para aquele empreendimento, aqui chamada de custo/benefício.

Assim, sugere-se averiguação se está sendo proposta alternativa locacional e tecnológica, econômica e ambientalmente viável para o empreendimento e se as medidas mitigadoras propostas correspondem aos impactos identificados. Além disso, a análise da viabilidade ambiental também envolve e, para algumas tipologias de empreendimentos menos impactantes, é focada, na avaliação se foi apresentada alternativa locacional e tecnológica econômica e ambientalmente viável para o empreendimento e se as medidas mitigadoras propostas correspondem aos impactos identificados.²⁵⁶

No caso de atividades de grande complexidade, como usinas hidrelétricas, que não afetam somente o meio físico, mas também os meios biótico e socioeconômico, considera-se muitas vezes o entendimento de que a viabilidade ambiental está condicionada a um balanço favorável entre os impactos positivos e negativos, ou custos versus ganhos ambientais e sociais.

No caso de usinas hidrelétricas, normalmente utiliza-se como um dos parâmetros para a avaliação do custo/benefício de um projeto a relação potência instalada/área alagada. Este parâmetro foi bastante utilizado pelos empreendedores para defender a instalação de usinas hidrelétricas do Rio Madeira, Belo Monte e Simplício, que possuem uma área alagada relativamente pequena se comparada com a potência instalada. Por outro lado, este parâmetro também subsidiou o IBAMA para declarar a inviabilidade ambiental das Usinas de Ipueiras, no Rio Tocantins e Uruçui, no rio

²⁵⁵ ANDRADE, André de Lima. *Op. Cit...*

²⁵⁶ *Idem. Ibidem.*

Parnaíba, que entre outros fatores apresentavam uma relação desfavorável de potência/área alagada. Ressalta-se, entretanto, que este parâmetro não pode ser utilizado de forma isolada, já que há outras questões devem ser levadas em conta (biodiversidade a ser afetada, população a ser removida, etc).²⁵⁷

O quarto parâmetro que se mostra imprescindível diz respeito ao fato de que a decisão administrativa deve ter apreço à coerência argumentativa, à consistência lógica e jurídica interna dos argumentos que respaldam, em tese, a decisão tomada.

Ainda que abertas à interpretação, as expressões genéricas utilizadas pelo legislador, não correspondem a um vale-tudo, a um cheque em branco para que as autoridades administrativas façam o que bem lhes apeteça. É preciso que haja nesses casos uma ponderação racional, concretizada por meio da declaração dos motivos e da argumentação jurídica, para se determinar se a norma prevalente, no caso concreto, é realmente a que foi aplicada pela autoridade administrativa, ou, melhor, para deixar claro, ao cabo da decisão, que os fatos tomados em seus efeitos concretos realmente ensejam a aplicação da respectiva norma jurídica.²⁵⁸

A Lei nº 13.655/2018, que altera a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, conforme já explanada anteriormente, consolida, de certa forma, essa regra de conduta ao estabelecer que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Assim, não basta alegar a aplicação de um conceito jurídico indeterminado ou de um princípio geral, é necessário ir além e justificar a escolha realizada à luz de outros princípios, de outros conceitos e das consequências concretas visadas pela decisão.

O quinto parâmetro proposto diz respeito à discricionariedade técnica.

O direito administrativo italiano, talvez o que mais tenha trabalhado com essa noção, distingue atualmente a discricionariedade administrativa da discricionariedade técnica, conforme já explanado no primeiro capítulo. A primeira obrigaria a autoridade administrativa a ponderar e comparar os interesses envolvidos na decisão (interesse público primário e interesses públicos secundários). A segunda obrigaria a autoridade administrativa a avaliar a escolha a ser realizada a partir de parâmetros científicos ou que

²⁵⁷ ANDRADE, André de Lima. *Op. Cit.*

²⁵⁸ JANSEN, Nils. **Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho.**In: SIECKMANN, Jan (Org.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madrid:Marcial Pons, 2011. p. 51 e ss.

exijam competência técnica específica. No entanto, no ambiente do processo administrativo, a discricionabilidade técnica acaba por se concretizar mediante o cumprimento de deveres relacionados à correta instrução processual, por meio da realização de laudos, pareceres ou perícias capazes de esclarecer qual é a escolha correta a ser feita em dada situação concreta.

Dessa forma, o direito administrativo tem buscado respostas para a verificação da legalidade dessas medidas normativas e de largos efeitos coletivos ou difusos. As evidências de ordem técnica relacionadas ao cabimento (conveniência e oportunidade), ao impacto (proporcionalidade), ao custo-benefício (economicidade) ou ao sucesso (finalidade) das medidas cogitadas constituem motivos da decisão administrativa ou, melhor dizendo, fundamentos fáticos que devem ser comprovados por meio de estudos técnicos e pareceres, como: estudos de impacto, estudos de viabilidade e estudos de custo-benefício, os quais, não se olvide, devem ser ainda combinados com a participação dos interessados no processo e com a possibilidade de contraditar as provas técnicas e de trazer para a autoridade administrativa novos elementos de convencimento, visando à tomada da decisão, visando à escolha correta.²⁵⁹

Outro ponto a ser debatido, e que aqui entra como sexto parâmetro sustentável proposto, diz respeito ao dever da Administração Pública em perseguir e alcançar a eficiência em suas tomadas de decisões.

Desse modo, como norma jurídica, importaria em obrigar a Administração a atuar de modo planejado, a criar os processos necessários à correta eleição de metas e indicadores de performance e, enfim, estabelecer meios ou instrumentos de ação (considerando impactos, custo-benefício, entre outros fatores). Assim, criar políticas, estruturar o seu planejamento orçamentário ou executivo, e estabelecer processos participativos (como já abordado anteriormente) para a escolha devidamente motivada das metas, dos indicadores e dos instrumentos a serem utilizados e também para o acompanhamento da execução das políticas são requisitos que podem ser inferidos do princípio da eficiência.²⁶⁰

Como sétimo parâmetro apontado, se encontra a efetivação da licitação sustentável.

Levando em conta que a outorga de concessão de exploração de potenciais hidrelétricos, objeto dessa pesquisa, ocorre por meio de licitação, mister se faz apontar

²⁵⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. Cit.* p.199

²⁶⁰ *Idem. Ibidem.* p.206

que as contratações públicas sustentáveis, na perspectiva da definição apontada pela Força Tarefa de Marrakech sobre Compras Públicas sustentáveis, são concebidas como um processo pelo qual as organizações atendem suas necessidades por produtos, serviços, trabalhos e utilidades de modo a alcançar um valor baseado em um conceito completo de vida, ao gerar benefícios não só para a organização, mas também para a sociedade e para a economia, de modo a minimizar os danos ao meio ambiente.²⁶¹

Dessa forma, as contratações públicas devem ser obrigatoriamente sustentáveis, em razão da força cogente dos princípios. Dentre eles, o princípio da sustentabilidade, o princípio da eficiência, da eficácia e da economicidade que norteiam o agir da Administração Pública.

A obrigatoriedade da sustentabilidade nos ajustes públicos deriva da própria Lei de Licitações, conforme já citado. Além disso, a Lei da Política Nacional sobre mudança do clima (Lei nº 12.187/09) já previa critérios de preferência nas licitações públicas para propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais. No mesmo passo, a Lei da Política nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10) estabelece como objetivos a prioridade, nas aquisições e contratações públicas, para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis. Igualmente a Lei nº 11.079/04, que dispõe que nas contratação de parceria público-privada seja observada a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.²⁶²

Extraí-se que no procedimento de licitação a proposta mais vantajosa já não está mais atrelada ao prisma econômico em sentido estrito, mas sim envolve a promoção de um desenvolvimento sustentável, na medida em que a Administração Pública deverá atender aos benefícios de longo prazo e das futuras gerações, atendendo ao interesse público e efetivando os direitos fundamentais, que nem sempre ocorre com a consideração isolada do menor custo financeiro.

Dessa forma, a proposta mais vantajosa será aquela que causa, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e promova os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais.²⁶³

²⁶¹ SWITZERLAN. **Federal Office for Environment (FOEN). Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement**, 2008. Disponível em: www.unep.fr/scp/marrakech/taskforces/pdf/Procurement2.pdf. Acesso em: 05 dez. 2022.

²⁶² MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.* p.138.

²⁶³ FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.231.

A sustentabilidade das licitações pode ser alcançada da própria especificação técnica definida no edital, na fase interna preparatória do certame, além e repercutir em diversas fases do processo de contratação, como por exemplo, na elaborações dos projetos básicos e a definição de critérios de julgamento das propostas.

O Governo, por ser grande comprador e consumidor de obras grandes, pode atuar como indutor de práticas sustentáveis pelo mercado e de colaborar com a sustentabilidade de seus próprios contratos. Segundo relatório final do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente sobre contratações públicas sustentáveis de 2013, os governos são responsáveis por significativas porções de gastos nacionais, de modo que a promessa de “aquisições verdes” pode fazer com que os formuladores de políticas públicas liderem pelo exemplo para o desenvolvimento sustentável.²⁶⁴

A contratação administrativa é antecedida de um procedimento prévio, conforme já listado no primeiro capítulo, o qual poderá ou não configurar uma licitação e onde seriam identificadas as necessidades da Administração, concebidas soluções técnicas para seu atendimento, determinada a viabilidade econômica e jurídica da contratação, elaborada a minuta do instrumento contratual e verificada a possibilidade de competição e necessidade de licitação.²⁶⁵

É, portanto, na fase interna da contratação pública que se encontra a essencialidade de se aperfeiçoar o controle com sindicabilidade robustecida de congruência, consistência, eficiência, eficácia e legalidade das motivações inaugurais e modo que a avaliação prospectiva de impactos passa a ser peça obrigatória da contratação.²⁶⁶

Especificamente nas obras de infraestrutura que envolvem a exploração de potencial hidrelétrico, por serem potencialmente geradores de maiores conflitos, é crucial a atenção ao projeto básico que é uma fase definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido de estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento.²⁶⁷

O projeto básico precisa contemplar os elementos essenciais e suficientes,

²⁶⁴ MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.*. p.141.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*.p. 491

²⁶⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade e projetos de infraestrutura: para um quadro atraente de investidores. Crise Econômica e Soluções jurídicas**, n.3, nov.2015.

²⁶⁷ BRASIL. **Resolução CONFEA nº 361/91**. Disponível em: http://www.crea-rs.org.br/site/pop/camara/portal/Legis_assunto/Fiscalizacao/Res361.pdf. Acesso em: 06 dez. 2022.

com nível de precisão adequado para caracterizar a obra, com base na indicação dos estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento. Tudo isso a fim de evitar desperdício de recursos públicos efetivando a economicidade e eficiência.

Dessa forma, os elementos incorporados ao projeto básico fornecem material para estimar a viabilidade socioeconômica do empreendimento a ser licitado, os impactos ambientais, os custos, benefícios e externalidades, e as alternativas que foram priorizadas. Tudo isso não se encontra em um campo livre de apreciação do administrador, mas sim de uma exigência legal, cuja ausência ou deficiência pode gerar a nulidade do certame e responsabilidade do gestor público.²⁶⁸

Somado a isso, o dever de justificação de fato e de direito demonstrará os benefícios líquidos e não apenas econômicos do empreendimento, prevenindo e evitando graves males futuros.

Dessa forma, devem ser checadas a necessidade ou não da construção da infraestrutura, a prioridade, o alinhamento dos projetos com o plano estratégico do Estado e o exame de viabilidade, em sentido amplo, do projeto. Após, em uma segunda etapa, cuida-se de incorporar os critérios de sustentabilidade social, ambiental e econômico aos contratos de infraestrutura.²⁶⁹

Como oitavo parâmetro, é relevante mencionar que os extensos impactos socioambientais dos empreendimentos públicos demandam a realização de licenciamento ambiental, sendo que a licença prévia deve anteceder o projeto básico e servir de parâmetro para sua elaboração.

Além disso, diante dos possíveis e significativos impactos de degradação do meio ambiente, o licenciamento deve vir instruído de estudo de impacto ambiental e acompanhado de Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) que representam um diagnóstico do empreendimento a ser licenciado, confrontando-o com as prováveis modificações das diversas características socioambientais e biofísicas do meio ambiente.²⁷⁰

Deve-se considerar os efeitos globais da obra e o ciclo de vida, que transcende o mero custo da execução da obra e abrange sua manutenção e operação, incluindo

²⁶⁸ MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Op. Cit.* p.147.

²⁶⁹ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*

²⁷⁰ CAPPELLI, Sílvia; MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Direito Ambiental**. 7.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.p.118

eventual desativação e geração de resíduos.²⁷¹

Outrossim, não podem ser ignorados os impactos nas comunidades tradicionais, conforme determina o Decreto nº 95.773/88 em seu artigo 1º, ao dispor que no planejamento de projetos e obras, de médio e grande porte, executadas total ou parcialmente com recursos federais, serão considerados os efeitos de caráter ambiental, cultural e social, que esses empreendimentos possam causar ao meio considerado.²⁷²

Devem ser considerados no EIA/RIMA, portanto, o enfoque sociológico, ao envolver o problema da população afetada, os resultados econômicos, a preservação da fauna diretamente atingida nos projetos de construção das barragens, bem como questões culturais, impactos sobre a vegetação, a água, o ar e o solo a fim de proporcionar uma decisão final baseada em elementos concretos e convincentes.²⁷³

O EIA/RIMA é importante instrumento de aferição da sustentabilidade multidimensional pois reúne elementos essenciais para estimar a viabilidade socioeconômica e ambiental do empreendimento, aquilatar os custos, benefícios e externalidades das atividades a serem licenciadas e comparar as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-a com a hipótese de não execução da obra.²⁷⁴

Em outra perspectiva, é relevante mencionar que os extensos impactos socioambientais de Usinas Hidrelétricas demandam a realização de licenciamento ambiental, considerado procedimento administrativo destinado a licenciar empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

Dessa forma, o estudo de impacto ambiental deve ser sério, profundo e propiciador de ampla participação da comunidade. Bem como ser didático, completo e claro, com informações em linguagem acessível, ilustrado com mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, e as consequências ambientais de sua implementação, para que seja compreensível ao público, em respeito ao princípio da

²⁷¹ BIM, Eduardo Fortunato. **Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável.** In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis.** 2 ed. Belo Horizonte:Fórum, 2015. p.198

²⁷² BRASIL. **Decreto nº 95.773/88.** Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_n_95.133_de_12_de_fevereiro_de_1988.pdf. Acesso em: 07 dez. 2022.

²⁷³ FREITAS, Mariana Almeida Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente.** 5.ed. Curitiba, 2014. p. 91

²⁷⁴ Conforme diretrizes dos artigos 5º e 6º da **Resolução nº 01/86 do CONAMA.**

informação.²⁷⁵

Diante desses parâmetros, avulta-se a importância da motivação das decisões administrativas com aplicação de elementos de sustentabilidade, sobre as quais incidirá a proporcionalidade e a ponderação dos custos e benefícios. Além disso, a sustentabilidade como parâmetro na tomada de decisão de concessão de exploração de potenciais hidrelétricos é crucial para a tutela de direitos fundamentais, inclusive das futuras gerações.

²⁷⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.228.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discricionariedade administrativa faz parte da atuação estatal, não se nega. A prática de atos discricionários sempre esteve presente no agir da Administração Pública, inclusive possibilitando adequações do interesse público ao contexto social, econômico, político e ambiental nos quais a sociedade se encontra, sendo, portanto, necessária.

Contudo, é latente que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, tampouco se desvincilha da legalidade em sentido amplo, motivo pelo qual se faz necessário estabelecer critérios objetivos delimitando a conduta discricionária do agente público.

Diante disso, a pesquisa destacou a necessidade de se delimitar a conveniência e oportunidade ao interesse público, com o fim de se estabelecer um liame entre a utilização de parâmetros objetivos e a demarcação dos critérios da discricionariedade pública em atos referentes a outorga de concessão de exploração de potenciais hidrelétricos de grande porte.

A escolha metodológica de análise de empreendimentos de grande porte, denominados tecnicamente de Usinas Hidrelétricas, cuja potência é superior a 50.000 kW, deu-se em virtude dos relevantes impactos que estas obras promovem na sociedade brasileira, com necessário olhar da ciência do Direito.

Restou demonstrado que essa outorga de concessão engloba uma série de atos administrativos. Dentre eles, foram destacados os atos discricionários dos quais se defendeu uma releitura do critério de “conveniência e oportunidade”, por meio da motivação substancial da decisão, que vinculará o administrador público.

A pesquisa definiu estes atos discricionários e comprovou como a sustentabilidade, em seu aspecto socioambiental e econômico, deveria ser adotada pelo agente público como um fator delimitador do agir da Administração Pública evitando, assim, desvios ao interesse público.

No capítulo primeiro, dedicado ao estudo da exploração de potenciais hidrelétricos no Brasil, foi analisado como a exploração impacta a sociedade no aspecto socioambiental e econômico, correlacionando os atos administrativos discricionários que integram a outorga de concessão de exploração de potencial hidrelétrico no Brasil. Estes atos foram identificados e analisados a partir da previsão legislativa e análise doutrinária.

Já no capítulo segundo, dedicado ao estudo do Desenvolvimento e da

Sustentabilidade, abordou-se os aspectos socioambiental e econômico da sustentabilidade para corroborar sua atuação como parâmetro delimitador dos atos discricionários listados no capítulo anterior. Neste capítulo foram desmembrados os componentes da sustentabilidade e delimitado como recorte metodológico o estudo da dimensão socioambiental e econômica, não obstante a notória importância dos demais aspectos.

A sustentabilidade ganhou destaque normativo como princípio constitucional e até mesmo previsão legal, cujo dever de obediência é inafastável ao Estado. As decisões públicas devem, portanto, estarem afinadas com a sustentabilidade a fim de atingir o desenvolvimento socioambiental e econômico e permitir soluções duradouras e eficientes para as necessidades coletivas.

No capítulo terceiro, abordou-se a necessidade de uma motivação substancial dos atos discricionários de outorga de concessão de exploração de potencial hidrelétrico, estabelecendo um caminho objetivo a ser seguido pelo administrador público para atingir um “aproveitamento ótimo”, conforme comando legal.

A competência da autoridade ou do órgão que praticou o ato; a observância da forma fixada pela legislação para a exteriorização do ato; a legalidade do objeto; a eventual existência de desvio de poder ou de finalidade; e a existência ou a veracidade dos motivos de fato e de direito que fundamentam o ato, foram explorados no capítulo, como uma leitura mais profunda, ou simplesmente atualizada, dos elementos que estruturam a legalidade das decisões administrativas

Dessa forma, a contribuição oferecida pelo presente trabalho na fixação de parâmetros para a tomada de decisões discricionárias por parte do Poder Público está ligada à noção de efetiva utilização do processo administrativo enquanto veículo decisório; à correta e completa instrução do processo; à imparcialidade da decisão; e à previsibilidade e segurança jurídicas.

Também foi analisada a Lei nº 13.655/2018 que acrescentou à LINDB a exigência de que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Portanto, foi demonstrado que passou-se a ter a necessidade de se avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão, demonstrando que é preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.

Nesta perspectiva, a presente tese demonstrou que na tomada de decisão de outorga de concessão para exploração de potenciais hidrelétricos, especificamente no que tange aos atos administrativos discricionários que permeiam essa decisão, os aspectos socioambientais e econômicos da Sustentabilidade deverão ser pautados como limites para a escolha administrativa.

O administrador público ao impor alguma medida ou invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá demonstrar que a decisão tomada é necessária e a mais adequada, explicando, inclusive, as razões pelas quais não são cabíveis outras possíveis alternativas, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

Como contribuição, após as análises citadas, foram sugeridos parâmetros sustentáveis para a tomada de decisão sobre outorga de concessão de exploração de potenciais hidrelétricos.

O primeiro a ser proposto tratou da necessidade do processo administrativo para a tomada de decisão, tendo como consequência na formação do ato administrativo, não mais a vontade pessoal, subjetiva, da autoridade, mas de um contraditório entre a Administração e interessado ou de vários interessados ante a Administração, havendo um confronto visível de todos os interesses presentes na situação.

O segundo parâmetro sustentável apontado para subsidiar a decisão administrativa foi a utilização do critério da compatibilidade do empreendimento com as normas legais, o que foi corroborado pela viabilidade ambiental avaliada mediante a verificação cumprimento dos procedimentos estabelecidos no processo de licenciamento ambiental, considerando a avaliação de alternativas, impactos, riscos, medidas mitigadoras e compensatórias.

O terceiro parâmetro sustentável apontado foi a averiguação em ampla escala dos impactos, riscos, benefícios e alternativas do empreendimento de exploração de potencial hidrelétrico, os chamados ‘custo/benefício’.

O quarto parâmetro disse respeito ao fato de que a decisão administrativa deve ter apreço à coerência argumentativa, à consistência lógica e jurídica interna dos argumentos que respaldam, em tese, a decisão tomada.

O quinto parâmetro proposto foi relacionado à discricionariedade técnica. Questões de ordem técnica relacionadas ao cabimento (conveniência e oportunidade), ao impacto (proporcionalidade), ao custo-benefício (economicidade) ou ao sucesso (finalidade) das medidas cogitadas constituem motivos da decisão administrativa que

devem ser comprovados por meio de estudos técnicos e pareceres, como, estudos de impacto, estudos de viabilidade e estudos de custo-benefício, os quais, não se olvide, devem ser ainda combinados com a participação dos interessados no processo e com a possibilidade de contraditar as provas técnicas e de trazer para a autoridade administrativa novos elementos de convencimento, visando à tomada da decisão, visando à escolha correta.

Como sexto parâmetro sustentável proposto, diz respeito ao dever da Administração Pública em perseguir e alcançar a eficiência em suas tomadas de decisões.

O sétimo parâmetro apontado foi a efetivação da licitação sustentável na medida em que a proposta mais vantajosa já não está mais atrelada ao prisma econômico em sentido estrito, mas sim envolve a promoção de um desenvolvimento sustentável, atendendo aos benefícios de longo prazo e das futuras gerações, ao interesse público e efetivando os direitos fundamentais, que nem sempre ocorre com a consideração isolada do menor custo financeiro.

Como oitavo parâmetro, foram apontados os extensos impactos socioambientais dos empreendimentos públicos que demandam a realização de licenciamento ambiental, sendo que a licença prévia deve anteceder o projeto básico e servir de parâmetro para sua elaboração.

A partir da análise substancial dos elementos capitulados ao longo da pesquisa, concluiu-se que a nova governança e o novo serviço público exigem dos gestores públicos mecanismos participativos que promovam resultados de impactos para a sociedade.

Com efeito, escolhas sustentáveis produzem benefícios sistêmicos para as presentes e futuras gerações. Dito de outro modo, a Administração Pública tem que ser necessariamente sustentável. Dessa forma, a noção de interesse público é construída conjuntamente com os cidadãos, numa perspectiva organizacional integrada, colocando as necessidades da sociedade no centro da gestão pública.

Ressignificar a discricionariedade administrativa passa pelo caminho de vincular a atuação administrativa aos direitos e princípios fundamentais, condicionada a uma motivação substancial de suas decisões.

Os agentes públicos devem perseguir o interesse públicos e os direitos fundamentais, sobretudo o direito fundamental à sustentabilidade. É dizer, a sustentabilidade deve ser incorporada no processo de tomada de decisões, tanto nas fases preparatórias, quanto na fase interna da atividade administrativa.

No Direito Administrativo Contemporâneo, a discricionariedade administrativa não é mais admitida de maneira absoluta, tampouco estanque de qualquer vinculação. Não mais se confunde com liberdade insindicável, nem com a vontade subjetiva do administrador público.

Dessa forma, o dever de motivação das decisões quanto à outorga de concessão de exploração de potenciais hidrelétricos abarca não somente questões jurídicas, mas também elementos fáticos que as fundamentem. A exigência da motivação permite uma maior adesão e participação dos cidadãos, maior transparência às atitudes públicas, viabiliza controle, garante direitos fundamentais e contribui para evitar subjetivismos.

Os elementos de clareza, veracidade, exatidão, congruência, explicitude e suficiência, elencados ao longo da pesquisa, foram destacados a partir de uma ponderação de custos e benefícios, diretos e indiretos das decisões administrativas, a fim de que se demonstre que a Administração Pública decidiu pautada na sustentabilidade.

O agente público deverá considerar todos os elementos fáticos e jurídicos conexos à decisão do caso concreto, analisando custos e benefícios da escolha, incluindo as alternativas que foram prestigiadas e as que foram desprezadas, bem como as externalidades positivas e negativas que podem resultar da decisão.

O parâmetro da sustentabilidade nas licitações e contratações públicas deve estar mais latente na fase interna da atividade administrativa, aferindo a viabilidade socioeconômica e ambiental dos empreendimentos públicos.

Estabelecer e cobrar a sustentabilidade como parâmetro objetivo na tomada de decisão discricionária do Poder Público reforça ainda mais uma precaução, um agir tempestivamente para interromper a relação de causalidade apta a produzir resultado lesivo.

Dessa forma, conclui-se ser imprescindível e necessário estabelecer a sustentabilidade socioeconômica e ambiental como parâmetro delimitador do empreendimento de geração energética, sendo que a pesquisa propôs uma contribuição viável para que os administradores públicos possam ter uma ação mais adequada ao problema concreto na tomada de decisões discricionárias para concessão de exploração de potenciais hidrelétricos no Brasil e dessa forma proporcionar maior eficiência, justiça, proporcionalidade e razoabilidade na efetivação do interesse público.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**, p. 240-241. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007
- ANDRADE, André de Lima. **A viabilidade ambiental de Usinas Hidrelétricas e a aplicação da avaliação ambiental estratégica no Brasil**. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.ppe.ufrj.br/images/publica%C3%A7%C3%B5es/doutorado/Andr%C3%A9_de_Lima_Andrade.pdf. Acesso em 27 out. 2022.
- ALVARES, Walter T. **Natureza jurídica da eletricidade**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Abril/Junho de 1972. Disponível em: <file:///C:/Users/Katia/Downloads/admin,+natureza.pdf>. Acesso em: 22 abril. 2022
- ASSUNÇÃO, Francisca Neta Andrade; BURSZTYN, Maria Augusta Almeida; ABREU, Teresa Lúcia Muricy. **Participação social na avaliação de impacto ambiental: lições da experiência da Bahia**. Disponível em: <https://journals.openedition.org/confins/6750?lang=pt>. Acesso em: 07 nov.2020.
- AYRES, Madalena Junqueira. **O processo decisório de implantação de projetos hidrelétricos no Brasil. Análise dos casos referência da Usina de Barra Grande e do complexo hidrelétrico do Rio Madeira à Luz da Avaliação Ambiental Estratégica**. Dissertação de Mestrado defendida na PUC-Rio. 2009. Disponível em: https://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0710476_09_pretextual.pdf. Acesso em: 28 out. 2022.
- _____. **A influência dessa semântica militar – uma linguagem de guerra – na geopolítica da energia se condensou e se confirmou até hoje** (Conant, 1981; Silva, 1967; Porto-Gonçalves, 2006; p. 287-298). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19372/principios-do-direito-da-energia/5>; Acesso em 09 jun. 2020
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005
- BORGES, F. Q.; ZOUAIN, D. M. **A matriz elétrica e seu posicionamento no desenvolvimento sustentável no estado do Pará**. Revista Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, v. 35.
- BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo - O Estado, o Particular e o Desenvolvimento Sustentável**. Curitiba: Juruá Editora.
- BRASIL. **Lei 9.074 de 1995**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 23 fev. 2021.

____ **Lei 8.987 de 1995.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm Acesso em 15 maio. 2022.

____ **Lei 9.427 de 1996. Brasília:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>.
 Acesso em: 16 maio.2022.

____ **Resolução da ANEEL nº 875 de 10 de março de 2020.** Disponível em
<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2021.

____ **Projeto de Lei nº 3.729/2004.** Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>.
 Acesso em: 28 out. 2022.

____ **Instrução Normativa do IBAMA nº 11/2010.** Disponível em:
<https://www.ibama.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&legislacao=116324>.
 Acesso em: 28 out. 2022.

____ **Resolução Normativa nº 875 de 10 de março de 2020.** Disponível em:
<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020875.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

____ **Lei 13.655 de 2018. Brasília:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.
 Acesso em: 15 março.2021.

____ **Decreto 9.830 de 2019. Brasília:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.
 Acesso em: 15 março. 2021.

____ **Resolução CONFEA nº 361/91.** Disponível em: http://www.crea-rs.org.br/site/pop/camara/portal/Legis_assunto/Fiscalizacao/Res361.pdf. Acesso em: 06 dez. 2022.

____ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 fev.2021.

____ **Lei 14.133 de 2021.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 24 maio .2022

____ **Legislação Ambiental. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. Art. 2º e 4º.**
 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm . Acesso em: 25 fev. 2021

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOFF, L. **Ecologia. Mundialização. Espiritualidade.** Rio de Janeiro: Editora Record, 2008.

BOSELTMANN, Klaus. **Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança.** Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BLANCHET, Luiz Alberto; TERRIN, Kátia. **Direito de Energia e Sustentabilidade: uma análise dos impactos negativos das usinas hidrelétricas do Brasil**. In: Revista Videre. v. 11; n. 22. p. 48-64. Disponível em: file:///C:/Users/Katia/Downloads/trbotelho,+Revista+Videre+v11-n22___v4-48-64.pdf. Acesso em: 22 abril.2022

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso futuro comum: comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Editora Almedina, 2003.

CAPPELLI, Sílvia; MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Direito Ambiental**. 7.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013

CARVALHO FLHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, D. V. da; TEODÓSIO, A. dos S. de S. **Desenvolvimento sustentável, consumo e cidadania: um estudo sobre a (des)articulação da comunicação de organizações da sociedade civil, do estado e das empresas**. Revista de Administração Mackenzie, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 114-145, mai.-jun. 2011.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

DENHARDT, Robert B; DENAHART, Janet Vinzant. **The New Public Service: Serving Rather than Steering**. *Public Administration Review*, v. 60, n. 6, p.553-7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.. 2017.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. São Paulo: Almedina, 1996.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas, de comunicação – rádio, televisão e internet**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOLLONI, André. **A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema.** *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Princípio da motivação no direito administrativo. Direito Administrativo e Constitucional.** Edição 1. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. **O Controle dos atos administrativos e os Princípios Fundamentais.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Sustentabilidade e projetos de infraestrutura: para um quadro atraente de investidores.** *Crise Econômica e Soluções jurídicas*, n.3, nov.2015.

FREITAS, Vladimir Passos. **O novo papel das empresas na proteção do meio ambiente.** In: *Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno* | Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM> | Nº. 01 | p.02-16 | Jul./Dez. 2020. Acesso em: 25 fev.2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo. Trad. Arnaldo Setti.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2023.

HABERMAS, Jürgen. **Political Communication in Media Society: Does Democracy Still enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on empirical Research.** In *Communication Theory*, 16 (2006) 411–426, International Communication Association, 2006.

HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro.** In: *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 2013.

FERREIRA, Helene Sivini. **A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco.** In: FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). **Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estados, Sociedades e Meio Ambiente.** Curitiba: Letra da Lei, 2016.

_____. **Hidrelétricas.** Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/areas-de-atuacao/energia-eletrica/expansao-da-geracao/fontes>. Acesso em: 25 abril. 2022.

ISA, Felipe Gómez. **El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional.** Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

JANSEN, Nils. **Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho.** In: SIECKMANN, Jan (Org.). La teoría principialista de los derechos fundamentales. Madrid: Marcial Pons, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad:** racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Trad. Carlos Fortea Gil; Barcelona: Paidós, 1997.

MAÑAS, José Luis Piñar. Introducción. **Hacia un nuevo Modelo europeo de protección de datos.** In Reglamento General de Protección de Datos (Org. MAÑAS, José Luis Piñar et. al.). Madrid: Editorial Reus, 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Princípio da Transparência.** In **Tratado de Direito Administrativo** (Org. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 20 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

_____. **O direito administrativo em evolução.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

_____. **A processualidade no direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 35 ed revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros. 2021.

_____. **Discricionariedade e Controle Judicial.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza jurídica da concessão de serviço público.** Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, II, ano III, 1951. p. 872. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/65847/37829> Acesso em 15 maio. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MILDENBERGER, Adriana. **Discricionariedade Administrativa e seus limites na Administração Pública.** Disponível em: file:///C:/Users/Katia/Downloads/29-18-1-PB.pdf. Acesso em: 29 nov.2022.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Direito Administrativo e sustentabilidade: o novo controle judicial da Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NOHARA, Irene. **Proposta da alteração da LINDB.** Disponível em: <http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>. Acesso em: 20 março.2021.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª ed., São

Paulo: Método, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Editora Fórum, 2021.

_____. Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Editora Fórum. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4988020/mod_resource/content/1/PEREZ%20-%20cap.%20final.pdf. Acesso em 06 de abril de 2021.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Controle judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coords.) **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 20 março. 2021.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Princípios do Direito da Energia**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19372>. Acesso em: 1 fev. 2021.

SOUZA, Alexandre Campos Gomes. **Ensaio sobre regulação monetária e financeira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, **ADI 3.577**, rel. Min. Dias Toffoli, julgado no Plenário Virtual entre 7 e 13.2.2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SWITZERLAN. **Federal Office for Enviromenment (FOEN). Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement**, 2008. Disponível em: www.unep.fr/scp/marrakech/taskforces/pdf/Procurement2.pdf. Acesso em: 05 dez. 2022.

TEIXEIRA, Izabella Mônica Teixeira . **O Uso da Avaliação Ambiental Estratégica no Planejamento de Oferta de Blocos para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil: uma proposta**. Tese de Doutorado. Disponível em: www.coope.ufrj.br Acesso em: 27 out. 2022.

WEDY, Gabriel. **O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 01julho. 2020.

_____. **Precaução no Direito Ambiental não querer dizer o mesmo que prevenção**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-30/gabriel-wedy-precaucao-direito-ambiental-nao-prevencao>. Acesso em: 22 fev. 2021.

WEAVER, Russell L.. **Transparency, Privacy & the Snowden Affair**. In *Transparency in the Open Government Era* (Org. BOUHADANA, Irène et. al.). Paris: Editions Imodev, 2015.

VEIGA, José Eli da. **Prefácio ao livro: Desenvolvimento Sustentável. O desafio do século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. **Setor Elétrico**. Curitiba: Juruá, 2008.