

Nota Técnica nº 118/2017/COSER/SRE
Documento nº 00000.055720/2017-69

Em 25 de agosto de 2017.

Ao Senhor Superintendente de Regulação
Assunto: **Divergência de interpretação, entre ANA e ANEEL, acerca do art. 5º da Lei 12.334/2010.**
Referência: Ofício nº 206/2016/AA-ANA (Documento nº: 00000.040263/2016-27)

1. Trata-se de Nota Técnica sobre divergência de interpretação, entre ANA e ANEEL, acerca do art. 5º da Lei 12.334/2010, que define as competências fiscalizatórias no âmbito da Política Nacional de Segurança de Barragem- PNSB. Objetiva-se contextualizar a divergência e ratificar o entendimento da área técnica da ANA, bem como solicitar que o impasse seja dirimido no âmbito da Procuradoria Federal, uma vez que se trata de interpretação de Lei Federal com impactos na organização da administração pública federal.

2. Conforme o referido artigo:

art. 5º A fiscalização da segurança de barragens caberá, sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama):

I - à entidade que outorgou o direito de uso dos recursos hídricos, observado o domínio do corpo hídrico, quando o objeto for de acumulação de água, **exceto para fins de aproveitamento hidrelétrico;**

II - à entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico, quando se tratar de uso preponderante para fins de geração hidrelétrica;

III - à entidade outorgante de direitos minerários para fins de disposição final ou temporária de rejeitos;

IV - à entidade que forneceu a licença ambiental de instalação e operação para fins de disposição de resíduos industriais. (grifo nosso)

3. Até recentemente não havia qualquer dúvida a respeito da inteligência do referido artigo. A interpretação sempre foi no sentido de que a ANA seria a responsável pela fiscalização das barragens de usos múltiplos, em rios de domínio da União, que ela tenha outorgado o direito de uso dos recursos hídricos, **exceto para aproveitamento energético.**

4. Por simetria, em virtude da dupla dominialidade estabelecida pela Constituição Federal, os Órgãos Estaduais de Recursos Hídricos- OERHs (ou de meio ambiente em alguns estados) seriam os responsáveis pela fiscalização de barragens de usos múltiplos em rios de domínio estadual. Já a ANEEL seria responsável pela fiscalização das barragens destinadas à geração de energia; o Departamento Nacional de Produção Mineral- DNPM pela fiscalização das barragens de rejeitos minerais; o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- IBAMA, os Órgãos Estaduais de Meio Ambiente- OEMA's e os órgãos municipais (onde houver) pela fiscalização das barragens de armazenamento de resíduos industriais, a depender do órgão que tenha licenciado a atividade.

5. Ocorre que em reunião realizada em 21 de março de 2016 entre as áreas de fiscalização da ANEEL e da ANA, aquela Agência expôs entendimento firmado de que as Centrais de Geração Hidrelétricas (CHG) não estariam sujeitas à sua fiscalização quanto aos aspectos de segurança de barragens, por não serem objeto de autorização ou concessão de uso do potencial de energia hidráulica. Este entendimento foi reafirmado pela área técnica da ANEEL na oficina de Fiscalizadores de Segurança de Barragens, realizada nos dias 27 e 28 de junho de 2016. Já em 15 de julho de 2016, a ANA enviou **Ofício nº 206/2016/AA-ANA** (doc. 00000.040263/2016-27, **anexo I**) à ANEEL ressaltando que o entendimento firmado criaria uma lacuna na PNSB quanto à entidade responsável pela fiscalização de CGH's. O tema foi debatido no âmbito da diretoria das duas Agências, em 25 de maio de 2017 e, posteriormente, em reunião realizada em 28 de junho de 2017 entre as áreas técnicas, sem, contudo, resolver o impasse.

6. A ANEEL argumenta que as CGH's não são objeto de autorização ou concessão de uso do potencial de energia hidráulica, mas somente de **registro**. Segundo este entendimento, a instituição que outorgou o direito de uso de recursos hídricos para as CGHs seria potencialmente responsável pela fiscalização quanto à segurança de barragem. A consequência prática deste posicionamento é de que as CGH's em todo o Brasil passariam a ser fiscalizadas (após a verificação do preenchimento dos requisitos do art. 1º da Lei 12.334/2010) pela entidade que outorgou o uso de recursos hídricos; se em rio de domínio federal, a ANA, se em rio de domínio estadual, o órgão gestor de recursos hídricos estadual. Ressalte-se que quando em rio de domínio federal, a ANA sempre outorga direito de uso da água para fins de aproveitamento do potencial hidráulico, após sua autorização ou concessão pela ANEEL, e para os barramentos de disposição de rejeitos de mineração, cuja atividade minerária é sujeita à regulação do DNPM, não sendo, portanto, o critério da outorga de direito de uso de recursos hídricos associada ao barramento, por si, o mais adequado para se definir o fiscalizador. Também não foi o critério adotado pelo legislador.

7. A construção interpretativa da ANEEL se pauta na ausência da discriminação do instituto do **registro** no inciso II do art.5º supratranscrito. Ressalte-se, todavia, fazendo-se uma simples interpretação conjunta dos incisos I e II do art.5º, combinado com o art.1º da Lei 12.334/10, que o entendimento firmado pela ANEEL é falho, pois no inciso I o legislador **excepcionou as barragens para fins de aproveitamento hidrelétrico** (quando este uso for preponderante). Se o legislador tivesse intencionalmente excepcionado as barragens sujeitas a registro, como defende a ANEEL, estas estruturas estariam no "vazio", fora do alcance da PNSB, o que não ocorre, pois no art.1º a Lei estabelece os critérios para que a barragem seja abrangida (ou não) pela Lei, devendo se enquadrar em pelo menos uma das condições do referido artigo.

8. Oportuno observar que, apesar de as CGH's terem, por definição, baixa potência, seus barramentos muitas vezes estão enquadrados na Lei, seja pela sua altura ou pelo volume dos reservatórios, seja pelo resultado da classificação da categoria de dano potencial associado (se médio ou alto), conforme inciso IV do art.1º, classificação esta realizada pelo respectivo órgão ou entidade fiscalizadora de segurança de barragem, conforme determina o art.7º.

9. Observe-se, ainda, que este art. 5º da Lei 12.334/10 deve ser lido à luz da Constituição Federal, especificamente os artigos 21, XII, b e 176 § 4º, transcritos abaixo:

Art. 21. Compete à União

XII - explorar, diretamente ou mediante **autorização, concessão ou permissão**(grifo nosso):

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

(..)

§ 4º **Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida** (grifo nosso).

10. Analisando-se conjuntamente os dois dispositivos constitucionais, observa-se que o art.21 determina que os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água dependem de **autorização, concessão ou permissão**. Já o art. 176, § 4º, diz que não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida. Conforme a Lei 9.074/95, art.8º, **o aproveitamento de potenciais hidráulicos e a implantação de usinas termoeletricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) estão dispensados de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente**.

11. Entretanto, cabe ressaltar que este limite já foi inicialmente de 1.000 kw (estabelecido em 2015) e passou para 3.000 kw em 2015 e, finalmente, para 5.000 km em 2016, podendo ser alterado futuramente em decorrência da avaliação do setor elétrico sobre a definição do que seja um aproveitamento hidrelétrico de capacidade reduzida. Ambas as alterações ocorreram após a publicação da Lei 12334/2010, ampliando substancialmente o número de barramentos que não exigem autorização ou concessão da ANEEL para exploração do potencial hidráulico. Obviamente, a fiscalização da segurança desses barramentos não pode ficar sujeita a tais mudanças legais, oriundas do setor elétrico, já que os riscos e danos potenciais associados a estas estruturas não se alteram a cada mudança legal.

12. Cabe ressaltar que à luz do art. 21, XII, CF, transcrito acima, infere-se que a natureza jurídica do instituto do **registro**, regulamentado pela ANEEL, não pode ser outra que de uma permissão de uso de bem público.

13. Vale dizer que o registro, assim denominado pela ANEEL, também decorre do poder de polícia administrativa da Agência, que tem como finalidade institucional, conforme art. 2º da Lei n.9427/96, **regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal**. Tanto é assim que o §1º do art.26 desta Lei diz:

§1º Para o aproveitamento referido no inciso I do caput deste artigo, **para os empreendimentos hidroelétricos com potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts)** e para aqueles com base em fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada, conforme regulamentação da Aneel, incluindo proveniente de resíduos sólidos urbanos e rurais, cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 30.000 kW (trinta mil quilowatts), **a Aneel estipulará percentual de redução não inferior a 50% (cinquenta por cento) a ser aplicado às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, incidindo na produção e no consumo da energia** (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016) (grifo nosso)

14. Ou seja, não há dúvidas que estes barramentos estão sim sob a tutela regulatória da ANEEL, que estipula até percentuais referentes às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição. Dito de outro modo, o ato de registro de CGH gera consequências jurídicas para regulado e regulador, especialmente no que se refere à segurança das barragens, independente do nome que se queira dar ao instituto. Por estarem sob o espectro de regulação da ANEEL, assim também deve ser quanto à segurança da barragem.

15. Destarte, analisando o art.5º da Lei 12.334/2010 de maneira sistêmica, chega-se à conclusão de que o legislador racionalmente pautado pelo princípio da especialidade aplicado à administração pública, buscou definir os órgão e entidades responsáveis pela fiscalização em função da finalidade ou uso da barragem, e da autoridade responsável por autorizar a atividade- fim a ela associada: **usos múltiplos, resíduos industriais, rejeitos de mineração e aproveitamento hidroelétrico** (quando este for o uso principal da barragem). Cabe mencionar que, no caso de aproveitamentos hidrelétricos de capacidade reduzida, a ANA somente outorga o direito de uso de recursos hídricos após verificação do registro, autorização ou concessão emitida pela ANEEL (Resolução ANA nº 707, de 2004, art. 4º I). Da mesma forma, a outorga de direito de uso de recursos hídricos para atividades minerárias somente é emitida pela ANA após verificação da prioridade do requerente na obtenção do título minerário junto ao DNPM (Resolução ANA nº 707, de 2004, art. 4º I). Portanto, nesses casos, a autoridade regulatória da atividade-fim detém os instrumentos principais de regulação e, por isso, devem ser também, as entidades fiscalizadoras das condições de segurança de barragens, conforme determina a Lei 12334/2010.

16. Ressalte-se que o arcabouço institucional criado foi acertado, uma vez que as barragens destinadas a cada um destes usos possuem peculiaridades e especificidades que ninguém melhor que o próprio agente fiscalizador setorial para conhecê-las. Esta linha de inteligência é seguida pelo eminente doutrinador de Direito Ambiental Paulo Affonso Leme Machado, que diz em sua obra (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23 ed. Editora Malheiros, 2015):

A lei 12.334 estabeleceu uma nítida relação dos órgãos públicos com os empreendedores, dependendo da finalidade da barragem. Não constam os nomes das entidades governamentais, pois não seria pequena a lista dos órgãos, uma vez que existem órgãos federais e estaduais (MACHADO, Paulo Leme, p.601).

17. Seria um contrassenso, e até temerário, se o legislador tivesse determinado que as CHG's, com todas as suas especificidades de barragens de geração de energia, fossem fiscalizadas por órgãos gestores de recursos hídricos estaduais e pela Agência Nacional de Águas, a depender da dominialidade do rio.

18. Ressalte-se que o posicionamento ora sustentado segue mesmo sentido do entendimento da Procuradoria Federal junto à ANEEL que, respondendo à consulta feita pelo Superintendente de Regulação dos Serviços de Geração, diz no **Parecer n.00575/PFANEEL/PGF/AGU (anexo II)**, no parágrafo 10 (Da análise), o seguinte:

No entendimento desta Procuradoria, porém, compete única e exclusivamente à ANEEL a atividade de fiscalização de segurança das barragens previstas no inciso II, da Lei n. 12.334/2010, **independentemente da capacidade instalada do empreendimento, conforme será devidamente explanado** (grifo nosso).

19. Entendimento este não acolhido pela Diretoria da ANEEL, poucos meses depois do referido Parecer, no voto anexo (PROCESSO: 48500.002920/2015-42) (**anexo III**) do relator sobre o resultado da audiência pública 052/2015, instaurada com o objetivo de colher subsídios e informações adicionais a proposta de Regulamentação da Lei nº 12.334, de 20/9/2010, Política Nacional de Segurança de Barragens, no âmbito do setor elétrico brasileiro. Diz o relator no parágrafo 7:

Inicialmente ressalta-se que na minuta de Resolução submetida à Audiência Pública constou do inciso II do art. 2º que as barragens fiscalizadas pela ANEEL seriam "**as barragens objeto de outorga ou registro para exploração de potencial de energia hidráulica**". No entanto, como a competência da ANEEL de fiscalizar se aplica a concessões e autorizações, não incluindo registros (caso das usinas com potência **instalada inferior a 3 MW**, que não tenham sido autorizadas ou concedidas), a inclusão de registros foi suprimida da definição de barragens fiscalizadas pela Agência. (grifo nosso)

20. Com isso, a Resolução nº 696/ 2015, em seu art.2º, II, ficou a com a seguinte redação: **barragens fiscalizadas pela ANEEL: barragens objeto de outorga para exploração de potencial de energia hidráulica.**

21. Oportuno registrar que a ANEEL apresentou o Parecer 446/2008-PF/ANEEL (**anexo IV**) elaborado em 2008, depois de consulta feita pela Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração acerca da possibilidade de simplificação do procedimento de obtenção de registro. Interessante observar que inobstante o parecer ter sido favorável à regulamentação de simplificação procedimental, àquela época considerava-se o aproveitamento hidroelétrico (de capacidade reduzida) igual ou inferior a 1.000 KW como insuscetível de concessão ou autorização, conforme Lei 9074/95, Decreto nº 2003/96 e Resolução ANEEL nº. 395/1998.

22. Deste período até hoje, como explicitado acima, esta capacidade “reduzida” de 1000 KW já aumentou para 3.000 KW, com a Lei 13.097/2015, e para 5.000 KW, com a Lei 13.360/2016. Nota-se, portanto, que o parâmetro para se enquadrar um barramento como CGH e, conseqüentemente, ser suscetível a um procedimento simplificado de registro tem mudado constantemente. Nesse sentido, se porventura prevalecer o entendimento da ANEEL de se desobrigar com a fiscalização da segurança destas barragens, o fato acarretaria enorme insegurança jurídica, uma vez que com novas ampliações, empreendedores passariam a ser fiscalizados por outros órgãos ou entidades do dia para noite, inclusive de outros entes da federação. Destaca-se que, no âmbito da Lei 12334/2010, cada órgão fiscalizador define suas próprias normas e exigências específicas para atendimento à Lei, como por exemplo a periodicidade e conteúdo de inspeções, prazos e conteúdo de planos de segurança; tudo isso seria alterado com a mudança do órgão fiscalizador, baseada apenas no critério setorial para definição do potencial de capacidade reduzida.

23. Por fim, há uma preocupação com relação à organização e o regular funcionamento da Política Nacional de Segurança de Barragem em virtude de eventual mudança de entendimento, conforme defende a ANEEL, uma vez que estas CGH’s estão, na maioria dos casos, em rios de domínio estadual. É possível que as unidades da federação se recusem a assumir o encargo, uma vez que cabe à União (exclusivamente), conforme art. 21 da CF, supracitado, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos. Pode -se argumentar que tal entendimento feriria a Constituição.

24. Ante o exposto e em virtude da divergência suscitada acerca da interpretação do art.5º da Lei 12.334/2010, submete-se esta Nota Técnica à consideração superior, sugerindo encaminhamento à Procuradoria Federal junto à ANA, a fim de dirimir a controvérsia.

Atenciosamente,

(assinado eletronicamente)
ALEXANDRE ANDERÁOS
Especialista em Recursos Hídricos

De acordo

(assinado eletronicamente)
FERNANDA LAUS DE AQUINO
Coordenadora de Regulação de Serviços Públicos e Segurança de Barragens

De acordo. Ao Senhor Procurador-Chefe, para análise.

(assinado eletronicamente)
RODRIGO FLECHA FERREIRA ALVES
Superintendente de Regulação

ANEXO I

Ofício nº 206/2016/AA-ANA (doc. 40263/16)

ANEXO II

Parecer n.00575/PFANEEL/PGF/AGU

ANEXO III

voto (PROCESSO: 48500.002920/2015-42) sobre o resultado da audiência pública 052/2015, instaurada com o objetivo de colher subsídios e informações adicionais a proposta de Regulamentação da Lei nº 12.334, de 20/9/2010

ANEXO IV

Parecer 446/2008-PF/ANEEL

Ofício nº 206/2016/AA-ANA
Documento nº: 00000.040263/2016-27

Brasília, 15 de julho de 2016.

A Sua Senhoria o Senhor
ROMEU DONIZETE RUFINO
Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL
SGAN 603, Módulo J
70830-030 – Brasília/DF – DF

Assunto: **Fiscalização de barragens de Geração**
Referência: Documento 00000.039662/2016

Senhor¹ Diretor-Geral,

1. Na reunião entre as áreas de fiscalização da ANA e ANEEL realizada em 21 de março de 2016, tomamos conhecimento de que, no entendimento da ANEEL, as Centrais de Geração Hidrelétricas (CHG) não estariam sujeitas à sua fiscalização quanto aos aspectos de segurança de barragens no âmbito da Lei nº 12.334/2010, por não serem objeto de autorização ou concessão de uso do potencial de energia hidráulica. Recentemente, durante a oficina de Fiscalizadores de Segurança de Barragens, realizada nos dias 27 e 28 de junho de 2016, a ANEEL reiterou seu entendimento aos demais órgãos fiscalizadores de segurança de barragens.
2. Após discussões internas na ANA, consideramos importante esclarecer que, de acordo com a Lei 12.334/2010, a ANA é responsável por promover a articulação entre os órgãos fiscalizadores de segurança de barragens e pela coordenação da elaboração do Relatório de Segurança de Barragens, cabendo ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos zelar pela implementação da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), bem como estabelecer diretrizes para implementação da PNSB, aplicação de seus instrumentos.
3. Conforme Art. 5º, Inciso I, da Lei 12334/2010, a ANA e os demais órgãos gestores de recursos hídricos estaduais também são responsáveis por fiscalizar as barragens que são objeto de outorga de direito de uso de recursos hídricos por eles emitida, quando o objeto for a acumulação de água, **exceto par fins de aproveitamento hidrelétrico** como é o caso das CGHs. Assim, a ANA ou os órgãos gestores de recursos hídricos estaduais também não são responsáveis pela fiscalização de CGHs quanto aos aspectos de segurança de barragens.
4. Portanto, o entendimento da ANEEL cria uma lacuna na PNSB quanto à entidade responsável pela fiscalização de CGHs quanto à segurança das barragens, em que pese não haver prejuízo, em qualquer barragem, das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), conforme o mesmo Art. 5º, da Lei 12.334/2010.

¹ Os documentos destinados a ANA devem, preferencialmente, ser encaminhados por meio do serviço de protocolo eletrônico disponibilizado no endereço www.ana.gov.br

5. Considerando que podem existir CGHs com características que as enquadram na Lei nº 12.334/2010 (altura da barragem superior a 15 m, capacidade do reservatório superior a 3 hm³ ou categoria de dano potencial associado médio ou alto), colocamo-nos a disposição para discussão e construção de entendimento alternativo, que possa definir claramente a entidade responsável pela fiscalização desses empreendimentos.

Atenciosamente,

(assinado eletronicamente)
VICENTE ANDREU
Diretor-Presidente

Memorando nº 066/2015-SRG/ANEEL

Em 25 de junho de 2015.

Ao Procurador-Geral
Ricardo Brandão Silva

Assunto: **Competência da ANEEL para regulamentar o Inciso II do art. 5º da Lei nº. 12.334, de 2010.**

1. Fazemos referência à Lei nº. 12.334, de 20 de setembro de 2010, que disciplina a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, entre eles, a hidroeletricidade.

2. O art. 5º, inc. II, da referida lei, ao dispor sobre a competência para a fiscalização da segurança de barragens, estabeleceu-se que:

Art. 5º A fiscalização da segurança de barragens caberá, sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama):

[...]

II – à entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico, quando se tratar de uso preponderante para fins de geração hidrelétrica;

3. Não obstante competir à ANEEL a atividade de regulação do serviço de energia elétrica concedido, permitido e autorizado, bem como a permanente fiscalização de sua prestação¹, depreende-se da leitura combinada das Leis nºs 8.987/1995² e 9.427/1996³ que a atribuição de conceder aproveitamentos de potencial hidráulico com potência superior a 30.000kW é do Poder Concedente.

4. Nesses termos, a ausência de uma redação legal que explicita a Agência como a entidade responsável pela plena gestão da atividade prevista no Inciso II do art. 5º da Lei nº. 12.334/2010 poderia, numa interpretação mais restrita, limitar a fiscalização da ANEEL às usinas hidrelétricas com capacidade instalada igual ou inferior a 50.000 kW, conforme previsão do art. 26, inc. I e VI, da Lei nº 9.427, de 1996.

¹ Inciso XIX do art. 3º. da Lei nº. 9427, de 26/12/1996.

² Art. 2º, Inciso II.

³ Art. 26, Incisos I e VI.

Pág. 2 do Memorando nº 066/2015-SRG/ANEEL, de 25/06/2015.

5. Com efeito, solicita-se a análise jurídica dessa Procuradoria Geral quanto à correta caracterização da competência da Agência para regulamentar, em sua plenitude, o dispositivo legal previsto no Inciso II do art. 5º da Lei nº. 12.334, de 2010.

Atenciosamente,


CHRISTIANO VIEIRA DA SILVA
Superintendente de Regulação dos Serviços de Geração

BGFM



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA
ELÉTRICA
COORDENADORIA DE GERAÇÃO, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO
SGAN, QUADRA 603 / MÓDULOS "I" E "J" CEP 70830-110, BRASÍLIA/DF
BRASIL - TELEFONE (61) 2192-8614 FAX: (61) 2192-8149 E-MAIL:
PROCURADORIAFEDERAL@ANEEL.GOV.BR

PARECER n. 00575/2015/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48550.000504/2015-14

**INTERESSADA: SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS
DE GERAÇÃO - SRG**

**ASSUNTO: Competência da ANEEL para regular o inciso II, do art. 5º, da Lei nº
12.334/2010**

EMENTA: Lei nº 12.334/2010. Fiscalização e Segurança de barragens. Agência Reguladora. Natureza jurídica. Atividade de fiscalização. A ANEEL é competente para exercer a atividade de fiscalização da segurança das barragens, nos termos do art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.334/2010.

Pelo Memorando nº 066/2015/SRG/ANEEL, o Superintendente da SRG consulta esta Procuradoria a respeito da competência da ANEEL para regulamentar o disposto no art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabeleceu a Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB e criou o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens – SNISB.

I. - DOS FATOS

1. Para compreensão do objeto da consulta em tela, segue abaixo inteiro

12516002860/15

teor do supramencionado memorando:

1. Fazemos referência à Lei nº. 12.334, de 20 de setembro de 2010, que disciplina a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, entre eles, a hidroeletricidade.

2. O art. 5º, inc. II, da referida lei, ao dispor sobre a competência para a fiscalização da segurança de barragens, estabeleceu-se que:

Art. 5º - A fiscalização da segurança de barragens caberá, sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama):

II - à entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico, quando se tratar de uso preponderante para fins de geração hidrelétrica;

3. Não obstante competir à ANEEL a atividade de regulação do serviço de energia elétrica concedido, permitido e autorizado, bem como a permanente fiscalização de sua prestação, depreende-se da leitura combinada das Leis nºs 8.987/19952 e 9.427/19963 que a atribuição de conceder aproveitamentos de potencial hidráulico com potência superior a 30.000kW é do Poder Concedente.

4. Nesses termos, a ausência de uma redação legal que explicita a Agência como a entidade responsável pela plena gestão da atividade prevista no Inciso II do art. 5º da Lei nº. 12.334/2010 poderia, numa interpretação mais restrita, limitar a fiscalização da ANEEL às usinas hidrelétricas com capacidade instalada igual ou inferior a 50.000 kW, conforme previsão do art. 26, inc. I e VI, da Lei nº 9.427, de 1996.

5. - Com efeito, solicita-se a análise jurídica dessa Procuradoria Geral quanto à correta caracterização da competência da Agência para regulamentar, em sua plenitude,

o dispositivo legal previsto no Inciso II do art. 5º da Lei nº 12.334, de 2010.

2. É o breve relatório. Passo a analisar.

II. - DA ANÁLISE

3. Trata-se de dúvida pontual e objetiva da SRG a respeito de um eventual limite da competência da ANEEL para regulamentar o disposto no inciso II, da Lei nº 12.334/2010, cuja redação é a seguinte:

Art. 5º - A fiscalização da segurança de barragens caberá, sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama):

(...)

II - à entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico, quando se tratar de uso preponderante para fins de geração hidrelétrica;

4. Em síntese, a dúvida da área técnica é se a ANEEL seria a única entidade competente para a gestão plena da atividade de fiscalização da segurança das barragens levando-se em consideração a sua competência prevista no art. 26, da Lei nº 9.427/96.

5. A Lei nº 12.334/2010 foi criada com o intuito de instituir a Política Nacional de Segurança de Barragens no Brasil visando, dentre outros propósitos, a prevenção de incidentes e acidentes com barragens ou minimização de suas consequências. Em resumo, o texto da nova lei define claramente responsabilidades para os empreendedores ou proprietários das barragens e atribuições aos diversos agentes fiscalizadores, o que inclui, por exemplo, o dever de elaborar regulamentações complementares.

6. Neste sentido, verifica-se que o art. 5º, da Lei nº 12.334/2010 utilizou um critério baseado na origem e no objeto da outorga para definir a entidade competente para exercer a fiscalização da segurança das barragens, *in verbis*:

Art. 5º - A fiscalização da segurança de barragens caberá, sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama):

I - à entidade que outorgou o direito de uso dos recursos hídricos, observado o domínio do corpo hídrico, quando o objeto for de acumulação de água, exceto para fins de aproveitamento hidrelétrico;

II - à entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico, quando se tratar de uso preponderante para fins de geração hidrelétrica;

III - à entidade outorgante de direitos minerários para fins de disposição final ou temporária de rejeitos;

IV - à entidade que forneceu a licença ambiental de instalação e operação para fins de disposição de resíduos industriais.
(grifos meus)

7. Desta forma, foi com base no disposto no inciso I, do art. 5º, destacado acima, que a Agência Nacional de Águas - ANA editou a Resolução nº 91, de 2 de abril de 2012, que estabelece a periodicidade de atualização, a qualificação, do responsável técnico, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem e da Revisão Periódica de Segurança da Barragem.

8. O que motivou a consulta em tela é a dúvida da SRG quanto a um eventual limite da competência da ANEEL exercer a atividade de fiscalização da segurança das barragens, em obediência ao inciso II, do art. 5º, da Lei nº 12.334/2010. Esta dúvida decorre de uma interpretação puramente restrita e literal do art.26, incisos I e VI, e 3º-A, II, ambos da Lei nº 9.427/96, que assim dispõem:

Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante **delegação à ANEEL, autorizar:**

I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e igual ou inferior a 30.000 kW (trinta mil quilowatts), destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica; (Redação dada pela Lei nº

13.097, de 2015)

II - a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação das respectivas instalações de transmissão associadas, ressalvado o disposto no § 6º do art. 17 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)

IV - a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

V - os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico. (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

VI - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e igual ou inferior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts), destinado à produção independente ou autoprodução, independentemente de ter ou não característica de pequena central hidrelétrica. (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

Art. 3º-A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao **Poder Concedente**: (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

(...)

II - celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

9. Segundo a SRG, uma leitura mais apressada dos dispositivos de lei invocados levaria a conclusão de que a ANEEL ficaria limitada a fiscalizar as barragens de usinas hidrelétricas com capacidade instalada igual ou inferior a 50.000 KW.

10. No entendimento desta Procuradoria, porém, compete única e

exclusivamente à ANEEL a atividade de fiscalização de segurança das barragens prevista no inciso II, da Lei nº 12.334/2010, independentemente da capacidade instalada do empreendimento, conforme será devidamente explanado.

11. Ora, é sabido que o poder de fiscalização das agências reguladoras decorre do poder de polícia administrativa, vem previsto na Constituição Federal e, no caso da ANEEL, na Lei nº 9.427/96, que assim estabelece, *in verbis*:

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.

Art. 3º - Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1o, compete à ANEEL: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

(...)

IV – gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação.

(...)

12. Assim sendo, pode-se dizer que o dever-poder da ANEEL de fiscalizar um determinado agente setorial decorre de uma competência que deve ser exercida permanentemente, conforme preceitua o artigo 3º, XIX, da Lei 9.427/96:

13. Vê-se, destarte, que o regime jurídico a que adere o agente detentor de uma outorga para exploração de serviços e instalações de elétrica confere à ANEEL o

poder de verificar, rotineira e continuamente, o cumprimento fiel da legislação setorial por parte do concessionário, permissionário e autorizado. Trata-se de prerrogativa da Agência que decorre da relação jurídica existente entre regulador e o regulado.

14. Assim, no exercício de seu poder-dever de fiscalização, sempre visando adequar o interesse particular ao interesse da sociedade, a ANEEL pode instaurar e aplicar de ofício penalidades, a fim de garantir o cumprimento de suas disposições regulatórias, obedecendo aos princípios que regem o processo administrativo.

III. – CONCLUSÃO

15. Pelo exposto, na opinião desta Procuradoria compete à ANEEL exercer a competência plena para regular, nos termos do art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.334/2010, a fiscalização da segurança das barragens.

16. É o parecer que subscrevo e aprovo, independentemente de aprovação do Procurador-Geral Substituto, ausente em razão de férias, com fundamento na Portaria nº 241, exarada pelo Advogado-Geral da União em 13 de julho de 2015. Encaminhe-se ao Superintendente da SRG.

Brasília, 4 de setembro de 2015.

JOÃO ALFREDO S. BAETAS GONÇALVES

Procurador Federal

Mat. SIAPE 1553037

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48550000504201514 e da chave de acesso 755a58a6

Documento assinado eletronicamente por JOAO ALFREDO SERRA BAETAS GONCALVES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 4207957 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): JOAO ALFREDO SERRA BAETAS GONCALVES. Data e Hora: 04-09-2015 16:54. Número de Série: 1216914. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.

Documento Cópia - SICnet



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL - ANEEL
SGAN - Quadra 603 / Módulos "I" e "J"
CEP 70830-030 - Brasília - DF - Brasil

PARECER N.º 446 /2008-PF/ANEEL

Referência: Processo n.º. 48500.003601/2008-25

Interessados: Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração

Assunto: Registro. Simplificação.

Ementa: Registro. Procedimento. Simplificação. Possibilidade. O titular do registro pode comercializar a energia produzida. O que caracteriza o registro é a capacidade reduzida do empreendimento e não a destinação da energia para uso exclusivo. Não cabe ao Estado realizar ingerências indevidas para obtenção do registro. Inteligência das normas contidas nos artigos 176, parágrafo 4º, da Constituição de 1988 e 8º, da Lei n.º. 9.074/95.

A Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração, por meio do Ofício n.º. 47/2008-SCG/ANEEL solicita desta Procuradoria Federal manifestação acerca da possibilidade de simplificar o procedimento para obtenção de registro (artigo 8º da Lei n.º. 9.074/95).

I - DOS FATOS

2. Para melhor compreensão, mister a transcrição da Nota Técnica elaborada pela área consultante, *in verbis*:

É atribuição da SCG o registro para implantação de centrais geradoras hidrelétricas com potência igual ou inferior a 1.000 kW, assim como de termelétricas, eólicas e outras fontes não convencionais de energia até 5.000 kW, bem como a autorização para a comercialização de energia elétrica por autoprodutores e proprietários de centrais geradoras que são objeto de registro na Aneel.


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

48546.002966/08-00

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 2 do Parecer nº 446 /2008-PF/ANEEL).

2. Conforme o art. 8º da Lei n. 9.074/1995, regulamentado pelo art. 5º do Decreto n. 2.003/1996, a implantação das centrais geradoras descritas acima está dispensada de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicada ao Poder Concedente, para fins de registro.
3. A Resolução n. 112, de 18 de maio de 1999 estabelece os requisitos necessários para implantação, ampliação ou repotenciação de centrais geradoras termelétricas, eólicas e de outras fontes alternativas de energia. O art. 3º da citada Resolução n. 112/1999, determina, especificamente para o registro, que o mesmo deve ser solicitado à Aneel, mediante requerimento, acompanhado de Ficha Técnica preenchida.
4. Para as centrais geradoras hidrelétricas, a Resolução n. 395/1998 dispensa o mesmo tratamento descrito acima, quando determina que os aproveitamentos com potência igual ou inferior a 1.000 kW deverão ser comunicados à Aneel, de acordo com formulário disponibilizado.
5. Até agora, na instrução dos processos de registro, é prática desta Superintendência solicitar ao empreendedor os documentos referentes a requisitos legais, técnicos e, nas situações de comercialização, também os documentos de regularidade fiscal.
6. Por conseguinte estamos dispensando o mesmo tratamento de análise legal, técnica e fiscal, na instrução do processo para o empreendedor que será agente do Setor Elétrico e para o empreendedor que a lei exigiu a simples comunicação ao Poder Concedente. Entendemos que, com esse procedimento, estamos indo além do que determina a lei e as nossas Resoluções n. 112/1999 e n. 395/1998.
7. Diante do exposto, estamos estudando a possibilidade de simplificarmos nossos procedimentos em relação ao registro, com maior adequação ao dispositivo legal, apenas registrando os comunicados recebidos. A simplificação consiste em solicitar do empreendedor apenas as informações mínimas sobre a central geradora e pessoa física ou jurídica responsável e fornecer um documento, atestador do recebimento de comunicação, sem a necessidade, portanto, de publicação desse ato no Diário Oficial.
8. É nossa intenção adotar esse procedimento mais simplificado inclusive para as centrais geradoras, submetidas exclusivamente a registro, que tenham por fim a comercialização, pois entendemos que essa comercialização está abrangida na atividade tratada pela Lei n. 9.648/1998.
9. Se o legislador optou por não exigir atos de outorga para esses empreendimentos, ao que tudo indica, também não se preocupou com a comercialização dessa geração. A comercialização é, via de regra, contida na outorga de geração, à luz do que dispõe o art. 10 do Decreto n. 2.655/1998.
10. Como consequência dessa simplificação, será necessária, na revisão da Resolução n. 112/1999 e da Resolução n. 395/1998, a previsão de uma Ficha Técnica simplificada, especificamente para fins de registro.


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PG/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 3 do Parecer nº 446 /2008-PF/ANEEL).

11. Para atender certos dispositivos legais criadores de privilégios, a exemplo dos previstos na Resolução n. 77/2004, que beneficiam diretamente esses agentes, pensamos, nos casos específicos, considerar como equiparados a agentes do setor.

Diante do exposto, solicitamos manifestação dessa Procuradoria sobre os fundamentos legais para implantarmos a simplificação nos procedimentos de registro.

II – DA ANÁLISE

II.1) Escorço histórico dos textos constitucionais

3. Antes de adentrar no mérito da Consulta formulada pela Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração são necessárias algumas considerações sobre a norma contida no artigo 176, parágrafo 4º, da Constituição da República, que versa sobre a dispensa de autorização e de concessão para aproveitamentos de potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

4. Referidos aproveitamentos são mencionados no parágrafo 4º, do artigo 176 da Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 176 - *As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.*

(...)

§ 4º - *Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.*


5. Observa-se que a atual Constituição dispõe que não dependem de autorização ou concessão aproveitamentos de potencial de energia renovável de capacidade reduzida. Para uma serena compreensão da mencionada norma, indispensáveis breves considerações históricas, razão pela qual passo a transcrever as menções constantes dos últimos textos constitucionais, *in verbis*:

Artigo 119. *O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.*

§ 2º - *O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão. (Constituição de 1934)*

Art 143 - *As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.*

§ 2º - *O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização. (Constituição de 1937)*


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 4 do Parecer nº 446/2008-PF/ANEEL).

Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§ 2º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida. (Constituição de 1946)

Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida. (Constituição de 1967)

Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida. (Emenda Constituição nº1 de 1969) (Grifos nossos)

6. Constata-se que a dispensa de autorização ou de concessão para potenciais reduzidos não é inaudita ao ordenamento pátrio, posto que consta de textos constitucionais desde 1934.


7. Cumpre enfatizar que o legislador constituinte em 1988 trouxe uma série de restrições e/ou imposições no que tange ao meio-ambiente, o que denota que a proposta de vida em 1988 não ignora que o homem é parte integrante do meio-ambiente e dele depende. Poderíamos, aqui, tecer inúmeros comentários sobre as inovações de 1988 no que pertine à matéria ambiental, porém é suficiente compreender a importância devotada ao tema pela Assembléia Constituinte.

8. Inobstante as regras ambientais, o mesmo constituinte reputou que nem toda ação antrópica é capaz de malferir o meio-ambiente, razão pela qual manteve a dispensa de autorização ou concessão para aproveitamentos de potenciais de energia renovável de capacidade reduzida.

9. Nesse sentido, a intervenção humana em casos de pequenos potenciais independe de concessão ou autorização dado o pequeno caráter lesivo da ação.

II.2) Regulamentação infraconstitucional. Do Código de Águas à Lei nº. 9.074/95

10. O Código de Águas (Decreto nº. 24.643/34) dispunha que:


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 5 do Parecer nº 446/2008-PF/ANEEL).

Art. 139. O aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia hidráulica, quer do domínio público, quer do domínio particular, far-se-há pelo regime de autorizações e concessões instituído neste Código.

§ 1º Independe de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'agua já utilizadas industrialmente na data da publicação deste Código, desde que sejam manifestadas na forma e prazos prescritos no art. 149 e enquanto não cesse a exploração; cessada esta cairão no regime deste Código.

§ 2º Também ficam excetuados os aproveitamentos de quedas d'agua de potência inferior a 50 kws para uso exclusivo do respectivo proprietário.

§ 3º Dos aproveitamentos de energia hidráulica que, nos termos do parágrafo anterior não dependem de autorização, deve ser todavia notificado o Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura para efeitos estatísticos.

§ 4º As autorizações e concessões serão conferidas na forma prevista no art. 195 e seus parágrafos.

§ 5º Ao proprietário da queda d'agua são assegurados os direitos estipulados no art. 148.

11. Segundo Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins *in* Comentário à Constituição do Brasil, "a dispensa referida tem raízes profundas no nosso direito constitucional. A Constituição de 1934 já disponha no seu § 2.º do artigo 119 que o aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independia de autorização ou concessão".

12. O Código de Águas (Decreto nº. 24.643/34), embora anterior à própria Constituição daquele ano, mantinha estrita consonância com o preceito do texto constitucional. O artigo 139, parágrafo 2º, estipulava a dispensa de autorização e concessão no tocante aos aproveitamentos de quedas d'água de potência inferior a 50kW para uso exclusivo do respectivo proprietário¹.

13. Pontes de Miranda mostrava-se incisivo a respeito:

Se o aproveitamento da energia hidráulica é de potência reduzida (entendendo-se como tal a que é necessário para uso doméstico ou de simples serviço auxiliar de fazenda ou sítios, e não aquela que constitui a única ou principal energia ou uma das principais de uma indústria), não depende de autorização ou concessão. Não mais é preciso a coincidência de dois pressupostos: ser de potência reduzida e não fornecer o proprietário a outrem energia hidráulica"².


¹ A lei reguladora, visto que inegavelmente a expressão capacidade reduzida demandava uma definição legal, mantinha-se perfeitamente adaptada à lei maior, daí por que houve recepção, mercê da qual o dispositivo manteve-se plenamente vigente até 1946.

Com a superveniência da Constituição do ano recém-referido, suprimiu-se o requisito da exclusividade de uso. A partir daí, o Código de Águas deixou de ser recepcionado, no que toca a proibição de cessão de energia. Desde que a constituição limitou-se a traçar um único requisito, o da capacidade reduzida, o segundo, o da exclusividade de uso, não tinha mais condição de vigorar.

Assim sendo, neste particular, o Código de Águas deixou de ser norma regulamentadora para funcionar com norma integradora, isto é, responsável por critérios mais exigentes para a fruição do benefício constitucional.

Deixou simplesmente de definir para crescer, agregar, aumentar, enfim duplicar. Até mesmo do ponto de vista lógico, a exigência de exclusividade perde significação. Mais ainda, torna-se uma excrescência. Se já há uma definição do numero de kilowats, abaixo do qual o potencial hidráulico é tido por reduzido, é de toda conveniência pública que quem quer que explore, se não tiver condições de consumir integralmente a geração produzida, transfira-o outrem. Absurdo seria exigir-se que ele desperdiçasse a energia só para satisfazer uma suposta exigência de exclusividade, já expelida da constituição, muito provavelmente porque percebeu a sua improcedência.

² (Comentário à constituição de 1967, com a Emenda nº. 1 de 1969, 2. Ed., revista dos tribunais, t.6, p.288)


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 6 do Parecer nº 446 /2008-PF/ANEEL).

14. Destarte, observe-se que desde 1946 há necessidade da obediência a um único requisito: **capacidade reduzida**. Como afirmado, os textos constitucionais anteriores não definiam o que seria capacidade reduzida, tarefa que coube ao legislador infraconstitucional. Adiante, se constatará que o texto constitucional de 1988 também deixou a tarefa de definir o que seria capacidade reduzida ao legislador ordinário.

15. O Código de Águas estabelecia que o aproveitamento industrial das quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica dar-se-ia pela utilização dos regimes de autorização ou concessão. As autorizações seriam outorgadas a aproveitamentos com potência superior a 50kW e inferior a 150kW, as concessões, por seu turno, seriam outorgadas a empreendimentos com potência superior a 150kW. Os empreendimentos com potência inferior a 50kW não estavam sujeitos a nenhum dos dois regimes

16. Assim, independiam de autorização ou de concessão quaisquer empreendimentos com potência inferior a 50kW, eis a premissa estabelecida pelo Código de Águas e que perdurou durante muitos anos.

II.3) O panorama vigente: registro

17. O parágrafo 4º do artigo 176 da Constituição da República dispensou de autorização ou de concessão o potencial hidráulico de capacidade reduzida.

18. Cumpre ressaltar que, por ocasião da promulgação do texto de 1988, vigia e foi recepcionado o Decreto nº. 41.019/57, o qual definia "capacidade reduzida" como sendo aquela abaixo de 150kW. Todavia, uma nova definição de "capacidade reduzida" foi conferida pela Lei nº. 9.074/95 ao explicitar, no seu artigo 8º, os potenciais de capacidade reduzida que prescindem de ato de outorga para serem explorados, *in verbis*:

Artigo 8º O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 KW, e a implantação de usinas termelétricas de potencia igual ou inferior a 5.000 KW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente. (Grifei)

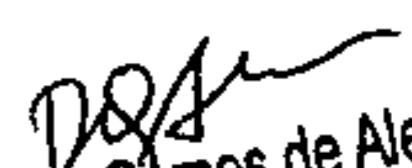
19. Marçal Justen Filho tece os seguintes comentários sobre o registro a que se refere a Lei nº. 9074/95:

O dispositivo dimensiona os limites de potência abaixo dos quais o Estado não intervém, em face da irrelevância econômica e social do evento.

(...)

3) Dever de Comunicação

A comunicação destina-se a assegurar o controle estatal acerca de atividades potencialmente relacionadas com o interesse público. A omissão de comunicação prévia não caracteriza


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fis. 7 do Parecer nº 446/2008-PF/ANEEL).

ilicitude da atuação do particular nem autoriza o Estado a impedir sua continuidade. Quando muito, a legislação poderia impor ao faltoso uma multa.

20. Segundo o escólio de Marçal Justen Filho, a "irrelevância econômica e social do evento" desautoriza intervenções do Estado que não estejam no âmbito do dever de comunicação. Em outras palavras, o constituinte e o legislador infraconstitucional reputaram que empreendimentos que se enquadrem como objeto de registro devem ter um procedimento simplificado.

21. Tal dispositivo legal foi posteriormente regulamentado pelo artigo 5º, do Decreto nº. 2.003/96, assim como pelo artigo 22 da Resolução da ANEEL nº. 395, respectivamente com a seguinte redação:

Decreto nº 2.003/96

Art. 5º O aproveitamento de potencial hidráulico igual ou inferior a 1.000 kW e a implantação de usina termelétrica de potência igual ou inferior a 5.000 kW independem de concessão ou autorização, devendo, entretanto, ser comunicados ao órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, para fins de registro.

Resolução ANEEL nº 395/1998

Da Comunicação dos Aproveitamentos Hidrelétricos com potência igual ou inferior a 1.000 kW

Art. 22. Os aproveitamentos hidrelétricos com potência igual ou inferior a 1.000 kW deverão ser comunicados à ANEEL, conforme o art. 8º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, de acordo com formulário a ser disponibilizado pela ANEEL.

§ 1º O aproveitamento de potencial hidráulico de que trata este artigo, que vier a ser afetado por aproveitamento ótimo de curso d'água, não acarretará ônus de qualquer natureza ao Poder Concedente.


§ 2º A comunicação referida no "caput" deste artigo não exime o interessado das responsabilidades quanto aos aspectos ambientais e de recursos hídricos.

22. A Resolução nº. 112/99, que estabelece os requisitos necessários à obtenção de registro ou autorização para a implantação, ampliação ou repotenciação de centrais geradoras termelétricas, eólicas e de outras fontes alternativas de energia estabelece que:

DO REGISTRO

Art. 3o O Registro de implantação, ampliação ou repotenciação de centrais geradoras termelétricas, eólicas e de outras fontes alternativas de energia, com potência igual ou inferior a 5.000 kW, deverá ser solicitado à ANEEL mediante requerimento, acompanhado de Ficha Técnica preenchida, na forma dos modelos anexos, conforme o caso.

23. Destarte, a partir da regulamentação do § 4º do art. 176 da Constituição Federal, o panorama hodierno é o seguinte: aproveitamento de potencial de energia renovável de capacidade reduzida refere-se aos aproveitamentos hidrelétricos com potencial igual ou inferior a 1.000 kW, os quais prescindem


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 8 do Parecer nº 446 /2008-PF/ANEEL).

de qualquer ato de outorga como autorização ou concessão, sujeitando-se apenas ao regime jurídico de registro mediante comunicação ao Poder Concedente.

II.4) Procedimento. Necessidade de simplificação

24. Acerca do procedimento de registro, cabe primordialmente às áreas técnicas estabelecer quais exigências guardam compatibilidade com a intenção do constituinte e com a mera comunicação que parece ser uma baliza em matéria de registro.

25. As áreas técnicas, com o desiderato acima, podem, igualmente, introduzir requisitos outros, ressaltando-se, contudo, o norte de simplificação que é ínsito ao registro. Por outro lado, entende este Parecerista que os citados requisitos devem ser pautados "no espírito de mera simplificação" a que se refere o artigo 8º da Lei nº. 9.074/95, razão pela qual exigências que extrapolem tal norte devem ser tidas como ilegais.


26. Nesse sentido, acredita esta Procuradoria Federal que a norma contida no § 4º do artigo 176 da Constituição da República, com a regulamentação dada pela Lei nº. 9.074/1995, denota que a intenção do constituinte originário e do legislador infraconstitucional seria no sentido de um procedimento simplificado e desburocratizado. **Aliás, referido dispositivo excepciona das atividades reservadas ao Estado o aproveitamento reduzido, que não depende mais de delegação ou outorga para exploração.**

27. Por outro lado, acredita este Parecerista que o procedimento de registro deva ser único, de sorte a contemplar tanto aquele que vai consumir toda a energia como aquele que vai comercializar. Cabe enfatizar que o requisito uso exclusivo – que já constou, inclusive, de textos constitucionais pretéritos – não mais subsiste.

28. Ao que parece, uma interpretação histórica denota que não há razão para distinguir o registro pelo fim colimado, isto é, pela venda ou pelo consumo próprio. O que foi objeto de preocupação tanto do constituinte quanto do legislador infraconstitucional foi a capacidade reduzida do empreendimento.

29. Segundo Marçal Justen Filho:

O dispositivo dimensiona os limites de potência abaixo dos quais o Estado não intervém, em face da irrelevância econômica e social do evento. Anote-se que o art. 8º não restringe sua regulação apenas aos casos de uso exclusivo de autoprodutor. Seria possível, então, um particular comercializar energia a terceiros, sem qualquer restrição, se fosse produtora não ultrapassasse os limites do art. 8º? A resposta é positiva, até supondo que a dimensão da atividade não atingiria os requisitos de generalidade. Ou seja, o art. 8º aplica-se, inclusive, para os casos de produção independente. Destaque-se que isso não se passa apenas no âmbito da energia elétrica, por exemplo. Assim, o proprietário do veículo que transporte os filhos dos vizinhos para escola, ainda que mediante remuneração, não está prestando "serviço público de transporte urbano".


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 9 do Parecer nº 446/2008-PF/ANEEL).

30. Destaca este Parecerista que a diferença entre o titular de registro que comercializa e o que não comercializa estará na adesão à convenção de mercado e aos procedimentos de comercialização e não em ingerências que extrapolem a mera comunicação a que se refere o artigo 8º, da Lei nº. 9.074/95. .


31. Nesse sentido, opina esta Procuradoria Federal no sentido de que a matéria seja objeto de regulamentação por parte desta Agência de sorte a simplificar o procedimento para obtenção de registro e abranger, também, a possibilidade de comercialização.

III – CONCLUSÃO

32. Do exposto, manifesta-se esta Procuradoria Federal pela possibilidade de simplificar o procedimento para obtenção do registro a que se refere o artigo 8º da Lei nº. 9.074/95, tendo em vista que tal diretriz possui esteio no ordenamento pátrio.


33. É o Parecer.

Brasília, 05 de agosto de 2008.


DILERMANDO GOMES DE ALENCAR
Procurador Federal

Aprovo o Parecer n.º 446 /2008-PF/ANEEL. Encaminhe-se à Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração.

Brasília, 05 de agosto de 2008.


CLAUDIO GIRARDI
Procurador-Geral

Documento Cópia - SICnet



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL - ANEEL
SGAN - Quadra 603 / Módulos "I" e "J"
CEP 70830-030 - Brasília - DF - Brasil

PARECER N.º 446 /2008-PF/ANEEL

Referência: Processo n.º. 48500.003601/2008-25

Interessados: Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração

Assunto: Registro. Simplificação.


Ementa: Registro. Procedimento. Simplificação. Possibilidade. O titular do registro pode comercializar a energia produzida. O que caracteriza o registro é a capacidade reduzida do empreendimento e não a destinação da energia para uso exclusivo. Não cabe ao Estado realizar ingerências indevidas para obtenção do registro. Inteligência das normas contidas nos artigos 176, parágrafo 4º, da Constituição de 1988 e 8º, da Lei n.º. 9.074/95.

A Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração, por meio do Ofício n.º. 47/2008-SCG/ANEEL solicita desta Procuradoria Federal manifestação acerca da possibilidade de simplificar o procedimento para obtenção de registro (artigo 8º da Lei n.º. 9.074/95).

I - DOS FATOS

2. Para melhor compreensão, mister a transcrição da Nota Técnica elaborada pela área consultante, *in verbis*:

É atribuição da SCG o registro para implantação de centrais geradoras hidrelétricas com potência igual ou inferior a 1.000 kW, assim como de termelétricas, eólicas e outras fontes não convencionais de energia até 5.000 kW, bem como a autorização para a comercialização de energia elétrica por autoprodutores e proprietários de centrais geradoras que são objeto de registro na Aneel.


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

48546.002966/08-00

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 2 do Parecer nº 446 /2008-PF/ANEEL).

2. Conforme o art. 8º da Lei n. 9.074/1995, regulamentado pelo art. 5º do Decreto n. 2.003/1996, a implantação das centrais geradoras descritas acima está dispensada de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicada ao Poder Concedente, para fins de registro.

3. A Resolução n. 112, de 18 de maio de 1999 estabelece os requisitos necessários para implantação, ampliação ou repotenciação de centrais geradoras termelétricas, eólicas e de outras fontes alternativas de energia. O art. 3º da citada Resolução n. 112/1999, determina, especificamente para o registro, que o mesmo deve ser solicitado à Aneel, mediante requerimento, acompanhado de Ficha Técnica preenchida.

4. Para as centrais geradoras hidrelétricas, a Resolução n. 395/1998 dispensa o mesmo tratamento descrito acima, quando determina que os aproveitamentos com potência igual ou inferior a 1.000 kW deverão ser comunicados à Aneel, de acordo com formulário disponibilizado.

5. Até agora, na instrução dos processos de registro, é prática desta Superintendência solicitar ao empreendedor os documentos referentes a requisitos legais, técnicos e, nas situações de comercialização, também os documentos de regularidade fiscal.


6. Por conseguinte estamos dispensando o mesmo tratamento de análise legal, técnica e fiscal, na instrução do processo para o empreendedor que será agente do Setor Elétrico e para o empreendedor que a lei exigiu a simples comunicação ao Poder Concedente. Entendemos que, com esse procedimento, estamos indo além do que determina a lei e as nossas Resoluções n. 112/1999 e n. 395/1998.

7. Diante do exposto, estamos estudando a possibilidade de simplificarmos nossos procedimentos em relação ao registro, com maior adequação ao dispositivo legal, apenas registrando os comunicados recebidos. A simplificação consiste em solicitar do empreendedor apenas as informações mínimas sobre a central geradora e pessoa física ou jurídica responsável e fornecer um documento, atestador do recebimento de comunicação, sem a necessidade, portanto, de publicação desse ato no Diário Oficial.

8. É nossa intenção adotar esse procedimento mais simplificado inclusive para as centrais geradoras, submetidas exclusivamente a registro, que tenham por fim a comercialização, pois entendemos que essa comercialização está abrangida na atividade tratada pela Lei n. 9.648/1998.

9. Se o legislador optou por não exigir atos de outorga para esses empreendimentos, ao que tudo indica, também não se preocupou com a comercialização dessa geração. A comercialização é, via de regra, contida na outorga de geração, à luz do que dispõe o art. 10 do Decreto n. 2.655/1998.

10. Como consequência dessa simplificação, será necessária, na revisão da Resolução n. 112/1999 e da Resolução n. 395/1998, a previsão de uma Ficha Técnica simplificada, especificamente para fins de registro.


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PG/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 3 do Parecer nº 446 /2008-PF/ANEEL).

11. Para atender certos dispositivos legais criadores de privilégios, a exemplo dos previstos na Resolução n. 77/2004, que beneficiam diretamente esses agentes, pensamos, nos casos específicos, considerar como equiparados a agentes do setor.

Diante do exposto, solicitamos manifestação dessa Procuradoria sobre os fundamentos legais para implantarmos a simplificação nos procedimentos de registro.

II – DA ANÁLISE

II.1) Escorço histórico dos textos constitucionais

3. Antes de adentrar no mérito da Consulta formulada pela Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração são necessárias algumas considerações sobre a norma contida no artigo 176, parágrafo 4º, da Constituição da República, que versa sobre a dispensa de autorização e de concessão para aproveitamentos de potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

4. Referidos aproveitamentos são mencionados no parágrafo 4º, do artigo 176 da Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 176 - *As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.*

(...)

§ 4º - *Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.*


5. Observa-se que a atual Constituição dispõe que não dependem de autorização ou concessão aproveitamentos de potencial de energia renovável de capacidade reduzida. Para uma serena compreensão da mencionada norma, indispensáveis breves considerações históricas, razão pela qual passo a transcrever as menções constantes dos últimos textos constitucionais, *in verbis*:

Artigo 119. *O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.*

§ 2º - *O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão. (Constituição de 1934)*

Art 143 - *As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.*

§ 2º - *O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização. (Constituição de 1937)*


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 4 do Parecer nº 446/2008-PF/ANEEL).

Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§ 2º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida. (Constituição de 1946)

Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida. (Constituição de 1967)

Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida. (Emenda Constituição nº1 de 1969) (Grifos nossos)

6. Consta-se que a dispensa de autorização ou de concessão para potenciais reduzidos não é inaudita ao ordenamento pátrio, posto que consta de textos constitucionais desde 1934.


7. Cumpre enfatizar que o legislador constituinte em 1988 trouxe uma série de restrições e/ou imposições no que tange ao meio-ambiente, o que denota que a proposta de vida em 1988 não ignora que o homem é parte integrante do meio-ambiente e dele depende. Poderíamos, aqui, tecer inúmeros comentários sobre as inovações de 1988 no que pertine à matéria ambiental, porém é suficiente compreender a importância devotada ao tema pela Assembléia Constituinte.

8. Inobstante as regras ambientais, o mesmo constituinte reputou que nem toda ação antrópica é capaz de malferir o meio-ambiente, razão pela qual manteve a dispensa de autorização ou concessão para aproveitamentos de potenciais de energia renovável de capacidade reduzida.

9. Nesse sentido, a intervenção humana em casos de pequenos potenciais independe de concessão ou autorização dado o pequeno caráter lesivo da ação.

II.2) Regulamentação infraconstitucional. Do Código de Águas à Lei nº. 9.074/95

10. O Código de Águas (Decreto nº. 24.643/34) dispunha que:


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 5 do Parecer nº 446/2008-PF/ANEEL).

Art. 139. O aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia hidráulica, quer do domínio público, quer do domínio particular, far-se-há pelo regime de autorizações e concessões instituído neste Código.

§ 1º Independe de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'agua já utilizadas industrialmente na data da publicação deste Código, desde que sejam manifestadas na forma e prazos prescritos no art. 149 e enquanto não cesse a exploração; cessada esta cairão no regime deste Código.

§ 2º Também ficam excetuados os aproveitamentos de quedas d'agua de potência inferior a 50 kws para uso exclusivo do respectivo proprietário.

§ 3º Dos aproveitamentos de energia hidráulica que, nos termos do parágrafo anterior não dependem de autorização, deve ser todavia notificado o Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura para efeitos estatísticos.

§ 4º As autorizações e concessões serão conferidas na forma prevista no art. 195 e seus parágrafos.

§ 5º Ao proprietário da queda d'agua são assegurados os direitos estipulados no art. 148.

11. Segundo Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins *in* Comentário à Constituição do Brasil, "a dispensa referida tem raízes profundas no nosso direito constitucional. A Constituição de 1934 já disponha no seu § 2.º do artigo 119 que o aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independia de autorização ou concessão".

12. O Código de Águas (Decreto nº. 24.643/34), embora anterior à própria Constituição daquele ano, mantinha estrita consonância com o preceito do texto constitucional. O artigo 139, parágrafo 2º, estipulava a dispensa de autorização e concessão no tocante aos aproveitamentos de quedas d'água de potência inferior a 50kW para uso exclusivo do respectivo proprietário¹.

13. Pontes de Miranda mostrava-se incisivo a respeito:

Se o aproveitamento da energia hidráulica é de potência reduzida (entendendo-se como tal a que é necessário para uso doméstico ou de simples serviço auxiliar de fazenda ou sítios, e não aquela que constitui a única ou principal energia ou uma das principais de uma indústria), não depende de autorização ou concessão. Não mais é preciso a coincidência de dois pressupostos: ser de potência reduzida e não fornecer o proprietário a outrem energia hidráulica"².


¹ A lei reguladora, visto que inegavelmente a expressão capacidade reduzida demandava uma definição legal, mantinha-se perfeitamente adaptada à lei maior, daí por que houve recepção, mercê da qual o dispositivo manteve-se plenamente vigente até 1946.

Com a superveniência da Constituição do ano recém-referido, suprimiu-se o requisito da exclusividade de uso. A partir daí, o Código de Águas deixou de ser recepcionado, no que toca a proibição de cessão de energia. Desde que a constituição limitou-se a traçar um único requisito, o da capacidade reduzida, o segundo, o da exclusividade de uso, não tinha mais condição de vigorar.

Assim sendo, neste particular, o Código de Águas deixou de ser norma regulamentadora para funcionar com norma integradora, isto é, responsável por critérios mais exigentes para a fruição do benefício constitucional.

Deixou simplesmente de definir para crescer, agregar, aumentar, enfim duplicar. Até mesmo do ponto de vista lógico, a exigência de exclusividade perde significação. Mais ainda, torna-se uma excrescência. Se já há uma definição do numero de kilowats, abaixo do qual o potencial hidráulico é tido por reduzido, é de toda conveniência pública que quem quer que explore, se não tiver condições de consumir integralmente a geração produzida, transfira-o outrem. Absurdo seria exigir-se que ele desperdiçasse a energia só para satisfazer uma suposta exigência de exclusividade, já expelida da constituição, muito provavelmente porque percebeu a sua improcedência.

² (Comentário à constituição de 1967, com a Emenda nº. 1 de 1969, 2. Ed., revista dos tribunais, t.6, p.288)


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 6 do Parecer nº 446 /2008-PF/ANEEL).

14. Destarte, observe-se que desde 1946 há necessidade da obediência a um único requisito: **capacidade reduzida**. Como afirmado, os textos constitucionais anteriores não definiam o que seria capacidade reduzida, tarefa que coube ao legislador infraconstitucional. Adiante, se constatará que o texto constitucional de 1988 também deixou a tarefa de definir o que seria capacidade reduzida ao legislador ordinário.

15. O Código de Águas estabelecia que o aproveitamento industrial das quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica dar-se-ia pela utilização dos regimes de autorização ou concessão. As autorizações seriam outorgadas a aproveitamentos com potência superior a 50kW e inferior a 150kW, as concessões, por seu turno, seriam outorgadas a empreendimentos com potência superior a 150kW. Os empreendimentos com potência inferior a 50kW não estavam sujeitos a nenhum dos dois regimes

16. Assim, independiam de autorização ou de concessão quaisquer empreendimentos com potência inferior a 50kW, eis a premissa estabelecida pelo Código de Águas e que perdurou durante muitos anos.

II.3) O panorama vigente: registro

17. O parágrafo 4º do artigo 176 da Constituição da República dispensou de autorização ou de concessão o potencial hidráulico de capacidade reduzida.

18. Cumpre ressaltar que, por ocasião da promulgação do texto de 1988, vigia e foi recepcionado o Decreto nº. 41.019/57, o qual definia "capacidade reduzida" como sendo aquela abaixo de 150kW. Todavia, uma nova definição de "capacidade reduzida" foi conferida pela Lei nº. 9.074/95 ao explicitar, no seu artigo 8º, os potenciais de capacidade reduzida que prescindem de ato de outorga para serem explorados, *in verbis*:

Artigo 8º O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 KW, e a implantação de usinas termelétricas de potencia igual ou inferior a 5.000 KW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente. (Grifei)

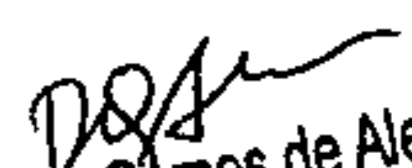
19. Marçal Justen Filho tece os seguintes comentários sobre o registro a que se refere a Lei nº. 9074/95:

O dispositivo dimensiona os limites de potência abaixo dos quais o Estado não intervém, em face da irrelevância econômica e social do evento.

(...)

3) Dever de Comunicação

A comunicação destina-se a assegurar o controle estatal acerca de atividades potencialmente relacionadas com o interesse público. A omissão de comunicação prévia não caracteriza


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fis. 7 do Parecer nº 446/2008-PF/ANEEL).

ilicitude da atuação do particular nem autoriza o Estado a impedir sua continuidade. Quando muito, a legislação poderia impor ao faltoso uma multa.

20. Segundo o escólio de Marçal Justen Filho, a "irrelevância econômica e social do evento" desautoriza intervenções do Estado que não estejam no âmbito do dever de comunicação. Em outras palavras, o constituinte e o legislador infraconstitucional reputaram que empreendimentos que se enquadrem como objeto de registro devem ter um procedimento simplificado.

21. Tal dispositivo legal foi posteriormente regulamentado pelo artigo 5º, do Decreto nº. 2.003/96, assim como pelo artigo 22 da Resolução da ANEEL nº. 395, respectivamente com a seguinte redação:

Decreto nº 2.003/96

Art. 5º O aproveitamento de potencial hidráulico igual ou inferior a 1.000 kW e a implantação de usina termelétrica de potência igual ou inferior a 5.000 kW independem de concessão ou autorização, devendo, entretanto, ser comunicados ao órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, para fins de registro.

Resolução ANEEL nº 395/1998

Da Comunicação dos Aproveitamentos Hidrelétricos com potência igual ou inferior a 1.000 kW

Art. 22. Os aproveitamentos hidrelétricos com potência igual ou inferior a 1.000 kW deverão ser comunicados à ANEEL, conforme o art. 8º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, de acordo com formulário a ser disponibilizado pela ANEEL.

§ 1º O aproveitamento de potencial hidráulico de que trata este artigo, que vier a ser afetado por aproveitamento ótimo de curso d'água, não acarretará ônus de qualquer natureza ao Poder Concedente.


§ 2º A comunicação referida no "caput" deste artigo não exime o interessado das responsabilidades quanto aos aspectos ambientais e de recursos hídricos.

22. A Resolução nº. 112/99, que estabelece os requisitos necessários à obtenção de registro ou autorização para a implantação, ampliação ou repotenciação de centrais geradoras termelétricas, eólicas e de outras fontes alternativas de energia estabelece que:

DO REGISTRO

Art. 3º O Registro de implantação, ampliação ou repotenciação de centrais geradoras termelétricas, eólicas e de outras fontes alternativas de energia, com potência igual ou inferior a 5.000 kW, deverá ser solicitado à ANEEL mediante requerimento, acompanhado de Ficha Técnica preenchida, na forma dos modelos anexos, conforme o caso.

23. Destarte, a partir da regulamentação do § 4º do art. 176 da Constituição Federal, o panorama hodierno é o seguinte: aproveitamento de potencial de energia renovável de capacidade reduzida refere-se aos aproveitamentos hidrelétricos com potencial igual ou inferior a 1.000 kW, os quais prescindem


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 8 do Parecer nº 446 /2008-PF/ANEEL).

de qualquer ato de outorga como autorização ou concessão, sujeitando-se apenas ao regime jurídico de registro mediante comunicação ao Poder Concedente.

II.4) Procedimento. Necessidade de simplificação

24. Acerca do procedimento de registro, cabe primordialmente às áreas técnicas estabelecer quais exigências guardam compatibilidade com a intenção do constituinte e com a mera comunicação que parece ser uma baliza em matéria de registro.

25. As áreas técnicas, com o desiderato acima, podem, igualmente, introduzir requisitos outros, ressaltando-se, contudo, o norte de simplificação que é ínsito ao registro. Por outro lado, entende este Parecerista que os citados requisitos devem ser pautados "no espírito de mera simplificação" a que se refere o artigo 8º da Lei nº. 9.074/95, razão pela qual exigências que extrapolem tal norte devem ser tidas como ilegais.


26. Nesse sentido, acredita esta Procuradoria Federal que a norma contida no § 4º do artigo 176 da Constituição da República, com a regulamentação dada pela Lei nº. 9.074/1995, denota que a intenção do constituinte originário e do legislador infraconstitucional seria no sentido de um procedimento simplificado e desburocratizado. **Aliás, referido dispositivo excepciona das atividades reservadas ao Estado o aproveitamento reduzido, que não depende mais de delegação ou outorga para exploração.**

27. Por outro lado, acredita este Parecerista que o procedimento de registro deva ser único, de sorte a contemplar tanto aquele que vai consumir toda a energia como aquele que vai comercializar. Cabe enfatizar que o requisito uso exclusivo – que já constou, inclusive, de textos constitucionais pretéritos – não mais subsiste.

28. Ao que parece, uma interpretação histórica denota que não há razão para distinguir o registro pelo fim colimado, isto é, pela venda ou pelo consumo próprio. O que foi objeto de preocupação tanto do constituinte quanto do legislador infraconstitucional foi a capacidade reduzida do empreendimento.

29. Segundo Marçal Justen Filho:

O dispositivo dimensiona os limites de potência abaixo dos quais o Estado não intervém, em face da irrelevância econômica e social do evento. Anote-se que o art. 8º não restringe sua regulação apenas aos casos de uso exclusivo de autoprodutor. Seria possível, então, um particular comercializar energia a terceiros, sem qualquer restrição, se fosse produtora não ultrapassasse os limites do art. 8º? A resposta é positiva, até supondo que a dimensão da atividade não atingiria os requisitos de generalidade. Ou seja, o art. 8º aplica-se, inclusive, para os casos de produção independente. Destaque-se que isso não se passa apenas no âmbito da energia elétrica, por exemplo. Assim, o proprietário do veículo que transporte os filhos dos vizinhos para escola, ainda que mediante remuneração, não está prestando "serviço público de transporte urbano".


Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal-PGF/ANEEL
Mat. 1553926

Documento Cópia - SICnet

(Fls. 9 do Parecer nº 446/2008-PF/ANEEL).

30. Destaca este Parecerista que a diferença entre o titular de registro que comercializa e o que não comercializa estará na adesão à convenção de mercado e aos procedimentos de comercialização e não em ingerências que extrapolem a mera comunicação a que se refere o artigo 8º, da Lei nº. 9.074/95. .


31. Nesse sentido, opina esta Procuradoria Federal no sentido de que a matéria seja objeto de regulamentação por parte desta Agência de sorte a simplificar o procedimento para obtenção de registro e abranger, também, a possibilidade de comercialização.

III – CONCLUSÃO

32. Do exposto, manifesta-se esta Procuradoria Federal pela possibilidade de simplificar o procedimento para obtenção do registro a que se refere o artigo 8º da Lei nº. 9.074/95, tendo em vista que tal diretriz possui esteio no ordenamento pátrio.


33. É o Parecer.

Brasília, 05 de agosto de 2008.


DILERMANDO GOMES DE ALENCAR
Procurador Federal

Aprovo o Parecer n.º 446 /2008-PF/ANEEL. Encaminhe-se à Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração.

Brasília, 05 de agosto de 2008.


CLAUDIO GIRARDI
Procurador-Geral



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS
Setor Policial, Área 5, Quadra 3, Bloco "B", "L" e "M" – CEP 70.610-200 – Brasília-DF
Tel: (61) 2109-5448 – Fax: (61) 2109-5265 -e-mail: procuradoria@ana.gov.br

Parecer nº 363/2017/PF-ANA/PGF/AGU
Documento nº 00000.058415/2017-29
Referência: 00000.055720/2017-69

EMENTA:

- I. Administrativo. Ambiental.
- II. Política Nacional de Segurança de Barragens. Lei nº 12.334/2010. Resolução CNRH nº 144/2012.
- III. Competência dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.
- IV. Posicionamento da PFE/ANEEL. Ausência de divergência entre Procuradorias Federais.

Senhor Procurador-Chefe,

I – Relatório

1. Trata-se da Nota Técnica nº 118/2017/COSER/SRE (doc. 00000.055720/2017-69), por meio da qual a Superintendência de Regulação encaminha à PF/ANA, para manifestação, possível divergência entre a ANA e a ANEEL acerca da competência fiscalizatória no âmbito da Política Nacional de Segurança de Barragem – PNSB, no seguinte sentido:

1. Trata-se de Nota Técnica sobre divergência de interpretação, entre ANA e ANEEL, acerca do art. 5º da Lei 12.334/2010, que define as competências fiscalizatórias no âmbito da Política Nacional de Segurança de Barragem- PNSB. Objetiva-se contextualizar a divergência e ratificar o entendimento da área técnica da ANA, bem como solicitar que o impasse seja dirimido no âmbito da Procuradoria Federal, uma vez que se trata de interpretação de Lei Federal com impactos na organização da administração pública federal.

Art. 5º A fiscalização da segurança de barragens caberá, sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama):

I - à entidade que outorgou o direito de uso dos recursos hídricos, observado o domínio do corpo hídrico, quando o objeto for de acumulação de água, exceto para fins de aproveitamento hidrelétrico;

II - à entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico, quando se tratar de uso preponderante para fins de geração hidrelétrica;

III - à entidade outorgante de direitos minerários para fins de disposição final ou temporária de rejeitos;

IV - à entidade que forneceu a licença ambiental de instalação e operação para fins de disposição de resíduos industriais.

3. Até recentemente não havia qualquer dúvida a respeito da inteligência do referido artigo. A interpretação sempre foi no sentido de que a ANA seria a responsável pela fiscalização das barragens de usos múltiplos, em rios de domínio da União, que ela tenha outorgado o direito de uso dos recursos hídricos, exceto para aproveitamento energético.

4. Por simetria, em virtude da dupla dominialidade estabelecida pela Constituição Federal, os Órgãos Estaduais de Recursos Hídricos- OERHs (ou de meio ambiente em alguns estados) seriam os responsáveis pela fiscalização de barragens de usos múltiplos em rios de domínio estadual. Já a ANEEL seria responsável pela fiscalização das barragens destinadas à geração de energia; o Departamento Nacional de Produção Mineral- DNPM pela fiscalização das barragens de rejeitos minerais; o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- IBAMA, os Órgãos Estaduais de Meio Ambiente-

OEMA's e os órgãos municipais (onde houver) pela fiscalização das barragens de armazenamento de resíduos industriais, a depender do órgão que tenha licenciado a atividade.

5. Ocorre que em reunião realizada em 21 de março de 2016 entre as áreas de fiscalização da ANEEL e da ANA, aquela Agência expôs entendimento firmado de que as Centrais de Geração Hidrelétricas (CHG) não estariam sujeitas à sua fiscalização quanto aos aspectos de segurança de barragens, por não serem objeto de autorização ou concessão de uso do potencial de energia hidráulica. Este entendimento foi reafirmado pela área técnica da ANEEL na oficina de Fiscalizadores de Segurança de Barragens, realizada nos dias 27 e 28 de junho de 2016. Já em 15 de julho de 2016, a ANA enviou Ofício nº 206/2016/AA-ANA (doc. 00000.040263/2016-27, anexo I) à ANEEL ressaltando que o entendimento firmado criaria uma lacuna na PNSB quanto à entidade responsável pela fiscalização de CGH's. O tema foi debatido no âmbito da diretoria das duas Agências, em 25 de maio de 2017 e, posteriormente, em reunião realizada em 28 de junho de 2017 entre as áreas técnicas, sem, contudo, resolver o impasse.

6. A ANEEL argumenta que as CGH's não são objeto de autorização ou concessão de uso do potencial de energia hidráulica, mas somente de registro. Segundo este entendimento, a instituição que outorgou o direito de uso de recursos hídricos para as CGHs seria potencialmente responsável pela fiscalização quanto à segurança de barragem. A consequência prática deste posicionamento é de que as CGH's em todo o Brasil passariam a ser fiscalizadas (após a verificação do preenchimento dos requisitos do art. 1º da Lei 12.334/2010) pela entidade que outorgou o uso de recursos hídricos; se em rio de domínio federal, a ANA, se em rio de domínio estadual, o órgão gestor de recursos hídricos estadual. Ressalte-se que quando em rio de domínio federal, a ANA sempre outorga direito de uso da água para fins de aproveitamento do potencial hidráulico, após sua autorização ou concessão pela ANEEL, e para os barramentos de disposição de rejeitos de mineração, cuja atividade minerária é sujeita à regulação do DNPM, não sendo, portanto, o critério da outorga de direito de uso de recursos hídricos associada ao barramento, por si, o mais adequado para se definir o fiscalizador. Também não foi o critério adotado pelo legislador.

7. A construção interpretativa da ANEEL se pauta na ausência da discriminação do instituto do registro no inciso II do art.5º supratranscrito. Ressalte-se, todavia, fazendo-se uma simples interpretação conjunta dos incisos I e II do art.5º, combinado com o art.1º da Lei 12.334/10, que o entendimento firmado pela ANEEL é falho, pois no inciso I o legislador excepcionou as barragens para fins de aproveitamento hidrelétrico (quando este uso for preponderante). Se o legislador tivesse intencionalmente excepcionado as barragens sujeitas a registro, como defende a ANEEL, estas estruturas estariam no "vazio", fora do alcance da PNSB, o que não ocorre, pois no art.1º a Lei estabelece os critérios para que a barragem seja abrangida (ou não) pela Lei, devendo se enquadrar em pelo menos uma das condições do referido artigo.

8. Oportuno observar que, apesar de as CGH's terem, por definição, baixa potência, seus barramentos muitas vezes estão enquadrados na Lei, seja pela sua altura ou pelo volume dos reservatórios, seja pelo resultado da classificação da categoria de dano potencial associado (se médio ou alto), conforme inciso IV do art.1º, classificação esta realizada pelo respectivo órgão ou entidade fiscalizadora de segurança de barragem, conforme determina o art.7º.

9. Observe-se, ainda, que este art. 5º da Lei 12.334/10 deve ser lido à luz da Constituição Federal, especificamente os artigos 21, XII, b e 176 § 4º, transcritos abaixo:

Art. 21. Compete à União

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (grifo nosso):

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de

exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

(..)

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida

10. Analisando-se conjuntamente os dois dispositivos constitucionais, observa-se que o art.21 determina que os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água dependem de autorização, concessão ou permissão. Já o art. 176, § 4º, diz que não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida. Conforme a Lei 9.074/95, art.8º, o aproveitamento de potenciais hidráulicos e a implantação de usinas termoelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) estão dispensados de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente.

11. Entretanto, cabe ressaltar que este limite já foi inicialmente de 1.000 kw (estabelecido em 2015) e passou para 3.000 kw em 2015 e, finalmente, para 5.000 km em 2016, podendo ser alterado futuramente em decorrência da avaliação do setor elétrico sobre a definição do que seja um aproveitamento hidrelétrico de capacidade reduzida. Ambas as alterações ocorreram após a publicação da Lei 12334/2010, ampliando substancialmente o número de barramentos que não exigem autorização ou concessão da ANEEL para exploração do potencial hidráulico. Obviamente, a fiscalização da segurança desses barramentos não pode ficar sujeita a tais mudanças legais, oriundas do setor elétrico, já que os riscos e danos potenciais associados a estas estruturas não se alteram a cada mudança legal.

12. Cabe ressaltar que à luz do art. 21, XII, CF, transcrito acima, infere-se que a natureza jurídica do instituto do registro, regulamentado pela ANEEL, não pode ser outra que de uma permissão de uso de bem público.

13. Vale dizer que o registro, assim denominado pela ANEEL, também decorre do poder de polícia administrativa da Agência, que tem como finalidade institucional, conforme art. 2º da Lei n.9427/96, regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Tanto é assim que o §1º do art.26 desta Lei diz:

§1º Para o aproveitamento referido no inciso I do caput deste artigo, para os empreendimentos hidroelétricos com potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e para aqueles com base em fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada, conforme regulamentação da Aneel, incluindo proveniente de resíduos sólidos urbanos e rurais, cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 30.000 kW (trinta mil quilowatts), a Aneel estipulará percentual de redução não inferior a 50% (cinquenta por cento) a ser aplicado às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, incidindona produção e no consumo da energia: (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016) (grifo nosso)

14. Ou seja, não há dúvidas que estes barramentos estão sim sob a tutela regulatória da ANEEL, que estipula até percentuais referentes às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição. Dito de outro modo, o ato de registro de CGH gera consequências jurídicas para regulado e regulador, especialmente no que se refere à segurança das barragens, independente do nome que se queira dar ao instituto. Por estarem sob o espectro de regulação da ANEEL, assim também deve ser quanto à segurança da barragem.

15. Destarte, analisando o art.5º da Lei 12.334/2010 de maneira sistêmica, chega-se à conclusão de que o legislador racionalmente pautado pelo princípio da especialidade aplicado à administração pública, buscou definir os órgão e entidades responsáveis pela fiscalização em função da finalidade ou uso da barragem, e da autoridade responsável por autorizar a atividade- fim a ela associada: usos múltiplos, resíduos industriais, rejeitos de mineração e aproveitamento hidroelétrico (quando este for o uso principal da barragem). Cabe mencionar que, no caso de aproveitamentos hidrelétricos de capacidade reduzida, a ANA somente outorga o direito de uso de recursos hídricos após verificação do registro, autorização ou concessão emitida pela ANEEL (Resolução ANA nº 707, de 2004, art. 4º I). Da mesma forma, a outorga de direito de uso de recursos hídricos para atividades

minerárias somente é emitida pela ANA após verificação da prioridade do requerente na obtenção do título minerário junto ao DNPM (Resolução ANA nº 707, de 2004, art. 4º I). Portanto, nesses casos, a autoridade regulatória da atividade-fim detém os instrumentos principais de regulação e, por isso, devem ser também, as entidades fiscalizadoras das condições de segurança de barragens, conforme determina a Lei 12334/2010.

16. Ressalte-se que o arcabouço institucional criado foi acertado, uma vez que as barragens destinadas a cada um destes usos possuem peculiaridades e especificidades que ninguém melhor que o próprio agente fiscalizador setorial para conhecê-las. Esta linha de intelecção é seguida pelo eminente doutrinador de Direito Ambiental Paulo Affonso Leme Machado, que diz em sua obra (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23 ed. Editora Malheiros, 2015):

A lei 12.334 estabeleceu uma nítida relação dos órgãos públicos com os empreendedores, dependendo da finalidade da barragem. Não constam os nomes das entidades governamentais, pois não seria pequena a lista dos órgãos, uma vez que existem órgãos federais e estaduais (MACHADO, Paulo Leme, p.601).

17. Seria um contrassenso, e até temerário, se o legislador tivesse determinado que as CHG's, com todas as suas especificidades de barragens de geração de energia, fossem fiscalizadas por órgãos gestores de recursos hídricos estaduais e pela Agência Nacional de Águas, a depender da dominialidade do rio.

18. Ressalte-se que o posicionamento ora sustentado segue mesmo sentido do entendimento da Procuradoria Federal junto à ANEEL que, respondendo à consulta feita pelo Superintendente de Regulação dos Serviços de Geração, diz no Parecer n.00575/PFANEEL/PGF/AGU (anexo II), no parágrafo 10 (Da análise), o seguinte:

No entendimento desta Procuradoria, porém, compete única e exclusivamente à ANEEL a atividade de fiscalização de segurança das barragens previstas no inciso II, da Lei n. 12.334/2010, independentemente da capacidade instalada do empreendimento, conforme será devidamente explanado.

19. Entendimento este não acolhido pela Diretoria da ANEEL, poucos meses depois do referido Parecer, no voto anexo (PROCESSO: 48500.002920/2015-42) (anexo III) do relator sobre o resultado da audiência pública 052/2015, instaurada com o objetivo de colher subsídios e informações adicionais a proposta de Regulamentação da Lei nº 12.334, de 20/9/2010, Política Nacional de Segurança de Barragens, no âmbito do setor elétrico brasileiro. Diz o relator no parágrafo 7:

Inicialmente ressalta-se que na minuta de Resolução submetida à Audiência Pública constou do inciso II do art. 2º que as barragens fiscalizadas pela ANEEL seriam "as barragens objeto de outorga ou registro para exploração de potencial de energia hidráulica". No entanto, como a competência da ANEEL de fiscalizar se aplica a concessões e autorizações, não incluindo registros (caso das usinas com potência instalada inferior a 3 MW, que não tenham sido autorizadas ou concedidas), a inclusão de registros foi suprimida da definição de barragens fiscalizadas pela Agência. (grifo nosso)

20. Com isso, a Resolução nº 696/2015, em seu art.2º, II, ficou a com a seguinte redação: barragens fiscalizadas pela ANEEL: barragens objeto de outorga para exploração de potencial de energia hidráulica.

21. Oportuno registrar que a ANEEL apresentou o Parecer 446/2008-PF/ANEEL (anexo IV) elaborado em 2008, depois de consulta feita pela Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração acerca da possibilidade de simplificação do procedimento de obtenção de registro. Interessante observar que inobstante o parecer ter sido favorável à regulamentação de simplificação procedimental, àquela época considerava-se o aproveitamento hidroelétrico (de capacidade reduzida) igual ou inferior a 1.000 KW como insuscetível de concessão ou autorização, conforme Lei 9074/95, Decreto nº 2003/96 e Resolução ANEEL nº. 395/1998.

22. Deste período até hoje, como explicitado acima, esta capacidade "reduzida" de 1000 KW já aumentou para 3.000 KW, com a Lei 13.097/2015, e para 5.000 KW, com a Lei 13.360/2016. Nota-se, portanto, que o parâmetro para se enquadrar um barramento como CGH e, conseqüentemente, ser suscetível a um procedimento simplificado de registro tem

mudado constantemente. Nesse sentido, se porventura prevalecer o entendimento da ANEEL de se desobrigar com a fiscalização da segurança destas barragens, o fato acarretaria enorme insegurança jurídica, uma vez que com novas ampliações, empreendedores passariam a ser fiscalizados por outros órgãos ou entidades do dia para noite, inclusive de outros entes da federação. Destaca-se que, no âmbito da Lei 12334/2010, cada órgão fiscalizador define suas próprias normas e exigências específicas para atendimento à Lei, como por exemplo a periodicidade e conteúdo de inspeções, prazos e conteúdo de planos de segurança; tudo isso seria alterado com a mudança do órgão fiscalizador, baseada apenas no critério setorial para definição do potencial de capacidade reduzida.

23. Por fim, há uma preocupação com relação à organização e o regular funcionamento da Política Nacional de Segurança de Barragem em virtude de eventual mudança de entendimento, conforme defende a ANEEL, uma vez que estas CGH's estão, na maioria dos casos, em rios de domínio estadual. É possível que as unidades da federação se recusem a assumir o encargo, uma vez que cabe à União (exclusivamente), conforme art. 21 da CF, supracitado, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos. Pode -se argumentar que tal entendimento feriria a Constituição.

3. Nestes termos, solicita a SRE/COSER “em virtude da divergência suscitada acerca da interpretação do art.5º da Lei 12.334/2010, submete-se esta Nota Técnica à consideração superior, sugerindo encaminhamento à Procuradoria Federal junto à ANA, a fim de dirimir a controvérsia.”

4. É o breve relatório. Segue a análise.

II - Fundamentação

5. A Lei nº 12.334/2010, ao estabelecer a Política Nacional de Segurança de Barragens e o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens, dispôs que:

Art. 1º Esta Lei estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) e cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB).

Parágrafo único. Esta Lei aplica-se a barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais que apresentem pelo menos uma das seguintes características:

I - altura do maciço, contada do ponto mais baixo da fundação à crista, maior ou igual a 15m (quinze metros);

II - capacidade total do reservatório maior ou igual a 3.000.000m³ (três milhões de metros cúbicos);

III - reservatório que contenha resíduos perigosos conforme normas técnicas aplicáveis;

IV - categoria de dano potencial associado, médio ou alto, em termos econômicos, sociais, ambientais ou de perda de vidas humanas, conforme definido no art. 6º.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I - barragem: qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas;

II - reservatório: acumulação não natural de água, de substâncias líquidas ou de mistura de líquidos e sólidos;

III - segurança de barragem: condição que vise a manter a sua integridade estrutural e operacional e a preservação da vida, da saúde, da propriedade e do meio ambiente;

IV - empreendedor: agente privado ou governamental com direito real sobre as terras onde se localizam a barragem e o reservatório ou que explore a barragem para benefício próprio ou da coletividade;

V - órgão fiscalizador: autoridade do poder público responsável pelas ações de fiscalização da segurança da barragem de sua competência.

VI - gestão de risco: ações de caráter normativo, bem como aplicação de medidas para prevenção, controle e mitigação de riscos;

VII - dano potencial associado à barragem: dano que pode ocorrer devido a rompimento, vazamento, infiltração no solo ou mau funcionamento de uma barragem.

(...)

Art. 5º A fiscalização da segurança de barragens caberá, sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama):

I - à entidade que outorgou o direito de uso dos recursos hídricos, observado o domínio do corpo hídrico, quando o objeto for de acumulação de água, exceto para fins de aproveitamento hidrelétrico;

II - à entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico, quando se tratar de uso preponderante para fins de geração hidrelétrica;

III - à entidade outorgante de direitos minerários para fins de disposição final ou temporária de rejeitos;

IV - à entidade que forneceu a licença ambiental de instalação e operação para fins de disposição de resíduos industriais.

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB):

I - o sistema de classificação de barragens por categoria de risco e por dano potencial associado;

II - o Plano de Segurança de Barragem;

III - o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB);

IV - o Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (Sinima);

V - o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;

VI - o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais;

VII - o Relatório de Segurança de Barragens.

Art. 7º As barragens serão classificadas pelos agentes fiscalizadores, por categoria de risco, por dano potencial associado e pelo seu volume, com base em critérios gerais estabelecidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH).

§ 1º A classificação por categoria de risco em alto, médio ou baixo será feita em função das características técnicas, do estado de conservação do empreendimento e do atendimento ao Plano de Segurança da Barragem.

§ 2º A classificação por categoria de dano potencial associado à barragem em alto, médio ou baixo será feita em função do potencial de perdas de vidas humanas e dos impactos econômicos, sociais e ambientais decorrentes da ruptura da barragem.

Art. 8º O Plano de Segurança da Barragem deve compreender, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do empreendedor;

II - dados técnicos referentes à implantação do empreendimento, inclusive, no caso de empreendimentos construídos após a promulgação desta Lei, do projeto como construído, bem como aqueles necessários para a operação e manutenção da barragem;

III - estrutura organizacional e qualificação técnica dos profissionais da equipe de segurança da barragem;

IV - manuais de procedimentos dos roteiros de inspeções de segurança e de monitoramento e relatórios de segurança da barragem;

V - regra operacional dos dispositivos de descarga da barragem;

VI - indicação da área do entorno das instalações e seus respectivos acessos, a serem resguardados de quaisquer usos ou ocupações permanentes, exceto aqueles indispensáveis à manutenção e à operação da barragem;

VII - Plano de Ação de Emergência (PAE), quando exigido;

VIII - relatórios das inspeções de segurança;

IX - revisões periódicas de segurança.

§ 1º A periodicidade de atualização, a qualificação do responsável técnico, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento dos planos de segurança deverão ser estabelecidos pelo órgão fiscalizador.

§ 2º As exigências indicadas nas inspeções periódicas de segurança da barragem deverão ser contempladas nas atualizações do Plano de Segurança.

Art. 9º As inspeções de segurança regular e especial terão a sua periodicidade, a qualificação da equipe responsável, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento definidos pelo órgão fiscalizador em função da categoria de risco e do dano potencial associado à barragem.

§ 1º A inspeção de segurança regular será efetuada pela própria equipe de segurança da barragem, devendo o relatório resultante estar disponível ao órgão fiscalizador e à sociedade civil.

§ 2º A inspeção de segurança especial será elaborada, conforme orientação do órgão fiscalizador, por equipe multidisciplinar de especialistas, em função da categoria de risco e do dano potencial associado à barragem, nas fases de construção, operação e desativação, devendo considerar as alterações das condições a montante e a jusante da barragem.

§ 3º Os relatórios resultantes das inspeções de segurança devem indicar as ações a serem adotadas pelo empreendedor para a manutenção da segurança da barragem.

Art. 10. Deverá ser realizada Revisão Periódica de Segurança de Barragem com o objetivo de verificar o estado geral de segurança da barragem, considerando o atual estado da arte para os critérios de projeto, a atualização dos dados hidrológicos e as alterações das condições a montante e a jusante da barragem.

§ 1º A periodicidade, a qualificação técnica da equipe responsável, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento da revisão periódica de segurança serão estabelecidos pelo órgão fiscalizador em função da categoria de risco e do dano potencial associado à barragem.

§ 2º A Revisão Periódica de Segurança de Barragem deve indicar as ações a serem adotadas pelo empreendedor para a manutenção da segurança da barragem, compreendendo, para tanto:

- I - o exame de toda a documentação da barragem, em particular dos relatórios de inspeção;
- II - o exame dos procedimentos de manutenção e operação adotados pelo empreendedor;
- III - a análise comparativa do desempenho da barragem em relação às revisões efetuadas anteriormente.

Art. 11. O órgão fiscalizador poderá determinar a elaboração de PAE em função da categoria de risco e do dano potencial associado à barragem, devendo exigí-lo sempre para a barragem classificada como de dano potencial associado alto.

(...)

Art. 13. É instituído o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB), para registro informatizado das condições de segurança de barragens em todo o território nacional.

Parágrafo único. O SNISB compreenderá um sistema de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de suas informações, devendo contemplar barragens em construção, em operação e desativadas.

(...)

Art. 16. O órgão fiscalizador, no âmbito de suas atribuições legais, é obrigado a:

- I - manter cadastro das barragens sob sua jurisdição, com identificação dos empreendedores, para fins de incorporação ao SNISB;
- II - exigir do empreendedor a anotação de responsabilidade técnica, por profissional habilitado pelo Sistema Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea) / Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Crea), dos estudos, planos, projetos, construção, fiscalização e demais relatórios citados nesta Lei;
- III - exigir do empreendedor o cumprimento das recomendações contidas nos relatórios de inspeção e revisão periódica de segurança;
- IV - articular-se com outros órgãos envolvidos com a implantação e a operação de barragens no âmbito da bacia hidrográfica;
- V - exigir do empreendedor o cadastramento e a atualização das informações relativas à barragem no SNISB.

§ 1º O órgão fiscalizador deverá informar imediatamente à Agência Nacional de Águas (ANA) e ao Sistema Nacional de Defesa Civil (Sindec) qualquer não conformidade que implique risco imediato à segurança ou qualquer acidente ocorrido nas barragens sob sua jurisdição.

§ 2º O órgão fiscalizador deverá implantar o cadastro das barragens a que alude o inciso I no prazo máximo de 2 (dois) anos, a partir da data de publicação desta Lei.

(...)

Art. 18. A barragem que não atender aos requisitos de segurança nos termos da legislação pertinente deverá ser recuperada ou desativada pelo seu empreendedor, que deverá comunicar ao órgão fiscalizador as providências adotadas.

§ 1º A recuperação ou a desativação da barragem deverá ser objeto de projeto específico.

§ 2º Na eventualidade de omissão ou inação do empreendedor, o órgão fiscalizador poderá tomar medidas com vistas à minimização de riscos e de danos potenciais associados à segurança da barragem, devendo os custos dessa ação ser ressarcidos pelo empreendedor.

Art. 19. Os empreendedores de barragens enquadradas no parágrafo único do art. 1º terão prazo de 2 (dois) anos, contado a partir da publicação desta Lei, para submeter à aprovação dos órgãos fiscalizadores o relatório especificando as ações e o cronograma para a implantação do Plano de Segurança da Barragem.

Parágrafo único. Após o recebimento do relatório de que trata o caput, os órgãos fiscalizadores terão prazo de até 1 (um) ano para se pronunciarem. (grifo nosso)

6. Ademais, a mesma Lei introduziu as seguintes competências à ANA (alteração da Lei nº 9.984/2000):

Art. 4º A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe:

(...)

XX - organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB);

XXI - promover a articulação entre os órgãos fiscalizadores de barragens;

XXII - coordenar a elaboração do Relatório de Segurança de Barragens e encaminhá-lo, anualmente, ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), de forma consolidada.

7. Sobre o tema da Segurança de Barragens, esclarece o Ministério do Meio Ambiente - MMA, em sua página na internet, que:

De acordo com a Política Nacional de Segurança de Barragens (Lei nº 12.334/2010), a responsabilidade pela fiscalização dos barramentos de rejeitos de mineração é do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), do Ministério de Minas e Energia.

De acordo com a lei, a responsabilidade de fiscalizar se divide entre quatro grupos, de acordo com a finalidade da barragem:

i) barragens para geração de energia, fiscalizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel);

ii) para contenção de rejeitos minerais, fiscalizadas pelo DNPM;

iii) barragens para contenção de rejeitos industriais, sob responsabilidade do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e órgãos ambientais estaduais; e

iv) as de usos múltiplos, sob fiscalização da Agência Nacional de Águas (ANA) ou de órgãos gestores estaduais de recursos hídricos.

(...)

De acordo com a Política Nacional de Segurança de Barragens, cabe à ANA organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB) e fiscalizar a segurança das barragens por ela outorgadas, ou seja, aquelas que são

destinadas a vários usos que acumulam água, e estão localizadas em corpos hídricos de gestão federal que são aqueles que atravessam mais de um estado ou fazem fronteira.

(...)

As inspeções de segurança regular, tratadas no artigo 9º da Lei nº 12.334/2010, devem ter a sua periodicidade, a qualificação da equipe responsável, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento definidos pelo órgão fiscalizador em função da categoria de risco e do dano potencial associado à barragem. As entidades fiscalizadoras também devem detalhar as demais partes do Plano de Segurança de Barragem, conforme artigo 8º. Os vários órgãos envolvidos na fiscalização das barragens devem enviar as informações previstas na Lei para que a Agência disponibilize as informações em seu site e nos Relatórios Anuais de Segurança de Barragem.

(Disponível

em:

<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/licenciamento-e-avalia%C3%A7%C3%A3o-ambiental/item/10589-seguran%C3%A7a-de-barragens>; acesso em: jan./2017) (grifo e negrito nossos)

8. O Conselho Nacional de Recursos Hídricos, por sua vez, editou a Resolução nº 144/2012, que estabelece diretrizes para implementação da Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB e atuação do Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens – SNISB. Dispõe a Resolução que:

Art. 8º. A ANA é responsável pela coordenação da elaboração do Relatório de Segurança de Barragens e os órgãos fiscalizadores responsáveis pelas informações a serem enviadas.

(...)

Art. 17. São responsáveis diretos pelas informações do SNISB:

I - Agência Nacional de Águas (ANA), como gestora e fiscalizadora;

II - órgãos fiscalizadores, conforme definido no artigo 5º da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010;

III – empreendedores

9. Não foi editado decreto regulamentador da Lei nº 12.334/2010. Cada órgão fiscalizador adotou regulamentação própria, de acordo com a respectiva competência.

10. No âmbito da ANA, foram editadas as Resoluções nº 91/2012 (sobre a periodicidade de atualização, qualificação do responsável técnico, conteúdo mínimo e nível de detalhamento do Plano de Segurança de Barragem e da Revisão Periódica de Segurança de Barragem, conforme artigos 8º, 10 e 19 da Lei nº 12.334/2010), nº 132/2016 (que estabelece critérios complementares de classificação de barragens reguladas pela ANA, quanto ao dano potencial associado, nos termos do art. 5º, § 3º da Resolução CNRH e art. 7º da Lei nº 12.334/2010), e nº 236/2017 (que estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, entre outros).

11. Das normas e regulamentos referidos, pode-se concluir que a ANA exerce dois diferentes papéis no sistema. Além de ser a gestora e fiscalizadora do SNISB, atua também como órgão fiscalizador (nos termos do art. 5º da Lei nº 12.334/2010), nos casos de barragens em rios federais, que não sejam afetas à competência da ANEEL, DNPM ou IBAMA. Conforme esclarece a Resolução ANA nº 132/2016, tais barragens são àquelas para as quais a ANA tenha outorgado o direito de uso dos recursos hídricos, que tenham por objeto a acumulação de água, exceto para os fins de aproveitamento hidrelétrico.

12. Da manifestação da COSER/SRE transcrita, verifica-se que outro não é o posicionamento da área técnica da ANA, ou seja, de que cabe à ANEEL atuar como agente fiscalizador, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.334/2010, para toda e qualquer barragem que envolva a geração de energia elétrica.

13. Nesse sentido, constata-se que a área técnica da ANEEL, ao utilizar a expressão “concedeu ou autorizou”, da letra estrita do inciso II, art. 5º da Lei nº 12.334/2010, sem cuidar do sistema legal em que inserida, pode acabar por deixar tais empreendimentos e atividades sem fiscalização, o que é contrário ao próprio sentido que trouxe a Lei, ao estabelecer uma Política Nacional de Segurança de Barragens.

14. Veja-se, nessa esteira, que a Lei nº 9.704/95, em seu artigo 8º, ao dispensar o aproveitamento de potenciais hidráulicos e a implantação de usinas termoelétricas de potencial igual ou inferior a 5.000 kW, de concessão, permissão ou autorização, **exige que sejam comunicados ao poder concedente. Essa exigência, por claro, é medida que possibilita o exercício do próprio poder de polícia do Estado, no caso, da ANEEL.**

15. **Acrescente-se a isso, que parte da própria ANEEL a regulação do registro das Centrais Geradoras de Capacidade Reduzida, como dispõe a Resolução ANEEL nº 673/2015:**

Art. 21. A implantação de aproveitamentos hidrelétricos com potência igual ou inferior a 3.000 KW deverá ser comunicada à ANEEL.

§ 1º Para fins de comunicação, o interessado deverá cadastrar as informações sobre seu empreendimento, após sua implantação, conforme determinações disponíveis no sítio da ANEEL na internet.

§ 2º A comunicação não isenta o empreendedor das obrigações ambientais e exigências requeridas pelos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, não gerando qualquer imputação de responsabilidades ao Poder Concedente ou à ANEEL.

§ 3º O aproveitamento hidrelétrico descrito no caput que vier a ser afetado por aproveitamento ótimo do curso d'água não acarretará ônus de qualquer natureza ao Poder Concedente ou à ANEEL, nos termos da legislação vigente.

Art. 22. Os titulares dos registros ativos, emitidos anteriormente à publicação da Lei nº 13.097, de 2015, para desenvolvimento de projetos básicos de aproveitamentos descritos no caput do art. 21 terão o prazo de 3 (três) anos contados da publicação desta Resolução para comunicar a sua implantação.

§ 1º A não implantação do aproveitamento no prazo estipulado ensejará a perda de vigência do despacho que concedeu o registro ativo, independentemente de manifestação da ANEEL.

§ 2º Para os empreendimentos descritos no caput que possuam mais de um interessado, serão mantidos todos os registros ativos até que um dos interessados comunique à ANEEL a implantação do aproveitamento, observado o prazo previsto no caput.

16. No anexo da mesma Resolução, foram estabelecidos valores para o aporte da garantia do registro, com a cobrança de 5% do investimento, considerado o equivalente a 6.606,75/kW, para o caso da implantação de aproveitamentos hidroelétricos definidos no seu Capítulo IV, que trata das CGHs, em texto que cita expressamente “outorga de autorização”:

5. Para obter a outorga de autorização de que trata o Capítulo IV, o interessado deverá apresentar a garantia de fiel cumprimento, no valor de 5% (cinco por cento) do investimento, sendo este considerado equivalente a 6.606,75/kW instalado, tendo como referência a potência definida no Sumário Executivo, podendo este valor ser revisto a critério da ANEEL.
(grifo nosso)

17. **Como se vê, a ANEEL não só regula e mantém registro das CGHs, o que é, em si, exercício do poder de polícia como órgão fiscalizador, como também trata tal registro como espécie de outorga, ainda que simplificada.**

18. **Outrossim, como bem ressaltado pela COSER, outra não poderia ser a posição da Resolução da ANEEL ao considerar o registro da CGH como espécie de outorga ou permissão de uso de bem público, pois, conforme disposto no art. 21, XII, da CF, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, somente podem ser explorador**

diretamente ou mediante autorização, concessão, sendo os potenciais de energia hidráulica, bens da União (art. 20, VIII da CF).

19. O cadastro serve, assim, ao órgão fiscalizador como instrumento da própria fiscalização, ao permitir uma atuação pontuada e mais efetiva, com foco na gestão de riscos que, por sua vez, encontra-se definida na própria Lei nº 12.334/2010, no seguinte sentido:

VI - gestão de risco: ações de caráter normativo, bem como aplicação de medidas para prevenção, controle e mitigação de riscos;

20. Ademais, ressalte-se que a Lei nº 12.334/2010 estabelece, dentre as atribuições legais do órgão fiscalizador, a manutenção do cadastro das barragens sob sua jurisdição, com a identificação dos empreendedores. Com isso, com relação às CGHs, o entendimento de não ser a ANEEL o órgão fiscalizador levaria à contraditória conclusão acerca da necessidade de se criar mais um cadastramento obrigatório em outro órgão público.

21. Por paralelismo, pode-se ressaltar o caso do Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais –CTF, instituído nos termos do art. 17 da Lei nº 6.938/81, que trata da própria atividade de fiscalização ambiental de tais atividades por parte do IBAMA. Ou seja, a existência de cadastro e registro, para acompanhamento, é considerado pela legislação ambiental como efetivo exercício do poder de polícia administrativo de fiscalização.

22. A Resolução ANEEL nº 696/2015, contudo, ao estabelecer critérios para classificação, formulação do Plano de Segurança de barragens por ela fiscalizadas, restringiu a sua aplicação apenas a casos que, segundo o Ofício nº 2016/AA-ANA, não abarcam as chamadas CGHs.

23. A exclusão das CGHs do âmbito da regulação e fiscalização da ANEEL no que pertine à segurança de barragens (art. 5º, II, da Lei nº 12.334/2010), não parece, ante os fundamentos anteriormente elencados, ser posicionamento que encontre respaldo na interpretação sistemática da legislação de regência. Também vai contra não só entendimento dos demais órgãos e entidades envolvidos, inclusive do MMA, mas também à sua própria regulação e atuação administrativa, nos termos da Resolução ANEEL nº 673/2015.

24. Ressalte-se, neste ponto, que a omissão administrativa também pode ensejar a responsabilização.

25. Por fim, nos termos dos Pareceres da PFE/ANEEL juntados, com destaque para o de nº 575/2015 (NUP nº 48550.000504/2015-14), não se verifica, a princípio, divergência com o posicionamento da área técnica da ANA e também desta Procuradoria. As conclusões da PFE/ANEEL parecem ser no mesmo sentido das que ora chegamos, quais sejam, a de que compete à ANEEL a regulação e fiscalização nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 12.334/2010, de modo pleno, para toda e qualquer barragem que envolva a geração de energia elétrica.

26. Não localizamos outros posicionamentos da PFE/ANEEL que nos sejam, em tese, divergentes. Apenas em restando configurada divergência entre a PF/ANA e a PFE/ANEEL, é que caberia à Procuradoria-Geral Federal – PGFpor solução à questão.

III. Conclusão

ANTE O EXPOSTO, sugiro:

- a) o encaminhamento do presente Parecer à COSER/SRE, em resposta à Nota Técnica nº 118/2017/COSER/SRE, com a sugestão de envio à ANEEL;
- b) dar conhecimento, via Sapiens, do presente Parecer (com cópia da Nota Técnica nº 118/2017/COSER/SRE e demais documentos) à PFE/ANEEL.

É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 6 de setembro de 2017.

(assinado eletronicamente)
MARCELA ALBUQUERQUE MACIEL
Procuradora Federal

De acordo. Encaminhe-se à Superintendência de Regulação- SRE.

(assinado eletronicamente)
EMILIANO RIBEIRO DE SOUZA
Procurador-Chefe junto à Agência Nacional de Águas



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS
PROTOCOLO

OFÍCIO n. 00012/2017/PROT/PFEANA/PGF/AGU

Brasília, 06 de setembro de 2017.

Ao Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto à ANEEL

NUP: 00765.000076/2017-40

INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL E OUTROS

ASSUNTOS: DANO AMBIENTAL

1. Em virtude de eventual divergência administrativa existente entre a ANA e ANEEL acerca do art. 5º da Lei 12.334/2010, que define as competências fiscalizatórias no âmbito da Política Nacional de Segurança de Barragem- PNSB, sirvo-me do presente para encaminhar-lhe para conhecimento a manifestação feita pela área técnica responsável desta Agência, Nota Técnica nº 118/2017/COSER/SRE, bem como Parecer nº 363/2017/PF-ANA/PGF/AGU, desta PF-ANA, que ratifica o entendimento jurídico esposado por essa PF-ANEEL.

2. Coloco-me à disposição para informações adicionais, se necessárias.

Atenciosamente,

EMILIANO RIBEIRO DE SOUZA
Procurador-Chefe junto à Agência Nacional de Águas

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00765000076201740 e da chave de acesso 1b3003b9

Documento assinado eletronicamente por EMILIANO RIBEIRO DE SOUZA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 72364952 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EMILIANO RIBEIRO DE SOUZA. Data e Hora: 06-09-2017 10:54. Número de Série: 83370454467786246227676704736433365138. Emissor: AC Certisign RFB G4.
