

## Direito do Consumidor na Geração Compartilhada de Energia Elétrica<sup>(1)</sup>

Renata Pitta (2)

Einar Tribuci (3)

As relações mantidas entre os agentes atuantes no setor de Geração Distribuída (“GD”) e clientes são marcadas por diversas interações que conduzem as tratativas comerciais que envolvem, em linhas gerais, a produção e o consumo de energia elétrica (ainda que não se trate diretamente da venda de energia). Diante da natureza dessa relação, faz-se necessária a análise de alguns fatores que podem nos conduzir à uma interpretação mais aprofundada acerca da possibilidade dessas relações serem ou não enquadradas como relações de consumo sob a ótica do direito brasileiro.

O presente artigo limitar-se-á ao campo da geração compartilhada de energia, modalidade esta 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” (art. 2º, VII, REN 482/2012 ANEEL).

No âmbito da geração compartilhada tem sido cada vez mais frequente a realização de negócios estruturados por empreendedores que investem na implantação de um sistema de geração distribuída de energia elétrica (“usina”), e que, a partir daí, locam parte desta usina para aqueles interessados em usufruir da energia gerada e dos benefícios trazidos por este modelo.

Os consumidores interessados, por sua vez, precisarão obrigatoriamente aderir a um consórcio (regulado pela Lei 6.404/76 – Lei das S/A) ou cooperativa (prevista na Lei 5.764/71) para que possam se valer dos referidos créditos de energia gerados pela referida usina. A adesão aos referidos institutos é acompanhada da estruturação do negócio que pode variar muito, conforme as estratégias comerciais de cada empresa geradora. Alguns players, por exemplo, não ficam responsáveis pela parte comercial; outros estruturam a locação de parcela da potência da usina diretamente pelo consórcio ou cooperativa; e a depender desses modais a relação contratual com o cliente será diferente.

No entanto, independente do tipo de estrutura comercial e jurídica, lança-se os seguintes questionamentos: Existe relação de consumo entre as partes? O consórcio e/ou a cooperativa atuam na qualidade de fornecedores enquanto que um consorciado pode ser considerado como consumidor para fins do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90)?

O CDC possui quatro definições do que se pode considerar consumidor, estando elas dispostas em seus arts. 2º em seu caput, e outra no parágrafo único, e nos arts. 17 e 29. Diferentemente de alguns países, como a Alemanha e a França, o legislador nacional não limitou a caracterização do consumidor tão somente como pessoa física, incluindo no caput do art. 2º que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que

adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Como destinatário final, pode-se entender aquele que é o destinatário final econômico do produto ou serviço. Sob este conceito, o produto ou serviço utilizado não tem finalidade empresarial, destinado à revenda ou como insumo na cadeia produtiva do destinatário. Este conceito é trazido pela teoria finalista de definição de consumidor, a qual é seguida majoritariamente pela doutrina e consagrada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) como mais alinhada ao propósito da legislação de consumo, além de menos abrangente que a teoria maximalista, por sua vez.

Com a evolução da teoria finalista ao longo dos anos, passamos a contar com o finalismo aprofundado, pelo qual o consumidor passou a ganhar uma interpretação ampliada, sendo considerado como todo aquele que apresenta algum tipo de vulnerabilidade perante o fornecedor. “Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como um hotel que compra gás, por exemplo. Isto porque o CDC reconhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade” .

Tendo em vista que a finalidade do Código de Defesa do Consumidor é justamente a de tutelar a parcela da sociedade considerada como vulnerável (art. 4º, I), é preciso investigar se na situação fática apresentada, a vulnerabilidade se faz presente, seja ela técnica, fática, econômica ou informacional.

Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Após melhor conceituar o que pode ser considerado como agente vulnerável, e aplicando para o tema que se propõe este trabalho, poderíamos então dizer que os consumidores de energia no âmbito da GD possuem vulnerabilidade técnica em face das empresas geradoras, tendo em vista que eles, na qualidade de clientes, desconhecem as particularidades técnicas da operação, muitas vezes atraídos tão somente pelo benefício econômico que poderão auferir com a redução na tarifa de energia elétrica.

Em virtude da vulnerabilidade técnica, o destinatário do produto ou serviço não está em condições de avaliar a sua qualidade com o mesmo nível de conhecimento possuído pelo fornecedor, ficando em uma situação desfavorecida nesta relação, motivo pelo qual, numa análise preliminar, parece que merece ser tutelado por uma legislação mais protetiva como a do direito do consumidor.

É necessário, ainda, no caso da pessoa jurídica, que o produto ou serviço por ela utilizado não guarde qualquer relação com a atividade econômica que desenvolve, não fazendo parte da sua cadeia produtiva, sob pena de ser descaracterizado seu enquadramento como consumidora para fins do CDC. O produto ou serviço precisam ser empregados para seu próprio uso, sem o intuito de utilizá-los para a criação de novos serviços ou bens.

Especialmente no tocante ao fornecimento de energia elétrica, o STJ desenvolveu entendimento específico para que as pessoas jurídicas possam ser consideradas como vulneráveis e, portanto, destinatárias finais deste bem essencial frente aos

monopólios dos serviços públicos privatizados. Nesse sentido, em 2005, o Ministro Jorge Scartezini, no julgamento do REsp 661.145 – ES, confirmou a caracterização de uma microempresa como consumidora em face da Ecelsa. In verbis:

Com vistas, porém, ao esgotamento da questão, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.

Diante do exposto, tem-se claramente que a recorrida, empresa Glamour Indústria e Comércio de Confecções Ltda. – microempresa, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza do serviço de fornecimento de energia elétrica prestado pela recorrente, Espírito Santo Centrais Elétricas S/A – Ecelsa, com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva.

(Grifos nossos)

A leitura deste leading case poderia nos levar a crer que sem sombra de dúvidas, em se tratando de fornecimento de energia elétrica, os consumidores, ainda que pessoas jurídicas, serão enquadrados na definição do CDC, tendo em vista vulnerabilidade técnica inerente deste tipo de relação.

No entanto, mais recentemente, em 2019, a Terceira Turma do STJ decidiu em sentido contrário, justificando que o consumo de energia por uma empresa química se dá como parte da implementação de sua atividade econômica, não podendo a referida empresa ser considerada como destinatária final da energia elétrica distribuída pela CPFL (AgInt nos EDcl no Agravo em REsp 1401381 – SP. Min. Marco Aurélio Bellizze).

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO DA RECORRIDA COMO CONSUMIDORA FINAL. USO DO BEM NA PRODUÇÃO. AFASTAMENTO DO CDC. DESNECESSIDADE DE APRECIÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA DA CAUSA. RECURSO ADEQUADAMENTE FORMULADO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva). Tem-se mitigado a aplicação dessa teoria quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica, o que também não se verifica na questão em tela. Precedente.

2. A aplicação do CDC decorreu unicamente do fato de ser o bem (energia elétrica) oferecido no mercado de consumo, condição que não atrai a incidência da proteção consumerista à pessoa jurídica, empresa de estirenos. Para tanto, exige-se a demonstração de uso finalista do bem (desvinculado da implementação da atividade econômica) ou hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica, requisitos ausentes, como se observa do decisum estadual. Logo, é de rigor o afastamento do entendimento no sentido de haver relação de consumo entre as partes.

3. A pretensão da recorrida exarada no recurso especial, além de dispensar a

apreciação fático-probatória (sic), foi devidamente formulada (sic), não cabendo falar em aplicação das Súmulas 7/STJ e 283/STF nem ausência de cotejo analítico.

4. Agravo interno desprovido.  
(Grifos nossos)

Da análise dos referidos precedentes, identifica-se certa divergência de entendimentos, tomando como critério diferenciador o tipo da atividade econômica desenvolvida pela empresa consumidora de energia, o que culmina na manutenção da dúvida em relação a caracterização ou não da relação de consumo para as pessoas jurídicas aderentes à geração compartilhada.

Além disso, os referidos precedentes têm como partes empresas concessionárias de energia, diferentemente do tipo de relação interempresarial mantido entre agentes e consumidores na geração compartilhada. Tendo em vista que a empresa detentora da usina, a partir do momento que loca parte do seu equipamento aos seus clientes (passando os mesmos a usufruírem da energia elétrica por ela produzida), atrairia para si as vezes de fornecedora assim como, os referidos clientes (ainda que também sejam empresas), poderiam ser considerados como destinatários finais para fins de aplicação da teoria do finalismo aprofundado.

Outro aspecto importante a ser observado diz respeito ao fato de a operacionalização destes negócios se dar a partir da celebração de contratos que, normalmente, não há uma margem ampla de negociação e alterabilidade de suas condições. É cada vez mais comum no mercado observar que os clientes aderem o consórcio ou cooperativa, bem como os contratos e termos comerciais por adesão, inclusive por meio de plataformas digitais, e que se assemelham ao tipificado pelo art. 54 do CDC.

De acordo com o referido dispositivo, o “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Obviamente que o simples fato das partes se valerem de um contrato padronizado não é suficiente para presumir a vulnerabilidade de uma delas, mas sim necessário observar se (i) referido contrato possui cláusulas praticamente inalteráveis; (ii) as cláusulas deste instrumento já se encontram fixadas; e (iii) a padronização desse documento é decorrente da racionalização da atividade econômica objeto deste contrato.

Do lado do fornecedor, o contrato de adesão sofre as restrições impostas pelo Código do Consumidor, suas cláusulas terão que ser redigidas em termos claros, com caracteres ostensivos e legíveis, a cláusula resolutória deve ser alternativa também para o consumidor e principalmente tendo em vista o disposto no art. 47, que estabelece serem as cláusulas contraditórias sempre interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Da parte deste último a situação se inverte, permitindo-lhe, mesmo depois de contraída a obrigação, quando não observadas pelo fornecedor as regras mencionadas, denunciar cláusulas ou práticas abusivas. Os contratos de adesão devem, então, ser elaborados com cuidados especiais, buscando observar essas exigências do Código, para que não sejam objeto de impugnações judiciais e reclamações dos consumidores aos PROCONS.

Para o entendimento do alcance do art. 2º do CDC, é necessário se desfazer das amarras trazidas pela definição dos institutos e passarmos a uma análise mais profunda da realidade fática de cada situação. Os consorciados e cooperados são, de

fato, partícipes ativos da estruturação desses negócios?

Em que pese possuam regramento específico, é reconhecida a relação de consumo entre cooperativas de crédito e seus cooperados, por exemplo, sob o pretexto de que a cooperativa que oferta crédito aos seus associados equipara-se às instituições financeiras.

Seguindo esta linha, há quem defenda que uma cooperativa que possua como objeto a realização de atividades de coordenação e controle de operação de geração e transmissão de energia elétrica poderia se equiparar às concessionárias de energia elétrica para fins de enquadramento da relação mantida com seus cooperados como relação de consumo, afinal, são os mesmos consumidores destinatários da energia elétrica produzida.

Importante destacar, ainda, que os clientes que se utilizam da energia gerada pela usina são, majoritariamente, pertencentes ao grupo B, ou seja, consumidores com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV (baixa tensão), caracterizados pela tarifa monômnia e subdivididos em quatro subgrupos definidos pela REN 414/2010 ANEEL. Logo, não representam unidades consumidoras de grande porte, mas sim estruturas empresariais menores, o que pode vir a impactar diretamente na configuração da relação de consumo entre estes agentes.

A caracterização ou não como relação de consumo possui implicações práticas consideráveis, as quais podem impactar no diagnóstico de riscos inerentes à atividade, atraindo para as empresas fornecedoras (neste caso as geradoras de energia) responsabilidades ainda maiores.

Se considerados como contratos de adesão, por exemplo, os contratos celebrados no âmbito da geração compartilhada precisarão seguir as orientações do art. 54 do CDC, onde se prevê até mesmo o tamanho desejável para a fonte dos referidos instrumentos. Indenizações pela interrupção do fornecimento de energia também representam importante ponto de atenção, além da possibilidade de aplicação de multas pelos órgãos de proteção do consumidor, sem contar o dano reputacional que determinada demanda pode vir a acarretar em caso de conflito.

(1) Artigo publicado na agência CanalEnergia. Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53188148/direito-do-consumidor-na-geracao-compartilhada-de-energia-eletrica>. Acesso em 29 de setembro de 2021.

(2) Renata Pitta, advogada do Tribuci advogados. atuante na área de contratos, imobiliário e proteção de dados, especialista em Direito Empresarial pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa de São Paulo e formada em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS, atualmente cursa o LL.M. em Direito da Energia e Negócios no Setor Elétrico pelo CEDIN – Centro de Estudos em Direito e Negócios.

(3) Einar Tribuci, advogado, especializado em direito tributário pela PUC-SP, atuante no setor de energias renováveis, fundador do Tribuci Advogados.