

GRUPO DE TRABALHO

GERAÇÃO DISTRIBUÍDA

INFORMATIVO JURÍDICO

Tomada de Subsídios ANEEL nº 18/2023

No dia 31/01/2024 restou encerrado o prazo final para envio de contribuições à ANEEL, referentes à Tomada de Subsídios 018/2023, que tem por objeto a discussão de situações verificadas no mercado que se assemelham à comercialização de energia no Sistema de Compensação de Energia Elétrica – SCEE.

Nesse contexto, diversas contribuições foram recebidas respondendo às nove questões-chave propostas pela Agência Reguladora para discussão com a sociedade!

Com o objeto de manter a sociedade devidamente informada sobre o tema, o qual se revela de extrema importância para o mercado de geração distribuída, o Grupo de Trabalho de Geração Distribuída da Comissão de Direito da Energia da OAB/MG cuidou de analisar, de forma detalhada, as nove questões-chave propostas pela ANEEL.

Questão-chave 01 – Quais situações existentes no mercado podem ser enquadradas como comercialização de energia no SCEE?

Atualmente, a única situação que poderia ser enquadrada como comercialização de energia no SCEE está relacionada à hipótese em que um agente firma contrato de locação ou arrendamento onde o valor do aluguel ou arrendamento é estipulado em reais por unidade de energia elétrica (R\$/kWh).

Considerando as declarações anteriores da ANEEL e em conformidade com a legislação e regulamentação em vigor, é válido destacar que a Agência Reguladora não tem competência para estabelecer novos critérios para definição do conceito de comercialização de energia no SCEE.

Tal conduta fatalmente comprometeria a segurança jurídica do setor de geração distribuída, desestimularia investimentos significativos nesse segmento e entraria em conflito com várias manifestações, não apenas da diretoria da ANEEL, mas também de sua Procuradoria e áreas técnicas, assim como com os conceitos estabelecidos pela Lei nº 14.300/2022 (marco legal da geração distribuída).

Questão-chave 02 – Quais elementos poderiam caracterizar ou dar indícios de uma comercialização de energia no SCEE?

Em conformidade com a legislação e regulamentação em vigor, bem como com as posições oficialmente estabelecidas pela ANEEL, identifica-se apenas dois elementos concretos e objetivos que podem caracterizar a comercialização de

energia no SCEE: (i) a formalização de contrato de locação ou arrendamento de imóvel, onde o valor do aluguel ou arrendamento é expresso em reais por unidade de energia elétrica (R\$/kWh); e/ou (ii) o uso de créditos de GD por uma unidade consumidora não vinculada ao empreendimento de geração compartilhada na época da geração dos créditos.

Tais elementos estão claramente delineados na Lei nº 14.300/2022, na REN nº 1.000/2021, no Ofício Circular nº 0010/2017-SRD/ANEEL e no Parecer nº 542/2015/PFANEEL/PGF/AGU, razão pela qual não se vislumbram motivos ou justificativas para revisar ou reavaliar essa regra já consolidada ao longo dos anos, até mesmo porque apenas geraria insegurança jurídica no segmento de GD.

Questão-chave 03 - Quais seriam as condições necessárias para a distribuidora comprovar a posse/propriedade da central de micro ou minigeração distribuída pelos beneficiados pela geração remota?

Em primeiro lugar, é crucial destacar que, atualmente, não há uma obrigação explícita de apresentação de documentos que comprovem a posse ou propriedade dos equipamentos de geração distribuída para obter acesso à rede de distribuição. A única exigência existente é a apresentação de documentação que confirme a posse ou propriedade do imóvel onde a central de geração será instalada.

Conforme discutido nas questões 1 e 2, a distribuidora já dispõe de todos os requisitos necessários para avaliar se o interessado está potencialmente envolvido na comercialização de energia no Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) ao receber o contrato que comprova a posse ou propriedade do imóvel destinado à instalação da central de geração.

Não há previsão legal ou regulatória para a apresentação de contratos adicionais. Além disso, o Ofício Circular nº 0010/2017-SRD/ANEEL estipula que as distribuidoras não devem solicitar qualquer documentação ou contrato adicional além do contrato que confirme a relação imobiliária.

É importante ressaltar que, para projetos estruturados na modalidade de geração compartilhada, a REN nº 1.000/2021 estabelece a necessidade de comprovação da participação dos integrantes no consórcio, cooperativa ou associação, permitindo que a distribuidora de energia tenha informações suficientes para evitar o uso de créditos de geração distribuída remanescentes por uma unidade consumidora que não estava originalmente vinculada ao empreendimento de geração compartilhada quando os créditos foram gerados.

Portanto, de acordo com o Ofício Circular nº 0010/2017-SRD/ANEEL, não há necessidade de incluir a análise de instrumentos contratuais adicionais, o que, além de desnecessária, resultaria em um aumento significativo de trabalho para as distribuidoras.

Questão-chave 04 – Deve-se exigir no momento da solicitação a apresentação do contrato firmado com a associação para participar da geração compartilhada?

O conceito de geração compartilhada foi estabelecido em 2015, por meio da Resolução Normativa (REN) nº 687, salientando que o consórcio ou cooperativa, titular de uma unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída, teria a responsabilidade de determinar, de acordo com critérios próprios estabelecidos entre os integrantes, a parcela de energia a ser destinada a cada unidade consumidora que compõe o empreendimento, ressaltando que esse entendimento foi expresso pela Diretoria da ANEEL na 44ª Reunião Pública Ordinária de 2015.

De acordo com o Parecer nº 00433/2016/PFANEEL/PGF/AGU, sempre foi necessário que o consumidor vinculado à geração apresentasse o ato constitutivo do consórcio, cooperativa ou associação, comprovando a solidariedade existente entre os participantes da geração compartilhada, tanto para fins jurídicos quanto para os previstos na então REN nº 482/2012.

O FAQ, uma espécie de caderno de perguntas e respostas divulgado pela ANEEL em junho de 2023, esclarece que, no que diz respeito aos documentos solicitados pelas distribuidoras para aprovar a cooperativa, consórcio ou qualquer outra modalidade de geração compartilhada, o instrumento jurídico adequado para comprovar a solidariedade entre os integrantes é o seu ato constitutivo.

Além disso, a REN nº 1.000/2021 estabelece que, em empreendimentos com múltiplas unidades consumidoras com micro ou minigeração distribuída ou geração compartilhada, a solicitação de alteração dos integrantes deve ser acompanhada da cópia do instrumento jurídico que comprova a participação dos envolvidos.

Portanto, no momento da solicitação, o único documento exigido, de acordo com a legislação e regulamentação aplicáveis, é o instrumento jurídico que comprove a solidariedade entre os participantes do consórcio, cooperativa ou associação, não havendo previsão normativa para a exigência de qualquer outro contrato ou documento.

Questão-chave 05 – Seria viável adotar um modelo de contrato com cláusulas mínimas para participação em associação de geração compartilhada?

As cláusulas mínimas para os contratos de associação estão estabelecidas no art. 54 da Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro). Assim como, as cláusulas mínimas dos consórcios estão estabelecidas nos artigos 278 e 279 da Lei 6.404/1976. No caso das cooperativas, as cláusulas mínimas estão estabelecidas na Lei 5.764/1971, notadamente no art. 15.

Desde a publicação da Resolução Normativa (REN) nº 482/2012, a ANEEL estabeleceu um ambiente que concede liberdade aos interessados para escolherem e desenvolverem seus modelos de negócio no segmento de Micro e

Minigeração Distribuída, cujas relações são regidas pelo Direito Privado e estabelecidas com base na autonomia da vontade.

Isso posto, nos termos do Ofício nº 72/2022-AIN/ANEEL, a ANEEL reconheceu que, na ausência de critérios ou limitações legais, não há espaço para criar uma regulamentação restritiva, devendo-se observar a autonomia da vontade na definição do modelo de negócio. Ademais, a Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, também consagra a liberdade contratual e a presunção de boa-fé dos agentes de mercado, reforçando que a má-fé não pode ser presumida.

Portanto, não há justificativa, razão ou fundamento para condicionar a geração compartilhada à inclusão de cláusulas mínimas em contratos para participação em associações, uma vez que tal previsão já está disposta no Código Civil e cada empresa deve seguir as determinações da legislação para comprovar a solidariedade entre os participantes do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE).

Questão-chave 06 – A forma de cobrança pela participação na geração compartilhada pode corresponder a um rateio dos custos referentes a central de micro ou minigeração distribuída?

Não há na legislação ou regulação qualquer impedimento para que a cobrança pela participação na geração compartilhada corresponda a um rateio dos custos relacionados à central de micro e minigeração distribuída. As figuras do consórcio, cooperativa e associação são utilizadas por imposição da Lei nº 14.300/2022 e da REN nº 1.000/21, sendo de observância obrigatória pelos agentes, e tais formatos de geração compartilhada já representam uma divisão de custos entre seus integrantes, conforme a legislação específica de cada figura jurídica.

Nesse contexto, de acordo com o Ofício Circular nº 0010/2017 – SRD/ANEEL, cabe à distribuidora analisar o ato constitutivo da cooperativa ou do consórcio apresentado pelo consumidor, junto à solicitação de acesso, para verificar a adequação do documento à legislação específica, ressaltando que o compromisso de solidariedade só precisa ser reapresentado à distribuidora, após a conexão da central geradora, em casos de inclusão ou exclusão de integrantes de consórcio, cooperativa ou condomínios, podendo ser apenas o ato que aprovou a alteração da constituição original.

Quanto à alteração dos percentuais de energia excedente alocados entre os integrantes, compete ao titular da unidade com geração realizar a solicitação junto à distribuidora.

Portanto, a regulamentação e a legislação que abordam o tema não estabelecem limites de responsabilidade ou vedações para a cobrança pela participação na geração compartilhada, sendo forçoso concluir que o rateio dos custos referentes à central de micro e minigeração distribuída não viola qualquer disposição legal ou regulatória.

Questão-chave 07 – A forma de cobrança pela participação na geração compartilhada pode apresentar relação com as tarifas reguladas das distribuidoras?

Ressalta-se mais uma vez que não existe proibição legal ou regulatória para a implementação da cobrança pela participação na geração compartilhada relacionada às tarifas reguladas. A única restrição objetiva se refere ao aluguel ou arrendamento de terrenos, lotes e propriedades, desde que o valor cobrado seja em reais por unidade de energia elétrica, conforme abordado nas respostas às questões-chave 1 e 2.

Além dessa limitação específica, os agentes de Micro e Minigeração Distribuída (MMGD) detêm autonomia e liberdade para estabelecer as métricas que melhor se adequam às suas necessidades, inclusive em relação aos processos tarifários das distribuidoras, sem infringir dispositivos legais e regulatórios.

Ainda, por meio do Ofício 0344/2021 – SRD/ANEEL, a ANEEL afirmou que a prática de desconto sobre a tarifa não caracteriza violação do regulamento setorial, bem como que não consiste em uma prática de comercialização de energia.

Questão-chave 08 – Deveria ser aplicado um tratamento regulatório similar ao do tema da troca de titularidade para caracterizar a posse ou propriedade da central de micro ou minigeração distribuída, de forma a mitigar a comercialização de energia no SCEE?

Não se faz necessária a aplicação de uma abordagem regulatória análoga à questão da troca de titularidade, assim como não há previsão legal ou regulatória para a introdução de requisitos, critérios ou restrições adicionais à comercialização de energia no Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE), além da proibição da vinculação em R\$/kWh.

A restrição à troca de titularidade dos orçamentos de conexão, ou à alteração do controle societário do titular do orçamento de conexão, antes da solicitação de vistoria à distribuidora tem como principal objetivo coibir a prática conhecida como "comercialização de pareceres de acesso", a qual não guarda relação com qualquer estrutura que caracterize a comercialização de energia no SCEE.

Dada a distinção entre esses temas (comercialização de pareceres de acesso e comercialização de energia no SCEE), não se vislumbram justificativas aptas para a criação de um tratamento semelhante, ressaltando que a ANEEL já estabeleceu conceitos objetivos, sendo responsabilidade das próprias distribuidoras fiscalizar e intervir em operações irregulares que estejam em desacordo com as normas vigentes.

Questão-chave 09 – Deveria ser aplicado um tratamento regulatório similar ao do tema da vedação de divisão para mitigar a comercialização de energia no SCEE?

Conforme abordado na resposta à questão-chave 8, Não se faz necessária a aplicação de uma abordagem regulatória análoga à questão da proibição de divisão

de usinas, assim como não há previsão legal ou regulatória para introduzir requisitos, critérios ou restrições adicionais à comercialização de energia no Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE), além da proibição da vinculação em R\$/kWh.

A proibição de divisão tem como principal objetivo evitar que usinas com capacidade superior sejam fracionadas de modo a se enquadrarem nos limites de potência estabelecidos para a Micro e Minigeração Distribuída (MMGD), o que não guarda relação com qualquer estrutura que caracterize a comercialização de energia no SCEE.

Dada a distinção entre esses temas (divisão de usinas e comercialização de energia no SCEE), não se vislumbram justificativas aptas para a criação de um tratamento semelhante, salientando que a ANEEL já estabeleceu conceitos objetivos, sendo responsabilidade das próprias distribuidoras fiscalizar e intervir em operações irregulares que estejam em desacordo com as normas vigentes.

Em arremate, salientando que a Tomada de Subsídios em referência encontra-se disponível no portal da ANEEL, bem como que este é o passo que antecede a abertura de eventual Consulta Pública sobre o tema, é forçoso concluir que este é o momento oportuno para formulação de contribuições com vistas a defender o entendimento de que as disposições normativas relativas (i) à titularidade (propriedade/posse), (ii) à participação do consumidor no ativo de geração, bem como (iii) à remuneração por rendimento e performance de equipamentos, não merecem ser alteradas.



Marina Meyer Falcão

Presidente da Comissão de Direito da Energia da OAB/MG