



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA
COORDENAÇÃO DE ENERGIA
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. 00101/2024/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48500.005113/2018-24

INTERESSADOS: ENERGIA DAS ÁGUAS S.A.

ASSUNTOS: CONSÓRCIO

EMENTA: Autoprodução de energia. Formação de consórcios. Impossibilidade de responder consultas em tese formuladas por agentes regulados. Empreendimento de capacidade reduzida. Comercialização de energia em leilão. Outorga de comercialização. Fracionamento de outorgas de autorização para que o agente ora comercialize energia como produtor independente no ACR, ora compartilhe sua energia com consumidores na forma de autoprodutor equiparado no ACL. Impossibilidade. Outorgas de autorização de produção independente de energia ou autoprodução não podem ser utilizadas ou concedidas em desfio de finalidade. Impossibilidade de interpretação extensiva de isenções legais que conferem subsídios cruzados.

1. Pelo Memorando nº35/2024-SCE/ANEEL, a Superintendente de Concessões, Permissões e Autorizações dos Serviços de Energia Elétrica (SCE) formula consulta jurídica em tese para avaliação da Procuradoria Federal na ANEEL (PF-ANEEL). Remete, para avaliação, dúvida jurídica suscitada por empresa titular de Central Geradora Hidroelétrica (CGH), que comercializou energia no ambiente de contratação regulada (ACR), sobre a possibilidade de compartilhar sua outorga com consumidores e transformar-se em autoprodutor para também compartilhar a energia relativa à sua garantia física excedente e não vendida no ACR com esses consumidores que comporiam o seu grupo econômico.

1. RELATÓRIO

2. A ENERGIA DAS ÁGUAS S.A. ("Energia das Águas") é empresa controladora de sociedades de propósito específico (SPEs) titulares de autorização para exploração da atividade de geração de energia elétrica.

3. A Energia das Águas está interessada em constituir um "consórcio atípico" entre o agente de geração de energia elétrica (CGH) e grandes consumidores (condomínios de *shopping centers*) para aproveitamento da outorga de geração que detém para comercializar energia. A Energia das Águas denomina "consórcio atípico" aquela modalidade de consórcio criada por consumidores cativos e que é concebida para fins de mini e micro geração distribuída, nos termos da Lei nº14.300/2022.

4. A interessada alega, em suma, que a legislação (art. 11, Lei nº9.074/1995 e art.2º, Decreto nº2.003/1996) permite que autorizações para empreendimentos de geração sejam concedidas a um único titular ou a dois ou mais titulares por meio da constituição de consórcios. Reconhece que a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº6.404/1976), no art. 278, define consórcios como a reunião de sociedades empresárias, excluindo a possibilidade de participação de entes despersonalizados ou de pessoas físicas, mas aponta que, no setor elétrico, há precedentes permitindo a outorga a entidades sem personalidade jurídica e o uso de "consórcios atípicos".

5. Quanto ao deferimento de atos autorizativos para entes sem personalidade jurídica, cita as Resoluções Autorizativas (REAs) nº70/2008 (Condomínio do Shopping Center Iguatemi), nº744/2001 (Condomínio do Shopping Center Recife), nº1.257/2008 (Condomínio World Trade Center), e nº11.327/2022 (Condomínio do 17.007 Nações).

6. Em relação aos "consórcios atípicos", remete para a hipótese da Lei nº14.300/2022, que possibilitou o enquadramento de consórcios de consumidores de energia elétrica na modalidade de mini geração distribuída compartilhada. Alega que, embora os "consórcios atípicos" não possam ser cadastrados em Juntas Comerciais, conforme entendimento do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), não haveria ilicitude na formação dessa modalidade de "consórcios" para esse fim, já que poderiam ser objeto de registro em Cartórios Cíveis, desde que haja comprovação da relação jurídica entre os interessados.

7. Posteriormente, a interessada apresentou nova petição^[1] e informou que seria controladora de sociedades de propósito específico (SPEs) detentoras de duas Centrais Geradoras Hidroelétricas (CGHs), a CGH Diamantino e a CGH Quilombo, esclarecendo que fazem parte do controle do Grupo Terral (Terral Participações S.A.). Indica que a CGH Quilombo é 100% da Energia das Águas, que, por sua vez, é 60% da Terral Energia, sendo esta última 100% da Terral Participações; e a CGH Diamantino é 94% da Energia das Águas.

8. A CGH Diamantino^[2], foi autorizada de acordo com a Portaria nº28, de 14 de janeiro de 2019, com 2,22 MWm de Garantia Física, a realizar a atividade de produção independente de energia para comercialização no ACR. A outorga da CGH Diamantino é oriunda de sua participação no Leilão nº03/2018-ANEEL^[3], no âmbito do qual a usina comercializou 1,30 MWm da sua garantia física, e foi concedida para a empresa Diamantino Energia Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 16.964.472/0001-02. Já a CGH Quilombo^[4] teria 3 MW de potência instalada, 1,75 MWm de Garantia Física, com registro na ANEEL. Assim, essa usina não teria comercializado energia em leilão.

9. Na oportunidade, a interessada esclareceu que as usinas e os condomínios consumidores para quem pretendem disponibilizar a garantia física da CGH Quilombo e o restante da garantia física não comprometida no ACR da CGH Diamantino comporiam o mesmo grupo econômico, conforme *in verbis*:

2. O Grupo Terral (Terral Participações S.A.) é composto pelas unidades de energia, incorporação, agropecuária e shoppings. Pretende-se, via projeto de autoprodução, atender os shoppings do Grupo com as usinas também controladas por ele.

Para a autoprodução, a modalidade possível para atendimento destes shoppings é a autoprodução por consórcio, uma vez que estes consumidores não possuem a demanda mínima para a modalidade por equiparação (art. 26 da Lei nº 11.488/2007) já que o consumo (carga dos shoppings) é menor que 3 MW. Ou seja, o Registro da CGH Quilombo e a outorga da CGH Diamantino, seriam compartilhadas com o Condomínio do(s) Shopping (s) de forma a utilizarem sua parcela de energia como autoprodutor.

Os shoppings Terral estão constituídos juridicamente como condomínios e/ou associações.

10. Assim, segundo informado pela interessada, a Terral Participações S.A. seria a acionista majoritária tanto da sociedade que controla as SPEs detentoras das CGHs quanto dos condomínios que pretendem utilizar a energia produzida pelas usinas de titularidade das referidas SPEs, conforme indicado no quadro abaixo:



11. Pelo que se depreende, o objetivo da interessada é compartilhar a outorga da CGH Diamantino e o registro da CGH Quilombo com os condomínios dos referidos shoppings a fim de que sejam qualificados como autoprodutores.

12. A necessidade de compartilhamento da outorga surgiu porque as unidades consumidoras interessadas em se tornarem autoprodutores não atingem o limite de carga para utilização do regime jurídico dos autoprodutores equiparados (art.2º⁵¹, Decreto nº6.210/2007), para o qual se exige a formação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) e que cada unidade de consumo participante tenha demanda de potência igual ou superior a 3.000 kW.

13. Por outro lado, como a Lei das S.As não admitiria formação de consórcios empresariais entre entes despersonalizados, como é o caso de condomínios civis; não existiria uma modalidade legal de consórcios que admitisse a instrumentalização da comunhão de interesses entre entes sem personalidade jurídica, daí o interesse da requerente para utilização da modalidade de consórcio civil previsto no marco legal da MMGD.

14. Como se trata de consulta em abstrato, as interessadas não apresentaram a documentação que seria necessária para obtenção de outorga de autorização para APE nos termos da Resolução Normativa (REN) nº921/2021 ou para eventual transferência da outorga. Diante desse cenário, a requerente apresentou o seguinte questionamento ⁵² para a ANEEL:

(i) É admissível a figura do consórcio atípico para fins da obtenção de autorização para geração de energia elétrica por meio da participação em consórcio, incluindo as modalidades de Produção Independente de Energia Elétrica e/ou de Autoprodução de Energia Elétrica, desde que haja manifestação expressa e inequívoca de vontade das partes consorciadas de serem titulares da referida autorização?

(ii) Na hipótese de os agentes consorciados serem parte de um mesmo grupo econômico, é admissível a constituição de consórcio atípico para fins da obtenção de autorização para geração de energia elétrica por meio da participação em consórcio, incluindo as modalidades de Produção Independente de Energia Elétrica e/ou de Autoprodução de Energia Elétrica?

(iii) Em sendo admissível a constituição de consórcio atípico, quais documentos devem ser submetidos à ANEEL para obtenção da autorização?

(iv) Em não sendo admissível a constituição de consórcio atípico, existem outras figuras além do consórcio da Lei das Sociedades Anônimas que permitiriam o compartilhamento de uma mesma outorga de geração entre uma sociedade e um condomínio, por exemplo? Isto é, qual o veículo adequado para reunir uma sociedade e um condomínio para fins de obtenção de uma outorga de geração (seja na modalidade de autoprodução, seja na modalidade de produção independente)?

15. Após o encaminhamento da consulta da SCE para a PF-ANEEL, a interessada solicitou reunião e, posteriormente, apresentou nova petição ⁵³ para apontar "a base legal e o caso precedente, que indicam a possibilidade de uma CGH atuar no ambiente de Autoprodução". Na referida petição, esclarece o que segue:

3. A Autoprodução é regulada, dentre outras: (i) pelas Leis nº 9.074 de 1995, 9.427 de 1996, 10.848 de 2004, 11.488 de 2007 e 12.783 de 2013; (ii) pelos Decretos nº 2003 de 1996, 5.163 de 2004 e 6.210 de 2007; (iii) pelas Resoluções Normativas da ANEEL nº 1.071 de 2023, 921 de 2021, 948 de 21 e 1.009/2022; e (iv) pelo Submódulo 3.1 dos Procedimentos de Comercialização e pelo Livro nº 21 das Regras de Comercialização, ambos aprovados pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

4. Em se tratando do caso específico de uma Central Geradora Hidrelétrica (CGH) no ambiente de Autoprodução ou uso próprio, é possível ressaltar as mesmas Leis, Decretos e Resoluções Normativas da ANEEL como base legal, em que não há vedação da atuação de CGHs na Autoprodução.

5 Não obstante a Autoprodução ser uma modalidade que permite diversas estruturas, é importante ressaltar que o seu fundamento está previsto em lei e em diplomas regulamentares e regulatórios.

6. A título de exemplo e caso precedente, a CGH Laje de Pedra, CEGCGH.PH.SC.040849-2.01, atua na Autoprodução via consórcio.

7 Com base no SIGA ANEEL, na categoria "DscTipoOutorga", que indica "Tipo de Atuação do empreendimento, se Registro, Autorização ou Concessão", é possível identificar que a CGH em questão possui "Registro".

8 Ainda com base no SIGA ANEEL, o "DscPropriRegimeParticipacao", que indica "Descritivo do percentual de participação por agente na propriedade do empreendimento", informa que "50% para Laje de Pedra Geração de Energia LTDA(REG), 50% para ANGELGRES REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA (REG)", indicando a atuação em autoprodução via consórcio.

16. A SCE, por sua vez, havia encaminhado o Memorando nº35/2024-SCE/ANEEL^[8], que remete para a consulta apresentada pela interessada, nos seguintes termos:

1. Servimos do presente para levar ao conhecimento de Vossa Senhoria o teor da consulta jurídica, proveniente da empresa Energia das Águas S.A., inscrita no CNPJ nº 24.520.095/001-32, que solicita informações sobre a possibilidade de constituição de consórcios atípicos para obtenção de outorga de autoprodução ou produção independente de energia elétrica.

2. A respeito do caso concreto, a consulta refere-se na possibilidade de autorização para exploração de atividade de geração de energia elétrica em nome de entes despersonalizados, para a central geradora Diamantino.

• CGH Diamantino - CEG: CGH.PH.GO.038152-7.01, autorizada a Diamantino Energia LTDA. por meio da Portaria nº 28, de 14 de janeiro de 2019, com 2,22 MWm de Garantia Física, sendo 1,30 MWm comercializado no Leilão nº 03/2018-ANEEL, e 0,92 MWm disponíveis no Ambiente de Contratação Livre – ACL. Para o projeto de autoprodução seria utilizado apenas os 0,92 MWm.

3. A Diamantino Energia LTDA é controlada pela Terral Participações e segundo a consulta formulada pretendem, via projeto de autoprodução, atender aos shoppings do Grupo constituídos na forma de consórcio. Os shoppings Terral estão constituídos juridicamente como condomínios e/ou associações.

4. Posto isso, indaga:

(...)

5. Os apontamentos e questionamentos da requerente estão contidas documento SIC sob o nº 48513.028509/2023-00 e 48513.029716/2023-00. Cumpre informar que a requerente também menciona na consulta a CGH Quilombo - CEG: CGH.PH.RJ.038155-1.01. No entanto, por se tratar de usina registrada, não se enquadra nos questionamentos que foram feitos.

17. Assim, a SCE solicita da PF-ANEEL a análise da demanda para que a referida Unidade Organizacional possa fundamentar sua resposta à interessada, conforme *in verbis*:

6. Desse modo, solicitamos análise da presente demanda e fornecimento de subsídios e fundamentação para resposta desta Superintendência à interessada.

18. É o relatório, no essencial. Passa-se à análise.

2. DÁ ANÁLISE

19. Observo que o pedido de assessoramento jurídico encaminhado à PF-ANEEL refere-se à consulta em tese. Não houve, no caso, um pedido de outorga ou qualquer pedido específico por parte da interessada, mas apenas a indicação de uma pretensão futura que não foi efetivamente submetida ao crivo da Agência. Há somente uma consulta jurídica, apresentada pela interessada à ANEEL, sem que tenha havido a apresentação de documentação instrutória de eventual pedido que seria protocolizado perante à Agência.

20. Nesse contexto, vejo óbice ao atendimento da consulta do agente interessado tanto pela SCE quanto pela PF-ANEEL. Explica-se.

2.1 Da inexistência de competência legal da ANEEL e da PF-ANEEL para responder consultas em tese formuladas por agentes regulados

21. A competência da ANEEL relaciona-se à análise de pedidos de efeitos concretos e não de consultas em tese. As avaliações em tese, salvo melhor juízo, ocorrem apenas no âmbito dos procedimentos participativos para edição de atos normativos, tais como consultas e audiências públicas, avaliações de impacto regulatório e avaliações de resultado regulatório. Para questões que envolvem interesses individuais, as competências da Agência relacionam-se ao deferimento de atos de outorga nas hipóteses previstas em lei, ao cálculo de tarifas, a gestão de outorgas, ao exercício de polícia e, entre outros, à consequente aplicação e apuração em concreto da observância dos seus atos normativos, mas não envolve a formulação de manifestações a consultas formuladas por agentes regulados. As competências da Agência estão arroladas nos arts.2º e 3º da Lei nº9.427/1996. Confira-se:

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.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 10.848, de 2004)

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 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)

III - (Revogado 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)

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

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)

X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XI - estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e às permissionárias de distribuição, inclusive às cooperativas de eletrificação rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 700 GWh/ano, e tarifas de fornecimento às cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos; (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)

XII - estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

XIII - efetuar o controle prévio e **a posteriori** de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato. (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

XIV - aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

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)

XVII - estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização para garantir o atendimento à totalidade do mercado de cada agente de distribuição e de comercialização de energia elétrica, bem como à carga dos consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes: (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para a cobertura dos custos dos sistemas de transmissão, inclusive das interligações internacionais conectadas à rede básica; (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)

b) utilizar sinal locacional visando a assegurar maiores encargos para os agentes que mais onerem o sistema de transmissão; (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)

XX - definir adicional de tarifas de uso específico das instalações de interligações internacionais para exportação e importação de energia elétrica, visando à modicidade tarifária dos usuários do sistema de transmissão ou distribuição. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009)

XXI - definir as tarifas das concessionárias de geração hidrelétrica que comercializarem energia no regime de cotas de que trata a Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012. (Incluído pela Lei nº 12.783, de 2013)

XXII - promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro. (Incluído pela Lei nº 14.385, de 2022)

22. Assim, entre tais competências, não consta a atribuição de responder a consultas dos agentes, seja de âmbito técnico, seja de natureza jurídica. Para tanto, o agente interessado deve se valer dos profissionais disponíveis no mercado. Para gerir suas empresas e tomar suas decisões de negócio, cada agente do setor deve se valer de serviços especializados que encontre no mercado, não tendo a ANEEL que desempenhar esse papel.

23. A PF-ANEEL já havia se posicionado nesse sentido por meio da Informação nº251/2005-PF/ANEEL^[9] e do Ofício Circular nº030/2006-PF/ANEEL^[10], no qual se destacou o seguinte:

2- É fato conhecido que esta Agência, no desempenho das suas atribuições de regulação do setor elétrico, e o Congresso Nacional, em sua função legisladora, têm sido fartos na elaboração de Leis e Resoluções que interessam a área de energia elétrica, o que resulta em uma quantidade razoável de questionamentos sobre como

interpretar e aplicar os referidos atos normativos.

3- Contudo, importa ressaltar que as Superintendências devem ficar atentas às indagações e dúvidas de caráter genérico, sobre interpretação e aplicação de artigos legais e regulamentares, que são enviadas por concessionários, permissionários e autorizados, os quais, em vez de ouvir seus advogados e departamentos jurídicos, preferem recorrer a esta Agência para o esclarecimento de dúvidas legais, sem que para isso apresentem caso concreto ou tenham processo em trâmite sobre o assunto especificamente.

4- Ainda mais atenção deve-se ter quando os questionamentos são endereçados por consultores e escritórios de consultoria externos, tendo em vista que, temos ciência de casos em que referidos escritórios pretendem se utilizar desta Agência para a montagem de banco de dados ou para oferecer orientação aos seus clientes.

5 - Em razão desta situação, esta Procuradoria orienta que as Superintendências não devem responder consultas formuladas em tese ou conceitualmente, posto que a ANEEL somente deve se posicionar sobre casos concretos que envolvam os agentes setoriais.

6- Com relação à interpretação jurídica ou a melhor forma de aplicação de textos de atos normativos, recordamos que tal atribuição foi conferida à Procuradoria Federal perante esta Agência, a teor do disposto no art. 20, incisos II e VI do Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME nº349/97, bem como no art. 11, inciso III da Lei Complementar 73/93 (Lei Orgânica da Advocacia Geral da União), sendo prudente, sempre que necessário, o envio do caso à apreciação desta Procuradoria Federal.

7- Em caso do envio de consulta a esta Procuradoria, pedimos a observação do parecer em anexo, com relação à necessidade de especificação dos questionamentos formulados a esta Procuradoria, a teor do art. 22 da Norma de Organização da ANEEL nº011/2004, que fixa orientação clara quanto ao que deve ou não deve ser respondido, o qual, juntamente com a cópia deste ofício, pedimos seja dada ampla divulgação no âmbito dessa Superintendência.

24. Outrossim, deve-se ter em mente que as CGHs não dependem de autorização para funcionar. Seja no caso de Produção de Independente de Energia (PIE), seja no caso de Autoprodução (APE), aqueles empreendedores cujas usinas não alcancem as potências referidas arts.5º e 7º da Lei nº9.074/1995 não terão outorgas de autorização. Estarão dispensados do ato autorizativo, podendo implantar e explorar suas usinas mediante mera comunicação à ANEEL, conforme *in verbis*:

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

25. Já eventuais pedidos de outorga para PIE ou para APE estão atualmente regidos pelas Resoluções Normativas (REN) nº875/2020 e nº921/2021. Tanto o pedido de outorga quanto eventual pedido de transferência das outorgas podem e devem ser endereçados à ANEEL, conforme disposto no art. 2º da REN 875/2020, *verbis*:

Art. 2º O disposto, nesta Resolução, aplica-se a:

I - pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que produzam ou venham a produzir energia elétrica destinada à produção independente de energia elétrica; ou

II - pessoa física, pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que produzam ou venham a produzir energia elétrica em regime de autoprodução de energia elétrica.

§ 1º No caso de empresas organizadas sob a forma de consórcio, deverá ser observado o seguinte:

I - as obrigações pecuniárias perante a ANEEL são proporcionais à participação de cada consorciada; e

II - posteriormente à outorga, a transferência parcial ou total da autorização ou concessão deverá ser solicitada à ANEEL, conforme legislação em vigor.

26. No Anexo IV da REN nº875/2020 constam os documentos que deveriam ser apresentados para fins de obtenção de autorizações para PIE ou APE por meio de centrais hidroelétricas. Ademais, segundo as poucas informações que foram disponibilizadas pela interessada, ao que tudo indica, os *shoppings* que pretendem se beneficiar da energia gerada pelas CGHs, embora componham o mesmo grupo econômico da Terral Participações, não compõem as SPEs que detêm as CGHs e não há informação precisa se individualmente atendem aos limites de carga para caracterização da APE equiparada. Possivelmente, este é um problema regulatório do qual pretendem se desviar por meio de artifícios jurídicos que não necessariamente lhe assegurariam descontos em encargos tarifários. Não estamos a afirmar ou a sugerir que haja má-fé da interessada, mas, talvez, a tentativa de criação de uma solução jurídica que provavelmente não atende à inteligência da legislação que rege a matéria.

27. Como se verifica das petições apresentadas pela interessada, a requerente informa ter ciência inequívoca de que, ainda que os consumidores em questão tornem-se acionistas das CGHs, eles não atenderiam as premissas definidas no art.26 da Lei nº11.488/2007 para que sejam classificados como autoprodutores por equiparação. Vejamos o que a interessada afirmou:

Para a autoprodução, a modalidade possível para atendimento destes shoppings é a autoprodução por consórcio, uma vez que estes consumidores não possuem a demanda mínima para a modalidade por equiparação(art. 26 da Lei nº 11.488/2007) já que o consumo (carga dos shoppings) é menor que 3 MW2. Ou seja, o Registro da CGH Quilombo e a outorga da CGH Diamantino, seriam compartilhadas com o Condomínio(s) Shopping (s) de forma a utilizarem sua parcela de energia como autoprodutor

28. No caso da CGH que não comercializou energia no ACR, se houver alterações societárias, bastaria a alteração das informações que autodeclarou nos sistemas da ANEEL e consequente modificações nos registros que eventualmente tenha realizado na CCEE para que os *shoppings* participem das SPEs. Outrossim, embora não possam formar a modalidade de consórcio prevista na Lei das S.As, não haveria impeditivo legal para que entes sem personalidade jurídica, só por este motivo, comprem sua energia no ambiente livre de comercialização. Para que consumidores adquiram sua energia no ACR, basta que preencham os requisitos de carga informados da regulação. E, para tal medida, não há sequer necessidade de manifestação prévia da ANEEL, já que consumidores não necessitam de atos autorizativos para participar do ACL e, por outro lado, CGHs podem comercializar sua energia para entes sem personalidade jurídica no ambiente livre de contratação mediante mera comunicação ou registro da usina no sistema apropriado disponibilizado pela Agência e atendimento das regras de comercialização.

29. Isso, no entanto, não necessariamente lhe asseguraria as benesses legais que são deferidas a APEs, benefícios esses que somente poderiam ser usufruídos se preenchidos os requisitos legais próprios para a caracterização da autoprodução de energia (autoprodução em sentido estrito ou autoprodução equiparada, conforme o caso). E, para aquela CGH que detém outorga porque comercializou energia em leilão do ACR, eventuais alterações societárias ou formação de consórcios que alterem a titularidade da outorga devem ser previamente submetidas ao crivo da ANEEL nos termos do art.2º da REN nº921/2021, *verbis*:

Art. 2º Constituem obrigações gerais do Autorizado:

(...)

XVIII - solicitar anuência prévia à ANEEL em caso de transferência de outorga ou de controle societário;

30. Do mesmo modo, os direitos daqueles eventualmente autorizados a PIE ou a APE já estão devidamente arrolados no

capítulo III da referida REN nº921/2021, *verbis*:

CAPÍTULO III

DOS DIREITOS

Art. 6º Constituem direitos do autorizado:

I - contratar livremente os estudos, projetos, fornecimento de equipamentos, construção e todas as etapas necessárias à exploração da central geradora;

II - acessar livremente, na forma da legislação, os sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica, mediante pagamento dos respectivos encargos de uso e de conexão, quando devidos;

III - implantar as instalações da central geradora e de sua transmissão de interesse restrito, e instituir as servidões administrativas de bens declarados de utilidade pública pela ANEEL, de acordo com o art. 10 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, necessárias ou úteis à construção e implantação das referidas instalações, arcando com o ônus das indenizações correspondentes;

IV - comercializar energia elétrica, nos termos da legislação aplicável, em especial no Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, e na Resolução Normativa nº 109, de 26 de outubro de 2004, que instituiu a Convenção da Comercialização de Energia Elétrica.

V - modificar ou ampliar a central geradora e as instalações de interesse restrito, nos termos estabelecidos na Resolução Normativa nº 1.071, de 29 de agosto de 2023, ou regramento que vier a sucedê-la. (Redação dada pela REN ANEEL 1.071, de 29.08.2023)

VI - oferecer em garantia de financiamentos para a realização de obras e serviços, os direitos emergentes da outorga correspondente, bem assim os bens constituídos pela central geradora, desde que a eventual execução da garantia não comprometa a continuidade da geração de energia elétrica, devendo constar dos eventuais contratos de financiamento a expressa renúncia dos agentes financiadores a qualquer ação ou direito contra a ANEEL e o Poder Concedente; e

VII - transferir, mediante prévia anuência, os direitos decorrentes da outorga para empresa ou consórcio de empresas que atendam os requisitos exigidos pela ANEEL.

VIII - realizar estudos geológicos e topográficos em propriedades particulares situadas na rota do projeto das instalações de interesse restrito descritas em ato autorizativo, ficando a autorizada obrigada a: (Incluído pela REN ANEEL 1.071, de 29.08.2023)

a) observar as determinações e procedimentos estabelecidos pelos órgãos responsáveis pelo licenciamento ambiental do empreendimento; e (Incluído pela REN ANEEL 1.071, de 29.08.2023)

b) reparar, imediatamente, os eventuais danos causados às propriedades localizadas na rota da linha de transmissão em decorrência dos estudos autorizados; (Incluído pela REN ANEEL 1.071, de 29.08.2023)

Parágrafo único. Os outorgados sob o regime de autoprodução de energia elétrica estão autorizados a comercializar os seus excedentes de energia na forma do inciso IV do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

31. Com efeito, o direito a comercialização de energia por PIE no ambiente livre está devidamente assegurado no âmbito da REN nº921/2021. A comercialização de energia no ACL também poderá se dar por meio de empreendimentos de capacidade reduzida, para os quais são dispensados os atos autorizativos. Outrossim, as regras para que consumidores participem do ACL ou do Sistema de Compensação para MMGD estão devidamente disciplinados na lei e na regulação setorial. Ressalva-se, no entanto, que cada hipótese possui requisitos legais distintos.

32. O problema é que não necessariamente esses empreendimentos gozarão dos benefícios legais direcionados a APes, que dependem de atos de outorga. E, como a própria interessada reconhece, suas usinas são de capacidade reduzida e não preenchem os requisitos legais para que tenham outorga de autorização. E, aparentemente, os consumidores do grupo também não atenderiam os limites de carga para que sejam qualificados como APes equiparados. Já no caso da CGH Diamantino, que comercializou energia no ACR, sua outorga tem verdadeira natureza de outorga de comercialização, o que não lhe assegura eventuais benefícios tarifários que seriam conferidos aos APes nos termos do art.26 da Lei nº11.488/2007. Também, não vislumbro permissivo no arcabouço regulatório que permita a cisão de autorizações.

33. De todo modo, eventuais pedidos de outorga ou de alterações societárias ou de transferência de titularidade de outorgas devem ser analisados em concreto, devidamente instruídos com toda a documentação necessária. Não podem ser avaliados em tese, até porque o deferimento ou indeferimento de pleitos administrativos dependem, como regra, de instrução processual prévia que sirva para motivar o ato decisório da Agência.

34. Nesse contexto, não apenas a Procuradoria da ANEEL, mas, igualmente, o então Departamento de Consultoria da PGF se manifestaram no sentido de que os órgãos de execução da PGF, como é o caso da PF-ANEEL, não detêm competência para atender demanda de consultoria jurídica de agentes externos às Autarquias assessoradas. Além das citadas manifestações, destacamos as seguintes:

Parecer nº00199/2018/PFANEEL/PGF/AGU^[11]

EMENTA: A Procuradoria Federal junto à ANEEL não possui a atribuição de responder questionamentos e consultas ao setor regulado. Nos termos da legislação, a Procuradoria, além da representação judicial, presta consultoria aos órgãos internos da Agência Reguladora.

Parecer nº00023/2021/NCOR/DEPCONSU/PGF/AGU^[12]

EMENTA: I - A demanda de consultoria jurídica ao órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal deve ser feita por órgão competente dentro da entidade assessorada. II - Ausência de competência para solicitar o exercício de atividade de consultoria e assessoramento jurídicos diretamente ao órgão de execução da PGF por pessoas físicas ou jurídicas diversos da respectiva autarquia ou fundação pública federal assessorada, nos termos da Portaria PGF n. 526, de 26 de agosto de 2013. III - Ausência de competência do Ministério Público para requisitar elaboração de parecer jurídico a autarquia ou fundação pública federal.

35. No caso dos autos, a SCE, por meio do Memorando nº35/2024-SCE/ANEEL, apenas repete as dúvidas jurídicas que foram suscitadas pela interessada. E não há um pedido concreto e formal submetido à análise da ANEEL, mas apenas uma consulta em tese do agente regulado.

36. Não se ignora que seja possível que a SCE peça o assessoramento jurídico em tese à PF-ANEEL para sanar eventuais dúvidas jurídicas que possam surgir ao exercer suas competências regimentais. Nestes casos, no entanto, os autos necessitam estar instruídos com as informações necessárias e suficientes à análise da consulta nos termos da Portaria nº526/2013 e

o pedido deve estar relacionado às competências institucionais da autarquia. Como visto, não está entre as competências da ANEEL a prestação de serviços de assessoria técnica ou jurídica a agentes regulados. Outrossim, se isso fosse possível, haveria necessidade de delegação expressa da Diretoria da Agência para a SCE, uma vez que a ANEEL funciona em regime de colegiado, nos termos do art.4º da Lei nº9.427/1996.

37. Convém citar, também, as ponderações contidas na Nota nº00025/2016/PFANEEL/PGF/AGU^[13], no sentido de que não compete à PF-ANEEL responder a consultas em tese de interesse de agentes regulados:

EMENTA. Geração compartilhada. Interpretação do art. 2o, inciso VII, da Resolução Normativa no 482, de 17 de abril de 2012, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. I - Inexistência de óbice jurídico à adesão ao sistema de compensação de energia elétrica por condomínios voluntários, aplicando-se o art. 2o, inciso VI, c/c art. 6o, inciso II, da RN ANEEL no 482/2012. II - O art. 2o, inciso VII, da RN ANEEL no 482/2012 não prevê quaisquer espécies de associações, sendo necessária eventual alteração do ato normativo para alteração do rol taxativo previsto no ato regulatório. III - Incompetência da Procuradoria para dirimir dúvidas genéricas encaminhadas por agentes do setor elétrico. Necessidade de prévia manifestação da área técnica com indicação de quais pontos precisam ser esclarecidos, aplicando-se o disposto nos arts. 8o e 11 da Portaria PGF no 526/2013.

(...)

14. Em relação aos questionamentos suscitados pela Cemig-D verificamos sua nítida abrangência, tratando-se de consulta em tese sobre os mais variados aspectos da geração compartilhada, dentre os quais os seguintes: (a) legislação aplicável aos consórcios e cooperativas; (b) partilha de resultados no caso de consórcios; (c) distribuição do excedente de energia nas cooperativas em que os cooperados não prestam serviços; (d) aplicação do art. 7º, inciso VIII, da RN ANEEL nº 482/2012 em caso de consórcio; (e) existência de limitação à mudança de característica de uma unidade já existente de autoconsumo remoto para geração compartilhada ou vice-versa; (f) transferência de saldos excedentes computados a partir da nova classificação; (g) diversas formas de associação de pessoas físicas e jurídicas para geração compartilhada; (h) avaliação de documentos de consumidores; e (i) alcance do compromisso de solidariedade entre os integrantes de consórcios e de cooperativas.

15. Em atenção ao disposto no art. 8º da Portaria nº 526, de 26 de agosto de 2013, da Procuradoria-Geral Federal, tem-se que poderá haver o encaminhamento de consulta à Procuradoria “quando houver dúvida jurídica a ser dirimida formalmente pelos órgãos de execução da PGF, que se relacione com as competências institucionais da autarquia”, não cabendo a este órgão de assessoramento jurídico responder a extenso rol de perguntas enviadas por agente do setor elétrico relacionadas à execução de seus contratos.

16. Ademais, conforme art. 11 do mesmo ato normativo, a consulta deve ser encaminhada pelo órgão assessorado “preferencialmente, com formulação de quesitos que se relacionem com situações concretas”, cabendo à área técnica previamente se manifestar, indicando quais pontos precisam ser esclarecidos sob o aspecto exclusivamente jurídico.

17. Considerando que o Memorando nº 0473/2016–SRD/ANEEL não especifica dentre os diversos questionamentos encaminhados pela Cemig-D quais suscitam dúvidas perante a área técnica, tão pouco quesita este órgão de assessoramento jurídico, restringindo-se a solicitar o posicionamento desta Procuradoria sobre perguntas genéricas não relacionadas a casos concretos, propõe-se a devolução dos autos à SRD para complementação da instrução processual, caso entenda necessário.

38. Assim, no caso dos autos, não se sabe, por exemplo, se os *shoppings* que pretendem compartilhar a outorga de PIE para se tornarem APE estão ou não registrados na CCEE (arts. 14 e 15 da Lei nº9.074/1995) ou se operam como consumidores cativos conectados na rede da distribuidora local. O que se sabe é que esses consumidores pretendem fazer um *mix* do regime jurídico da MMGD com o regime jurídico da APE.

39. Considerando que as interessadas informaram não se enquadrar no regime de autoprodução por equiparação, tudo indica que pretendem compartilhar a outorga que obtiveram por comercializar no ACR com determinados consumidores, utilizando-se, como instrumento, da formação de consórcios, e por meio da cisão da outorga de comercialização em duas modalidades de outorga para cada parcela da garantia física da usina, mas sem alteração de características técnicas, de modo a manter a potência instalada da totalidade do empreendimento. Como dissemos, não existe previsão legal para cisão de outorgas, o que seria especialmente esdrúxulo no caso de CGHs que não dependem de outorga para comercialização de energia no ACL.

40. Em todo caso, considero que não está entre as atribuições da ANEEL ou da PF-ANEEL responder aos questionamentos do agente. Cada forma de geração - MMGD e APE - tem regime jurídico próprio, cabendo ao agente avaliar, conforme disciplina legal e regulatória, em qual deles ele pode se enquadrar e, assim, exercer, sob sua conta e risco, eventuais direitos subjetivos que lhe são assegurados por lei ou regulamento.

41. Destaca-se que recentemente foi expedido o Ofício nº410/2024-SCE/SGM/ANEEL^[14] no qual as áreas técnicas signatárias também reconhecem, de forma expressa e com fulcro em orientação da PF-ANEEL, que as Unidades Organizacionais da Agência não devem responder consultas formuladas em tese. Confira-se:

4. Com relação ao questionamento a respeito do modelo de “Autoprodução por Equiparação”, observa-se que a consulta, de caráter abstrato, não se reveste de um caso concreto apto a caracterizar um requerimento passível de instrução administrativa, uma vez que, por orientação do Ofício Circular nº030/2006-PF/ANEEL, de 9 de outubro de 2006, (SIC nº48516.018456/2006-00), as Superintendências não devem responder consultas formuladas em tese ou conceitualmente.

42. De todo modo, o cerne da questão trazida pela interessada levanta certa preocupação porque não há permissivo legal para que os agentes regulados adiram, conforme sua própria conveniência, a parcela de um e a parcela de outro regime jurídico e, assim, obtenham, por vias reflexas, subsídios cruzados a que, de outra forma, não poderiam fazer jus. Ainda que se admitisse o fracionamento das outorgas, isso não poderia servir de pretexto apenas para obtenção de descontos de encargos sem prévia especificação legal da hipótese de incidência, sob pena de caracterização de desvio de finalidade.

43. Nesse sentido, passamos a algumas considerações de ordem geral na tentativa de auxiliar, em alguma medida, a atuação da SCE em eventual pleito que, por ventura, possa receber no contexto ora apresentado, ressaltando-se a necessidade de eventual análise jurídica complementar caso a SCE disponha ou venha dispor de informações que não constaram do Memorando nº35/2024-SCE/ANEEL.

2.2 Dos diversos regimes jurídicos aplicados à atividade de produção de energia

o 2.2.1. As modificações no Setor Elétrico Brasileiro (SEB) a partir do projeto Re-SEB

44. Originariamente, a geração de energia elétrica operacionalizava-se, sob o ponto de vista legal, em três regimes jurídicos: o serviço público, a autoprodução e a produção independente de energia. Trata-se de atividade reservada à União, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea *b*, da Constituição de 1988 *in verbis*:

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;

45. Os artigos 21 e 175 da Constituição Federal de 1988 estabelecem que os serviços e as atividades de energia elétrica, de titularidade da União e a ela reservadas, podem ser exploradas diretamente pelo Estado ou por delegação a particulares, sob regime de serviço público, o que se daria, em princípio, por meio de concessão ou permissão.

46. Na qualidade de atividade reservada à União, as atividades de geração, assim como todas aquelas que envolvem serviços e instalações de energia elétrica, como regra, serão exploradas por particulares mediante um título legitimador emitido pela União, nos termos do art. 175 (quando realizadas sob regime de serviço público) ou do art. 173 (quando realizadas sob regime de atividade econômica em sentido estrito).

47. Nesse sentido, o art. 21 também admite que a sua exploração ocorra mediante ato autorizativo. O art. 173, por sua vez, estabelece a possibilidade de mitigação da liberdade de iniciativa quando se tratar de atividade com reserva constitucional, como é o caso dos serviços e instalações de energia. Neste caso, as atividades econômicas serão exercidas mediante um regime de competição mitigado pela Lei.

48. Em consonância com essas disposições constitucionais,

1. a Lei nº 9.427/1996 estabelece em que hipóteses as atividades de geração deverão ser delegadas mediante licitação para concessão de uso de bem público ou autorização, conforme o caso, ou poderão ser exercidas livremente, por meio de autorização ou mera comunicação à ANEEL;
2. as Leis nº 8.987/1995 e nº 12.783/2013 disciplinam hipóteses em que a exploração da atividade de produção de energia ocorrerá mediante regime de concessão ou permissão de serviços públicos, enquanto
3. as Leis nº 9.074/1995 e nº 12.783/2013 estabeleceram diretrizes para a concessão e prorrogação de outorgas de geração.

49. Notadamente as Leis nº 8.987/1995, nº 9.074/1995 e nº 9.427/1996 denotaram, a época de sua edição, uma mudança de estratégia no desenvolvimento do Setor Elétrico Brasileiro (SEB), transferindo-o do domínio público para o setor privado, como parte do Programa Nacional de Desestatização (PND). Cite-se, também, que o Decreto nº 2003/1996, informa que a qualificação do agente regulado como produtor independente de energia ou como autoprodutor depende, como regra, de um título habilitador: uma concessão ou uma autorização, conforme *in verbis*:

Art. 1º A produção de energia elétrica, por produtor independente e por autoprodutor, depende de concessão ou autorização, que serão outorgadas na forma da legislação em vigor e deste Decreto.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco;

II - Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo. (g.n.)

50. A única exceção a essa premissa refere-se aos empreendimentos considerados de capacidade reduzida, que poderão gerar energia mediante mera comunicação ao órgão regulador, conforme se detalhará em seguida.

51. Verifica-se, assim, que, ao longo dos anos, o Setor Elétrico Brasileiro (SEB), cujas atividades eram exercidas por empresas estatais, passou por inúmeras modificações, entre elas, a desverticalização dos serviços de energia elétrica, com a segregação jurídica e operacional das atividades de distribuição, transmissão e geração, bem como a inserção de um regime de competição de mercado de produção de energia.

52. Importantes balizas para incremento do mercado de geração e comercialização de energia foram introduzidas pela Lei nº 9.074/1995, entre elas, a criação de dois novos atores para o Setor:

1. o Produtor Independente de Energia Elétrica (PIE), que exerce atividade econômica de geração, e comercializa energia por sua conta e risco, não sendo, como regra, aplicável a este regime a mesma racionalidade das concessões de serviço público, a exemplo da garantia do equilíbrio econômico-financeiro; e
2. o Consumidor Livre, que poderia adquirir sua energia diretamente do PIE ¹³¹.

53. Até a edição da Lei nº 9.074/1995 (art. 11, *caput*), a atividade de geração era realizada sob o regime de serviço público (com retribuição mediante tarifa fixada pelo Poder Público, refletida, ao final, sobre os consumidores conectados às distribuidoras), ou de autoprodução, que consiste na geração para consumo próprio.

54. Percebe-se, assim, que a Lei nº 9.074/1995 promove uma verdadeira mudança de paradigma ao estabelecer um novo regime para o exercício da atividade de geração: o regime de produção independente de energia, por meio do qual o produtor recebe concessão ou autorização do poder concedente, para gerar energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da sua garantia física ou da energia produzida, por sua conta e risco. Passaram a atuar também agentes comercializadores, que ingressam no setor a partir da edição da Lei nº 9.648/1998, podendo assumir a responsabilidade pela intermediação da venda de energia entre geradores e consumidores livres.

55. O art. 10 da Lei nº 9.648/1998 dispôs sobre a livre comercialização de energia entre concessionários, permissionários e autorizados à exploração de atividades de energia. Definiu-se, também, um período de transição após o qual o preço da produção de energia deixou de ser estabelecido mediante tarifa regulada, passando a cada agente de mercado a responsabilidade pela definição do preço para compra e venda de energia. A figura do produtor independente tornou-se preponderante no mercado de energia, cuja formulação básica tinha como ideia o estabelecimento de um mercado completamente livre tanto no atacado quanto no varejo.

o 2.2.2. O novo marco legal do Setor Elétrico Brasileiro estipulado a partir de 2004

56. O racionamento ocorrido em 2001 provocou alterações no arranjo de mercado a partir do estabelecimento de novas políticas setoriais^[46]. Entendeu-se que o modelo de livre competição não seria suficiente para assegurar a confiabilidade e segurança sistêmicas necessárias ao bom funcionamento do SEB. Nesse contexto, a Lei nº10.848/2004, resultado da conversão da Medida Provisória nº144/2003, criou dois ambientes distintos de comercialização de energia, denominados ACR (ambiente de contratação regulada) e ACL (ambiente de contratação livre), para distinguir a comercialização regulada, realizada para suprir o consumidor cativo (como regra) por meio da atividade de distribuição, da comercialização livre, ambiente em que a energia poderia permanecer livremente negociada.

57. Nesse novo cenário, os produtores independentes e autoprodutores de energia, enquanto pessoas jurídicas de direito privado e não necessariamente controladas pelo Estado, passaram a colaborar com a expansão da capacidade de oferta de energia elétrica assumindo os riscos inerentes a essa atividade, seja participando de leilões de energia no ACR, seja comercializando sua produção no ACL. A evolução desse novo modelo foi rápida e eficaz, proporcionando uma resposta consistente à crise de abastecimento de energia elétrica ocorrida em 2001^[47].

o 2.2.3. Da exploração das atividades de produção de energia elétrica por particulares

58. Seguindo estas premissas, a Lei, em diversas oportunidades, estabelece a necessidade de que a União expeça um título habilitador para que particulares explorem os serviços e instalações de energia, a exemplo do disposto no art.4º da Lei nº9.074/1995:

Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais.

59. As outorgas para as atividades de geração foram previstas nos arts.5º e 7º da Lei nº9.074/1995 e no artigo 26 da Lei nº9.427/1996 (com redação alterada pela Lei nº13.360/2016) e podem assim ser resumidas:

(a) sujeita-se à autorização o aproveitamento de potencial hidráulico qualificado como PCH e com potência superior entre 5.000 (mil) kW e igual ou inferior 30.000 kW (trinta mil), destinado à produção independente ou à autoprodução;

(b) sujeita-se à autorização o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 5.000 (mil) kW e igual ou inferior a 50.000 (cinquenta mil) kW, destinado à produção independente ou autoprodução, independentemente de ter ou não característica PCH;

(c) prévia licitação para a concessão de uso de bem público de aproveitamento de potencial hidráulico com potência superior a 50.000 (cinquenta mil) kW para exploração em regime de autoprodução ou produção independente de energia.

60. O PIE foi pensado como aquele que gera energia para consumo ou para venda no mercado sendo definido como "a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco". Ao instituir a figura do PIE, a Lei nº9.074/1995 expressamente o distinguiu do regime de serviço público na medida em que o produtor independente explora a atividade econômica de geração de energia elétrica sob regime competitivo de mercado.

61. A APE consiste em "regime de produção inicialmente concebido para o agente gerador que produz energia para uso exclusivo, ou seja, toda a energia gerada seria utilizada pelo próprio gerador". Essa modalidade de geração está disciplinada no art.5º, III, da Lei nº9.074/1995, no art.26 da Lei nº9.427/1996 (com redação alterada pela Lei nº13.360/2016) e no art.2º, II, do Decreto nº2.003/2006.

62. Em 2007, o novo modelo setorial implantado a partir de 2004 teve um incremento relevante por meio da Lei nº11.488/2007^[48]. Trata-se da criação do APE por equiparação: "em seu artigo 26, a lei equipara o consumidor a autoprodutor para fins de pagamento dos encargos relativos à Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e à Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados (CCC-ISOL), denominando-o autoprodutor por equiparação". Ressalva-se, no entanto, que "esta equiparação fica limitada à parcela de energia destinada ao consumo próprio ou à proporção das ações com direito a voto que o consumidor detiver na sociedade de propósito específico(SPE) outorgada para a autoprodução", conforme disciplina da Lei nº13.203/2015^[49].

63. A autoprodução foi concebida originariamente para benefício de consumidores industriais eletro-intensivos: "O objetivo original e primordial desta regulação específica foi dar oportunidade e autorização formal para que estes agentes econômicos pudessem investir diretamente em unidades geradoras de energia elétrica e, assim, reduzir os custos associados nas suas respectivas estruturas de custos"^[20]. Sua finalidade era possibilitar "custos menores, maior previsibilidade quanto ao preço da energia e, principalmente, segurança do abastecimento para atender a demanda de energia do segmento industrial"^[21].

64. Porém, a equiparação legal conferiu abertura para criação de modelagens baseadas em acordos de acionistas, por meio dos quais grandes consumidores se tornam acionistas de empresas de geração e comercialização apenas para que se enquadrem como autoprodutores e percebam os benefícios tarifários daí derivados. Essa possibilidade permitiu que a autoprodução crescesse no mercado livre de energia, ocasionando mais um, entre tantos outros, subsídios suportados pelos consumidores do ACR^[22]. Todavia, essa possibilidade somente pode ser admitida nos estritos limites da lei.

65. Vale destacar, ademais, que, nos termos do art. 26, II da Lei nº9.427/1996, a atividade de comercialização de energia, como não poderia deixar de ser, em virtude do disposto no art.21, inciso XII, alínea b, da Constituição também depende de título habilitador expedido pelo Poder Concedente. Relativamente à comercialização de energia elétrica, a Lei nº10.848/2004 e o Decreto nº5.163/2004, respectivamente, assim dispuseram:

Lei nº10.848/2004

Art.1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

(...)

§1º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos ambientes de contratação regulada e de contratação livre.

§2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e

autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.

§ 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei.

Decreto nº 5.163/2004

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á nos Ambientes de Contratação Regulada ou Livre, nos termos da legislação, deste Decreto e de atos complementares.

(...)

§ 2º Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como:

I - Ambiente de Contratação Regulada - ACR o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos;

II - Ambiente de Contratação Livre - ACL o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos;

III - agente vendedor o titular de concessão, permissão ou autorização do poder concedente para gerar, importar ou comercializar energia elétrica;

IV - agente de distribuição o titular de concessão, permissão ou autorização de serviços e instalações de distribuição para fornecer energia elétrica a consumidor final exclusivamente de forma regulada;

V - agente autoprodutor o titular de concessão, permissão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo;

(...)

VIII - consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições estabelecidas no art. 15 e no art. 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; (Redação dada pelo Decreto nº 9.143, de 2017)

IX - consumidor potencialmente livre é aquele que, a despeito de cumprir as condições estabelecidas no art. 15 da Lei nº 9.074, de 1995, seja atendido de forma regulada; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.143, de 2017)

X - consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; e

X - consumidor especial é o consumidor livre ou o conjunto de consumidores livres reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 kW, que tenha adquirido energia na forma estabelecida no § 5º do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. (Redação dada pelo Decreto nº 9.143, de 2017)

§ 3º Dependerá de autorização da ANEEL a comercialização, eventual e temporária, pelo agente autoprodutor, de seus excedentes de energia elétrica. (g.n.)

66. Note que, seja no caso de PIE, seja no caso de APE, aqueles empreendedores cujas usinas não alcancem as potências referidas nas alíneas (a) e (b) acima referidas não terão outorgas de autorização. Estão dispensados do ato autorizativo, podendo implantar e explorar suas usinas mediante mera comunicação à ANEEL, nos termos do art. 8º da Lei nº 9.074/1995.

67. Assim, estes empreendedores poderão ser produtores e comercializadores de energia no ACL ainda que sem ato de outorga, desde que preencham os demais requisitos legais para tanto. Todavia, ao comercializarem no ACR, deverão necessariamente obter uma outorga de comercialização.

o 2.2.4. Da comercialização de energia por PIE, APE e empreendimentos de capacidade reduzida

68. Como regra, concessionários de serviço público de geração, produtores independentes de energia, e os autoprodutores que vendem seus excedentes podem comercializar energia nos dois ambientes de contratação. No caso do APE e do PIE, esta Procuradoria já se manifestou sobre a superveniência de alterações legislativas que permitiram uma certa fungibilidade entre os regimes (vide, por exemplo, Parecer nº 65/2019^[24], Despachos nº 83/2019^[25] e nº 86/2019^[26]^[27]). Isso porque a Lei nº 9.427/1996 permitiu que fosse autorizado ao autoprodutor comercializar a energia excedente, minimizando a diferenciação que se fazia entre os regimes quanto à destinação da energia (uso próprio ou venda).

69. Convém observar que o APE foi pensando originalmente para produção de energia para uso exclusivo, mas a legislação veio autorizar hipóteses de cessão, permuta e até mesmo comercialização de excedentes por APEs. Confirma-se, por exemplo, o disposto no Decreto nº 2.003/2006:

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AO AUTOPRODUTOR

Art. 27. A outorga de concessão ou de autorização a autoprodutor estará condicionada à demonstração, perante o órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, de que a energia elétrica a ser produzida será destinada a consumo próprio, atual ou projetado.

Art. 28. Mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, será facultada:

I - a cessão e permuta de energia e potência entre autoprodutores consorciados em um mesmo empreendimento, na barra da usina;

II - a compra, por concessionário ou permissionário de serviço público de distribuição, do excedente da energia produzida;

III - a permuta de energia, em montantes economicamente equivalentes, explicitando os custos das transações de transmissão envolvidos, com concessionário ou permissionário de serviço público de distribuição, para possibilitar o consumo em instalações industriais do autoprodutor em local diverso daquele onde ocorre a geração.

Art. 29. A parcela de energia produzida por autoprodutor que operar usinas térmicas em sistemas isolados, adquirida por concessionário ou permissionário do serviço público de distribuição, nos termos do inciso II do artigo anterior, fará jus ao ressarcimento do custo de combustíveis instituído na Conta de Consumo de Combustíveis - CCC, mediante autorização do órgão regulador e fiscalizador do poder concedente.

70. Observa-se, no entanto, que a Lei nº9.427/1996 considera que a comercialização do excedente do APE seria eventual e temporária, o que em certa medida o diferencia do PIE, cujo objetivo primordial seria explorar a atividade de produção de energia elétrica. Vejamos:

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

(...)

IV - a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica.

71. Os atos autorizativos emitidos pela ANEEL são denominados Resoluções Autorizativas e, como regra, indicam que autorizam a produção independente ou a autoprodução. Os produtores e autoprodutores autorizados podem comercializar sua energia no ACL. Para comercialização no ACR, os agentes necessitam participar e se enquadrar nas regras definidas em processos competitivos.

72. Seja como for, no caso das usinas de pequena capacidade, essas outorgas têm verdadeiramente natureza de autorizações para comercialização de energia, nos termos do §1º do art.1º da Lei nº10.848/2004, do art.4º da Lei nº9.074/1995, do §3º do art.1º, §2º²⁹⁴ do art.26 (leilões de ajuste), e art. 60 do Decreto nº5.163/2004. Em verdade, elas concedem ao detentor de um empreendimento de capacidade reduzida, a autorização para comercializar sua garantia física ou parte dela no ACR, já que, para o ACL, estão necessariamente dispensados da obtenção de um título habilitador, conforme escolha política do legislador constitucional e ordinário. Este último, conforme comentado, definiu quais empreendimentos terão essa qualificação.

73. Nesse sentido, cite-se o teor do Parecer nº125/2014^[29], verbis:

11.3 - DA CLÁUSULA 3.8 DA MINUTA DE EDITAL

21. A CEL questiona sobre a juridicidade da cláusula 3.8 da minuta de edital, que estabelece a necessidade de outorga de autorização aos vendedores que negociarem no leilão, nos seguintes termos:

3.8 Outorga de Autorização à(s) VENDEDORA(S) que negociou(aram) no LEILÃO.

3.8.1 Será(ão) publicado(s) no Diário Oficial da União (DOU) o(s) ato(s) de outorga de autorização da ANEEL correspondente(s) a cada LOTE arrematado no LEILÃO, conforme modelo constante do Anexo VII deste Edital, com base na delegação de competência conferida mediante o Decreto 4.932, de 23 de dezembro de 2003, alterado pelo Decreto nº4.970, de 30 de janeiro de 2004.

22. Com efeito, tomando-se como exemplo o Projeto de Referência para atendimento do Sistema Isolado da Eletrobrás Distribuição Rondônia, constata-se a existência de UTE's com potência igual ou inferior a 5.000 kW que, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.074/95, estão dispensadas de outorga:

Artigo 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.

23. De fato, os denominados empreendimentos de capacidade reduzida estão dispensados de outorga, competindo à Poder Público tão-somente o registro do empreendimento para fins de conhecimento.

24. Por força do artigo 176, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 8º da Lei nº 9.074/95, a implantação e a exploração de empreendimento de capacidade reduzida é direito de quem detenha os meios para tanto, independentemente de qualquer ato de outorga do Poder Público.

25. Entretanto, é preciso deixar claro que a licitação em análise não tem por objeto a implantação de um empreendimento com a consequente outorga, mas sim a comercialização de energia elétrica a ser produzida por um produtor independente de energia no Sistema Isolado.

26. Ora, tal diferenciação é relevante na medida em que o artigo 8º da Lei nº9.074/95 não veda que os empreendimentos denominados de potência reduzida recebam uma outorga. Na realidade, o dispositivo legal impede que o Estado condicione a implantação destes empreendimentos à obtenção de uma outorga.

27. Caso contrário, uma vez entendida a norma como uma vedação, as outorgas concedidas anteriormente à edição da Lei nº9.074/95 estariam extintas ex lege. No entanto, o dispositivo em questão possui natureza declaratória e não constitutiva, ou seja, o artigo 8º da Lei nº9.074/95 preservou as outorgas concedidas sob a égide da legislação anterior. O vínculo entre o Poder Concedente e o titular de uma outorga só pode ser extinto nas hipóteses legalmente previstas.

28. A d argumentandum tantum, a natureza declaratória do artigo 8º da Lei nº9.074/95 foi reconhecida pela Lei nº12.783/2013, que ao disciplinar a prorrogação das concessões de energia elétrica, estabeleceu que as concessões de geração hidrelétrica de potência igual ou inferior a 1MW (um megawatt) não serão prorrogadas.

29. Assim, percebe-se que o ordenamento jurídico vigente permite a existência de empreendimentos de capacidade reduzida com outorga de concessão, permissão ou autorização, como é o caso daqueles que já possuíam o título antes da alteração normativa.

*30. Igualmente, mesmo sob a égide da Lei nº9.074/95, **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.***

*31. **Do mesmo modo que o Estado não pode condicionar a implantação de empreendimentos de capacidade reduzida ao recebimento de uma outorga, ao particular não é assegurado o direito de receber uma autorização do Poder Público para tais empreendimentos.***

32. No caso específico dos autos, a comunhão de interesses parece estar presente, pois há elementos que demonstram conveniência tanto por parte do Estado de se conceder uma autorização para os empreendimentos de capacidade reduzida, quanto para o particular que deseje participar do certame.

34. Ora, caso receba uma outorga do Poder Concedente, a empresa que negociar energia no leilão poderá ter seu empreendimento enquadrado nos benefícios da sub-rogação da CCC e do REIDI.

35. Ademais, o registro do empreendimento de capacidade reduzida não gera qualquer direito subjetivo ao particular, não conferindo ao empreendedor a prerrogativa de manutenção das condições fáticas então existentes, ao contrário da autorização, em que são fixados direitos e deveres para o particular em relação ao Poder Concedente.

*36. Todavia, **o interesse do particular somente poderá ser avaliado se houver a sua efetiva aderência aos termos***

do edital da licitação, ocasião em que haverá presunção absoluta da vontade do particular em receber a outorga para a implantação do empreendimento.

37. Por parte do Poder Concedente, o interesse na concessão da outorga vislumbra-se na própria relevância dos empreendimentos, que, em última análise, serão responsáveis pelo suprimento de energia elétrica nos Sistemas Isolados. Na autorização deverão constar os deveres do empreendedor, que está sujeito, dentre outras obrigações, ao Poder Fiscalizatório da ANEEL

38. Destarte, a cláusula 3.8 do edital do leilão não viola o artigo 8º da Lei n.º 9.074/95, pois não condiciona a implantação e exploração de empreendimento de capacidade reduzida ao recebimento de uma outorga. (g.n.)

74. No mesmo sentido, foi emitido o Parecer nº00423/2016/PFANEEL/PGF/AGU ^[30]:

II.8 – Da participação de Centrais Geradoras – CGHs e da emissão de outorga de autorização

52. A SEL destaca que para o Leilão nº 03/2016 está sendo prevista a participação de CGHs como vendedoras, algo até então inédito em leilões regulados. Além disso, destacou a SEL que a participação dessas CGHs estaria sujeita às seguintes condicionantes: a) emissão de outorga de autorização; b) a não emissão de Declaração de Utilidade Pública – DUP em favor da CGH; e c) precedência do potencial ótimo estabelecido nos estudos de inventário em relação à CGH.

53. De fato, verifica-se que a participação de CGHs como vendedoras é algo inédito em leilões regulados, fato esse que exigiu o envolvimento da Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração na construção do edital em comento.

54. A rigor, os denominados empreendimentos de capacidade reduzida estão dispensados de outorga, competindo à Poder Público tão-somente o registro do empreendimento para fins de conhecimento.

55. Por força do artigo 176, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 8º da Lei n.º 9.074/95, a implantação e a exploração de empreendimento de capacidade reduzida é direito de quem detenha os meios para tanto, independentemente de qualquer ato de outorga do Poder Público.

(...)

64. Todavia, o interesse do particular somente poderá ser avaliado se houver a sua efetiva aderência aos termos do edital da licitação, ocasião em que haverá presunção absoluta da vontade do particular em receber a outorga para a implantação do empreendimento.

65. Destarte, esta previsão editalícia não viola o artigo 8º da Lei n.º 9.074/95, pois não condiciona a implantação e exploração de empreendimento de capacidade reduzida ao recebimento de uma outorga. (g.n)

75. Assim, a implantação do empreendimento de capacidade reduzida não depende de outorga; também, não será necessária a autorização para comercialização de energia no ACL, mas, apenas o atendimento das regras de comercialização, compreendendo o despacho de operação comercial e o cadastro do empreendimento na CCEE; no entanto, uma vez que a usina de pequeno potencial elétrico venha comercializar energia no ACR, porque assim permitido no edital do leilão e, portanto, respeitadas as premissas do edital, caracteriza-se a comunhão de interesse do agente com os interesses do Poder Concedente, que justifica a emissão do ato de outorga para a parcela de garantia física comercializada no leilão.

76. Portanto, nesses casos, a outorga concedida ao detentor da usina de capacidade reduzida vincula-se exclusivamente às finalidades da comercialização de energia no ACR, não havendo permissivo legal para que tais outorgas sejam utilizadas para finalidades distintas, menos ainda para que tais outorgas sejam parceladas em autorizações distintas.

o 2.2.5. Do segmento de consumo

77. Observe que o segmento de consumo, pode ser dividido em dois grandes grupos: o consumidor cativo e o consumidor livre. Este último é aquele que atenda às condições previstas nos arts.15 e 16 da Lei nº9.074/1995.

78. O consumidor, como o próprio nome indica, é aquele que consome a energia, recebendo o que foi produzido no ponto de carga. Os consumidores que desejam tornarem-se autoprodutores de energia, por qualquer tecnologia, renovável ou não, devem se enquadrar nos parâmetros legais necessários a obtenção de outorgas de autorização. Detentores de empreendimentos de pequena capacidade que se registram na ANEEL também poderiam, em tese, gerar energia para autoconsumo e comercialização de excedentes no mercado livre, apenas que, neste caso, não necessariamente estariam preenchidos os requisitos exigidos para se enquadrarem como autoprodutores por equiparação para fins de obtenção de subsídios tarifários.

79. É certo que a legislação já vem admitindo a figura do prossumidor, possibilitando uma postura mais ativa do consumidor. Mais recentemente, o legislador admitiu que consumidores também gerassem sua própria energia e usufríssem de certos benefícios tarifários, distintos daqueles informados na Lei nº11.488/2007, mas sem necessidade de ato de outorga. Isso valerá apenas para os consumidores cativos que se enquadrarem nas hipóteses previstas na Lei nº14.300/2021, conforme se detalhará a seguir. Esses consumidores cativos, por sua vez, não se enquadram no regime de autoprodução de energia estrito senso ou no regime de autoprodução de energia por equiparação. Vejamos.

o 2.2.6. Da geração de energia no regime de mini e micro geração distribuída

80. A produção de energia caracterizada como mini e micro geração distribuída (MMGD) é uma faculdade legal conferida a consumidores cativos, conectados na rede de distribuição e que, portanto, também são faturados pelas concessionárias de serviços públicos de distribuição de energia. Essas concessionárias, por sua vez, fornecem aos consumidores de sua área de concessão, para além da energia produzida por usinas geradoras e transportada via rede básica, o serviço de fio ou transporte de energia em baixa tensão. A ideia essencial dessa nova modalidade de geração seria a de que o consumidor produziria para consumo próprio, não exercendo atos de comércio da energia excedente que eventualmente produzisse.

81. No Brasil, o prossumidor (consumidor cativo) apenas injeta o excedente da energia que gera para seu próprio consumo na rede de distribuição, usufruindo de uma certa compensação (ainda dentro da sua própria área de concessão) com a energia adquirida pela distribuidora e que vier a consumir quando não estiver produzindo montante suficiente para atendimento das suas necessidades. Isso ocorre mediante utilização de sistema denominado *net metering*, em que são utilizados medidores bidirecionais para medição do fluxo de energia na unidade consumidora que detiver uma usina de pequena geração. A proposta era a de que, se a produção de energia fosse maior do que a carga, o consumidor receberia um crédito, computado em energia (kW/h), na sua fatura. Desse modo, na prática, a distribuidora faturaria desse consumidor apenas a diferença entre a energia gerada e a consumida, acrescida de um custo mínimo pela disponibilidade da rede.

82. Ao prossumidor ainda não há uma autorização ampla e genérica para que comercialize a energia excedente que tenha eventualmente injetado na rede. A Lei nº14.300/2022, no art.24, permitiu que esses consumidores, que, também não necessitam de atos autorizativos para gerar sua própria energia, possam vender seus excedentes para as concessionárias de

distribuição, por meio de chamadas públicas. A questão foi regulada pela ANEEL no sentido de que esses consumidores escolham entre participar do SCEE (sistema de compensação) ou se cadastrem para a venda de excedentes na distribuidora. Portanto, a regra geral, nesse caso, é a de que seja admitida apenas a compensação *in natura*, ressalvada a possibilidade de comercialização de energia para a distribuidora que atua na área de concessão em que a unidade consumidora esteja inserida^[31].

83. Por outro lado, para que o consumidor seja optante pelo regime do SCEE, ele necessariamente não será algum empreendimento que tenha sido qualificado como PIE, APE, APE equiparado ou comercializador de energia, porque

- o (i) ele não pode comercializar energia por ausência de permissivo legal (art. 10, Lei nº14.300/2022);
- o (ii) ele deve enquadrar-se numa das hipóteses previstas no art.9º da Lei nº14.300/2022; e
- o (iii) ele não pode ser qualificado como consumidor livre ou consumidor especial, nos termos dos arts.15 e 16 da Lei nº9.074/1995.

84. Como consequência,

- o (iv) seu empreendimento não pode ter sido objeto de registro, de concessão, de permissão ou de autorização no ACL ou no ACR;
- o (v) seu empreendimento não pode ter entrado em operação comercial para geração de energia elétrica no ACL ou no ACR;
- o (vi) sua produção de energia não pode ter sido contabilizada no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE);
- o (vii) sua produção de energia não pode ter sido comprometida diretamente com concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica no ACR.

85. Essa é a inteligência da própria Lei nº14.300/2022. Confira-se:

Art. 9º Podem aderir ao SCEE os consumidores de energia, pessoas físicas ou jurídicas, e suas respectivas unidades consumidoras:

I – com microgeração ou minigeração distribuída com geração local ou remota;

II – integrantes de empreendimento com múltiplas unidades consumidoras;

III – com geração compartilhada ou integrantes de geração compartilhada;

IV – caracterizados como autoconsumo remoto.

Parágrafo único. Não poderão aderir ao SCEE os consumidores livres que tenham exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições estabelecidas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, ou consumidores especiais que tenham adquirido energia na forma estabelecida no § 5º do art. 26 da Lei nº9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Art. 10. A concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica não pode incluir consumidores no SCEE quando for detectado, no documento que comprova a posse ou propriedade do imóvel onde se encontra instalada ou será instalada a microgeração ou minigeração distribuída, que o consumidor tenha alugado ou arrendado terrenos, lotes e propriedades em condições nas quais o valor do aluguel ou do arrendamento se dê em real por unidade de energia elétrica.

Art. 11. É vedado novo enquadramento como microgeração ou minigeração distribuída das centrais geradoras que já tenham sido objeto de registro, de concessão, de permissão ou de autorização no Ambiente de Contratação Livre (ACL) ou no Ambiente de Contratação Regulada (ACR), ou tenham entrado em operação comercial para geração de energia elétrica no ACL ou no ACR ou tenham tido sua energia elétrica contabilizada no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) ou comprometida diretamente com concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica, no ACR, e a concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica deve identificar esses casos perante a Anel.

86. Portanto, o regime jurídico de MMGD é próprio e distinto do regime de PIE e de APE.

o 2.2.7. Diferenças entre os regimes jurídicos de MMGD e de PIE ou de APE e de APE equiparado

87. Nesse contexto, ainda existem diferenças substanciais entre o regime legal de APE ou de PIE e o regime de MMGD. A primeira delas consiste no fato de que o mini e o microgerador (consumidor) não dispõe de ato de outorga, enquanto os APes ou PIEs são "agentes de mercado que recebem algum tipo de outorga para comercialização da energia gerada ou do excedente produzido e não consumido"^[32].

Desse modo, a MMGD não pode ser confundida com a comercialização de energia considerada em estrito senso (operações de compra e venda que geram circulação de moeda), nem com a permuta, operação prevista no artigo 25 do Decreto nº 2.003/1996 e facultada aos Autoprodutores.

(...)

Esses consumidores não podem comercializar essa energia excedente. A ideia é que haja uma permuta ou compensação. Portanto, esses consumidores-geradores não perdem a qualificação jurídica de consumidores. Como tais, não necessitam de autorização prévia do Poder Concedente para operar as suas usinas.

Ou seja, tais consumidores foram submetidos a um regime jurídico próprio, que, embora tenha lhes conferido mais autonomia, não descaracterizou a sua posição na indústria elétrica enquanto agentes de consumo. Tal resolução possibilitou, outrossim, que a energia injetada na rede pelo mini ou microgerador fosse valorada pela mesma tarifa de energia elétrica estabelecida para os consumidores (AGU, 2023)^[33].

88. O autoprodutor estrito senso, por sua vez, embora tenha nascedouro num agente de consumo que pretende gerar sua própria energia, ao se tornar autoprodutor, transforma-se em figura distinta do consumidor. Torna-se um agente de mercado regido por regras próprias. O APE é detentor de outorga para autoprodução de energia, nos termos da legislação supracitada, podendo comercializar o seu excedente. O consumidor não detém outorga porque, ao menos em tese, não deveria explorar economicamente qualquer serviço ou instalação de energia elétrica. No âmbito da indústria elétrica, ele é apenas aquele que adquire sua energia no mercado regulado (ou cativo) ou no mercado livre. Há, no entanto, casos em que, como visto, a lei admite a equiparação do consumidor ao autoprodutor, mas com finalidade específica.

89. O art. 26 da Lei nº11.488/2007 dispõe que o consumidor será equiparado a autoprodutor desde que (i) participe de sociedade de propósito específico, (ii) constituída para explorar a produção de energia elétrica, e (iii) consuma a totalidade ou parte

da energia produzida. O referido dispositivo legal também estabelece que a equiparação se dá para fins de pagamento dos encargos relativos à CDE, ao PROINFA e à CCC-ISOL e o seu §1º limita o benefício à parcela da energia destinada ao consumo próprio do consumidor ou a sua participação no empreendimento, o que for menor.

90. A possibilidade de equiparação do consumidor livre ao autoprodutor também foi objeto de regulamentação por Decreto, conforme dispôs o §2º do art. 26 da Lei nº11.488/2007. Assim, o art. 2º do Decreto nº6.210/2007, estabeleceu, para que fosse possível a equiparação, "*cada unidade de consumo a que se destina a energia elétrica proveniente de Sociedade de Propósito Específico deverá ter demanda de potência igual ou superior a 3.000 kW*".

91. Ademais, como se verifica, a equiparação do consumidor livre ao autoprodutor não goza propriamente daquela mesma fungibilidade que a lei permite ocorra entre o PIE e o autoprodutor. O consumidor, quando equiparado, não passa a gozar do direito a comercializar a sua energia excedente, mas apenas o direito de gozar de uma isenção (aquela mesma já conferida ao autoprodutor) quanto ao dever de recolhimento de determinados encargos: aqueles referendados no *caput* do art. 26 da Lei nº11.488/2007. Assim, o Decreto nº2003/1996 permite que os autoprodutores equiparados por terem firmado um consórcio podem apenas ceder ou permutar energia entre si:

Art. 28. Mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, será facultada:

I - a cessão e permuta de energia e potência entre autoprodutores consorciados em um mesmo empreendimento, na barra da usina;

II - a compra, por concessionário ou permissionário de serviço público de distribuição, do excedente da energia produzida;

III - a permuta de energia, em montantes economicamente equivalentes, explicitando os custos das transações de transmissão envolvidos, com concessionário ou permissionário de serviço público de distribuição, para possibilitar o consumo em instalações industriais do autoprodutor em local diverso daquele onde ocorre a geração.

92. Esse foi o entendimento da SRM no Memorando nº212/2019–SRM/ANEEL:

2. Assim, a equiparação de que trata o Art. 26 da Lei nº 11.488, de 2007, observado o disposto no Art. 2º do Decreto nº 6.210, de 2007, ocorre para fins de pagamento dos encargos relativos à CDE, ao PROINFA e à CCC-ISOL.

3. Como consumidor, a Sinobras não tem direito à venda de energia elétrica, dado o disposto no Decreto nº5.163, de 2004, não ao alívio nas diferenças de preços entre submercados de que trata a Resolução Normativa nº817, de 2018.

93. Observe que a PF-ANEEL já se manifestou no sentido de que a lei permite a equiparação do consumidor ao autoprodutor exclusivamente para fins de pagamento dos encargos relativos à CDE, ao PROINFA e à CCC-ISOL e não prevê expressamente que o consumidor torne-se um autoprodutor (similar a um produtor independente)^[34]; isto é, o consumidor equiparado não se torna automaticamente um agente gerador que pode exercer atividade de comercialização nos termos do §3º do art.1º do Decreto nº5.163/2004, pois ele é apenas um dos acionistas da SPE ou um dos consorciados que permutam energia entre si.

94. Nessa linha, as diferenças de preços entre submercados, isto é, o tratamento do excedente financeiro e das exposições financeiras na contabilização de energia elétrica previsto na Resolução Normativa nº817/2018, por exemplo, é instituto aplicável à comercialização de energia elétrica no âmbito da CCEE, que pode ser exercida pelo autoprodutor autorizado para tanto. Como visto, a comercialização também é atividade que se realiza mediante autorização do Poder Concedente, autorização que, ao menos por ora, não se outorga ao segmento de consumo cativo ou livre. Não há previsão legal para tanto. Ao consumidor livre, é dado apenas procurar recompor seu lastro contratual para que não sofra penalidades previstas nas regras de comercialização.

95. Portanto, o APE equiparado não se torna verdadeiramente um produtor independente de energia. Trata-se apenas de um consumidor a quem foi conferida certas isenções legais a partir da sua equiparação com o autoprodutor.

96. O APE estrito senso consiste num consumidor que também se torna gerador e, por isso, recebe uma outorga de autorização para gerar a sua própria energia. Ele, enquanto gerador ou consumidor, é uma só pessoa jurídica (e detém o mesmo CNPJ). Deve observar os limites de potência previstos em lei para ter direito a uma autorização de produção de energia, mas, enquanto consumidor, não há delimitação de limite de carga. Já o APE equiparado, como visto, assim se qualifica apenas para isenção de determinados encargos. Ele poderá ser modelado na forma de SPE ou de consórcios, assim regidos pela Lei das SAs, desde que as unidades consumidoras que formam a SPE ou consórcio respeitem, de forma individualizada, o limite de carga estabelecido na regulação.

97. Os "consórcios típicos" previstos na Lei das SAs costumam ter alguma finalidade empresarial ou comercial:

Está previsto no artigo 278 da Lei de Sociedades Anônimas. Trata-se de uma "comunhão de interesses e atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam". O consórcio é formado para acumular meios para a consecução de um fim comum (consórcio operacional), ou para somar recursos para contratarem com terceiros a execução de determinados serviços, obras, ou concessões (consórcio instrumental).

O consórcio decorre de um contrato firmado entre duas ou mais sociedades com atividades em comum e complementares, que objetivam juntar esforços para a realização de determinado empreendimento.

O consórcio de que trata a lei societária tem caráter mercantil. Pode, inclusive, objetivar a distribuição de lucros, ainda que não possua capital próprio. Nesse sentido, o consórcio não tem como finalidade constituir uma nova pessoa jurídica. A sua duração tende a ser sempre curta, determinada, coincidente sempre com o término de sua finalidade específica. A personalidade jurídica das contraentes jamais se confunde com o consórcio, pois o fim daquelas é muito mais abrangente e que possuem tempo de duração longo ou indeterminado.

Formam os consórcios, centros autônomos de relações jurídicas entre as consorciadas, tendo cada uma delas função diversa e identificada quanto aos meios, recursos e aptidões.

Também característica do consórcio é a sua autonomia administrativa. O seu poder de agir se faz em nome das sociedades que o compõem. A sua autonomia se caracteriza pelo instrumento de mandato, decorrente do próprio contrato. Ocorre o mandato para que o consórcio possa exercer a sua capacidade negocial junto a terceiros.

A função do consórcio é permitir a colaboração empresarial em determinadas atividades sem que as consorciadas percam a sua personalidade jurídica ou assumam legalmente solidariedade pelas suas obrigações referentes ao consórcio. Sendo assim, o instituído do consórcio dá condições para que as consorciadas, em determinadas tarefas, participem apenas somando recursos técnicos e/ou financeiros, apenas temporariamente.

Nos consórcios instrumentais, ou seja, aqueles destinados a permitir a celebração de contratos com terceiros, o

Poder Público geralmente determina que as sociedades consorciadas atribuam a uma delas o poder de liderança. Nesse caso, a direção, a representação e a administração do consórcio recairão sobre a escolhida, ficando esta responsável pelas demais consorciadas, perante terceiros e perante a própria contratante pelas responsabilidades assumidas pelo consórcio.

Uma das diferenças fundamentais entre consórcio e grupos de sociedades é que aquele é celebrado visando à consecução de um determinado empreendimento ou a contratação com terceiro. Já no grupo de sociedade os objetivos empresariais são amplos e duradouros. Daí poder ser a convenção por tempo indeterminado. Já no consórcio, o prazo será limitado pelo termo, ou pelo término do empreendimento ou da celebração do contrato com o terceiro³⁵¹.

98. Diferentemente, no caso da MMDG, os consórcios são tidos como atípicos e não registrados em juntas comerciais justamente porque, no SCEE, não se pode comercializar energia com fins lucrativos. Ou seja, por ora, no SCEE, não se admite o uso de modelos negociais que possibilitem a exploração da produção de energia de forma empresarial, como ocorreria nos consórcios que são formados com fundamento na Lei das S.A.s. E, ao que tudo indica, o objetivo da interessada é comercializar a energia produzida pela CGH ou a parcela excedente da garantia física não comercializada no ACR. Se o agente detém uma outorga que permite comercializar energia no ACR, ele acaba por se inserir numa das regras proibitivas da Lei nº14.300/2022.

99. Então, como visto, os "consórcios atípicos" admitidos para fins de MMDG não podem se prestar a comercialização de energia. Também, ao avaliar a competência do Banco Central do Brasil, a sua Procuradoria distinguiu os consórcios previstos na Lei nº11.795/2008 dos "consórcios atípicos" criados para fins de MMDG. A esse respeito, confira-se o teor do Parecer Jurídico 573/2020-BCB/PGBC:

6. O tema debatido nos autos, em razão do pleito apresentado pelos interessados em constituir a Cred Energy, já foi objeto de exame, em tese, por esta Procuradoria-Geral. Trata-se do Parecer Jurídico 796/2019-BCB/PGBC, de 8 de novembro de 2009, que concluiu que o consórcio para geração compartilhada de energia por um grupo de pessoas, objeto da RNEEL nº 482, de 2012, não se enquadra no instituto regido pela Lei nº11.795, de 2008.

7. Como bem explicado no referido precedente, a RNEEL nº482, de 2012, permite que os consumidores providenciem a instalação de centrais geradoras que, conectadas à rede de distribuição, cedem energia elétrica à distribuidora local, por meio de empréstimo gratuito. Em seu turno, a energia cedida é compensada, posteriormente, pelo consumo de energia fornecida pela distribuidora. Trata-se, portanto, de um "sistema de compensação" de energia elétrica, no qual a unidade consumidora que injeta energia ativa no sistema de distribuição passa a deter um crédito de mesma natureza (energia elétrica) e quantidade, para futura compensação perante a distribuidora, no prazo de sessenta meses (art. 6º da RNEEL nº482, de 2012).

8. A geração compartilhada, por sua vez, é uma das formas de se aderir a esse sistema de compensação de energia elétrica, e o art. 2º, inciso VII, da RNEEL nº482, de 2012, permite que os consumidores de energia se unam, por meio de consórcio ou cooperativa, para que instalem micro ou minigeração de energia com o fim de compensá-la com a energia que, em um segundo momento, vier a ser consumida junto à distribuidora pelos consorciados ou cooperados.

9. No que tange especificamente à incompatibilidade entre o consórcio referido no art. 2º, inciso VII, da RNEEL nº482, de 2012, e aquele regido pela Lei nº11.795, de 2008, o Parecer Jurídico 796/2019-BCB/PGBC ponderou que:

13. Com efeito, o sistema de consórcios legalmente concebido conceitua-se como "instrumento de progresso social que se destina a propiciar o acesso ao consumo de bens e serviços, constituído por administradoras de consórcio e grupos de consórcio" (art. 1º). Verifica-se, desde logo, o elemento caracterizador desse sistema: o consumo de bens e serviços, ressaltado também no art. 2º da Lei nº11.795, de 2008:

(...)

14. Desse elemento conformador do consórcio normatizado pela Lei nº 11.795, de 2008, já é possível verificar que o sistema de compensação de energia elétrica criado pela RNEEL nº482, de 2012, afasta-se do instrumento previsto na Lei. Deveras, o consórcio previsto na norma da RNEEL corresponde à reunião de pessoas, físicas e jurídicas, para a produção de energia com o objetivo de gerar créditos de mesma natureza para utilização futura. Como se sabe, produção e consumo são conceitos que se situam em polos opostos da cadeia produtiva, ocupados por agentes econômicos distintos: enquanto a produção dá origem a um bem ou serviço, o consumo é a aquisição final desses produtos.

15. O funcionamento do sistema de consórcios delineado pela Lei nº11.795, de 2008, também evidencia o seu distanciamento em relação à atividade regulamentada pela RNEEL. Segundo a Lei, os consorciados formam um grupo de consórcio que, desprovido de personalidade jurídica (art. 3º, caput), é representado, ativa e passivamente, pela administradora de consórcio, na defesa dos direitos e interesses coletivamente considerados (art. 3º, § 1º). O objetivo do grupo de consórcio é formar fundo pecuniário que confira aos consorciados acesso ao mercado de consumo de bens e serviços.

(...)

16. A distribuição dos recursos do fundo dá-se mediante regime de contemplações por sorteio ou lance. Dessa maneira, os consorciados contemplados recebem créditos pecuniários, ordinariamente para aquisição dos bens ou serviços descritos no contrato de participação:

Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do art. 30.

§1º A contemplação ocorre por meio de sorteio ou de lance, na forma prevista no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão.

§ 2º Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o art. 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na formado art. 30.

§3º O contemplado poderá destinar o crédito para a quitação total de financiamento de sua titularidade, sujeita à prévia anuência da administradora e ao atendimento de condições estabelecidas no contrato de consórcio de participação em grupo.

17. (...) Situação bastante diversa, portanto, do consórcio formado para geração compartilhada de energia elétrica a que alude o art. 2º, inciso VII, da RNEEL nº482, de 2012, que tem por propósito gerar e distribuir crédito de energia – e não crédito pecuniário.

18. Ademais, os consórcios da Lei nº11.795, de 2008, possuem o caráter de temporariedade. Uma vez realizada a última assembleia de contemplação do grupo de consórcio, a administradora deverá disponibilizar os valores

devidos aos consorciados e encerrar o grupo:

Art. 31. Dentro de 60 (sessenta) dias, contados da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio, a administradora deverá comunicar:

I – aos consorciados que não tenham utilizado os respectivos créditos, que os mesmos estão à disposição para recebimento em espécie;

II – (VETADO)

III – (VETADO)

Art. 32. O encerramento do grupo deve ocorrer no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, contado da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio e desde que decorridos, no mínimo, 30(trinta) dias da comunicação de que trata o art. 31, ocasião em que se deve proceder à definitiva prestação de contas do grupo, discriminando-se:

I – as disponibilidades remanescentes dos respectivos consorciados e participantes excluídos;

II – os valores pendentes de recebimento, objeto de cobrança judicial.

§1º Os valores pendentes de recebimento, uma vez recuperados, devem ser rateados proporcionalmente entre os beneficiários, devendo a administradora, até 120 (cento e vinte) dias após o seu recebimento, comunicar-lhes que os respectivos saldos estão à disposição para devolução em espécie.

§2º Prescreverá em 5 (cinco) anos a pretensão do consorciado ou do excluído contra o grupo ou a administradora, e destes contra aqueles, a contar da data referida no caput.

19. No caso do consórcio referido no art. 2º, inciso VII, da REN ANEEL nº482, de 2012, a mesma temporariedade não se mostra presente, pois, em princípio, a reunião de consumidores para gerar energia elétrica compartilhada perdura enquanto os sistemas geradores encontrarem-se em funcionamento e o investimento realizado apresentar-se economicamente interessante aos participantes.

20. De mais a mais, a figura da administradora de consórcios exigida pelo sistema criado pela Lei nº11.795, de 2008, também não parece pertinente ao consórcio previsto na multicitada norma da ANEEL.

(...)

10. Em síntese, o parecer concluiu que o consórcio indicado no art.2º, inciso VII, da RN ANEEL nº482, de 2012, para compartilhamento de energia por um grupo de pessoas, difere-se sensivelmente daquele disciplinado pela Lei nº11.795, de 2008, quanto ao seu objeto, funcionamento e tempo de duração. Por isso, não é juridicamente adequada a observância da referida lei (e, consequentemente, das normas infralegais editadas pelo Banco Central), na formação dos grupos de geração de energia compartilhada.

100. Nessa linha, tanto a produção independente de energia quanto a autoprodução, quando se trata da comercialização de excedentes, são exercidas em regime comercial, normalmente com finalidades lucrativas, e, por isso, os consórcios formados para esse fim são aqueles passíveis de serem registrados em juntas comerciais. E, possivelmente por que a MMGD não se realiza ou não deveria ser realizada como uma atividade comercial (ao menos quanto à comercialização de energia *in natura*), se entendeu que esses consórcios criados para tal fim seriam distintos daqueles previstos na Lei nº11.795/2008 ou na Lei S.As. Parece-nos, assim, que são regimes jurídicos distintos e que ainda não conversam entre si.

101. O consumidor ou APE equiparado, ou mesmo o APE estrito senso, por sua vez, não podem utilizar a usina da qual se beneficiam para fins de equiparação ou autoprodução, ainda que apenas quanto a eventual excedente de garantia física, para que também se beneficiem da sistemática legal prevista para a MMGD. Isso porque, como visto, há proibição expressa na Lei nº14.300/2022.

o 2.2.8. Das isenções legais conferidas ao autoprodutor de energia

102. Como se sabe, o autoprodutor de energia goza da isenção de certos encargos legais. O consumidor que não se configure como um autoprodutor estrito senso, mas que deseja se beneficiar da isenção de encargos concedida por lei a autoprodutores deveria, então, preencher os requisitos necessários para que seja qualificado como um APE equiparado.

103. Portanto, o fato de determinado ente não ter personalidade jurídica não necessariamente impede que ele receba um ato de outorga de produção independente de energia ou de autoprodução. Porém, o não preenchimento dos requisitos mínimos de potência impede a concessão da outorga. E, no caso do APE equiparado, o consumidor não atua propriamente como um gerador, mas como um ente que se beneficia de certas isenções legais, mas que, para tanto, deve, entre outros, atender a certo limite de carga. Nesse caso, não se admitiria, por exemplo, a soma das cargas das unidades consumidoras, ainda que a associação entre eles esteja modelada em regime de consórcio. A avaliação para fins de preenchimentos dos requisitos regulatórios deveria ser realizada em relação a cada unidade de consumo individualmente considerada.

104. Nesse contexto, sob o prisma do agente de geração, o detentor de empreendimento de capacidade reduzida pode registrar-se na CCEE como PIE ou como APE, mas não detém direito subjetivo a uma outorga de autorização ou goza dos benefícios tarifários conferidos aos APEs por não possuir outorga de APE ou de PIE e por não haver previsão legal de outorga de produção de energia para esses casos.

105. Por outro lado, o empreendimento de capacidade reduzida que comercializa energia no ACR e recebe outorga de comercialização, ainda que tenha garantia física excedente para comercialização no ACL, não pode, com base nesse ato de outorga, ser qualificado como APE autorizado ou APE equiparado para fins de isenção de encargos setoriais, porque isso permitiria um subsídio cruzado não previsto nas hipóteses do art. 26 da Lei nº11.488/2007.

106. Ademais, a Lei nº11.488/2007, ao conceder subsídios tarifários ao APE equiparado, limita a sua incidência "à parcela da energia destinada ao consumo próprio do consumidor ou a sua participação no empreendimento, o que for menor":

Art. 26. Para fins de pagamento dos encargos relativos à Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, ao Programa de Incentivos de Fontes Alternativas - PROINFA e à Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolado - CCC-ISOL, equipara-se a autoprodutor o consumidor que atenda cumulativamente aos seguintes requisitos:

I - que venha a participar de sociedade de propósito específico constituída para explorar, mediante autorização ou concessão, a produção de energia elétrica;

II - que a sociedade referida no inciso I deste artigo inicie a operação comercial a partir da data de publicação desta Lei; e

III - que a energia elétrica produzida no empreendimento deva ser destinada, no todo ou em parte, para seu uso exclusivo.

§1º A equiparação de que trata este artigo limitar-se-á à parcela da energia destinada ao consumo próprio do

consumidor ou a sua participação no empreendimento, o que for menor.

§2º A regulamentação deverá estabelecer, para fins de equiparação, montantes mínimos de demanda por unidade de consumo.

§3º Excepcionalmente, em até 120 (cento e vinte) dias contados da data de publicação desta Lei, os investidores cujas sociedades de propósito específico já tenham sido constituídas ou os empreendimentos já tenham entrado em operação comercial poderão solicitar à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL a equiparação de que trata este artigo.

§4º A participação no empreendimento de que trata o § 1º será calculada como o menor valor entre: (Incluído pela Lei nº 13.203, de 2015)

I - a proporção das ações com direito a voto detidas pelos acionistas da sociedade de propósito específico outorgada; e (Incluído pela Lei nº 13.203, de 2015)

II - o produto da proporção das ações com direito a voto detidas pelos acionistas da sociedade diretamente participante da sociedade de propósito específico outorgada pela proporção estabelecida no inciso I. (Incluído pela Lei nº 13.203, de 2015)

107. Como se verifica, as isenções legais são direcionadas apenas à parcela de consumo próprio, não se aplicando a comercialização dos excedentes de energia produzidos, A mesma regra está prevista no Decreto nº 5163/2004:

Art. 59. As regras e os procedimentos de comercialização deverão prever o pagamento de encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive dos serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, entre outros: (Redação dada pelo Decreto nº 9.143, de 2017)

(...)

Parágrafo único. O autoprodutor equipara-se ao consumidor na parcela de seu consumo líquido no SIN.

Art. 74. Os autoprodutores e produtores independentes não estão sujeitos ao pagamento das quotas da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, tanto na produção quanto no consumo, exclusivamente com relação à parcela de energia elétrica destinada a consumo próprio.

108. Portanto, na mesma linha, o Decreto nº5163/2004 reduz os benefícios tarifários conferidos a autoprodutores a apenas a parcela destinada ao seu próprio consumo, não abrangendo a parcela comercializada no ACL.

109. Significa dizer que o PIE, que comercializa sua energia com finalidade lucrativa, não necessariamente terá direito subjetivo aos mesmos subsídios que foram legalmente concedidos ao APE. E essa constatação é bastante relevante na medida em que a concessão de subsídios é matéria de política tarifária, conforme determina o art.175, parágrafo único da CF. Como tal, subsídios tarifários devem ser previstos em lei e não comportam interpretação extensiva.

110. Assim, empreendedores de capacidade reduzida poderão ser produtores e comercializadores de energia no ACL ainda que sem ato de outorga, desde que preencham os demais requisitos legais para tanto, mas não necessariamente preencherão os requisitos previstos em lei para obtenção de isenções quanto ao pagamento de encargos tarifários. Subsídios cruzados não podem ser considerados direitos subjetivos de agentes que não preenchem os requisitos legais para fazer jus a tais benefícios.

111. O que se verifica é que a interessada informa ter ciência de que os *shoppings* não preenchem os requisitos legais para gozar das isenções tarifárias concedidas ao APE equiparado, notadamente os requisitos de carga, mas deseja utilizar as CGHs para comercializar sua garantia física para esses consumidores. Tais consumidores fazem parte do mesmo grupo econômico da interessada, mas não integram a SPE detentora da usina, e objetivam consorciarem-se para que, salvo melhor juízo, consigam obter alguma isenção tarifária.

112. Como visto, se tais consumidores não preenchem os limites de carga para classificação como APE equiparado, de fato, não podem ser qualificados como APE equiparados. Por outro lado, a CGH Diamantino somente detém outorga de comercialização porque, enquanto PIE, comercializou energia no ACR. Além da dispensa legal de outorga para comercialização no ACL, não há permissivo legal para que essa outorga seja dividida ou parcelada para permitir que certos consumidores obtenham subsídios legais que, de outro modo, não poderiam obter. Ainda que haja a transferência da outorga para incluir novos acionistas na SPE ou porque nova pessoa jurídica foi firmada, esse ato de outorga se volta exclusivamente para a comercialização da parcela de garantia física vendida no leilão. É apenas para essa hipótese que tal outorga encontra fundamento legal.

113. Portanto, ao estabelecer isenções políticas para agentes e consumidores do setor elétrico, o legislador ordinário definiu regras específicas para cada situação, o que impossibilitaria um *mix* dos regimes jurídicos se o único fim do interessado for ampliar as hipóteses de isenção legal, para as quais não se admite interpretação extensiva. Isso, por sua vez, não tem relação apenas com o modelo de negócio que os agentes regulados decidam adotar na gestão de suas usinas. O que importa é que não haja desvios de finalidade que permitam criar exceções a comandos legais ou deferir, por vias reflexas, alguma espécie de *by pass* regulatório.

114. Portanto, a cada agente setorial ou não, que decida explorar qualquer atividade econômica, seja ela uma atividade reservada à União, ou estritamente sujeita ao regime de livre iniciativa, deve fazê-lo sob sua conta e risco, seguindo o modelo negocial que melhor lhe convier. Isso, todavia, não autorizará a extensão de eventuais benefícios tarifários para situações concretas que não se enquadrem *ipsis litteris* na hipótese de incidência legal.

115. Nesse sentido, fica evidente que:

1. embora haja fungibilidade entre o regime de PIE e APE, existem distinções significativas para fins de obtenção de subsídios tarifários; benefícios tarifários dependem de previsão em lei, importam em externalidades sistêmicas e são, portanto, opção e medida de política pública; desse modo sua concessão não pode ser deferida por meio de interpretações extensivas das previsões legais que o disciplinam, sob pena de configuração de desvio de finalidade.
2. o legislador ordinário evidenciou que os regimes jurídicos de produção independente e autoprodução de energia são substancialmente distintos do regime jurídico da mini e microgeração distribuída, de modo que aqueles que estavam previamente inseridos no regime de PIE ou de APE não podem alterar seu regime para o de MMGD (a PF-ANEEL já se manifestou nesse sentido por meio do Parecer nº158/2021 [136](#))

116. Em tal contexto, consideradas as restrições legais, cada agente setorial deve avaliar, sob sua conta e risco, em qual situação poderia se enquadrar, adotando o regime que melhor lhe aprouver, desde que permitido por lei na sua situação específica. Não há permissivo legal para que haja fungibilidade entre o regime de APE e o regime de MMGD. Assim, em não observando certos parâmetros legais que se referem à exploração de atividades de energia elétrica reservadas à União, esses agentes poderiam, ao menos em tese, estar sujeitos ao poder de polícia da ANEEL.

117. Nessa linha, não vislumbro autorização legal para compartilhar a outorga - obtida apenas por ter comercializado

energia no ACR - com consumidores livres ou cativos com a única finalidade de permitir a comercialização da parcela de energia não comprometida no ACR, especialmente quando se trata de empreendimento de capacidade reduzida, para quem a lei dispensa o ato autorizativo. Outrossim, a comercialização da energia propriamente dita independe do compartilhamento da outorga. Ademais, é preciso ter em mente que consumidores livres e consumidores especiais não podem usufruir do sistema de compensação previsto para MMGD por expressa proibição legal.

118. A questão deve ser avaliada sob o prisma de que em que condições produtores de energia podem legalmente obter uma outorga de Produção Independente de Energia e em que condições consumidores podem se tornar autoprodutores estrito sentido ou autoprodutores equiparados e não propriamente que modalidade de consórcios podem ou não ser utilizadas para a modelagem dos negócios que particulares desejam realizar sob sua conta e risco.

119. Com as vênias devidas, entendemos que, para o regulador, importaria que os atos autorizativos emitidos pelo Poder Concedente ou pela ANEEL não sejam utilizados como instrumentos para ampliar possibilidades de obtenção de subsídios não admitidos em lei ou para qualquer outra finalidade que represente desvio para o fim o qual a outorga foi emitida.

3. CONCLUSÕES

120. Pelo exposto, entendo que a ANEEL ou a PF-ANEEL não detém competência legal para responder a consultas jurídicas em tese formuladas por agentes regulados. Por isso, sugiro que esse tipo de pedido sequer seja conhecido pela Unidade Organizacional ou que não tenha seguimento no âmbito da Agência, uma vez que tende a desviar o regulador das suas atividades finalísticas.

121. Quanto ao pedido de assessoramento jurídico formulado pela SCE, considero que não há permissivo legal para que haja fungibilidade entre o regime de APE e o regime de MMGD. Também sugiro que eventuais pedidos de outorga, de associação de fato, ou de transferência de outorgas que permitam, por vias reflexas, a obtenção de subsídios tarifários não previstos em lei sejam indeferidos.

122. Por fim, ressalvo que, se for apresentado pedido específico pelo interessado e a SCE entender necessário, permanece a sua faculdade de pedir manifestação complementar mediante indicação de dúvidas jurídicas específicas e instrução técnica prévia, nos termos da Portaria PGF nº526/2013.

É o parecer que se submete à consideração superior quanto as suas premissas, seus fundamentos e suas conclusões.

Brasília, 05 de junho de 2024.

BÁRBARA BIANCA SENA
Procuradora Federal
Coordenação de Energia
Procuradoria Federal na ANEEL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48500005113201824 e da chave de acesso bc7bd491

Notas

1. [^48513.029716/2023-00](#)
2. [^CEG: CGH.PH.GO.038152-7.01](#)
3. [^Processo nº48500.005113/2018-24](#)
4. [^CEG: CGH.PH.RJ.038155-1.01](#)
5. [^Art.2º Para fins da equiparação de que trata o art. 26 da Lei nº11.488, de 15 de junho de 2007, cada unidade de consumo a que se destina a energia elétrica proveniente de Sociedade de Propósito Específico deverá ter demanda de potência igual ou superior a 3.000 kW.](#)
6. [^48513.028509/2023-00](#)
7. [^48513.008379/2024-00](#)
8. [^48526.001313/2024-00](#)
9. [^48516.018456/2006-00](#)
10. [^48516.018456/2006-00](#)
11. [^NUP: 48524.002055/2018-17](#)
12. [^NUP: 00807.003706/2021-81](#)
13. [^Nup: 48554.002616/2016-51](#)
14. [^48526.005258/2024-00](#)
15. [^TOLMASQUIM, Mauricio Tiommo. Novo modelo do setor elétrico brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2015.](#)
16. [^MARRARA, Cristiane Peixoto de Oliveira, Aspectos Relevantes dos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica Celebrados no Ambiente de Contratação Livre, Fundação Getúlio Vargas, 2019.](#)
17. [^MACHADO, Antônio. CASTRO, Nivalde de. ALVES, André. Autoprodutores de energia elétrica: Tendências e perspectivas. GESEL, URFJ. Artigo publicado no Canal Energia. Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53194894/autoprodutores-de-energia-eletrica-tendencias-e-perspectivas>. Acesso em 02 de dezembro de 2021.](#)
18. [^cria o Regime Especial para Desenvolvimento da Infraestrutura \(REIDI\)](#)
19. [^MACHADO, Antônio. CASTRO, Nivalde de. ALVES, André. op. cit.](#)
20. [^CASTRO, Nivalde de. HUBNER, Nelson. BRANDÃO, Roberto. MACHADO, Antônio. SIFFERT, Nelson. ALVES, André. Análise da contratação de autoprodução por equiparação: tendências e perspectivas. GESEL, URFJ.](#)

21. [^]MACHADO, Antônio. CASTRO, Nivalde de. ALVES, André. op. cit.
22. [^]MACHADO, Antônio. CASTRO, Nivalde de. ALVES, André. op. cit.
23. [^]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. (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)
24. [^] 4. A geração de energia elétrica operacionaliza-se, sob o ponto de vista legal, em três regimes jurídicos: o serviço público, a autoprodução e a produção independente. O regime de serviço público, outrora tido como o mais relevante dos regimes e previsto no Código de Águas (artigo 44 do DECRETO Nº 24.643, DE 10 DE JULHO DE 1934), é voltado ao atendimento do público em geral e submete-se aos ditames da Lei nº. 8.987/95, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição de 1988.5. A figura do autoprodutor, presente desde o Código de Águas, foi concebida como o agente gerador que produz energia para uso exclusivo, ou seja, toda a energia gerada seria utilizada pelo próprio gerador. Para melhor exemplificar a figura do autoprodutor, basta pensar na empresa que explora comercialmente a cana de açúcar e que, do bagaço da cana, gera energia para suprir o uso da empresa. A figura do autoprodutor manteve-se hígida após a Constituição de 1988, conforme se observa das normas contidas nos artigos 5º, inciso III, da Lei nº. 9.074/95 e 2º, inciso II, do Decreto nº. 2.003/2006.6. Já a figura do produtor independente foi concebida como aquele que gera energia para consumo ou para venda no mercado sendo definido como “a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco”. Ao instituir a figura do Produtor Independente de Energia Elétrica - PIE, a Lei nº. 9.074/95 expressamente o distinguiu do regime de serviço público na medida em que o produtor independente explora a atividade econômica de geração de energia elétrica.7. Um problema que surge quando se fez a distinção entre os três regimes é se haveria possibilidade de que houvesse alteração ou, em certa medida, uma fungibilidade entre eles. A possibilidade de alteração do regime de exploração de empreendimento de geração vem sendo objeto de discussão na Aneel ao longo, no mínimo, dos últimos doze anos.(...)10. Não se pode, também, olvidar o disposto na própria Lei nº. 9.427/96, quando permite que seja autorizado que o autoprodutor comercialize a energia da energia excedente. Ora, a destinação da energia (uso próprio ou venda) parece ter sido minimizada pelo próprio legislador, como se observa abaixo:Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)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; (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)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) 11. A Resolução Normativa nº. 390, de 15 de dezembro de 2009 estabelece os requisitos necessários à outorga de autorização para exploração e alteração da capacidade instalada de usinas termelétricas e de outras fontes alternativas de energia, os procedimentos para registro de centrais geradoras com capacidade instalada reduzida e permitiu que fosse conferida uma autorização genérica para a comercialização:DA AUTORIZAÇÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA POR AUTOPRODUTORESArt. 18.Os outorgados sob o regime de autoprodução de energia elétrica estão autorizados a comercializar os seus excedentes de energia na forma do inciso IV do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. (...)13. Posteriormente, houve alteração na legislação e as concessões de serviço público foram expressamente alcançadas conforme se pode observar do artigo 20 da Lei nº10.848/2004:Art. 20. As pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizadas de distribuição e de geração de energia elétrica deverão adaptar-se às disposições contidas nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 4º da Lei nº9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei, no prazo de 18 (dezoito) meses a contar de sua entrada em vigor.§1º O prazo acima estabelecido poderá ser prorrogado pela ANEEL, 1 (uma) única vez, por igual período, se efetivamente comprovada a impossibilidade de cumprimento das disposições decorrentes de fatores alheios à vontade das concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos citados neste artigo.§2º Excepcionalmente, as pessoas jurídicas em processo de adaptação previsto no caput deste artigo poderão celebrar novos contratos relativos às atividades previstas nos incisos I, II, III e IV do §5º do art.4º da Lei nº9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei, durante o prazo máximo de 12 (doze) meses, contado da data de 11 de dezembro de 2003, observado, em qualquer hipótese, o disposto no art. 2º desta Lei e, no caso de empresas sob controle da União, dos Estados e dos Municípios, o rito previsto no art. 27 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, com redação dada por esta Lei.§3º As concessões de aproveitamentos hidrelétricos resultantes da separação das atividades de distribuição de que trata o caput deste artigo poderão, a critério do poder concedente, ter o regime de exploração modificado para produção independente de energia, mediante a celebração de contrato oneroso de uso de bem público e com prazo de concessão igual ao prazo remanescente do contrato de concessão original, observado, no que couber, o disposto no art. 7º da Lei nº9.648, de 27 de maio de 1998. (Incluído pela Lei nº 11.488, de 2007)§ 4º Aplica-se o disposto nos §§ 1º a 8º do art. 26 da Lei nº9.427, de 26 de dezembro de 1996, bem como as regras de comercialização a que estão submetidas às fontes alternativas de energia, aos empreendimentos hidrelétricos resultantes da separação das atividades de distribuição de que trata este artigo, desde que sejam observadas as características previstas no inciso I do art. 26 da Lei nº9.427, de 26 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº11.488, de 2007)§ 5º Aplica-se o disposto nos §§3º e 4º aos empreendimentos hidrelétricos resultantes de separação entre as atividades de distribuição e de geração de energia elétrica promovida anteriormente ao comando estabelecido no caput e àqueles cuja concessão de serviço público de geração foi outorgada após 5 de outubro de 1988.14. A Aneel editou a Resolução Normativa nº467, de 6 de dezembro de 2011, que estabeleceu os requisitos e critérios para modificação do regime de exploração das concessões de aproveitamentos hidrelétricos para geração de energia elétrica destinada a serviço público. Percebe-se que não são todos os empreendimentos de geração outorgados na modalidade de serviço que podem ter o regime alterado, mas apenas aqueles que atendam aos requisitos contidos no artigo 2º da Resolução nº467/2011 (dentre outros, a potência máxima não pode ser superior a 50MW). Analisando o citado ato normativo, observa-se que a regra é no sentido de que o concessionário deve, formalmente, requerer a alteração do regime juntando uma série de documentos. Nesse sentido:Art. 3º A concessionária interessada deverá requerer, individualmente por aproveitamento hidrelétrico ou em conjunto, a modificação do regime de exploração das concessões de que é titular à Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração – SCG da ANEEL, mediante o encaminhamento da seguinte documentação (original ou cópia autenticada na forma da Lei).15. Há uma discussão ainda inacabada, mas atual, se ainda subsistem efetivas diferenças regulatórias entre os regimes de autoprodução, produção independente e serviço público considerando que toda a legislação tem se voltado

ao tratamento da geração de energia como uma atividade privada, discussão da qual este Parecer apenas busca mirar em parte, ou seja, no que se refere às diferenças entre autoprodução e produção independente. A posição da Diretoria da Aneel, conforme se pode inferir de trechos do Voto proferido no processo nº.48500.007358/2008-14, é no sentido de não haver tantas diferenças regulatórias entre os regimes: A propósito do pedido de conversão do regime de exploração da UTE Biolíns, de produção independente para autoprodução de energia elétrica, registra-se que, após a edição da Lei n. 9.427/1996, em especial, de seu artigo 26, inciso IV, a atividade de autoprodução, em termos práticos, passou a guardar estreita semelhança com a atividade de produção independente. (...) O único ponto que aparentemente ainda divisa os referidos regimes reside na Lei n. 9.991/2000, a qual, ao dispor — sobre a realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética, determinou o pagamento do encargo de P&D pelas — concessionárias de geração e empresas autorizadas à produção independente, supostamente excluindo do seu âmbito de incidência os autorizados à autoprodução¹⁶. Mas as diferenças regulatórias e legais não se esgotam apenas no P&D, como pode parecer a partir da leitura do Voto referido. Primeiro, porque há questões tributárias - alheias ao presente Parecer - que se relacionam com o ato de vender e comprar energia, presente no PIE e ausente no AP. Fora isso, em uma rápida pesquisa e sem caráter exaustivo, este Parecerista localizou alguns aspectos que mereceram tratamento peculiar como, por exemplo, o que consta da Resolução Normativa nº77, de 2004, que estabelece os procedimentos vinculados à redução das tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, para empreendimentos hidrelétricos e aqueles com base em fonte solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada.(...) ¹⁷. Um outro exemplo de tratamento diferenciado foi feito pela Lei nº12.783/2013 quando tratou da prorrogação de concessões de geração estabelecendo uma regra específica para a autoprodução: Art. 2º A outorga de concessão e autorização para aproveitamento de potencial hidráulico maior que 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e inferior ou igual a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts), desde que ainda não tenha sido prorrogada e esteja em vigor quando da publicação desta Lei, poderá ser prorrogada a título oneroso, em conformidade com o previsto no § 1º o -A. (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016) (...) § 2º Todo o excedente de energia elétrica não consumida pelas unidades consumidoras do titular da concessão de autoprodução será liquidado no mercado de curto prazo ao Preço de Liquidação de Diferenças - PLD.¹⁸ Em arremate, pode-se concluir que ainda há diferenças regulatórias entre os dois regimes; poucas, mas há.¹⁹ Feitas essas considerações, o questionamento da SRM tem como intuito que se avalie a possibilidade de equiparar o autoprodutor e o produtor independente para os fins do artigo 12, inciso III, da Lei nº9.074/95, que ora se transcreve: Art. 12. A venda de energia elétrica por produtor independente poderá ser feita para: I - concessionário de serviço público de energia elétrica; II - consumidor de energia elétrica, nas condições estabelecidas nos arts. 15 e 16; III - consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o produtor independente também forneça vapor oriundo de processo de co-geração; IV - conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição; V - qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local lhe assegurado o fornecimento no prazo de até cento e oitenta dias contado da respectiva solicitação.²⁰ Contrariamente à posição da SRM, o presente Parecer Jurídico sustenta a possibilidade de equiparação porque, como já dito, há uma certa fungibilidade entre os regimes. E o ponto central parece ser o artigo 26, antes referido. Quando o artigo 26, inciso IV, da Lei nº. 9.074/95 traz a possibilidade de que o autoprodutor comercialize o excedente, traz também a possibilidade implícita de que haja certas equiparações, como a que consta da Consulta da SRM, sob pena de comercialização do excedente se tornar inócua ou mitigada, o que não foi o escopo do legislador.²¹ Aqui, é verdade, há um risco, porque quando se autoriza o autoprodutor a comercializar o excedente está sendo feita sim uma equiparação com o PIE, isso é um fato. E esse permissivo terá consequências. Sobre o autoprodutor que comercializa o excedente incidirão as regras e os encargos regulatórios próprios do autoprodutor e não do PIE, mas essa foi uma escolha do legislador que, infelizmente, não pode ser afastada na via angusta deste Parecer. A outra via que poderia ter sido eleita pelo legislador poderia ter sido condicionar a venda do excedente a que o AP mudasse o regime para PIE, mas não o fez. Preferiu manter a conformação inicial.²² Nessa medida, a equiparação pretendida pela Petrobrás de que seja feito o enquadramento no artigo 12, inciso III, é mero desdobramento da hipótese concessiva prevista no artigo 26, inciso IV, da Lei nº. 9.074/95. Há possibilidade de que certos encargos não incidam ou tributos não sejam cobrados? Penso que sim, mas mais uma vez, o entendimento deste Parecerista é que esse risco e as consequências daí advindas foram sopesados pelo legislador. A análise é desapassionada e unicamente fulcrada no alcance normativo do artigo 26, inciso IV, da Lei nº. 9.074/95.

25. ¹⁶ DESPACHO n. 00083/2019/PFANEEL/PGF/AGU1. Aprovo o PARECER n. 00065/2019/PFANEEL/PGF/AGU. 2. A rigor, a previsão da autoprodução de energia elétrica está presente na legislação brasileira desde, pelo menos, a edição do Código de Águas em 1934 (vide arts. 139, §2º, e 141 Decreto 24.643/1934). Essa disciplina normativa da figura do autoprodutor persistiu no regime de outorgas atualmente vigente no sistema elétrico, instituído pela Lei 9.074/95. 3. De acordo com o Decreto nº 2.003/1996, o conceito de autoprodutor veio definido como o exercício da atividade de produção de energia elétrica destinada ao autoconsumo, sendo possível, nada obstante, e mediante autorização da ANEEL, a comercialização do que fosse produzido e não autoconsumido. Vê-se, assim, que o autoprodutor é um delegatário da atividade de exploração de instalações elétricas que visam à produção de energia para consumo próprio. Trata-se de uma figura híbrida, já que possui características tanto de consumidor quanto de produtor de energia. Não deixa, no entanto, de constituir uma outorga o ato do Poder Concedente que permite ao autoprodutor a geração da energia para consumo próprio, uma vez que a exploração de instalações de energia elétrica é competência da União, por força do que dispõe o art. 21, XII, b, da Constituição Federal. 4. Considerando que a destinação preponderante da energia produzida pelo autoprodutor é o autoconsumo, é possível a comercialização da parte produzida e não autoconsumida, a qual podia, entre outras destinações, ser negociada com concessionário de distribuição (art. 28 do Decreto nº 2003/1995). 5. Na sequência, a Lei nº 9.648/1998, ao alterar o § 3º do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, possibilitou que o excedente da energia do autoprodutor fosse destinado àqueles mesmos agentes que poderiam negociar com os produtores independentes, que seriam basicamente concessionários de distribuição (com o qual o autoprodutor já podia negociar) e consumidores livres (aqui estaria a inovação). Houve, assim, é verdade, uma progressiva aproximação das figuras do autoprodutor e do produtor independente quanto à comercialização de energia. Esta Procuradoria, inclusive, já externou sua opinião no sentido de que as figuras do autoprodutor e do produtor independente são muito próximas em tema de comercialização de energia. 6. Ao Procurador Geral da ANEEL para análise e aprovação.
26. ¹⁷ DESPACHO n. 00086/2019/PFANEEL/PGF/AGU Aprovo o PARECER n. 00065/2019/PFANEEL/PGF/AGU. 2. A Diretoria da Aneel já tratou do assunto por meio do Despacho n. 3.542/2011, relatado pelo Diretor Julião Coelho. Naquela ocasião, consignou-se que o único ponto que ainda diferencia a autoprodução da produção independente é o pagamento do encargo de Pesquisa e Desenvolvimento. Ocorre que, na hipótese de comercialização de energia pelo autoprodutor, não há dúvidas de que o encargo deve incidir sobre a receita auferida. 3. Não há, portanto, qualquer fundamento para se manter a distinção, que perdeu significado já há bastante tempo. Assim, a interpretação literal deve ceder espaço à interpretação sistemática, histórica e teleológica da norma. Adicionalmente, essas técnicas interpretativas

mencionadas têm a capacidade de potencializar a competição, que é valor a ser buscado - e não desprestigiado - nos mercados regulados, visto que pode conduzir à eficiência alocativa e à seleção dos mais eficientes. 4. Devolva-se à SRM.

27. [^] [NUP: 48580.000028/2019-16](#)
28. [^] [§2º Poderão participar dos processos licitatórios tratados neste artigo, como vendedores, somente os concessionários, permissionários e autorizados de geração, inclusive sob controle federal, estadual e municipal, e os autorizados de comercialização e importação.](#)
29. [^] [48516.001136/2014-00](#)
30. [^] [NUP: 48577.002763/2016-62](#)
31. [^] [SENA, Barbara. YAMASAKI, Fábio Eiji. et al. A geração distribuída, o net metering e a abertura do mercado de energia no Brasil: reflexões a partir do estudo de caso da geração distribuída na Califórnia. FGV, 2021.](#)
32. [^] [SENA, Barbara. YAMASAKI, Fábio Eiji. et al. A geração distribuída, o net metering e a abertura do mercado de energia no Brasil: reflexões a partir do estudo de caso da geração distribuída na Califórnia. FGV, 2021.](#)
33. [^] [SENA, Barbara. YAMASAKI, Fábio Eiji. et al. op. cit.](#)
34. [^] [Parecer 00105/2020/PFANEEL/PGF/AGU. Nup: 48524.002034/2020-16. EMENTA: Geração de energia. Regimes de produção: serviço público, produção independente e autoprodução. Comercialização de energia elétrica. Atividades reservadas à União. art. 21, inciso XII, alínea b, c/c arts. 173 e 175 da Constituição de 1988. Necessidade de outorga para exercício por particulares. Autoprodutor é agente gerador que detém outorga emitida pela União, nos termos dos artigos 4º e 5º, inciso III, da Lei no. 9.074, de 1995, no artigo 26 da Lei no 9.427, de 1996 \(com redação alterada pela Lei n. 13.360, de 2016\) e no art. 2º, inciso II, do Decreto no. 2.003, de 2006. O autoprodutor também depende de autorização para comercializar energia \(art. 1º, § 3º do Decreto n. 5.163, de 2004\). Consumidor livre não detém outorga para produção ou para comercialização de energia. Consumidor não atua sob qualquer regime de produção. O autoprodutor é figura distinta do consumidor livre. Equiparação de consumidor livre a autoprodutor. Artigo 26 da Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007. A lei permite a equiparação do consumidor ao autoprodutor exclusivamente para fins de pagamento dos encargos relativos à CDE, ao PROINFA e à CCC-ISOL. O consumidor equiparado não se torna automaticamente um agente gerador detentor de outorga e não pode exercer atividade de comercialização nos termos do § 3º do art. 1º do Decreto n. 5.163, de 2004.](#)
35. [^] [ARRUDA, André Gonçalves de. Breves considerações sobre consórcio. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/106075/breves-consideracoes-sobre-consorcio>](#)
36. [^] [48516.001707/2021-00.](#)



Documento assinado eletronicamente por BÁRBARA BIANCA SENA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1511280805 e chave de acesso bc7bd491 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BÁRBARA BIANCA SENA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 07-06-2024 18:29. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
