

Brasília (DF), 12 de agosto de 2021

Ilustríssimo Senhor **LUIZ HENRIQUE PINHEIRO SILVA**,  
 Diretor Executivo da ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ASÁGUAS.

**REF.: Nota Técnica - Medida Provisória nº 1.055/21 –  
 Considerações Jurídicas.**

Prezado Diretor Executivo Luiz Henrique,

Vimos, por intermédio da presente nota técnica, em atenção à solicitação feita a esta assessoria jurídica, apresentar algumas considerações jurídicas suscitadas por essa Associação acerca dos desdobramentos da Medida Provisória nº 1.055, de 28.6.2021.

A MP nº 1055/2021 cria a Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética (Creg) e altera as anteriores formas de governança acerca dos processos decisórios na seara de gestão e produção de energia. Tais medidas ocorrerão por meio da centralização, neste órgão colegiado, da gestão da atual crise hídrica, estabelecendo medidas emergenciais para a otimização do uso de recursos hidroenergéticos a fim de garantir a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético no País.

Conforme dispõe o artigo 2º, da MP 1.055/2021, compete à CREG:

a) Definir diretrizes obrigatórias para, em caráter excepcional e temporário estabelecer limites de uso, armazenamento e vazão das usinas hidrelétricas e eventuais medidas mitigadoras associadas. Sublinhe-se que a redução das vazões de usinas hidrelétricas poderá ocorrer, desde que sejam iguais ou superiores às vazões que ocorreriam em condições naturais, caso não existissem barragens na bacia hidrográfica.

[www.mauromenezes.adv.br](http://www.mauromenezes.adv.br)

•**Brasília/DF:** Setor Bancário Sul, Quadra I, Bloco K, Edifício Seguradoras, 5º e 14º andares - Asa Sul - CEP: 70.093-900 - Telefone: +55 (61)2195.0000

•**Salvador/BA:** Alameda Salvador, 1057, 14º Andar, Salvador Shopping Business, Torre América - CEP: 41820-790 - Telefone: +55 (71) 4009.0000

•**São Paulo/SP:** Rua Apeninos, 222, 3º Andar, Sala 3010, Edifício Esfera Office - CEP: 01533-000 - Telefone: +55 (11) 3070.0600

- b) Estabelecer prazos para atendimento das diretrizes supracitadas pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta e indireta, de acordo com as suas competências e obrigações legais e contratuais;
- c) Requisitar e estabelecer prazos para encaminhamento de informações e subsídios técnicos aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta e indireta, de acordo com as suas competências e obrigações legais e contratuais; e
- d) Decidir sobre a homologação das deliberações do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, instituído pelo art. 14 da Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, relacionadas às medidas emergenciais destinadas ao suprimento eletroenergético, de forma a atribuir obrigatoriedade de cumprimento dessas deliberações pelos órgãos e pelas entidades competentes

Rememore-se que a criação da CREG se correlaciona em conteúdo e finalidade à Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (CGE), instituída pela MP n. 2.147/2001, sob a gestão da crise hídrica ocorrida no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. Nada obstante, algumas diferenciações são salutares entre ambas as Câmaras. A CREG possui funções relacionadas, em sua maioria, à coordenação e diretiva, ao passo que a CGE possuía algumas atribuições mais específicas, mandatórias e operacionais. Outrossim, a governança foi organizada de forma menos centralizada que a atual, que concentra nos ministérios

Portanto, desde que sejam homologadas pela Creg, as deliberações do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) terão caráter obrigatório **para órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta** para o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS); a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE); os concessionários e autorizados da área de energia elétrica; e os concessionários, permissionários ou autorizados do setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis.

Feita essa breve digressão, passamos a análise das questões levantadas pela ASÁGUAS. O primeiro ponto suscitado pousa na possível sobreposição de competências dos Ministérios elencados pela MP nº 1.055/21 como órgão colegiado decisório e àquelas previstas por lei às agências reguladoras, mais especificamente, à ANA.

Sobre esse ponto, a Constituiçãoa Maior foi ostensiva ao atribuir a competência privativa da União para legislar sobre matérias que envolvam a gestão de água e energia, dentre outras áreas:

**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;

**Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

Nesse íterim, foram desenvolvidas agências reguladoras na qualidade de órgãos autônomos integrantes da administração indireta, a fim de dirimir sobre a regulação específica das matérias elencadas no inciso IV do art. 22, dentre os quais citam-se a ANA e a Aneel.

Ocorre que, tanto a jurisprudência como a doutrina têm defendido que esse grau de independência e autonomia de que gozam as agências deve respeito às orientações emanadas pelos ministérios a que estão vinculadas, de sorte que as decisões de suas autoridades, a depender do caso, poderão ser revistas por autoridades externas.

Perfilando mesmo entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1668 firmou tese de que as agências se submetem ao controle exercido pelo Executivo, que tem como seus representantes maiores os Ministros de Estado de cada área. Confira-se o teor do seguinte trecho do julgado em comento:

“A citada independência [das agências] não afasta, em si, o controle por parte da Administração Pública Federal, exercido, de forma direta, pelo Ministro de Estado da área e, de maneira indireta, pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República. Na verdade, o que encerra a alusão à citada independência é a autonomia,

[www.mauromenezes.adv.br](http://www.mauromenezes.adv.br)

•**Brasília/DF:** Setor Bancário Sul, Quadra I, Bloco K, Edifício Seguradoras, 5º e 14º andares - Asa Sul - CEP: 70.093-900 - Telefone: +55 (61)2195.0000

•**Salvador/BA:** Alameda Salvador, 1057, 14º Andar, Salvador Shopping Business, Torre América - CEP: 41820-790 - Telefone: +55 (71) 4009.0000

•**São Paulo/SP:** Rua Apeninos, 222, 3º Andar, Sala 3010, Edifício Esfera Office - CEP: 01533-000 - Telefone: +55 (11) 3070.0600

em si, do serviço [...]. Destarte, o enquadramento ocorrido, considerado o que se apontou como regime autárquico especial, longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente.”

Não menos importante, a AGU no Parecer n. AC-51, de 12 de junho de 2006 concluiu que:

- a) as agências se submetem às políticas públicas elaboradas pelos Ministérios setoriais;
- b) cabe recurso hierárquico impróprio ou revisão ex officio nos casos em que agências ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta;
- c) não cabe recurso hierárquico ou revisão ministerial caso a matéria em questão envolva a atividade finalística da agência (matéria de regulação) e ela esteja adequada às políticas públicas setoriais.

O parecer em questão, embora tenha sido objeto de diferenciadas interpretações, foi aprovado pelo Presidente da República e, portanto, tem caráter normativo e vincula toda a administração pública federal, nos termos do art. 41 da Lei Complementar nº 73/93.

Percebe-se, portanto, a existência de determinado grau de sujeição das agências reguladoras ao Poder Executivo Central, pelo que tem defendido majoritariamente a doutrina a possibilidade de controles ministeriais nesse sentido. Tais intervenções, no entanto, mostram-se cabíveis somente nos casos em que os atos questionados contrariem a lei ou as políticas públicas formuladas pelos ministérios. Ratifica-se, assim, a autonomia das agências no que concerne a políticas regulatórias, como atividade-fim, à proporção dos condicionantes legais, regulamentares e políticas traçadas pelos governantes.

É o caso da Lei nº. 9984/00, que institui a ANA, nela atribui-se ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos o planejamento do setor, colocando a agência como executora das políticas escolhidas, gize-se, **em harmonia com as atribuições administrativas superiores.**

Decorrem da Constituição brasileira, neste caso, duas orientações normativas do exercício das agências, um que se condensa na lei de instituição desses entes, e outra, nas normas

ministeriais. Isso não significa, porém, que a matéria prevista na lei regente das atividades da agência esteja sujeita à ingerência ministerial. É que naquilo em que a lei aceite determinação de fixações governamentais, a influência dos ministérios por meio de instruções e outras diretrizes mostra-se concebível.

Por esse motivo, a tese de sobreposição de competências se mostra frágil perante a nova imposição de governanças estipulada pela MP nº 1055/2011, sobretudo porque o Ministério das Minas e Energias tem prometido uma compatibilização entre as decisões da Creg e outros setores da sociedade civil de modo a corroborar, nesse contexto, a estratégia de centralização de algumas de suas atribuições, visando, justamente, o aceleração de políticas necessárias à gestão da crise.

E é justamente nessa relação de poder entre a Creg e demais setores governamentais que tem residido pontos controversos da MP, grande parte deles tratados nas 248 emendas apresentadas no texto encaminhado à Câmara. Várias emendas buscam ampliar o número de integrantes da Creg, presidida pelo Ministro de Minas e Energia e composta pelos ministros da Economia, da Infraestrutura, da Agricultura, do Meio Ambiente e do Desenvolvimento Regional.

Entre as propostas dos parlamentares estão as que sugerem inserir no grupo dirigentes das agências reguladoras de Energia Elétrica (Aneel), Águas e Saneamento (ANA) e Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP); do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis e da Empresa de Pesquisa Energética; além do Advogado Geral da União e de representantes do Tribunal de Contas da União, de estados, do Distrito Federal, dos municípios e de consumidores.

É neste cenário de discussões que sobrevêm as hipóteses de judicialização da crise hídrica perante os tribunais pátrios.

Isso porque, espera-se da atividade da Creg, que haja uma compatibilização entre a atuação dos órgãos técnicos e as políticas que envolvam os interesses públicos, respeitadas a regulação a eles já submetida. Nesse sentido tem-se que a estrutura de gestão nos moldes da Medida Provisória n. 1055/2001, ao retirar de cena os órgãos técnicos, atribuindo a decisão apenas ao colegiado de ministros, vulnera a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) em específico na determinação de que a *“gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades”*.

[www.mauromenezes.adv.br](http://www.mauromenezes.adv.br)

•**Brasília/DF:** Setor Bancário Sul, Quadra I, Bloco K, Edifício Seguradoras, 5º e 14º andares - Asa Sul - CEP: 70.093-900 - Telefone: +55 (61)2195.0000

•**Salvador/BA:** Alameda Salvador, 1057, 14º Andar, Salvador Shopping Business, Torre América - CEP: 41820-790 - Telefone: +55 (71) 4009.0000

•**São Paulo/SP:** Rua Apeninos, 222, 3º Andar, Sala 3010, Edifício Esfera Office - CEP: 01533-000 - Telefone: +55 (11) 3070.0600

Depreende-se deste imperativo que para além da necessária relação harmoniosa entre atuação ministerial e das agências reguladoras, espera-se que estas últimas também tenham participação no processo decisório e não apenas como órgãos consultivos, como tem previsto a MP.

A quebra do rito decisório das agências, neste caso, insere-se também na discussão de quebra do princípio da proibição do retrocesso ambiental podendo ocorrer judicialização envolvendo o Supremo Tribunal Federal e/ou os tribunais das primeiras instâncias. Por força deste princípio pugna o não retrocesso quando o assunto é preservação do meio ambiente, a fim de fazer valer o direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo.

De se notar, portanto, que a MP tem sido convidativa a criar diversas situações de debate seja no âmbito legislativo, por meio da análise das propostas de emenda, seja na seara judicial como forma de garantia da ampla participação do Poder Público no processo decisório.

De nossa parte, acompanharemos as implicações desta atividade normativa na atividade das agências de modo a garantir que quaisquer fixações governamentais que venham da Creg componham parâmetros de legalidade constitucionais e infraconstitucionais frente às questões ambientais e de atuação das agências reguladoras.

Sendo o que tínhamos para o momento, nos colocamos, desde já, à disposição para esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,

Leandro Madureira Silva  
 OAB/DF nº 24.298  
 Assessoria Jurídica da ASÁGUAS

[www.mauromenezes.adv.br](http://www.mauromenezes.adv.br)

•**Brasília/DF:** Setor Bancário Sul, Quadra I, Bloco K, Edifício Seguradoras, 5º e 14º andares - Asa Sul - CEP: 70.093-900 - Telefone: +55 (61)2195.0000

•**Salvador/BA:** Alameda Salvador, 1057, 14º Andar, Salvador Shopping Business, Torre América - CEP: 41820-790 - Telefone: +55 (71) 4009.0000

•**São Paulo/SP:** Rua Apeninos, 222, 3º Andar, Sala 3010, Edifício Esfera Office - CEP: 01533-000 - Telefone: +55 (11) 3070.0600