

Câmara Técnica Especializada de Infraestrutura de Energia - CIE

Entidade: Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa (ABRAGEL)

Conselheiro: Antônio Walter dos Santos Pinheiro Filho

Processo Administrativo nº: 00122/1992/011/2006

Referência: Parecer Único SUPRAM SM – Fase Revisão de Licença de Operação (“revLO”).

Atividade: Geração de Energia Hidrelétrica

Empreendedor: Aliança Geração de Energia S.A

Empreendimento: UHE FUNIL

Responsáveis pelos Estudos: Engenheiro Civil Alberto Rocha Salazar, CREA MG-8770/D e ART 1-40028530 (fl. 77), Geógrafo Jackson Cleiton Ferreira Campos, CREA-MG 56633/D e ART n.o 1-50157493 (fl. 78) e responsabilidade da Bióloga Marize da Silva Thereza Faioli, CRBio 131324-4 e ART 583/06 (fl. 79).

PARECER

Introdução

Trata-se de Processo Administrativo (“**PA**”) de revalidação da licença de operação da UHE Funil (180 MW), em trâmite na Superintendência Regional de Regularização Ambiental do Sul de Minas Gerais (“**SUPRAM SM**”), cujo o empreendedor responsável é a Aliança Geração de Energia S.A.

O Parecer Único (“**PU**”) da **SUPRAM SM Nº 0369157/2017 (SIAM)**, após análise dos estudos, **opinou pelo deferimento da Revalidação da Licença Operação, pelo prazo de 06 (seis) anos, conforme metodologia de prazo estabelecido no Decreto Estadual nº 44.844/08, vinculada ao cumprimento das condicionantes.**

Motivação do Pedido de Vistas:

O empreendimento em questão, encontra-se em fase de operação comercial há pelo menos 15 anos. Entretanto, chamou a atenção as condicionantes estabelecidas na RevLO.

Neste sentido, o Pedido de Vista foi requerido de forma a certificar sobre os impactos ainda não mitigados na fase em que se encontra, assim como, analisar se as condicionantes ambientais apresentadas estão adequadas de forma a assegurar a segurança operacional da UHE, em relação ao meio ambiente (meios físico, biótico e socioeconômico).

Importante destacar que:

- As condicionantes ambientais estabelecidas na LO foram CUMPRIDAS, conforme relatado no PU da SUPRAM-SM, ainda que muitas delas tenham sido atendidas fora do prazo inicialmente estabelecido.
- Novas Condicionantes foram estabelecidas na RevLO, objeto de análise nesse Parecer.

A seguir, apresentarei os itens considerados relevantes, para fins de análise e deliberação deste Parecer:

1. Análise do cumprimento do rito legal do Processo Administrativo;

- O EIA foi elaborado em 1992.
- Em dezembro de 1994 o Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM) concedeu a Licença Prévia Nº 143.
- Em setembro de 2000 o COPAM concedeu a Licença de Instalação (LI) nº 152 para a 1ª etapa, referente à implantação da infraestrutura para o canteiro de obras.
- Em setembro de 2002 o COPAM concedeu a Licença de Instalação (LI) nº 246 para a 2ª etapa, autorizando o início da implantação de acordo com as especificações dos planos, programas e projetos aprovados.
- Em 8/11/2002, foi emitida a LO, Certificado LO n.º 519 e PA COPAM n.º 00122/1992/003/2002, com validade até 8/11/2006.
- 17/08/2006, foi formalizado pelo empreendedor junto a SUPRAM SM, processo administrativo nº00122/1992/011/2006, para obtenção da Revalidação da Licença de Operação (RevLO).
- 24/02/2010, realizadas as vistorias no local da UHE, pela equipe técnica da SUPRAM-SM.
- 23/04/2010, foi emitido pedido de informações complementares (“IC”) com vistas a Revalidação da LO.
- 28/03/2017, os estudos foram considerados aptos pela SUPRAM-SM, após atendido o pedido de IC.
- 25/04/2017 O processo de requerimento da RevLO foi pautado para julgamento na Reunião da CIE – Câmara Técnica Especializada de Atividades de Infraestrutura de Energia – CIE, tendo sido requerido vista conjunta, pelos conselheiros: Antonio Walter dos Santos Pinheiro Filho, representante da ABRAGEL, e Gustavo Bernadino Mallaco, Representante da Neoambiente.

2. Outorga de Recursos Hídricos;

Condicionante SUPRAM-SM - Apresentação de Portaria de Outorga concedida pela ANA para a regularização do uso de recursos hídricos.

Aspecto Legal – Ao que tudo indica, a solicitação de formulação de novo pedido de Outorga de Recursos Hídricos exigida no presente Parecer Único da SUPRAM-SM, teve como sustentação legal a Resolução ANA nº 1.047/2016, que exigiu dos titulares de concessões ou autorizações vigentes de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da união, expedida pela ANEEL e/ou Poder Concedente, a formulação de novos pedidos de outorga para uso de recurso hídrico. Entretanto, deve-se observar que a Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 1.305/2015, tem comando distinto:

*“... após decisão unânime das Diretorias da ANA e da ANEEL, como resultado de processo (legítimo) de Audiência Pública, **ratificou a dispensa dos geradores titulares de outorga expedidas pela ANEEL e/ou pelo Poder Concedente até a Publicação da Resolução ANA 131/2003, de solicitares nova outorga à ANA, mas por outro lado, obrigou-lhes a apresentar todos os documentos pertinentes para a fiscalização da Agravada, segundo cronograma previsto na norma.” (grifo nosso)***

Manifestação do Conselheiro – Na presente matéria há de se considerar a Decisão do Tribunal Federal da Primeira Região, Agravo de Instrumento nº 0073742-34.2016.4.01.0000/DF de 13 de fevereiro de 2017 (doc. Anexo 1), **que deferiu o pedido de antecipação de tutela recursal, para suspender os efeitos do art 1º da Resolução ANA nº 1.047/2016, abstendo a parte agravada de exigir das associadas da agravante que se enquadrem no disposto no art. 2º § 2º, da Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 1.305/2015, a solicitação de outorga de direito de uso de recursos hídricos, bem como de lhes imputar qualquer ônus, gravame ou penalidade em decorrência do não cumprimento da aludida exigência.**

Neste sentido, em cumprimento a Decisão Judicial, entendo que a Condicionante Prevista no item 3. do Parecer Único deverá ter sua exigibilidade temporariamente suspensa, até a Sentença Transitada e Julgada, mantendo apenas o comando da **Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 1.305/2015, quanto a apresentação da documentação pertinente para fiscalização da ANA.**

3. Autorização para Intervenção Ambiental (AIA);

Condicionante - Comprovar a regularização das áreas de preservação permanente (aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa) pelo empreendimento, ressalvadas as áreas definidas pelo Pacuera que serão utilizadas para a implantação de polos turísticos e de lazer.

A recuperação das APPS será feita conforme detalhado no item 4 (Autorização para Intervenção Ambiental - AIA) deste Parecer Único.

“Para a regularização das APPs criadas após o enchimento do lago foi apresentado PTRF, tendo sido aprovado pela equipe técnica da SUPRAM-SM e foi estabelecida condicionante neste parecer para o cumprimento da metodologia e cronograma propostos.”

Aspecto Legal – Para a condução da regeneração natural na APP do reservatório da UHE Funil serão consideradas as recomendações apresentadas no Art. 4º da Resolução CONAMA 429/2011.

Observa-se que, estava vigente à época da expedição das licenças ambientais (LI e LO), a Lei Federal n. 4.771/65, alterada pela Medida Provisória no 2.166-67, de 2001, a qual de forma expressa determinava em seu § 6º, que na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA.

A Resolução CONAMA 302, de 20 de março de 2002, estabelecia as seguintes faixas para as áreas

de preservação permanente:

“Art 3o Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais; II - quinze metros, no mínimo, para os reservatórios artificiais de geração de energia elétrica com até dez hectares, sem prejuízo da compensação ambiental. “

Em 2012, com a entrada em vigor da Lei Federal n. 12.651/12, as faixas de preservação permanente dos empreendimentos destinados a geração de energia que foram registrados ou tiveram seus **contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum: (grifo nosso)**

*“Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, **a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.**” (grifo nosso)*

Cabe ressaltar que, de acordo com o parágrafo único, do Art. 22, da Lei Estadual nº 20.922/2013, a faixa de área de preservação permanente é de 2,61 m em medida vertical.

*“Para os reservatórios de que trata o caput que foram registrados ou que tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados antes de 24 de agosto de 2001, **a faixa da APP será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.**” (grifo nosso)*

Manifestação do Conselheiro: Neste sentido, levando ainda em consideração que estamos tratando da Revalidação da Licença de Operação, findo o prazo de validade da LO, acompanho a orientação manifestada pela SUPRAM-SM, que teve como base Legal as novas orientações da Lei Federal 12.651/2012 (Código Florestal) e da Lei Estadual nº 20.922/2013, vigentes nesta data, onde ambas determinaram que a desapropriação, aquisição ou estabelecimento de faixa de servidão para fins de APP seja estabelecida entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.

4. Ictiofauna e Sistema de Transposição de Peixes

Dos Fatos relatados no Parecer - Em relação aos episódios de mortandade de peixes relatados no âmbito do Parecer Único da SUPRAM-SM, e ainda, considerando as informações disponíveis no Processo Administrativo da UHE FUNIL, constatou-se que os eventos ocorreram em momentos e por razões técnicas distintas, sendo o primeiro evento em 2002, quando do comissionamento de máquinas e, o segundo em 2016, aparentemente envolvendo uma falha operacional no mecanismo de transposição de peixes – (“STP”).

Aspecto Legal – Esta Relatoria identificou através de pesquisa na internet, a existência de ação civil pública ajuizada pelo MPE-MG, contra a VALE e a CEMIG, em curso perante a 7ª Vara da Fazenda Pública Estadual de BH, na qual se discute aspectos diversos relativos à eficiência do STP, e pleitos por indenização por dano ambiental.

Registra-se ainda, que o empreendedor foi autuado administrativamente em relação aos eventos de mortandade identificados pela polícia ambiental, restando ainda, o Auto de Infração lavrado e em análise técnica, envolvendo o episódio ocorrido em 2016.

Condicionante – A SUPRAM-SM, assertivamente propôs condicionantes determinando pela continuidade do monitoramento da Ictiofauna, com periodicidade semestral, assim como, o monitoramento de ictiofauna no sistema de transposição de peixe – STP, em periodicidade anual.

Manifestação do Conselheiro: Estando essas demandas judicializadas, todas elas direta ou indiretamente relacionadas acerca da eficiência do STP, penso não ser possível, ou mesmo conveniente, manifestar opinião e fazer recomendações, no âmbito desta Comissão, a medida que há uma Ação Civil Pública em tramitação, com perícia técnica constituída para identificação das causas e potenciais responsáveis, não fazendo sentido deliberar sobre o assunto, uma vez que o Poder Judiciário julgará o mérito da ação.

5. Conclusão

Ante o exposto, **manifesto pelo deferimento da Revalidação da Licença de Operação**, nos Termos e Condicionantes sugeridos no Parecer Único elaborado pela SUPRAM SM, observando apenas, que a Condicionante que trata do Requerimento de Outorga de Recursos Hídricos junto a Agencia Nacional de Águas – ANA, deverá se manter suspensa até a Sentença do Tribunal Federal da Primeira Região, **que deferiu o pedido de antecipação de tutela a favor dos empreendimentos que se enquadrem no disposto no art. 2º § 2º, da Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 1.305/2015, sem prejuízo da apresentação de documentação pertinente para fins exclusivos de fiscalização da ANA.**

Belo Horizonte, 18 de maio de 2017.



Antônio Walter dos Santos Pinheiro Filho.
Conselheiro Titular CIE, representante da ABRAGEL

- DOC. ANEXO I – Decisão do Tribunal Federal da Primeira Região



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0073742-34.2016.4.01.0000/DF

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO
AGRAVANTE : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE GERACAO DE ENERGIA LIMPA -
ABRAGEL
ADVOGADO : DF00028053 - GUILHERME PEREIRA BAGGIO
ADVOGADO : DF00032180 - LUCAS PEREIRA BAGGIO
ADVOGADO : DF00037486 - LJS DE OLIVEIRA RISSO SOARES
ADVOGADO : DF00043916 - JULIANA LOPES BARROSO VILLAS BOAS CARVALHO
ADVOGADO : DF00033059 - PAULO GESTEIRA COSTA FILHO
ADVOGADO : DF00028992 - HENRIQUE SILVA REIS
ADVOGADO : DF00031482 - VICTOR JOSE FERREIRA GOMES
ADVOGADO : PE00033428 - JULIANA MELCOP DE CASTRO SCHOR
ADVOGADO : DF00052637 - JOSÉ BATISTA SOARES NETO
AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA
PROCURADOR : DF00025372 - ADRIANA MAIA VENTURINI

DECISÃO

A Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa (Abragel) interpõe agravo de instrumento de decisão (cópia – fls. 466-468) que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, em ação de procedimento ordinário, na qual se discute a legitimidade do art. 1º, *caput*, da Resolução n. 1.047/2016 da Agência Nacional de Águas (ANA), que exigiu dos titulares de concessões ou autorizações vigentes de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d'água de domínio da União, expedidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e/ou pelo Poder Concedente, a formulação de novos pedidos de outorga para uso de recursos hídricos.

Sustenta que, de acordo com a Resolução ANA n. 131/2003, os detentores de concessão e de autorização de uso de potencial de energia hidráulica expedidas até a sua edição, foram dispensados de solicitação de nova outorga.

Aduz que, considerando o disposto no art. 31, § 3º, da Lei n. 9.427/1996, no sentido de que os órgãos responsáveis pelo gerenciamento dos recursos hídricos e a Aneel devem se articular para outorga de concessão de uso, foi editada a Resolução Conjunta ANA/ANEEL n. 1.305/2015, que (fl. 6):

(...) após decisão unânime das Diretorias da ANA e da ANEEL, como resultado de processo (legítimo) de Audiência pública, ratificou a dispensa dos geradores titulares de outorgas expedidas pela ANEEL e/ou pelo Poder Concedente até a publicação da Resolução



ANA 131/2003, de solicitarem nova outorga à ANA, mas, por outro lado, obrigou-lhes a apresentar todos os documentos pertinentes para a fiscalização da Agravada, segundo cronograma previsto na norma.

Alega que, apesar de a dispensa de solicitação de nova outorga não significar que as outorgas anteriormente expedidas pela Aneel e/ou Poder Concedente seriam atos jurídicos perpétuos e que a ANA estaria impedida de revisitá-las concretamente, as hipóteses em que poderiam ser suspensas tais outorgas são as previstas no art. 15 da Lei n. 9.433/1997, devendo tal suspensão ser devidamente fundamentada em estudos técnicos que comprovem a necessidade do ato, nos termos da Resolução n. 16/2001 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH).

Afirma que a exigência unilateral e arbitrária da ANA, quanto à formulação de novo pedido de outorga, contraria a Resolução Conjunta ANA/ANEEL n. 1.305/2015, possuindo vício de competência e de forma, afrontando o princípio constitucional da segurança jurídica, a garantia constitucional da preservação do equilíbrio econômico-financeiro da relação estabelecida com o Poder Público, o devido processo legal, o princípio da legalidade, estrita e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Acrescenta que a decisão agravada não analisou os argumentos apresentados pela ora agravante, desconsiderando o disposto na Resolução Conjunta ANA/ANEEL n. 1.305/2015, tendo sido fundamentada na ausência de direito adquirido a regime jurídico, o que não foi defendido pela recorrente.

Assevera que é equivocada a alegação de que a simples exigência de novo pedido de outorga não causaria qualquer prejuízo, na medida em que implica em nova avaliação pela ANA quanto aos critérios para outorga de recursos hídricos, passando os titulares de outorgas válidas, vigentes e eficazes a serem tratados como novos usuários.

Requer, assim, a antecipação da tutela recursal, para suspender o disposto no art. 1º da Resolução ANA n. 1.047/2016, determinando-se à ANA que, em respeito ao disposto no art. 2º, § 2º, da Resolução Conjunta ANA/ANEEL, abstenha-se de exigir novo pedido de outorga aos associados da agravante, titulares de concessões ou autorizações expedidas até a data de publicação da Resolução ANA n. 131/2003, bem como se abstenha de imputar qualquer ônus, gravame ou penalidade em decorrência do não cumprimento da aludida exigência.

Decido.

Quanto à pretensão recursal deduzida pela agravante, no presente agravo de instrumento, verifica-se que, apreciando o pedido de antecipação da tutela recursal no Agravo de Instrumento n. 0001885-88.2017.4.01.0000, da Relatoria do Desembargador Federal Néviton Guedes, o Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (Convocado) acolheu a solicitação, com os seguintes fundamentos:

(...)

Para melhor compreensão da questão controvertida, cabe observar as normas que foram editadas após as outorgas em favor da agravante.

A Agência Nacional de Águas – ANA, em 11/03/2003, editou a Resolução n. 131, dispondo “sobre procedimentos referentes à emissão de declaração de reserva de disponibilidade hídrica e de outorga de direito de uso de recurso hídricos, para uso de potencial de energia hidráulica superior a 1 MW em corpo de água de domínio da União”.

No artigo 1º da referida resolução, constou consignado que “para licitar a concessão ou autorizar o uso do potencial de energia hidráulica em corpo de água de domínio da União, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL deverá promover, junto à ANA, a prévia obtenção de declaração de reserva de disponibilidade hídrica”.

Em 20/11/2015, foi editada a RESOLUÇÃO CONJUNTA ANA – ANEEL nº 1305, estabelecendo “diretrizes e procedimento para outorga de direito de uso de recurso hídricos para empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em curso d’água de domínio da União”, bem como determinando que “o titular de concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da União, que não tenha outorga de direito de uso de recursos hídrico emitida pela Agência Nacional de Águas – ANA, deverá solicitar à ANA a outorga de direito de uso de recurso hídricos de que trata esta resolução”, conforme cronograma estabelecido (art. 2º).

A citada resolução conjunta, excluiu expressamente da exigência contida no *caput* de seu artigo 2º “(...) as concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da União emitidas até a edição da Resolução ANA nº 131, de 11 de março de 2003, e que estejam em vigor na data de publicação desta Resolução, desde que não tenha sido emitido ato de renovação ou prorrogação a partir de 12 de março de 2003 e que não se enquadre no § 1º”.

Posteriormente, a Agência Nacional de Águas – ANA, ora agravada, editou a Resolução nº 436, de 25/04/2016, na qual consta:

Art. 1º O titular de concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da União, que não tenha outorga de direito de uso de recursos hídricos emitida pela ANA, e cujas concessões ou autorizações tenham sido emitidas até a edição da Resolução ANA nº 131, de 11 de março de 2003, e que estejam em vigor na data de publicação desta Resolução deverão, além de atender ao disposto no § 3º do Artigo 2º da Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 1305, de 20 de novembro



de 2015, solicitar à ANA a outorga de direito de uso de recursos hídricos, segundo cronograma disposto no caput do Artigo 2º da Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 1305, de 2015.

Ainda no ano de 2016, foi expedida a Resolução ANA n. 1047, de 05/09/2016, revogando a Resolução ANA n. 436, de 25/04/2016, que dispôs:

Art. 1º O titular de concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d'água de domínio da União, que não tenha outorga de direito de uso de recursos hídricos emitida pela ANA, e cujas concessões ou autorizações tenham sido emitidas até a edição da Resolução ANA nº 131, de 11 de março de 2003, e que estejam em vigor na data de publicação desta Resolução deverão, além de atender ao disposto no §3º do Artigo 2º da Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 1.305, de 20 de novembro de 2015, solicitar à ANA a outorga de direito de uso de recursos hídricos, segundo cronograma disposto no caput do Artigo 2º da Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 1305, de 2015.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos empreendimentos enquadrados no art. 4º da Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 1305, de 20 de novembro de 2015, os quais deverão atender, quando da solicitação de suas outorgas de direito de uso de recursos hídricos junto à ANA, aos respectivos prazos da referida Resolução Conjunta.

Art. 2º Para efeitos do artigo anterior, a solicitação de outorga de direito de uso de recursos hídricos não implica em irregularidade do ato administrativo que autorizou o uso da água, concedido por entidade ou órgão competente, considerando o prazo ali estabelecido.

Art. 3º Esta Resolução revoga a Resolução ANA nº 436, de 25 de abril de 2016, publicada no Diário Oficial da União de 27 de abril de 2016, seção 1, página 56.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Constata-se, assim, que nas outorgas/autorizações expedidas pela ANEEL em favor da agravante, bem como no contrato celebrado, não há previsão acerca da necessidade de outorga específica de direito de uso de recursos hídricos.

Entretanto, não se pode desconsiderar que consta no rol de atribuições da ANA "outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União" e "fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União" (Lei n. 9.984/2000, artigo 4º, incisos IV e V).

De igual forma, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, os atos das Agências Reguladoras, enquanto não declarados inconstitucionais, ostentam presunção de legitimidade e obrigam as empresas que atuam no setor regulado, bem como que "as Agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto

para fornecedor/produtor como principalmente para o consumidor/usuário. (REsp 757.971/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 19/12/2008).

Por sua vez, neste juízo de cognição sumária, mostram-se relevantes os argumentos deduzidos pela agravante, no sentido de que o imediato cumprimento do disposto no Ofício n. 2049/2016/SRE-ANA, de 08/12/2016, poderá "significar em menor utilização do potencial hidráulico, e conseqüentemente menor geração de energia", causando prejuízos na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, na medida em que poderá não cumprir os contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados com terceiros.

Igualmente, verifica-se a existência de divergências entre a Resolução Conjunta ANA – ANEEL n. 1305, de 20/11/2015, e a Resolução ANA n. 1.047, de 05/09/2016, uma vez que ambas as agências, considerando as particularidades de suas competências, decidiram por excluir da exigência de se solicitar à ANA a outorga de direito de uso de recursos hídricos "as concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d'água de domínio da União emitidas até a edição da Resolução ANA n. 131, de 11 de março de 2003" (Art. 2º, § 2º). Posteriormente, a ANA, individualmente, revogou o disposto na resolução conjunta.

Consta ainda dos autos, o Ofício n. 017/2004/SOC-ANA, de 19/01/2003, por intermédio do qual a agravada, de maneira categórica, informa à agravante que "(...) os aproveitamentos hidrelétricos de Santa Inês, São José e São Joaquim já possuem autorizações da ANEEL e, portanto, estão dispensados da outorga de direito de uso de recursos hídricos, conforme disposto na Resolução ANA nº 131, de 2003".

Deve ser considerado, no caso, que a existência de normas conflitantes e entendimentos excessivamente mutáveis geram insegurança jurídica aos administrados.

Ademais, a aplicação das severas sanções previstas no artigo 50 da Lei n. 9.433/1997 (embargos provisório e definitivo), poderá frustrar o resultado útil do processo originário, no qual a parte autora, ora agravante, pretende que "sejam declaradas plenamente válidas as outorgas concedidas pela ANEEL para as PCH Mogi Guaçu, São José e São Joaquim, bem como seja declarada a desnecessidade de requerer junto à ANA as outorgas de direito de recursos hídricos para esses empreendimentos e outros que eventualmente estejam na mesma situação, afastando, portanto a aplicação da Resolução ANA 1.047/2016 e a exigência constante do Ofício 20149/2016/SER-ANA ou quaisquer atos administrativos análogos em relação à Autora e suas PCHs".

Tudo considerado, não obstante a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, vislumbra-se, no caso, a presença dos requisitos necessários ao deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, isso porque, conforme já decidido reiteradamente pela colenda Quinta Turma deste Tribunal, "(...) a suspensão da execução de penalidades administrativas e dos demais atos daí decorrentes, possui natureza eminentemente cautelar, sob pena de frustrar-se o resultado da demanda instaurada no feito judicial, em caso de sua procedência, com vistas nas garantias fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal (CF, art. 5º, incisos LIV e LV)" (AG 0023559-30.2014.4.01.0000 / DF, Rel.



DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA,
e-DJF1 p.262 de 27/05/2015).

Ante o exposto, **defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal** para suspender a aplicação e exigibilidade de todas as penalidades decorrentes do Ofício n. 2049/2016/SRE-ANA, bem como, em relação às PCHs Mogi Guaçu, São José e São Joaquim, quaisquer outras penalidades que tenham como fundamento o disposto no artigo 1º da Resolução n. 1047, de 05/09/2016.

(Agravado de Instrumento n. 0001885-88.2017.4.01.0000 – Relator Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (Convocado) – e-DJF1 de 23.01.2017).

Compartilho do entendimento firmado na aludida decisão, quanto ao pleito que ora se formula, e penso que a melhor solução, do mesmo modo, é o de acolher o pedido de antecipação da tutela recursal.

Com efeito, a Lei n. 9.984/2000, que dispõe sobre a criação da ANA, estabelece em seu art. 7º que “a concessão ou a autorização de uso de potencial de energia hidráulica e a construção de eclusa ou de outro dispositivo de transposição hidroviária de níveis em corpo de água de domínio da União serão precedidas de declaração de reserva de disponibilidade hídrica”.

Considerando o dispositivo legal supratranscrito, foi editada a Resolução n. 131/2003, a qual prevê expressamente, em seu art. 7º, que “os detentores de concessão e de autorização de uso de potencial de energia hidráulica, expedidas até a data desta Resolução, ficam dispensados da solicitação de outorga de direito de uso dos recursos hídricos”, ou seja, confirmou a validade das outorgas já expedidas até a data da edição da Resolução.

O art. 7º da Resolução n. 131/2003 foi revogado pela Resolução Conjunta ANA/ANEEL n. 1.305/2015, a qual dispõe que:

Art. 2º O titular de concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d'água de domínio da União, que não tenha outorga de direito de uso de recursos hídricos emitida pela Agência Nacional de Águas - ANA, deverá solicitar à ANA a outorga de direito de uso de recursos hídricos de que trata esta resolução, conforme cronograma apresentado a seguir, de acordo com a bacia hidrográfica em que o aproveitamento hidrelétrico está inserido:

(...)

§ 2º O previsto no caput não se aplica às concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d'água de domínio da União emitidas até a edição da Resolução ANA nº 131, de 11 de março de 2003, e que estejam em vigor na data de publicação desta Resolução, desde que não tenha sido emitido ato de renovação ou prorrogação a partir de 12 de março de 2003 e que não se enquadre no § 1º.



§ 3º Os empreendimentos enquadrados no § 2º deverão encaminhar à ANA a documentação prevista no art. 5º desta Resolução, conforme cronograma definido no caput.

§ 4º Os empreendimentos hidrelétricos que já disponham de outorgas de direito de uso de recursos hídricos emitidas pela ANA poderão ter suas outorgas alteradas, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

§ 5º A ANA e a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL devem se articular para a outorga de concessão de uso de águas em bacias hidrográficas, de que possa resultar a redução da potência firme de potenciais hidráulicos, especialmente os que se encontrem em operação, com obras iniciadas ou por iniciar, mas já concedidas.

Assim, os titulares de concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d'água de domínio da União, que tenham sido emitidas até 11 de março de 2003 e que ainda estavam em vigor na data da publicação da Resolução em referência, tiveram, mais uma vez, confirmada a validade e regularidade das aludidas concessões ou autorizações perante a Agência Nacional de Águas.

Sobre o ponto, reforçando o entendimento de que as outorgas emitidas pela Aneel até a Resolução ANA n. 131/2003 constituem ato jurídico perfeito, trago à colação trecho do voto proferido pelo Relator do Processo Administrativo n. 48500.003746/2015-55, que trata da audiência pública da qual resultou a Resolução Conjunta n. 1.305/2015 (fls. 259-260):

(...)

A esse respeito é indubitável que os empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d'água de domínio da União, cujas concessões tenham sido prorrogadas nos termos da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, deverão solicitar à ANA a prorrogação ou a renovação da outorga de direito de uso de recursos hídricos, conforme cronograma definido na minuta da resolução.

A mesma obrigação, contudo, não se aplica aos detentores de concessões e autorizações de uso de potencial de energia hidráulica que, na data de publicação da Resolução ANA nº 131, de 2003, foram dispensados da solicitação de outorga de direito de uso dos recursos hídricos por essa Resolução.

Não se pode compelir tais agentes a solicitarem a emissão de nova outorga de direito de uso dos recursos hídricos, haja vista que as expedidas pela ANEEL até aquele momento eram perfeitas e válidas, constituindo ato jurídico perfeito, conforme fundamentado pelo Parecer nº 54/2003-PGE/ANEEL, emitido pela Procuradoria Federal na ANEEL em março de 2003.

Isso porque segundo esse Parecer, para os processos protocolizados na ANEEL até 19 de dezembro de 2002 – data limite do período de transitoriedade previsto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 9.984, de 2000 –, o procedimento para a outorga do direito de uso do recurso hídrico era do setor de energia elétrica, devendo a



ANEEL proceder normalmente à concessão das outorgas como vinha fazendo até então, independentemente da obtenção da prévia declaração de reserva de disponibilidade hídrica, fosse pela ANA ou pelos órgãos gestores estaduais.

Destaca-se que não se está afirmando que as outorgas de direito de uso dos recursos hídricos emitidas pela ANEEL até a edição da Resolução ANA nº 131, de 2003, sejam ou caracterizem "ato administrativo perpétuo", conforme mencionado na Nota Técnica nº 25/2015/PF-ANA/PGF/AGU.

A Ana, no uso das competências legais para regular os corpos hídricos de domínio da União não só pode como deve, diante de interesse público que assim o determine, revisar todas as outorgas de recursos hídricos (...).

Por outro lado, a Lei n. 9.433/1997 elenca as hipóteses em que a outorga de direito de uso reconhecida válida e vigente pode ser suspensa:

Art. 15. A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias:

I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga;

II - ausência de uso por três anos consecutivos;

III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;

IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;

V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas;

VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.

De igual forma, dispõe o art. 24, da Resolução n. 16/2001, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, que:

Art. 24. A outorga de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa pela autoridade outorgante, parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, sem qualquer direito de indenização ao usuário, nas seguintes circunstâncias:

I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga;

II - ausência de uso por três anos consecutivos;

III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;

IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;

V - necessidade de se atender a usos prioritários de interesse coletivo para os quais não se disponha de fontes alternativas;

VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água, e



VII - indeferimento ou cassação da licença ambiental.

§ 1º A suspensão da outorga só poderá ser efetivada se devidamente fundamentada em estudos técnicos que comprovem a necessidade do ato.

§ 2º A suspensão de outorga de uso de recursos hídricos, prevista neste artigo, implica automaticamente no corte ou na redução dos usos outorgados.

Nesse contexto, num exame perfunctório, próprio do agravo de instrumento, a exigência de formulação de novo requerimento de outorga para uso de recursos hídricos aos titulares de concessões ou autorizações vigentes de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d'água de domínio da União, expedidas pela Aneel e/ou pelo Poder Concedente, afigura-se ilegítima, indo de encontro ao que estabelece a legislação de regência.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, para suspender os efeitos do art. 1º da Resolução ANA n. 1.047/2016, abstendo-se a parte agravada de exigir das associadas da agravante que se enquadrem no disposto no art. 2º, § 2º, da Resolução Conjunta ANA/ANEEL n. 1.305/2015, a solicitação de outorga de direito de uso de recursos hídricos, bem como de lhes imputar qualquer ônus, gravame ou penalidade em decorrência do não cumprimento da aludida exigência.

Comunique-se, com urgência.

Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar resposta, nos termos do art. 1.019, inciso II, do novo Código de Processo Civil (CPC).

Publique-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2017.



Des. Federal DANIEL PAES RIBEIRO
Relator



Documento contendo 9 páginas assinado digitalmente pelo(a) DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, conforme MP nº 2.200-2, de 24/08/2001, que instituiu a infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP-Brasil e Res. nº 397, de 18/10/2004, do Conselho da Justiça Federal. A autenticidade do documento pode ser verificada no site www.trf1.jus.br/autenticidade, informando o código verificador 19.615.513.0100.2-51.