



Grupo de Estudo de Geração Hidráulica-GGH

As alterações da Lei Federal nº 9.074/95 e seus impactos regulatórios na exploração de pequenos potenciais de energia hidráulica - Entendimentos sobre a Declaração de Utilidade Pública (DUP)

ADRIANA COLI PEDREIRA VIANNA(1); NICOLLE SAYURI FRANÇA UYETAQUI(1); GUILHERME MASSIGNAN BEREJUK(1);
Coli Adv(1);

RESUMO

A Lei 9.074/1995, alterada em 2016, dispensou de prévia autorização o aproveitamento de potenciais hidráulicos de até 5 MW, sujeitando-os ao regime do Registro. Isso inviabilizou a implantação de alguns projetos, pois atualmente o Registro não enseja a emissão de Declaração de Utilidade Pública e, conseqüentemente, dificulta a exploração fundiária. Para este estudo, levantou-se e analisou-se a legislação e a doutrina visando contribuir para o tema, considerando as peculiaridades da outorga de potenciais hidráulicos, seus efeitos no Setor Elétrico e sua natureza constitucional. Resultado: apresenta-se interpretações distintas quanto à emissão da DUP, para viabilizar a implantação dos potenciais de capacidade reduzida.

PALAVRAS-CHAVE

Aproveitamento de potencial hidráulico, Declaração de utilidade Pública, Registro, Fundiário, Central Geradoras de Energia Elétrica.

1.0 - INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), em seus arts. 20, VIII e 176, § 4º (1) é clara ao dispor que os potenciais de energia hidráulica pertencem à União e que não depende de autorização ou concessão o aproveitamento de potencial de energia renovável de capacidade reduzida¹.

Nesse respaldo constitucional e nas atribuições do Poder Concedente previstas no art. 29, da Lei Federal nº 8.987/1995 (2) - dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da CF - a União, representada pelo Ministério de Minas e Energia (MME), delegou à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)² (3) - dentre outros, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos³. Registre-se aqui, a

1 § 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

2 Instituída pela Lei Federal nº 9.427/1996.

3 Lei Federal nº 9.427/1996 - **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) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009). I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; **II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os**

competência da Agência para declarar a utilidade pública para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica⁴.

Mais adiante, a promulgação da Lei Federal nº 13.360/2016 (9), ampliou as alterações técnicas dos aproveitamentos de capacidade reduzida, as quais conseqüentemente passaram a apresentar modificações de caráter regulatório relacionadas a outorga para exploração desses projetos. Dentre as mudanças, focaremos na prevista no art. 8º da Lei Federal nº 9.704/1995 (4), o qual já havia sofrido uma alteração pela Lei Federal nº 13.097/2015 (5). Abaixo conseguimos visualizar as respectivas substituições das redações:

Art. 8º O aproveitamento de **potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW**, e a implantação de usinas **termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW**, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente. (grifos nossos)

Art. 8º O aproveitamento de **potenciais hidráulicos iguais ou inferiores a 3.000 kW** (três mil quilowatts) e a implantação de **usinas termoelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts)** estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015). (grifos nossos)

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. (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016). (grifos nossos)

Percebe-se que as alterações normativas intencionam tornar simplificado o aproveitamento de potenciais hidráulicos de capacidade reduzida (nos termos da CRFB), bem como a implementação de pequenas termoelétricas. A modificação trazida com a Lei de 2016, ampliou o limite do aproveitamento do potencial hidráulico das Centrais Geradoras Hidrelétricas (CGHs), empreendimentos enquadrados, até então, como Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs), conforme a Lei Federal nº 9.427/1996⁵ (4) e Resolução da ANEEL nº 673/2015⁶ (8). Todavia, observa-se pelas vias fáticas e procedimentais, que as dispensas (de concessão, permissão ou autorização), e a ampliação do limite do aproveitamento do potencial hidráulico como CGH também apresentam dificuldades, especialmente as relacionadas as questões fundiárias. Isto porque, a ANEEL não emite DUP para os casos de registro.

Não obstante, a Lei Federal nº 13.360/2016 (6) também alterou o disposto no inciso I, do art. 26, da Lei Federal nº 9.427/1996 (4), o qual dispõe sobre as autorizações decorrentes da ANEEL:

procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (...) IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998); (...) XV - promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004); XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do **caput** deste artigo; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004); (...) XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004); (...) **§ 1º No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016); (...)**

4 Art 10 da Lei nº 9074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

5 Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

6 Art. 2º Serão considerados empreendimentos com características de PCH aqueles empreendimentos destinados a autoprodução ou produção independente de energia elétrica, cuja **potência seja superior a 3.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW** e com área de reservatório de até 13 km², excluindo a calha do leito regular do rio.

I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 5.000 kW (cinco 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 hidroelétrica; (grifos nossos)

Pelas novas redações acima, é evidente que apenas os empreendimentos cujo aproveitamento do potencial hidráulico seja acima de 5 MW de potência serão considerados PCH, e não mais a partir de 3 MW, restando aos empreendimentos com potência inferior ao disposto no inciso I enquadrar-se aos padrões regulatórios de CGH.

Começa-se a identificar o problema das dispensas trazidas pelos arts. 8º e 26 da Lei Federal nº 9.704/1995, ao confrontá-los à redação do art. 10º, da Lei Federal nº 9.704/1995⁷ (4):

Art. 10. Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica. (grifos nossos)

Isto porque, o Legislador é claro quando destaca que cabe a ANEEL somente emitir a declaração de utilidade pública (DUP) em casos de concessão, permissão e autorização. Logo, para os empreendimentos hidrelétricos que se enquadram nas alterações supramencionadas trazidas pela lei nº 13.360/2016 (6), e os que estão em trâmite de processo regulatório perante à ANEEL para obter a alteração de sua classificação de PCH para CGH, perderão o direito de obter a DUP, sendo exigido portanto, apenas o Registro de Central Geradora de Capacidade Reduzida (RCG).

Assim, surgem as problemáticas de caráter regulatório e fundiário, as quais serão demonstradas nos próximos itens, abordando sobre quais as peculiaridades e efeitos trazem os Regimes de Concessões da ANEEL aos empreendimentos do Setor Elétrico, à luz da doutrina e legislação pertinentes ao assunto, bem como, a natureza jurídica de um empreendimento de potencial hidrelétrico no bojo da Constituição da República Federativa Brasileira e, por fim, apresentar uma interpretação distinta daquela trazida pela Lei Federal nº 13.360/2016 (6).

2.0 - DOS REGIMES DE OUTORGAS NO SETOR ELÉTRICO

Por meio da Lei Federal que instituiu a ANEEL, pode-se observar suas atribuições em paralelo à Lei Federal nº 8.987/1995 (2), a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos. Assim, tem-se as atribuições e incumbências da Agência previstas nos arts. 3º e art. 3º-A da Lei Federal nº 9.427/1996 (3), bem como no art. 29, da Lei Federal nº 8.987/1995 (2), destacando-se as seguintes:

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:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

(...)

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

(...)

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

(...)

7 Art. 26.

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:

(...)

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.

_____x_____

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; (grifos nossos)

Conforme o destaque legislativo acima, resta claro que incumbe à ANEEL dispor, gerir e executar o regime de concessões no Setor Elétrico. Logo, as alterações de cunho legislativo e normativo que ampliam limites para o aproveitamento do potencial hidráulico, bem como, que regulam a implantação do empreendimento refletem nos atos autorizativos da ANEEL, que se adequará e proverá de Resoluções, Portarias e demais espécies normativas de cunho administrativo.

Uma vez exposto que os atos que decorrem da delegação do Poder Concedente à ANEEL são administrativos, faz-se mister entender o conceito de cada ato autorizativo que protagoniza a problemática da ampliação dos limites da CGH e o não direito à DUP nesses casos.

De modo geral, os atos autorizativos à luz do Direito Administrativo se perfazem em autorização, concessão, permissão e registro, passíveis de se encontrar seu conceito em previsão legal e doutrinária. Sendo assim, com relação à autorização, Helly Lopes Meirelles (7) entende que

A autorização é ato administrativo discricionário e precário, pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade. Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a convivência ou não do atendimento da pretensão do interessado.

Já Édis Milaré (10) faz importantes considerações sobre a autorização, em que “*Tradicionalmente, o uso do bem público é facultado por meio de autorização, (...). Vale dizer, é ato que depende apenas do juízo de convivência e oportunidade da administração.*” .

No viés de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (11), entende-se

Os autorizados de serviços público são entes privados, executores de administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria, instrumentada por ato administrativo que delega precariamente a um particular a execução de certos serviços em caráter instável, emergente ou transitório.

Finalmente, sobre a autorização, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (12):

Pode-se, portanto, definir a autorização administrativa, em sentido amplo, como o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia).

Ainda, a doutrinadora (12) faz apontamentos específicos à autorização emitida pela ANEEL, qual segue:

Com relação à autorização de serviço público, constitui ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício. Exemplo típico é o da autorização dos serviços de energia elétrica previstos no artigo 7º da Lei nº 9.074/1995.

Assim, pode-se dizer que a autorização é ato unilateral que decorre da Administração Pública para o Privado, goza de discricionariedade e é precário, tendo em vista que pode valer enquanto for conveniente à Administração, sendo revogável a qualquer momento.

No que diz respeito à concessão, pode-se encontrar seu conceito legal previsto no art. 2º, II da Lei Federal nº 8.987/1995 (2):

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

Em viés doutrinário, Moreira Neto (11) assim entende sobre concessão:

O regime concessional se estabelece mediante contrato administrativo, (...) no qual, a prestação que incumbe ao contratante provado, denominado concessionário, é aquela destinada a satisfazer o interesse público legalmente previsto e definido no contrato, seja este um serviço, que deverá ser proporcionado à coletividade (concessão de serviço público), ou uma renda ou um encargo, que decorrerão da transferência do uso de um bem público (concessão de uso de bem público).

Segundo o entendimento de Di Pietro, existem duas teorias a respeito da natureza jurídica do regime de concessão: unilaterais e bilaterais. A primeira se subdivide em concessão como um ato unilateral do Poder Público, em que se estabelecem cláusulas unilaterais por parte da Administração e em dois atos unilaterais, sendo um de caráter imperial que decorre da administração e outro do particular, em que só aceita as condições dadas. Já a segunda, subdivide-se em contrato de direito privado; contrato de direito público e contrato de direito misto. Todavia, a doutrinadora é firme ao dizer que partilha da teoria de que a concessão possui natureza jurídica de contrato administrativo, sujeito a regime jurídico de direito público. Sendo assim, Di Pietro (12) conceitua que

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Este conceito é aplicado às concessões disciplinadas pela Lei nº 8.987 e que poderá ser alterado em relação às parcerias público-privadas, porque, nesse caso, a remuneração por tarifa tende a deixar de ser a forma principal ou única de remuneração das empresas concessionárias.

A permissão é também regulamentada no art. 2º, da Lei Federal nº 8.987/1995 (2), qual dispõe:

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Diferente da Concessão que se formaliza mediante contrato, a Permissão é ato administrativo, semelhante à Autorização, todavia, predominando o interesse público. Nesses termos, Moreira Neto (11) assim entende:

A Constituição, embora contratualizando a permissão de serviços públicos, manteve a permissão de uso de bens públicos, pela qual, por ato administrativo unilateral e precário, a Administração Pública transfere a posse e a exploração de bens públicos imóveis de seu domínio, de modo que continuam a existir parceiros na modalidade unilateral de permissionários de uso de bens públicos.

Assim, ainda que disposto na CRFB, art. 117,⁸ (1) o aspecto contratual ressaltado acima, a permissão é ato unilateral e, nesse sentido, Di Pietro (12) assim leciona:

Importa, em primeiro lugar, distinguir concessão e permissão, podendo-se adiantar que esta, doutrinariamente, não tem natureza contratual, (...) A permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário. A diferença está norma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão.

Então, segundo doutrina majoritária, tem duas diferenças entre a concessão e a permissão: a precariedade somente presente na segunda; e a forma, sendo a concessão contratual e a permissão ato unilateral.

Pode-se verificar no instituto da Permissão alguns aspectos como: contrato de adesão, precário, revogável unilateralmente pelo poder concedente, conforme art. 175, parágrafo único, inciso I, da CRFB, ainda que seja tratado pela doutrina tradicional como ato unilateral, o qual dependerá sempre de licitação, conforme disposto no referido dispositivo Constitucional e o objeto é sempre serviço público, em que permanece o titular de Direito o poder Público, podendo ser revogado a qualquer momento por esse último. (12)

O Registro, ato que regula as CGHs perante o Poder Concedente de modo mais simplificado e desburocratizado, comparado aos outros atos administrativos, é descrito pela doutrina como mero reconhecimento sem muito crivo descritivo. Nesse sentido, Moreira Neto (11) entende que

Os registros são atos vinculados que expressam por meio de assentamentos públicos, o reconhecimento administrativo de uma situação jurídica ou de satisfação de requisitos legalmente estabelecidos para a prática de atos da vida privada, por parte do administrado que os requer.

O espectro de sua utilização é muito amplo, cabendo a distinção das hipóteses em que o registro é da substância do ato (forma essencial) das em que apenas serve para comprová-lo ou, ainda, dos casos em que atua como ato condição.

Com a característica de atos vinculados, os registros apresentam múltipla utilização como para o exercício de trabalho, ofício e profissão, para a utilização ou operação de veículos e equipamentos, para a manipulação e emprego de substâncias, para a comercialização de certos produtos e para muitas outras atividades, entre inúmeros exemplos.

Percebe-se que o Registro é ato vinculado que só ocorre se o Particular cumpre os requisitos da Administração e possuem um caráter genérico, mas com característica de ato vinculado.

Finalmente, sobre o Registro, vale destacar o entendimento da ANEEL:

Por se tratar de mera comunicação, o registro de uma Central Geradora de Capacidade Reduzida (CGH) não envolve análise discricionária ou qualquer ato de cunho propriamente decisório por parte da ANEEL, mas, simplesmente, a verificação objetiva do cumprimento de condições estabelecidas na legislação, em especial o limite de potência admitido para cada tipo de fonte. O registro consiste, portanto, em verdadeiro ato vinculado, que se materializa pela checagem das condições do empreendimento, devendo ser feito após a implantação da usina por intermédio de pedido apresentado pelo Sistema RCG – Registro de Central Geradora de Capacidade Reduzida, disponível no site da ANEEL.

Ainda que a ANEEL entenda como comunicação e sem análise discricionária, em vias fáticas e materiais, ele tem efeitos de autorização, conforme visto em doutrina, podendo atuar de modo genérico e ser mais simplificado e até um dos passos para se obter a concessão, autorização ou permissão.

⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Assim, feitas as devidas conceituações percebe-se a importância de cada ato administrativo acima elencado em relação à problemática desenvolvida no presente artigo, pois, ainda que a potência seja reduzida, a modalidade de outorga do Poder Concedente definirá o futuro do empreendimento, conforme se verá no item a seguir que dispõe sobre a natureza jurídica do potencial hidrelétrico de modo geral, a DUP e manejo da área a ser impactada pelo empreendimento.

3.0 - DA NATUREZA JURÍDICA DO POTENCIAL HIDRELÉTRICO E A RELEVÂNCIA DA DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA (DUP)

O art. 20, inciso VIII⁹, da CRFB (1) qualifica como bem da União os potenciais de energia hidráulica e no artigo seguinte (21), atribui à União a competência para:

*XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
(...)
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;*

O Constituinte (1) vai mais além, dispondo sobre a competência privativa da União para legislar sobre energia:

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; (grifo nosso)*

Não obstante a redação dos dispositivos acima, reforça-se no art. 176 (1) o status de bem da União, com algumas especificações que outrora foram introduzidas, mas que vale neste momento serem destacadas:

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.

Podemos afirmar que, embora os potenciais de energia hidráulica se constituam bens da União, é necessário avaliar no caso concreto a destinação dada a sua exploração, para caracterizá-la se decorre da prestação de um serviço público de geração de energia elétrica, o que justificaria a declaração de utilidade pública.

– para que o acesso às áreas e o manejo seja garantido, bem como a propriedade do que deste bem resultar.

Nesse viés, a doutrinadora Helly Lopes Meirelles (7) entende que a DUP “apresenta-se quando a transferência de bens de terceiros para Administração é conveniente, embora não seja imprescindível” .

Partindo do pressuposto que a DUP é instrumento necessário, ainda que segundo a doutrina seja prescindível, o art. 10º da Lei 9.074/1995, conforme introduzido no item 1 deste artigo, atribui a competência à ANEEL (13) para emitir a DUP e, segundo entendimento da própria, pode-se entender a Declaração de Utilidade Pública como:

A declaração de utilidade pública é a um ato administrativo que declara que um determinado objeto será necessário para a prestação de um serviço público. A partir daí poderá o poder judiciário proceder com a desapropriação desse objeto ou instituição servidão administrativa sobre esse objeto.

Além disso, segundo o Decreto nº 3.365/1941 (14), o qual dispõe sobre desapropriações de utilidade pública, entende como caso de utilidade pública “o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica” .

Assim, um empreendimento declarado como utilidade pública tem força jurídica e policial, que pode ser vista no art. 7º do citado Decreto de 41 (14):

Art. 7º Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial.

O assunto também é tratado em esfera ambiental, graças à ADIN nº 4.903 (15), conforme disposto no Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012) (16), art. 3º, VIII, b, ainda que não disponha sobre a fonte de energia:

⁹ Art. 20. São bens da União: (...) VIII - os potenciais de energia hidráulica;

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

(...)

VIII - utilidade pública:

(...)

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, energia, telecomunicações, radiodifusão, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho; (grifo nosso)

Percebe-se que além de assegurar o processo fundiário e regulatório, a DUP é instrumento que traz segurança jurídica também às questões ambientais, tendo em vista que o empreendimento de aproveitamento hidráulico afeta Áreas de Preservação Permanente (APP) e demais espaços ambientalmente protegidos. Nesses termos, o Código Florestal, em regra geral, no art. 4º, inciso III, assim dispõe:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

(...)

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento; (grifo nosso)

Ademais, dispõe sobre a necessidade de se comprovar a utilidade pública para intervir ou suprimir vegetação nativa em APP:

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

Evidentemente, o empreendedor de um aproveitamento de potencial hidráulico, seja a título de PCH quanto de CGH, carece de DUP, considerando que o processo de instalação do empreendimento se perfaz no disposto do Art. 4º, inciso III, do Código Florestal.

No entanto, a Resolução ANEEL nº 740/2016 (17) (revogou a Resolução ANEEL nº560/2013) estabelece procedimentos gerais para a obtenção da referida Declaração, sendo clara que só cabe aos empreendimentos de concessionários, permissionários e autorizados e, conforme já abordado neste artigo, a concessão, permissão e autorização são atos administrativos que cabem aos empreendimentos acima de 5 MW, ou seja, excluem-se as CGHs.

Não bastasse afastar o direito da obtenção da DUP para os empreendimentos abaixo dos 5 MW a partir da promulgação da Lei Federal nº 13.360/2016 (6), os limites da lei alcançaram também os empreendimentos que estavam em processo regulatório para obtenção da DUP e alguns, inclusive, já obtinham o Registro de Adequabilidade do Sumário Executivo (DRS-PCH) e pleiteavam a Outorga de Autorização. Ainda, registra-se que nestes casos a Licença Prévia (LP) (18) também já fora emitida no âmbito do processo de licenciamento ambiental, e com isso, despendidos significativos investimentos em instalação na geração, desde estudos de inventário, projeto básico etc.

O entendimento doutrinário majoritário para esses casos é divergente da postura adotada pela ANEEL, como pode-se observar Marçal Justen Filho entende que:

(...) todas as situações jurídicas instauradas em decorrência do exercício de competências administrativas se presumem como legítimas. As expectativas e os direitos derivados de atividades estatais devem ser protegidos, sob o pressuposto de que os particulares têm a fundada confiança em que o Estado atua segundo os princípios da legalidade, da moralidade e da boa-fé. O administrado deve e pode confiar na atuação estatal. Os particulares orientam a própria conduta de acordo com as condutas estatais.

Em que pese a doutrina disponha o contrário, o argumento da ANEEL é conforme a Lei Federal nº 13.360/2016 (6), todavia o entendimento da Procuradoria Geral Especial (PGE) da ANEEL afirma que é possível que um

particular receba outorga em caso de exploração de empreendimento de capacidade reduzida, desde que haja comunhão de interesses entre o Particular e o Poder Concedente ¹⁰.

Ademais, é importante a reflexão da atual redação do art. 8º, corroborada ao disposto no § 4º, do art. 176, da CRFB¹¹ (1):

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.

Nota-se que o legislador dispõe que estão dispensados, mas não impedidos de obter a concessão, permissão ou autorização. A rigor, deve-se apenas comunicar, mas nada legalmente afasta e obsta obter as referidas outorgas. O mesmo é visto em seara Constitucional:

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

O Constituinte é claro quando dispõe que não depende, e novamente não impede e nem obsta ao empreendedor de aproveitamento de potência reduzida obter a autorização ou concessão, apenas não o condicionada às referidas outorgas; e mais, em nada se pronuncia sobre a permissão, a qual é possível segundo o art. 21, inciso XII, alínea “b (1)”.

4.0 - CONCLUSÃO

Pelo desenvolvimento da problemática, percebe-se que as alterações que parecem flexibilizar e desburocratizar o processo regulatório para o aproveitamento de potenciais de energia hidráulica de capacidade reduzida, na verdade, impedem de se efetivar o empreendimento, uma vez que sem a devida outorga do Poder Concedente, não se pode conseqüentemente obter a DUP, nos termos do art. 10º, da Lei nº 9.074/1995 (4). Assim, o empreendedor resta prejudicado por não poder requerer a servidão administrativa ou a desapropriação do imóvel onde será implantado o projeto, bem como, perante a seara ambiental, fica impedido de suprimir ou interferir em APPs. Ou seja, sem a DUP o empreendedor fica exposto a insegurança jurídica que pode culminar na inviabilização da implementação desses aproveitamentos.

A legislação em nenhum momento obsta a possibilidade de obtenção da DUP nos casos de registro, outrossim, viu-se pelo Parecer da Procuradoria Geral da ANEEL acima mencionado, que é “juridicamente possível que um particular receba uma outorga para explorar um empreendimento de capacidade reduzida, desde que haja comunhão de interesses entre o particular e o Poder Concedente”. Se a destinação da energia a ser gerada for para prestar um serviço público de produção de energia elétrica, é clara a comunhão de interesses entre o particular e o Poder Concedente.

Diante de todo exposto, acreditamos que estamos diante, mais de uma questão discricionária da Administração, do que de um obstáculo normativo, já que a lei expressamente não veda a possibilidade de as CGHs possuírem outorgas de natureza regulatória e a própria ANEEL entende que há casos em que se fundamenta a viabilidade jurídica para tal.

5.0 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

10 Adaptado de: “As CGHs, assim entendidas as centrais hidrelétricas com potência instalada menor ou igual a 3 MW, estão dispensadas de outorgas, devendo somente ser comunicadas à ANEEL. No entanto, **em decorrência de leilões de compra de energia realizados pela ANEEL, e nos termos do Parecer nº 125/2014-PGE/ANEEL, de 14/04/2014, é “juridicamente possível que um particular receba uma outorga para explorar um empreendimento de capacidade reduzida, desde que haja comunhão de interesses entre o particular e o Poder Concedente”**”. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Documento 48577.002762/2016-00. Nota Técnica nº 512/2017–SCG/ANEEL, Publicada em 05/07/2017, fl. 04.

11 Art. 21. *Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:*

(...)

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;

- (1) BRASIL. Presidente da República. **Constituição da República Federativa Brasileira**. Publicada em: 05/10/1988. Brasília/DF.
- (2) _____. Presidente da República. **Lei Federal nº 8.987**. Publicada em: 14/02/1995. Brasília/DF.
- (3) _____. Presidente da República. **Lei Federal nº 9.427**. Publicada em: 27/12/1996. Brasília/DF.
- (4) _____. Presidente da República. **Lei Federal nº 9.074**. Publicada em: 08/07/1995. Brasília/DF.
- (5) _____. Presidente da República. **Lei Federal nº 13.097**. Publicada em: 20/01/2015. Brasília/DF.
- (6) _____. Presidente da República. **Lei Federal nº 13.360**. Publicada em: 18/11/2016. Brasília/DF.
- (7) MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.
- (8) AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Diretor-Geral. Resolução Normativa nº 673. Publicada em: 31/8/2015, Brasília/DF
- (9) BRASIL. Presidente da República. **Lei Federal nº 13.360**. Publicada em: 18/11/2016. Brasília/DF.
- (10) MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014
- (11) MOREIRA Neto, Digo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- (12) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.
- (13) AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. **Declarações de Utilidade Pública – Transmissão**. Publicado em: 10/02/2016. Disponível em: < <http://www.aneel.gov.br/declaracao-de-utilidade-publica-transmissao>>. Acesso em: 08/08/2018.
- (14) BRASIL. Presidente da República. Decreto-lei nº 3.365. Publicada em: 21 de junho de 1941. Brasília/DF.
- (15) Supremo Tribunal Federal – STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar) de nº 4903. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4355144>>. Acessado em: 09/08/2018.
- (16) BRASIL. Presidente da República. Lei Federal nº 12.651. Publicada em: 25 de maio de 2012. Brasília/DF.
- (17) AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Diretor-Geral. Resolução Normativa nº 740. Publicada em: 11 de outubro de 2016, Brasília/DF
- (18) _____. Processo: 48500.0034722014-13. Requerimento para Estudo de Projeto Básico DA PCH CC-44-01, POTÊNCIA 3,15 MW, SUB-BACIA 15 - ESTADO DE MATO GROSSO. Instaurado em: 27/06/2014. Volume 2. Brasília/DF.
- (19) JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DADOS BIOGRÁFICOS

FOTO DO AUTOR PRINCIPAL OBRIGATÓRIA

