



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. 00320/2021/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48554.001347/2021-72

INTERESSADOS: ANEEL/SRD

ASSUNTOS: DISTRIBUIÇÃO. GERAÇÃO DISTRIBUÍDA.

EMENTA: Geração Distribuída. Geração compartilhada. Consórcios "típicos". Lei nº 11.795/2008. Lei nº 6.404/1976. Autoconsumo. Consumidores não estão autorizados a exercer a atividade de produção independente e de comercialização de energia. Pelo Despacho n. 00189/2021/PFANEEL/PGF/AGU, a PF-ANEEL entendeu pela possibilidade de utilização de consórcios "típicos" para fins de geração distribuída compartilhada. Entendimento institucional da Procuradoria da ANEEL sobre a matéria em questão. Possibilidade de aplicação do mesmo entendimento aos consórcios "atípicos".

1. O Superintendente de Regulação dos Serviços de Distribuição (SRD) encaminha o Memorando nº 0205/2021-SRD/ANEEL, de 26/08/2021 [48554.001347/2021-00] para questionar a Procuradoria Federal na ANEEL [PF-ANEEL] sobre a possibilidade de utilização de contratos de consórcio atípicos como instrumento para viabilizar a compensação de energia por meio de geração distribuída compartilhada.

I - RELATÓRIO

2. A Resolução Normativa (REN) nº 482/2012 criou o Sistema de Compensação de Energia Elétrica, aplicável a unidades consumidoras com micro ou minigeração distribuída. Essa norma foi aprimorada pela REN nº 687/2015, que ampliou as possibilidades de modelos de negócios aplicáveis a micro e minigeração distribuída.

3. O tema entrou na agenda regulatória dos biênios 2018-2019 e 2019-2020, tendo sido objeto da Consulta Pública nº 10/2018 e da Audiência Pública nº 01/2019, sendo que este último procedimento contemplou o Relatório de Análise de Impacto Regulatório - AIR nº 0004/2018-SRD/SCG/SMA/ANEEL e a análise das contribuições da Consulta Pública nº 10/2018. Após, a AP nº 01/2019 foi emitida a Nota Técnica nº 078/2019- SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL e a Diretoria da ANEEL deliberou pela abertura da segunda fase dessa AP. Foi aberta a Consulta Pública nº 025/2019, com período para envio de contribuição de 17/10/2019 a 30/11/2019, por intercâmbio documental. Os resultados dessa CP foram analisados no bojo da Nota Técnica nº 0030/2021-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL, de 30/03/2021 [48554.000600/2021-00].

4. Na oportunidade, o SRD emitiu o Memorando nº 0316/2020-SRD/ANEEL [48554.002740/2020-00] para consultar à Procuradoria sobre o uso de formas associativas e outros meios de exercício de direitos para fins de usufruto do sistema de compensação originariamente instituído pela REN nº 482/2012 sob novas bases regulatórias que seriam estabelecidas pela ANEEL. Foi, então, emitido o Parecer n. 81/2021/PFANEEL/PGF/AGU [Processo nº 48500.004924/2010-51], aprovado pelos Despachos n. 165/2021 e 167/2021/PFANEEL/PGF/AGU [seq. 4, 5 e 6, SAPIENS/AGU, Processo nº 48500.004924/2010-51], indicando a possibilidade de utilização de Associações de Direito Privado, Cooperativas e Condomínios Civis Voluntários para fins de geração compartilhada, com a ressalva de que a manifestação jurídica não analisava a juridicidade da utilização do instituto de consórcios para fins de geração distribuída.

5. Posteriormente, o SRD encaminhou o Memorando nº 0077/2021-SRD/ANEEL [48554.000669/2021-00] para solicitar subsídios ao processo de revisão da REN nº 482/2012, consultando a Procuradoria da ANEEL sobre formas associativas para fins de participação no Sistema de Compensação de Energia Elétrica estabelecido por aquela norma, em especial, a formação de consórcios disciplinados pela Lei nº 11.795/2008, para participação na modalidade de geração compartilhada. Em resposta, foi emitido o Parecer n. 00100/2021/PFANEEL/PGF/AGU, cujas conclusões foram parcialmente aprovadas pelo Despacho n. 00189/2021/PFANEEL/PGF/AGU.

6. Em agosto de 2021, a Câmara dos Deputados aprovou o PL 5829/19, que versa sobre a matéria. A questão encontra-se sob o crivo do Senado Federal. Paralelamente, o assunto permanece sendo debatido em sede administrativa. Assim, o SRD relata ter recebido o Ofício SEI nº 201414/2021/ME, de 30/07/2021 [SIC nº 48513.021224/2021-00] do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração do Ministério da Economia (DREI/ME), por meio do qual aquela Pasta

encaminha a Nota Técnica SEI nº 34664/2021/ME, que trata de consulta à ANEEL acerca de consórcios para participação na modalidade de geração compartilhada, prevista na REN nº 482, de 2012.

7. Assim, o SRD apresenta o contexto em que a consulta é encaminhada à PF-ANEEL, *verbis*:

2. Na referida Nota Técnica, o DREI/ME informa que vinha recebendo questionamentos sobre a possibilidade de participação de condomínios e empresários individuais, os quais não possuem personalidade jurídica, em consórcios de geração distribuída regidos pela Lei nº 6.404, de 1976. Ao ser consultada por aquele Departamento, a Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Produtividade, Competitividade e Comércio Exterior da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto ao Ministério da Economia (PGFN-PGAPCEX) emitiu o Parecer nº 00382/2021/PGFN/AGU, com a seguinte conclusão:
"(...) condomínios e empresários individuais não estão inseridos na frase "qualsquer outras sociedades" prevista no caput do art. 278 da Lei nº 6.404/1976 e, portanto, não poderão constituir ou integrar os consórcios regidos pelos arts. 278 e 279 da referida Lei. (...)"
3. Diante do posicionamento da PGFN-PGAPCEX, o DREI/ME emitiu Ofício Circular orientando que as Juntas Comerciais "não arquivem atos cujo objeto seja a formação de consórcios por empresários individuais (inclusive MEI) ou condomínios, uma vez que eles não são sociedades e não possuem personalidade jurídica, a despeito de possuírem numeração no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ."
4. No entanto, o DREI/ME tem buscado alternativas para que empresários individuais e condomínios participem dos consórcios de geração compartilhada. Na Nota Técnica SEI nº 34664/2021/ME, são apresentadas as seguintes sugestões, a serem avaliadas pela ANEEL:
"I - participação de Empresários Individuais e Condomínios Edilícios na qualidade de unidades consumidoras sem geração de energia nos consórcios de energia fotovoltaica, ressalvada a participação das sociedades, previstas na Lei das Sociedades por Ações nº 6.404, de 1976; e/ou
II - pactuação de contratos atípicos de consórcio, pois, na esfera privada, o que não é legalmente proibido é permitido, conforme Parecer n. 00382/2021/ PGFN/AGU."
5. Na primeira sugestão, os empresários individuais e condomínios não figurariam como consorciados, mas sim como unidades consumidoras do consórcio. Ao nosso ver, essa sugestão contraria as disposições da REN nº 482, de 2012, uma vez que para usufruir da energia gerada por empreendimento de geração compartilhada, o consumidor deve, necessariamente, ter participação no consórcio (ou cooperativa) titular da central geradora, na condição de consorciado (ou cooperado). Caso contrário, a troca de energia entre unidades consumidoras que não compõem um mesmo consórcio ou cooperativa poderia se caracterizar como comercialização de energia entre consumidores não autorizados a realizar tal atividade.
6. Já quanto à segunda sugestão, sobre a possibilidade de contratos atípicos de consórcio, a SRD tem dúvidas quanto à sua aplicabilidade ao modelo de geração compartilhada, em que o consórcio ou a cooperativa deve ser titular da unidade consumidora com geração, podendo transferir excedentes de energia gerada aos seus consorciados ou cooperados. Nesse ponto, vale observar as conclusões dos Pareceres nº 00433/2016/PFANEEL/PGF/AGU, nº 00113/2017/PFANEEL/PGF/AGU e nº 00100/2021/PFANEEL/PGF/AGU, que avaliaram a formação de consórcio para geração compartilhada.

8. Apresentado o problema, o SRD apresenta o seguinte quesito:

7. Assim, solicita-se análise e entendimento desta Procuradoria quanto à aplicabilidade das sugestões apresentadas na Nota Técnica SEI nº 34664/2021/ME ao modelo de geração compartilhada previsto na REN nº 482, de 2012.

9. Parece-me, assim, que a SRD pretende que a Procuradoria se manifeste sobre as propostas apresentadas pelo Ministério da Economia em face do disposto na Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012.

10. É o relatório, no essencial. Passo à análise.

II - DA ANÁLISE

II.1. Manifestações jurídicas precedentes

11. Conforme relatado, a PF-ANEEL já emitiu os Pareceres nº 00433/2016/PFANEEL/PGF/AGU, nº 00113/2017/PFANEEL/PGF/AGU e nº 00100/2021/PFANEEL/PGF/AGU, que versam sobre geração compartilhada.

12. No Parecer nº 00433/2016/PFANEEL/PGF/AGU, a Procuradoria opinou no sentido de que a constituição de consórcios orientados para os fins de geração compartilhada prevista na Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012, deveria seguir o disposto na Lei n. 6.404/76 e também observar o previsto na Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.634/2016, para fins de inscrição no CNPJ. E, ainda, que não haveria uma forma predefinida de consórcio para os fins da REN ANEEL n. 482/2012, mas que o importante era que a forma elegida possibilitasse a utilização dos créditos de energia gerados entre os integrantes do consórcio conforme indicado à distribuidora.

13. Já no Parecer nº 00113/2017/PFANEEL/PGF/AGU, a premissa básica pela qual se entendeu pela legalidade da REN ANEEL nº 482/2012 quanto à inserção da modalidade de geração compartilhada pela via de consórcios do escopo da Lei nº 11.795/2008 era a de que essa forma associativa estaria contemplada nos limites dessa mesma lei. Estivesse contemplada por essa Lei, o consórcio ou o grupo dos consorciados (entidade desprovida de personalidade jurídica) seria representado pela *"administradora dos grupos de consórcio, como sociedade empresária, devidamente constituída, e que possui personalidade jurídica"*. Relativamente à adequação do uso de consórcios na geração distribuída, a Procuradoria não foi conclusiva, tendo remetido a questão para avaliação técnica, nos seguintes termos:

23. No que diz respeito à adequação e à operacionalização da modalidade de geração compartilhada, reitero os termos do Parecer n. 00433/2016/PFANEEL/PGF/AGU, por meio do qual ressaltei que a forma elegida pelo consórcio deve possibilitar a utilização dos créditos de energia gerados entre os integrantes do consórcio ou da cooperativa conforme indicado à distribuidora. Importa sublinhar, ainda, que o grupo de consórcio tem prazo determinado, o que deve ser levado em conta quando da avaliação pela SRD.

24. Assim sendo, cabe à área técnica avaliar, em cada caso concreto, se a tipologia do consórcio da lei n. 11.795/2008, formada pelo grupo de consórcio e pela administradora de consórcios adapta-se às exigências da REN n. 482/2012, sobretudo à geração compartilhada, que prevê que consórcio a ser constituído pela reunião de consumidores, dentro da mesma área de concessão ou permissão, deve possuir unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras nas quais a energia excedente será compensada.

14. Assim, nas oportunidades em que a Procuradoria se manifestou sobre a matéria [Pareceres n. 433/2016 e 113/2017/PFANEEL/PGF/AGU], partiu-se do pressuposto da existência de ato normativo regulador desse tema, que seria a própria REN ANEEL nº 482/2012, editada sob as bases instrumentais que lhe eram apropriadas [art. 4º, § 3º, Lei nº 9.427/1996: O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL] e, no aspecto referente aos consórcios, com fundamento na Lei nº 11.795/2008 e na Lei n. 6.404/1976. Essas manifestações não foram realmente conclusivas quanto ao uso do consórcio para geração compartilhada com fundamento na Lei nº 11.795/2008, uma vez que indicavam a necessidade de avaliação técnica quanto as características dos consórcios previstos nesse diploma normativo e as finalidades do empreendimento que seria implantado com os recursos financeiros do consórcio: a usina de pequeno porte para geração compartilhada (GD).

15. Por pertinência, convém observar que a Procuradoria manifestou-se favoravelmente ao uso da GD por meio de condomínios civis voluntários [Parecer n. 81/2021/PFANEEL/PGF/AGU]. O condomínio, embora ente despersonificado, mas, enquanto consumidor cativo com capacidade jurídica, poderia atuar como sujeito de direitos e deveres para fins de usufruto do sistema de compensação. Assim, concluiu-se pela possibilidade de utilização de condomínios voluntários para fins de implantação da central geradora de pequeno porte com a finalidade de autoconsumo e consequente adesão ao sistema de compensação. Nesse caso, o titular da relação jurídica seria o próprio condomínio, não havendo propriamente a necessidade de constituição de consórcios.

16. Por fim, emitiu-se o Parecer nº 00100/2021/PFANEEL/PGF/AGU, cujas conclusões, não aprovadas em sua integralidade, foram as seguintes:

Pelo exposto, em resposta ao quesito formulado pela SRD sobre a formação de consórcios disciplinados pela Lei nº 11.795/2008, para participação na modalidade de geração compartilhada, entendo que esse tipo de consórcio permite operações financeiras que deveriam estar sujeitas à regulação e fiscalização do Banco Central. Considerando que aquela entidade entende que o consórcio previsto na REN n. 482/2012 não se enquadra na hipótese de incidência da Lei nº 11.795/2008, entendo que a ANEEL não teria atribuição legal para avaliação diversa.

Nesse sentido, o consórcio previsto na REN n. 482/2012 não se presta a instrumentalizar a modalidade de consórcio previsto na Lei nº 11.795/2008, pois dependeria de previsão legal expressa a esse respeito. Outrossim, essa modalidade de negócio jurídico, se utilizada para fins de geração distribuída, tenderia a permitir operações financeiras ou creditícias não incluídas no escopo das competências regulatórias e fiscalizatórias da ANEEL. Estariam, a meu ver, genericamente, no âmbito das atividades previstas na Lei nº 4.565/1964. Como tal, caso estejam sendo praticadas, o são de forma irregular porque pendente a autorização do Banco Central.

Para além disso, essas operações financeiras podem permitir, por vias reflexas, a comercialização irregular de energia elétrica, sem o devido ato de autorização emitido pelo Poder Concedente ou, mediante delegação, pela ANEEL, sem registro prévio na CCEE, sem formalização por contratos bilaterais de uso e acesso à rede, e sem pagamento pelos encargos e tarifas que seriam devidos pela conexão e uso da rede de distribuição. Outrossim, a atividade de geração distribuída permite tão somente a compensação do volume de energia injetado na rede, não admitindo a comercialização propriamente dita. Assim, entendo que a venda de cotas ou de créditos de energia em consórcios instituídos

com base na Lei nº 11.795/2008 teria, na verdade, natureza jurídica de compra e venda de energia e não de mera permuta do volume do insumo injetado na rede de distribuição. Desse modo, sugiro que a ANEEL reconheça, oficialmente, impossibilidade de utilização do consórcio previsto na Lei nº 11.795/2008 para fins de geração compartilhada, modulando os efeitos dessa decisão caso se trate de nova interpretação administrativa. Ademais, sugiro que essa modalidade de geração compartilhada, caso tenha constado da proposta normativa, seja excluída da minuta de resolução normativa que venha a ser submetida à consulta pública ou à deliberação da diretoria colegiada, ressalva a superveniência de lei em sentido formal que verse sobre o tema.

17. Para avaliação do referido Parecer, a PF-ANEEL emitiu o Despacho n. 00189/2021/PFANEEL/PGF/AGU nos seguintes termos:

*Aprovo parcialmente as conclusões do **PARECER n. 00100/2021/PFANEEL/PGF/AGU**, nos termos em que passo a expor.*

A possibilidade de criação de consórcio para união de consumidores com a finalidade de micro ou minigeração de energia elétrica está normatizada no artigo 2º, VII, da Resolução Normativa Aneel n. 482, de 17 de abril de 2012.

Essa modalidade de união de consumidores já foi analisada e validada pela Procuradoria Federal por meio do Parecer n. 433/2016/PFANEEL/PGF/AGU (consórcio privado) e do DESPACHO n. 00283/2019/PFANEEL/PGF/AGU (consórcios públicos).

O que se afasta, ao presente momento, por meio da manifestação ora parcialmente aprovada, é o enquadramento dos consórcios para fins de micro e minigeração distribuída na Lei n. 11.795, de 8 de outubro de 2008, já que possuem respaldo em outras normas quando não desenvolverem operações financeiras ou creditícias.

No entanto, isso não impede que um consórcio eventualmente enquadrado na Lei n. 11.795/2008 - para o que precisará contar, aliás, com autorização do Banco Central do Brasil, nos termos do artigo 7º da mencionada lei - seja utilizado para fins de micro ou minigeração distribuída, desde que preenchidos os demais requisitos.

18. Pode-se concluir [com a ressalva de meu entendimento pessoal], assim, que a Procuradoria tem entendimento de que é possível a utilização de consórcios para fins de GD, seja na modalidade da Lei nº 11.795/2008, seja o consórcio previsto na Lei nº 6.404/1976 [Lei de Sociedades Anônimas]. No entanto, deve a SRD avaliar se (i) a constituição do consórcio não se transverte de atividade econômica de autoprodução, que dependeria de ato autorizativo ou de comunicação prévia para ser exercida; (ii) o consórcio atende aos requisitos da REN nº 482/2012; (iii) o consórcio preenche os requisitos legais, inclusive, autorização do Banco Central do Brasil, a sua constituição por prazo determinado etc.

II.2. Da situação trazida para análise

19. Na situação em análise, conforme visto, o Ministério da Economia propõe que a ANEEL regule a questão atenta às seguintes possibilidades:

"I - participação de Empresários Individuais e Condomínios Edifícios na qualidade de unidades consumidoras sem geração de energia nos consórcios de energia fotovoltaica, ressalvada a participação das sociedades, previstas na Lei das Sociedades por Ações nº 6.404, de 1976; e/ou

II - pactuação de contratos atípicos de consórcio, pois, na esfera privada, o que não é legalmente proibido é permitido, conforme Parecer n. 00382/2021/PGFN/AGU."

20. Uma das justificativas refere-se à aplicação da Lei de Liberdade Econômica para criação de consórcios e formalização de contratos.

21. Sobre a proposta I, o SRD instruiu a consulta, entre outros documentos, com o Parecer n. 00382/2021/PGFN/AGU [NUP 19974.100818/2021-85] elaborado, pela Coordenação-Geral de Produtividade e Competitividade vinculada à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para atender ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração - DREI. Assim, aquele órgão de consultoria jurídica entendeu pela impossibilidade de formação de consórcios regidos pela Lei nº 6.404/1976 quando seus integrantes não forem pessoas jurídicas; excluir-se-ia, nesse caso, a regulamentação da matéria por meio da Lei das S.As. Vejamos:

10. Entendo que o consórcio de que tratam os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/1976 deve ser constituído por pessoas jurídicas ("sociedades"). De fato, o caput do art. 278 e o caput e incisos IV e VI do art. 279, dentro do contexto em que estão inseridos, não veiculam palavras ambíguas e são muito claros no seu sentido. Logo, não há razão que justifique a censura da interpretação textual dos enunciados em prol de uma interpretação extensiva e liberal, particularmente da palavra "sociedades".

11. Na verdade, em se tratando de uma lei que versa especialmente sobre sociedades anônimas, parece-me até mais razoável interpretar o termo "quaisquer outras sociedades" como "sociedades empresárias" do que no sentido de incluir pessoas físicas, outras pessoas jurídicas (fundações, associações etc.) ou entes despersonalizados neste conceito. Portanto, entendo que a inclusão dessa carga semântica demandaria alteração legal. A esse propósito, note-se que o referido art. 279 foi modificado em 2009, porém o escopo do

consórcio não o foi, quer para incluir empresários individuais ou outras classe de pessoas e entes.

12. Ademais, consigno que a interpretação ora defendida foi esposada pelos arts. 90 e 91 da Instrução Normativa DREI nº 81/2020, conforme bem lembrado pelo DREI. Itero não vislumbrar motivo suficiente - inclusive o interesse particular de se explorar energia fotovoltaica - para justificar a alteração daquela. 13. Friso, ainda, que o contrato e os atos relativos a consórcio devem, necessariamente, ser arquivados nas Juntas Comerciais, a teor do citado p. único do art. 279 c/c o art. 32, II, "b", da Lei nº 8.934/1994: Art. 32. O registro comprehende: [...] II - O arquivamento: [...] b) dos atos relativos a consórcio e grupo de sociedade de que trata a Lei nº 6.404, de 15 de Número: 48513.021224/2021-00-2 (ANEXO: 002) dezembro de 1976;

14. Sem embargo, nada impede que empresários individuais ou condomínios, no exercício de sua autonomia privada e liberdade contratual, pactuem contratos atípicos de consórcio. Aliás, na esfera privada, o que não é legalmente proibido é permitido ("ninguém será obrigado a ... deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" - art. 5º, II, CF/1988). A questão é que estes hipotéticos contratos não seriam regidos pela Lei nº 6.404/1976 e, destarte, não haveria dever de arquivá-los na Junta Comercial ao fundamento do art. 279, p. único, da Lei nº 6.404/1976[1].

15. Naturalmente, cabe à ANEEL verificar se eventuais consórcios assim constituídos satisfariam as exigências do inciso VII do art. 2º da Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012, para fins de geração compartilhada, avaliação que foge de nossa alcada. Inclusive, salvo melhor juízo, tal Resolução não deixa clara qual a forma de constituição do consórcio e apenas enfatiza a existência de instrumento jurídico que comprove compromisso de solidariedade. Em todo caso, é mais adequado alterar ou flexibilizar exigências[2] de uma Resolução da ANEEL do que de um dispositivo legal.

22. Vale lembrar que, do ponto de vista da formação do consórcio, é a Lei das SAs que demanda o arquivo do contrato de consórcio no registro do comércio. Assim, eventuais consórcios atípicos, formados por empresários individuais ou condomínios, conforme entendimento da Procuradoria da Fazenda Nacional, sequer demandariam o registro. Em qualquer caso, o consórcio assumiria a característica de associação ou sociedade de fato, a depender do seu objeto.

23. Outro aspecto que convém ponderar é que a REN n. 482/2012 não fez ressalvas quanto a eventual modalidade de consórcios. E, de fato, a ANEEL, ao aceitar a formação de consórcios para fins de GD, poderia, em princípio, definir em que condições a sua prática seria adequada para fins de exercício de atividades relacionadas à energia elétrica.

24. Assim, sobre esse aspecto, permanecem vigentes as conclusões acima elaboradas, isto é, caso se aceite a utilização de consórcios para fins de GD, a SRD deveria criar meios para avaliar se (i) a constituição do consórcio não se transverte de atividade econômica de autoprodução ou de produção independente de energia, que dependeria de ato autorizativo ou de comunicação prévia para ser exercida; (ii) o consórcio atende aos requisitos da REN nº 482/2012; (iii) o consórcio preenche os requisitos legais, inclusive, autorização do Banco Central do Brasil, a sua constituição por prazo determinado etc.

25. Em todo caso, pondero, mais uma vez, que a regulação da ANEEL deve se preocupar com as atividades de energia elétrica em geral. Essas atividades são, conforme regra constitucional [art. 21, XII, b], materialmente reservadas à União. A Constituição, no entanto, confere ampla margem de discricionariedade ao legislador ordinário. Nesse sentido, são as lições de Gustavo Kaercher Loureiro [**Instituições de Direito da Energia Elétrica: Volume I- Propedêutica e Fundamentos**. São Paulo: Quartier Latin, 2020 (livro digital)]:

A circunstância de se estar em face de uma tarefa estatal é, por si só, geradora de algumas básicas consequências normativas. Certo: não se deve falar em "regime jurídico da competência material", porque não se está diante de sistema completo de princípios e regras incidentes em bloco sobre atarefa. Os preceitos constitucionais que imputam competências públicas (especialmente no âmbito econômico) deixam grande margem de conformação para o legislador. [...]

26. O autor esclarece, a despeito dessa ampla margem de conformação que é conferida ao legislador, "há elementos que decorrem do próprio conceito de competência material (econômica) e da disciplina constitucional". Entre eles, pode-se citar:

(i) a possibilidade de atuação direta da União, sem justificativa legal e sem as limitações e exigências impostas pelo art. 173 para os casos em que o Estado atua em área originariamente reservada à livre iniciativa. Se a Constituição já imputa ao Estado atarefa, a sua legitimidade para aí atuar por lei ordinária é desnecessária.

(ii) O total controle do legislador ordinário (mais genericamente, do poder público) acerca do regime jurídico dessa indústria (respeitadas, por certo, as normas constitucionais). Titular a União da competência material por disposição constitucional, o legislador ordinário não atua limitado por direitos individuais de nível constitucional que consagram liberdades econômicas aos privados.

Desde um ponto de vista puramente constitucional (sem atentar para o contexto em que

vivemos hoje, claramente contrário à ideia), a União poderia, por exemplo, decidir agir diretamente, ou executar os serviços de energia elétrica servindo-se de pessoas jurídicas estatais, atuantes sob regime de direito público integral (serviço público, nos moldes tradicionais e até pouco tempo atrás empregados na organização da indústria elétrica). Noutro extremo, poderá abster-se de se fazer presente e optar pela execução indireta integral, por meio de agentes privados, inclusive, se for o caso, atuantes em regime de (limitada) competição. Essas são alternativas que estão efetivamente à disposição do legislador ordinário e não existem fora do universo das atividades reservadas (a prova disso é a constante mudança dos "modelos" no setor elétrico brasileiro, com idas e vindas interventivas, o que não seria possível caso se estivesse em área de livre iniciativa).

(iii) Ainda: a eventual presença de agentes privados se dará, sempre, sob as vestes da delegação do exercício de competência federal (inclusive quando habilitados por autorização, cfe. adiante). Trata-se de um modo de execução indireta da atividade (pela União).

(iv) Diferentemente do que se passa no plano das atividades econômicas de livre iniciativa, a União poderá retomar de eventuais privados a execução da atividade (desde que respeitados direitos emergentes dos títulos que possuam).

(v) Finalmente, aplicam-se aqui as diretrizes que pautam a imputação de competências ao Poder Público, quais sejam: a obrigatoriedade de exercício, a irrenunciabilidade, a impossibilidade de transferência de sua titularidade pelo ente competente, o seu caráter não modificável e a imprescritibilidade. Relativamente ao setor elétrico, a União possui uma responsabilidade de execução, em contraposição à mera responsabilidade de disciplinar a execução da tarefa.

Vale reforçar, porém, que essas constatações não importam em (i.) ter-se tal competência como serviço público ou (ii.) em excluir a priori um regime de relativa competição para sua execução.

Quanto ao primeiro ponto, é crucial ter em mente que, antes da discussão sobre a categoria do serviço público, há um momento constitucional de extrema relevância - que é seguidamente desprezado pelas análises de direito administrativo - e que consiste na introdução de uma clivagem fundamental entre atividades econômicas reservadas pela Constituição ao setor público, por exceção, e o restante universo delas, deixada à livre iniciativa. Como veremos, trata-se da distinção operada pelo início do caput do art. 173 da Constituição: por meio dele, a Carta separa, segregando, algumas atividades produtivas de riqueza para o poder público e é essa informação constitucional que convém estabelecer como ponto de partida da organização de nossa Ordem Econômica. A discussão sobre o caráter de serviço público da atividade reservada é sucessiva à essa primeiríssima constatação. (grifou-se)

27. Assim, pode-se dizer que as atividades econômicas propiciadas pelo regime de consórcios, embora com algum grau de intervenção regulatória, é livre à iniciativa privada. No entanto, quanto às atividades de energia, elas estão no campo das atividades reservadas pela Constituição à União. E a forma de sua exploração será estabelecida pelo legislador ordinário, considerada aquela ampla margem de definição de seu escopo, adequação etc.

28. No caso da atividade de produção de energia, seja para comercialização ou autoconsumo, há expressa regulação legal. Para fontes hidráulica e termoelétrica, a Lei n. 9.074/1995 definiu limites de potência em que o autoprodutor ou o produtor independente de energia poderá simplesmente comunicar a Agência que exerce tal atividade. Para as demais fontes, como seria o caso da geração fotovoltaica, a atividade de autoprodução ou o produção independente de energia pode ser exercida mediante ato prévio de outorga (autorização ou concessão).

29. Nesse caso, pouco importa se o produtor independente de energia elétrica se reunirá em consórcio com outras pessoas jurídicas. Ele poderá ou não fazê-lo, mas a lei demanda que o sujeito que desempenhará a atividade de energia elétrica seja necessariamente uma pessoa jurídica:

Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica 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.

30. A lei ainda não regulou expressamente a atividade de geração distribuída, porém, a partir da regulação setorial, sabe-se que o mesmo não ocorre com a GD, cujo sistema de compensação admite a implantação de centrais geradoras por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas, estejam elas reunidas em consórcio ou não. Vejamos:

VII - geração compartilhada: caracterizada pela reunião de consumidores, dentro da mesma área de concessão ou permissão, por meio de consórcio ou cooperativa, composta por pessoa física ou jurídica, que possua unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras nas quais a energia excedente será compensada; (Incluído pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)

VIII - autoconsumo remoto: caracterizado por unidades consumidoras de titularidade de uma mesma Pessoa Jurídica, incluídas matriz e filial, ou Pessoa Física que possua unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras, dentro da mesma área de concessão ou permissão, nas quais a energia

excedente será compensada. (Incluído pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)

31. A diferença entre o consumidor na geração distribuída e os produtores de energia foi bem delimitada no Parecer nº 001/2017-PFANEEL/PGF/AGU, ao qual faço referência. Sobre esse aspecto, é preciso ponderar que a atividade de produção independente de energia é uma atividade empresária; o mesmo não se dá com a geração distribuída, onde a comercialização ou a mercantilização da energia seria vedada. É que a mercantilização demanda, conforme previsão legal, um ato de registro ou um ato de outorga.

32. Assim, como já referido no Parecer nº 00100/2021/PFANEEL/PGF/AGU, conquanto admitida em termos gerais na REN nº 482/2012, tenho que a formação de consórcios para geração distribuída tende a desvirtuar o instituto. O consumidor cativo, nesse caso, assume atividades que muito mais se assemelham à autoprodução de energia, com a venda de excedentes por meio da administradora do consórcio. No entanto, embora atuando como empresário, o consumidor, nesse caso, não se sujeitará ao regime jurídico da produção independente de energia elétrica, ao tempo em que ensejará o subsídio cruzado mencionado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no acórdão Acórdão nº 3063/2020-Plenário:

9.5.1. o sistema de compensação de energia elétrica (SCEE), instituído pela Resolução ANEEL 482/2012, alterada pela Resolução ANEEL 687/2015, foi estruturado com base em diferenciação tarifária sem previsão legal que importa subsídio cruzado, de natureza regressiva em termos de distribuição de renda, entre os consumidores do serviço de distribuição de energia elétrica que possuam sistemas de micro ou minigeração distribuída e os demais consumidores, em prejuízo destes últimos

33. Nessa linha, ao se beneficiar do sistema de geração distribuída, o grupo de consórcio tende a atuar, de fato, como um autoprodutor, mas recebe todas as benesses do regime da GD ou não assume os mesmos ônus que um produtor independente assumiria. Exemplo prático disso seriam as obras necessárias à conexão, realizadas pela própria distribuidora, conforme se deduz da disciplina regulatória contida na REN nº 482/2012, imputando-se esse ônus financeiro aos demais consumidores cativos da área de concessão.

34. Dito isso, repisa-se que, conquanto a Constituição e a Lei nº 13.874/2019 preceituem "a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas", o certo é que, aqui, estamos a tratar de uma atividade materialmente reservada à União, a quem é dada a possibilidade de explorá-la diretamente ou permitir sua atividade por privados. Cuidam-se das atividades de energia elétrica. Portanto, embora os sujeitos em geral tenham liberdade para formar consórcios, atípicos ou não, as atividades de energia são objeto de política pública, devidamente estabelecida em lei. Assim, é que a lei estabelece um regime próprio para a comercialização de energia por privados, regime este que se distingue substancialmente do regime regulatório da geração distribuída.

35. Nesse caso, pode-se dizer que os consórcios estabelecidos com base na Lei nº 11.795/2008, independentemente do seu objeto, dependem, entre outros requisitos, da autorização do Banco Central para funcionamento. Já o consórcio previsto na Lei nº 6.404/1976, requer o registro prévio na Junta Comercial. E os consórcios atípicos seriam aqueles que não se enquadram em nenhum normativo legal, mas que poderiam ser constituídos sob a égide da liberdade para exercício das atividades econômicas.

36. Todavia, conforme ressalvamos, a geração distribuída não teria, propriamente, natureza de atividade empresarial ou comercial, algo inerente à atividade de consórcios. Assim, particularmente, entendo que a constituição de consórcios, em qualquer modalidade, não se mostra o meio mais adequado para o uso do sistema de compensação da geração distribuída. Nesse sentido, as mesmas ressalvas aplicáveis aos consórcios típicos, que fizemos no Parecer nº 00100/2021/PFANEEL/PGF/AGU, podem ser estendidas aos consórcios atípicos sugeridos pelo Ministério da Economia.

37. Em todo caso, a posição institucional da Procuradoria a respeito de consórcios é aquela prolatada no Despacho n. 00189/2021/PFANEEL/PGF/AGU. Assim, com a ressalva do meu entendimento pessoal, quero crer que, se no Despacho n. 00189/2021/PFANEEL/PGF/AGU, a Procuradoria da ANEEL não viu óbices à criação de consórcios típicos para realização da geração distribuída, tenho que consórcios atípicos também poderiam ser admitidos. Importa, todavia, que a utilização do consórcio para GD não propicie a comercialização de energia, como se esses consumidores estivessem a participar do ambiente livre de contratação de energia sem se submeterem ao seu regime jurídico próprio.

38. De mais a mais, há perspectiva de que a controvérsia jurídica venha a ser sanada com a eventual aprovação e sanção do PL 5829/2019, que traz a seguinte proposta:

Art. 1º Para fins e efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

[...]

III - consórcio de consumidores de energia elétrica: reunião de pessoas físicas e/ou jurídicas consumidoras de energia elétrica instituído para a geração de energia destinada a consumo próprio, com atendimento de todas as unidades consumidoras pela mesma distribuidora;

39. Feitas essas considerações, esclareço o seguinte:

- em relação à proposta I [" / - participação de Empresários Individuais e Condomínios Edifícios na qualidade

de unidades consumidoras sem geração de energia nos consórcios de energia fotovoltaica, ressalvada a participação das sociedades, previstas na Lei das Sociedades por Ações nº 6.404, de 1976;"], ficou assentado nos autos que "os empresários individuais e condomínios não figurariam como consorciados, mais sim como unidades consumidoras do consórcio"; sobre esse ponto, entendo como a SRD, que "essa sugestão contraria as disposições da REN nº 482, de 2012, uma vez que para usufruir da energia gerada por empreendimento de geração compartilhada, o consumidor deve, necessariamente, ter participação no consórcio (ou cooperativa) titular da central geradora, na condição de consorciado (ou cooperado). Caso contrário, a troca de energia entre unidades consumidoras que não compõem um mesmo consórcio ou cooperativa poderia se caracterizar como comercialização de energia entre consumidores não autorizados a realizar tal atividade".

- *em relação à proposta II ["II - pactuação de contratos atípicos de consórcio, pois, na esfera privada, o que não é legalmente proibido é permitido, conforme Parecer n. 00382/2021/PGFN/AGU."], ressalvado o meu entendimento pessoal contrário à utilização de consórcios para fins de GD, entendo que as conclusões do Despacho n. 00189/2021/PFANEEL/PGF/AGU seriam aplicáveis, a admitir qualquer espécie de consórcio, desde que preenchidos os requisitos da REN nº 482/2012.*

III - CONCLUSÕES

40. Pelo exposto e em resposta aos quesitos formulados pela SRD, esclareço o seguinte:

- *em relação à proposta I ["I - participação de Empresários Individuais e Condomínios Edifícios na qualidade de unidades consumidoras sem geração de energia nos consórcios de energia fotovoltaica, ressalvada a participação das sociedades, previstas na Lei das Sociedades por Ações nº 6.404, de 1976;"], ficou assentado nos autos que "os empresários individuais e condomínios não figurariam como consorciados, mais sim como unidades consumidoras do consórcio"; sobre esse ponto, entendo como a SRD, que "essa sugestão contraria as disposições da REN nº 482, de 2012, uma vez que para usufruir da energia gerada por empreendimento de geração compartilhada, o consumidor deve, necessariamente, ter participação no consórcio (ou cooperativa) titular da central geradora, na condição de consorciado (ou cooperado). Caso contrário, a troca de energia entre unidades consumidoras que não compõem um mesmo consórcio ou cooperativa poderia se caracterizar como comercialização de energia entre consumidores não autorizados a realizar tal atividade".*
- *em relação à proposta II ["II - pactuação de contratos atípicos de consórcio, pois, na esfera privada, o que não é legalmente proibido é permitido, conforme Parecer n. 00382/2021/PGFN/AGU."], ressalvado o meu entendimento pessoal contrário à utilização de consórcios para fins de GD, entendo que as conclusões do Despacho n. 00189/2021/PFANEEL/PGF/AGU seriam aplicáveis, a admitir qualquer espécie de consórcio, desde que preenchidos os requisitos da REN nº 482/2012.*

À consideração superior.

Brasília, 06 de outubro de 2021.

BÁRBARA BIANCA SENA
Procuradora Federal
Procuradoria Federal junto à ANEEL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48554001347202172 e da chave de acesso bb7a9d45

Documento assinado eletronicamente por BARBARA BIANCA SENA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 740265829 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BARBARA BIANCA SENA. Data e Hora: 07-10-2021 13:11. Número de Série: 66158325842660902602966039350. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v5.



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

DESPACHO n. 00589/2021/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48554.001347/2021-72

INTERESSADOS: ANEEL/SRD

ASSUNTOS: DISTRIBUIÇÃO. GERAÇÃO DISTRIBUÍDA.

Aprovo o **PARECER n. 00320/2021/PFANEEL/PGF/AGU.**

Encaminhe-se ao Procurador-Chefe para apreciação.

Brasília, 08 de outubro de 2021.

MARCELO ESCALANTE GONÇALVES
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE ENERGIA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48554001347202172 e da chave de acesso bb7a9d45

Documento assinado eletronicamente por MARCELO ESCALANTE GONCALVES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 742613729 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCELO ESCALANTE GONCALVES. Data e Hora: 08-10-2021 17:38. Número de Série: 51803733659273510662217008254. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

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

DESPACHO n. 00594/2021/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48554.001347/2021-72

INTERESSADOS: ANEEL/SRD

ASSUNTOS: GERAÇÃO

1. Aprovo a conclusão do **PARECER n. 00320/2021/PFANEEL/PGF/AGU.**
2. Encaminhe-se à Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição - SRD.

Brasília, 13 de outubro de 2021.

LUIZ EDUARDO DINIZ ARAUJO
PROCURADOR FEDERAL
PROCURADOR-CHEFE

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48554001347202172 e da chave de acesso bb7a9d45

Documento assinado eletronicamente por LUIZ EDUARDO DINIZ ARAUJO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 744497114 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUIZ EDUARDO DINIZ ARAUJO. Data e Hora: 13-10-2021 14:55. Número de Série: 17234919. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.