

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Lísia Mora Rêgo

O CONTRATO DE COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE LIVRE

Porto Alegre
2017

Lísia Mora Rêgo

O CONTRATO DE COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE LIVRE

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientadora: Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera

Porto Alegre
2017

Lísia Mora Rêgo

O CONTRATO DE COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE LIVRE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Véra Maria Jacob de Fradera – Orientadora

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por ter possibilitado o aperfeiçoamento do meu estudo. Da mesma forma, agradeço a todos os professores de Direito desta Universidade, que de alguma forma contribuíram para este trabalho, e, em especial, a minha orientadora, Dra. Véra Maria Jacob de Fradera, pela incansável orientação, imprescindível para a elaboração e conclusão desta pesquisa. Agradeço, ainda, à Professora Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody pelos ensinamentos e pela oportunidade do estágio-docência.

Agradeço a minha família – em especial minha mãe, Lília, minha irmã, Daniela, e meu pai, Antônio César – pelo amor, educação e apoio, e ao meu amado, Osvaldo, pelo companheirismo e compreensão do tempo e esforço necessários à execução deste estudo.

Agradeço, ainda, aos meus colegas de jornada, e, em particular, minhas amigas Betina Kasper Glasser, Camila Damo Silva, Isabelle Ferrarini Bueno e Laís Machado Lucas, pelo apoio de todas as horas, pela palavra amiga e pela generosa troca de ideias, as quais foram fundamentais para a realização desta pesquisa.

Por fim, agradeço aos meus amigos e colegas de advocacia, Luciana de Oliveira Campos, pelo auxílio e conforto da compreensão, e Alexandre Ezechiello, cuja generosidade e amizade me inspiram e foram essenciais para que eu finalizasse este projeto.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o contrato de compra de energia no ambiente livre, diante da escassa doutrina existente na área, mormente no campo do Direito Privado. Trazem-se noções do setor elétrico brasileiro e dos seus dois ambientes de comercialização de energia, em razão de suas peculiaridades e relevância para a compreensão do tema. A energia como objeto singulariza o contrato, por tratar-se de uma *commodity* não estocável, do ponto de vista físico, e de bem móvel, do ponto de vista normativo. Em vista das características verificadas no bem energia, o instrumento apto a reger as transferências de sua propriedade é a compra e venda. O contrato em exame é típico, pois previsto no Decreto n. 5.163/2004, o qual, além de ressaltar a liberdade de pactuação, elenca apenas dois elementos necessários para constarem na avença: volume e prazo. A Convenção de Comercialização da CCEE acresce mais dois elementos como indispensáveis: preço e garantia financeira. Dessa forma, coube ao mercado, com o fundamento jurídico nos princípios da autonomia privada e boa-fé objetiva, integrarem outros elementos necessários ao contrato, criando-lhe uma estrutura básica. Para o estudo dessa estrutura, foi realizada uma análise descritiva de cláusulas obtidas em amostra qualitativa de minutas do contrato em exame. Nesse sentido, verifica-se a existência de um padrão quanto ao conteúdo geral do contrato, gerando o mínimo de segurança e previsibilidade jurídica necessárias a tornar o ambiente livre atrativo. Observando-se, porém, disparidade quanto ao conteúdo semântico de cada cláusula, mantendo-se espaço à liberdade de pactuação das partes – fundada na autonomia privada e na boa-fé objetiva – para conformarem o detalhamento do contrato como lhes for mais conveniente.

Palavras-Chave: Contrato de compra de energia. Ambiente livre. Autonomia privada. Boa-fé objetiva.

ABSTRACT

This work aims to analyze the electrical energy purchase agreement in the open market environment, given the scarce doctrine in the area, especially in the field of Private Law. Notions of the Brazilian electric sector, and its two market environments of energy commercialization, are presented due to their peculiarities and relevance to the understanding of the theme. Energy as an object singles out the contract, since it is a non-stockable commodity, from the physical point of view, and a movable property, from the normative point of view. Because of the characteristics of the energy, the instrument able to regulate the transfers of its property is the purchase agreement. The contract under examination is typical, as provided for in Decree no. 5,163/2004, which, in addition to highlighting the freedom of agreement, lists only two required elements: volume and term. The CCEE Commercialization Convention adds two more indispensable elements for the contract: price and financial guarantee. Therefore, it was up to the market, with the legal basis in the principles of private autonomy and objective good faith, to bring other necessary elements to the agreement, creating a basic structure. For studying this structure, a descriptive analysis of clauses obtained in a qualitative sample of contract drafts was carried out. There is a pattern of the general content of the contract, generating the minimum of legal security and predictability necessary to make the free market environment attractive. However, there is a disparity in the semantic content of each clause – resulting from private autonomy and objective good faith - maintaining the area of freedom of agreement of the parties.

Key-words: Electrical energy purchase agreement. Free environment. Private autonomy. Objective good faith.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACL – Ambiente de Contratação Livre
ACR – Ambiente de Contratação Regulada
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
CCD – Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição
CCEAL – Contrato de Compra de Energia no Ambiente de Contratação Livre
CCEAR – Contratos de Compra de Energia do Ambiente Regulado
CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CCEI – Contrato de Compra de Energia Incentivada
CCVEE – Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica
CCT – Contrato de Conexão ao Sistema de Transmissão
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CDE – Conta de Desenvolvimento Energético
CEMIG – Companhia Energética de Minas Gerais
CESP – Companhia Energética de São Paulo
CHESF – Companhia Hidro Elétrica do São Francisco
CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico
CNAEE – Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica
CNPE – Conselho Nacional de Política Energética
COEX – Comitê Executivo do MAE
COMAE – Conselho do Mercado Atacadista de Energia Elétrica
COPEL – Companhia Paranaense de Energia
CRC – Conta de Resultados a Compensar
CUSD – Contrato de Uso do Sistema de Distribuição
CUST – Contrato de Uso do Sistema de Transmissão
ECT – Economia dos Custos de Transação
ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
ELETRONORTE – Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A.
EPE – Empresa de Pesquisa Energética
GCE – Câmara de Gestão da Crise de Energia
GCOI – Grupo Coordenador para Operação Interligada
GCPS – Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas
GWh – Giga Watt Hora

IEE – Indústria de Energia Elétrica
IEEB – Indústria de Energia Elétrica Brasileira
kV – Kilo Volt
kW – Kilo Watt
MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica
MCSD – Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits
MME – Ministério de Minas e Energia
MRE – Mecanismo de Realocação de Energia
MW – Mega Watt
MWh – Mega Watt Hora
ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico
PCH – Pequena Central Hidrelétrica
PLD – Preço de Liquidação de Diferenças
PROINFA – Programa de Incentivo a Fontes Alternativas
RESEB – Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro
SEB - Setor Elétrico Brasileiro
SIN – Sistema Interligado Nacional
TUSD – Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição
TUST – Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL E O CONTRATO DE COMPRA DE ENERGIA NO AMBIENTE LIVRE.....	18
2.1 NOÇÕES DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL.....	19
2.1.1 Segmentos da indústria de energia elétrica	19
2.1.2 Os ambientes de contratação de energia elétrica: regulado e livre	32
2.2 A ENERGIA COMO OBJETO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA.....	44
2.2.1 A energia no seu aspecto físico e normativo	44
2.2.2 O contrato de compra e venda de energia elétrica	56
3 A CONFIGURAÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE LIVRE: OS ASPECTOS JURÍDICOS E A PRÁTICA DO MERCADO ..	74
3.1 OS ELEMENTOS DO CONTRATO DE COMPRA DE ENERGIA NO AMBIENTE LIVRE.....	75
3.1.1 O conteúdo do contrato de acordo com o Decreto n. 5163/2004, a Convenção de Comercialização da CCEE e as práticas de mercado	75
3.1.2 A relevância da autonomia privada e da boa-fé objetiva frente à liberdade de pactuação nos contratos de compra de energia no ambiente livre	89
3.2 A ANÁLISE DA MODELAGEM DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS PRATICADAS PELO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	103
3.2.1 O desenho das cláusulas previstas no Decreto n. 5.163/2004 e na Convenção de Comercialização da CCEE.....	105
3.2.2 O desenho das cláusulas com origem na autonomia privada e na boa-fé objetiva.....	112
4 CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIAS.....	135

1 INTRODUÇÃO

Os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Livre adquirem cada vez mais relevo nos dias atuais, ante à crescente dependência, tanto das atividades rotineiras individuais quanto da quase totalidade de atividades econômicas, da energia elétrica, sendo de extrema importância o desenvolvimento de um debate acadêmico sobre o tema.

Um dos aspectos a ensejar um estudo mais aprofundado acerca da contratação no ambiente livre é a crescente migração dos consumidores para esse mercado.¹ O aumento de agentes deixando de atuar no mercado cativo das distribuidoras, e passando a negociar a compra da sua energia de forma direta, muitas vezes com a própria empresa geradora, vem crescendo de forma exponencial, na medida da consolidação do setor elétrico brasileiro e da elevação sistemática dos preços praticados nas distribuidoras.

Dessa sorte, este estudo tem por objetivo explorar e sistematizar o Contrato de Compra de Energia Elétrica no Ambiente Livre, buscando traçar contornos mínimos e traços relevantes nele presentes.

¹ Nesse sentido é a notícia veiculada no site da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), informando que, só no ano de 2016, as adesões de consumidores ao mercado livre cresceram em 395%. Conforme trecho da notícia, “O número de novas habilitações de consumidores no mercado livre na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE – cresceu 395%, de janeiro a maio, na comparação com todo o ano de 2015. Até o momento, foram aprovadas 461 adesões frente aos 93 pedidos aprovados ao longo dos doze meses do ano passado. O crescimento é impulsionado principalmente pela adesão dos consumidores especiais, acrescentando 410 empresas associadas à CCEE de janeiro até maio. Em 2015, foram 72 adesões neste perfil, contemplando empresas com demanda entre 500 kW e 3MW. Essas são obrigadas a adquirir energia de Pequenas Centrais Hidrelétricas ou de fontes incentivadas especiais (eólica, biomassa ou solar). Ao todo, a CCEE registrou 535 novos agentes no ano, aumento de 55% em relação a todo o período de 2015, quando foram 345 adesões. Na época, os consumidores do mercado livre representavam 27% dos novos associados, índice que subiu para 86% em 2016. Os números confirmam a tendência migratória impulsionada pelo aumento na tarifa da energia no Ambiente de Contratação Regulada – ACR –, a queda no Preço de Liquidação das Diferenças – PLD – e a simplificação no Sistema de Medição e Faturamento. Os consumidores livres e especiais representam mais de 60% do total de agentes da CCEE. Atualmente, 3.729 agentes atuam no mercado de energia (aumento de 15% em relação a dezembro/15). Além dos 1.591 consumidores especiais e 671 consumidores livres, a Câmara de Comercialização conta com 1.144 produtores independentes, 178 comercializadores, 60 autoprodutores, 49 distribuidoras e 36 geradoras concessionárias de serviço público.” (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Adesões de consumidores ao mercado livre crescem 395% em 2016**. São Paulo [S.n.], 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/noticias/noticialeitura?contentid=CCEE_378843&_afLoop=1198827471850503#%40%3Fcontentid%3DCCEE_378843%26_afLoop%3D1198827471850503%26_adf.ctrl-state%3Dqnmtvbqlg_4>. Acesso em: 28 dez. 2016.).

Em razão da área de sua atuação profissional, a ora Mestranda, advogada do Setor Elétrico, percebeu o quão escassa é a doutrina jurídica existente na área de contratos de compra de energia no mercado livre². Não obstante, encontrem-se outros campos do conhecimento que já se debruçaram sobre a matéria, tais como Economia e Engenharia, o Direito, especialmente o Direito Privado, acabou por não se aprofundar no estudo desse tema.

O contrário verifica-se quanto ao tema no ambiente regulado e seus contratos, os quais contam com maior número de publicações e trabalhos na área jurídica-dogmática. Nessa linha, o Direito Administrativo e Regulatório tem se dedicado aos contratos de compra de energia, contudo, apesar da semelhança na nomenclatura, pouco se aproveita do seu regime jurídico para o ambiente livre. No mercado livre, vige a liberdade de negociação entre as partes de forma ampla, algo que não ocorre no ambiente regulado, afastando, assim, a aplicação do seu regramento aos contratos objeto deste estudo.

Isso porque órgãos e entidades responsáveis por regular a comercialização de energia elétrica no país – Ministério de Minas e Energia, Agência Nacional de Energia Elétrica, Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, entre outros – emitem regulamentos e deliberam acerca de conflitos. A realidade da comercialização de energia elétrica mostra-se profícua em regramentos, regulamentos e na geração de relações negociais, entretanto, permanece a doutrina sem aprofundar o estudo e a pesquisa acerca dessa matéria.

Mas, afinal, do que trata o contrato de compra³ de energia elétrica no ambiente livre? Para entender os contornos desse contrato, faz-se necessário apresentar breves noções de como o Setor Elétrico brasileiro está organizado.

Com o advento da Lei Federal n.10.848/2004, o Setor Elétrico brasileiro passou a ser organizado em dois ambientes: o regulado e o livre. Em linhas gerais, o ambiente regulado presta-se a concentrar a compra e venda de energia entre as geradoras e

² Pode-se definir *mercado* como uma coleção de compradores e vendedores que interagem, resultando na possibilidade de troca, bem como sendo um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas. (FARINA, Elizabeth M. M. Q. Prefácio. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.).

³ Esclarece-se que, em razão das práticas do mercado, a nomenclatura mais utilizada para o contrato em estudo é *contrato de compra de energia elétrica*, não se utilizando do vocábulo clássico *compra e venda*, e, por isso, essa será adotada neste trabalho.

as distribuidoras. Em decorrência de expressa disposição legal,⁴ as distribuidoras são obrigadas a garantir a integralidade de sua demanda de energia elétrica por meio de compras no ambiente regulado. Essas compras são realizadas em leilões promovidos pelo Poder Concedente, sendo os seus respectivos contratos regidos por regras do Direito Regulatório e Administrativo.

Já o ambiente livre concentra a compra e venda de energia entre os geradores e comercializadores (importadores e exportadores em menor escala) e os consumidores livres e especiais⁵. Consumidores livres são aqueles que possuem carga igual ou superior a 3 MW (três megawatts, equivalente a três mil quilowatts)⁶, e

⁴ Art. 2º Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições:

[...]

II - os agentes de distribuição deverão garantir o atendimento a cem por cento de seus mercados de energia por intermédio de contratos registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados pela ANEEL; e [...]. (BRASIL. **Decreto Federal n. 5.163 de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM>. Acesso em: 11 ago. 2016.).

⁵ Importante esclarecer que o termo “consumidor”, utilizado tanto pelo mercado de energia, como pela legislação afeta ao setor elétrico, identifica aquele figurante como “parte compradora da energia elétrica no contrato”, “adquirente”, “aquele que utiliza a energia”, e não na acepção técnico-jurídica adotada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (*art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*). Dessa forma, quando se está tratando do mercado de energia elétrica, o termo consumidor assume abrangência diversa daquela já consolidada pela técnica jurídica trazida pela legislação consumerista. Assim, utilizar-se-á a palavra “adquirente” para referir-se ao “consumidor”. E, quando for necessário empregar o vocábulo “consumidor” neste estudo, em função de referência direta à lei ou em transcrição de trecho contratual, este terá a conotação de adquirente, comprador de energia elétrica, e não a acepção de destinatário final do Código de Defesa do Consumidor.

⁶ Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

§ 1º Decorridos três anos da publicação desta Lei, os consumidores referidos neste artigo poderão estender sua opção de compra a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do sistema interligado.

§ 2º Decorridos cinco anos da publicação desta Lei, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado.

§ 2º-A. A partir de 1º de janeiro de 2019, os consumidores que, em 7 de julho de 1995, consumirem carga igual ou superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e forem atendidos em tensão inferior a 69 kV poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizatário de energia elétrica do sistema.

§ 3º Após oito anos da publicação desta Lei, o poder concedente poderá diminuir os limites de carga e tensão estabelecidos neste e no art. 16.

§ 4º Os consumidores que não tiverem cláusulas de tempo determinado em seus contratos de fornecimento só poderão exercer a opção de que trata este artigo de acordo com prazos, formas e condições fixados em regulamentação específica, sendo que nenhum prazo poderá exceder a 36

consumidores especiais são aqueles que, individualmente ou reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, possuam carga igual ou maior a 500 kW (quinhentos quilowatts)⁷.

São as grandes indústrias do país os principais agentes do mercado livre de energia, em função da maior probabilidade de o maquinário inerente à atividade industrial atender à carga mínima exigida de 3MW. Dificilmente alguma indústria

(trinta e seis) meses, contado a partir da data de manifestação formal à concessionária, à permissionária ou à autorizada de distribuição que os atenda.

§ 5º O exercício da opção pelo consumidor não poderá resultar em aumento tarifário para os consumidores remanescentes da concessionária de serviços públicos de energia elétrica que haja perdido mercado.

§ 6º É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.

§ 7º O consumidor que exercer a opção prevista neste artigo e no art. 16 desta Lei deverá garantir o atendimento à totalidade de sua carga, mediante contratação, com um ou mais fornecedores, sujeito a penalidade pelo descumprimento dessa obrigação, observado o disposto no art. 3º, inciso X, da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

§ 8º Os consumidores que exercerem a opção prevista neste artigo e no art. 16 desta Lei poderão retornar à condição de consumidor atendido mediante tarifa regulada, garantida a continuidade da prestação dos serviços, nos termos da lei e da regulamentação, desde que informem à concessionária, à permissionária ou à autorizada de distribuição local, com antecedência mínima de 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei n. 10.848, de 2004)

§ 9º Os prazos definidos nos §§ 4º e 8º deste artigo poderão ser reduzidos, a critério da concessionária, da permissionária ou da autorizada de distribuição local. (Incluído pela Lei n. 10.848, de 2004)

§ 10. Até 31 de dezembro de 2009, respeitados os contratos vigentes, será facultada aos consumidores que pretendam utilizar, em suas unidades industriais, energia elétrica produzida por geração própria, em regime de autoprodução ou produção independente, a redução da demanda e da energia contratadas ou a substituição dos contratos de fornecimento por contratos de uso dos sistemas elétricos, mediante notificação à concessionária de distribuição ou geração, com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias. (Incluído pela Lei n. 10.848, de 2004)

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica. (BRASIL. **Decreto n. 5.163 de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM>. Acesso em: 11 ago. 2016.).

⁷ Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar:[...] § 5º Os aproveitamentos referidos nos incisos I e VI do caput deste artigo, os empreendimentos com potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e aqueles com base em fontes solar, eólica e biomassa cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) poderão comercializar energia elétrica com consumidor ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 kW (quinhentos quilowatts), observados os prazos de carência constantes do art. 15 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, conforme regulamentação da ANEEL, podendo o fornecimento ser complementado por empreendimentos de geração associados às fontes aqui referidas, visando à garantia de suas disponibilidades energéticas, mas limitado a 49% (quarenta e nove por cento) da energia média que produzirem, sem prejuízo do previsto nos §§ 1º e 2º deste artigo. (BRASIL. **Lei Federal n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.).

preenchendo os requisitos para tornar-se um “consumidor livre” – sempre lembrando que o vocábulo *consumidor* aqui representa *adquirente*⁸ – não compra a sua energia no ambiente livre.

Essas compras de energia, celebradas no ambiente livre, são regidas por contratos bilaterais, de acordo com o disposto no art. 47, parágrafo único, do Decreto n. 5163, de 30 de julho de 2004⁹, o qual regulamenta a comercialização de energia. Desta forma, o decreto regulamentador da comercialização de energia no Brasil determina sejam as relações negociais no mercado livre livremente pactuadas e formalizadas por meio de contrato, o qual é objeto deste trabalho.

Causa estranheza, portanto, pelo fato de existir previsão legislativa específica, que o contrato de compra de energia no ambiente livre - tão relevante do ponto de vista econômico e social - seja pouco estudado pelo Direito Privado.

Conforme noticiado, o contrato de compra de energia no ambiente livre está previsto no art. 47, parágrafo único, do Decreto n. 5163/2004, o qual, de forma sucinta, trata dos elementos que compõem o contrato em estudo. Nele, está presente a locução “livremente pactuados”, a qual não deixa dúvidas acerca da intenção de privilegiarem-se a liberdade e a autonomia das partes quando da negociação dos termos contratuais. Ademais, esse dispositivo legal cita apenas dois elementos como essenciais ao contrato de compra de energia no ambiente livre: prazos e volumes.

A par dessa disposição, a Convenção de Comercialização da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE¹⁰) acresce elementos essenciais do contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente livre, consoante se infere do art. 4º, parágrafo 3º, cuja previsão determina a observância, pelas partes, dos

⁸ Consumidor aqui não é aquele que utiliza a energia como destinatário final, de acordo com o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor.

⁹ Art. 47. A contratação no ACL dar-se-á mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários, permissionários e autorizados de geração, comercializadores, importadores, exportadores de energia elétrica e consumidores livres. Parágrafo único. As relações comerciais entre os agentes no ACL serão livremente pactuadas e regidas por contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica, onde estarão estabelecidos, entre outros, prazos e volumes. (BRASIL. **Decreto Federal n. 5.163 de 30 de julho de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM>. Acesso em: 11 ago. 2016.).

¹⁰ Em linhas gerais, a CCEE é um dos entes mais importantes para a comercialização de energia elétrica. Entidade na qual devem ser registrados todos os contratos de compra e venda de energia celebrados no país, seja no ambiente livre, seja no regulado. É a responsável, também, por realizar os processos de contabilização da energia adquirida e utilizada pelos agentes, regulando o mercado. Todos os agentes que queiram atuar no mercado de energia devem se associar à CCEE e aderir à Convenção de Comercialização.

aspectos preço, garantias financeiras, montantes de energia e de potência e prazos¹¹ quando da elaboração do instrumento contratual.

O contrato a ser explorado ao longo deste estudo é deveras peculiar, tanto que o seu objeto, em muitas oportunidades, prevê a possibilidade de a entrega física da energia não ser realizada pelo vendedor no contrato, vindo a ser realizada por terceiro, em razão do desenho do sistema de geração e transmissão de energia elétrica no país. Essa peculiaridade, cumpre esclarecer, não configura descumprimento contratual, porquanto prevista na Convenção de Comercialização da CCEE.¹²

Ainda, o processo de registro e validação do contrato e montantes pelas partes no sistema da CCEE é a etapa mais relevante nessa contratação, cuja omissão torna ineficaz o contrato.

A energia elétrica é o objeto do contrato em estudo e compõe o rol de bens móveis, de acordo com o art. 83 do Código Civil¹³. Por essa razão, atrai para si o

¹¹ Art. 4º A comercialização de energia elétrica entre os agentes da CCEE, bem como destes com os consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á no ACR ou ACL e no Mercado de Curto Prazo, nos termos da legislação, desta Convenção e de atos complementares e das Regras e Procedimentos de Comercialização.

§ 1º A compra e a venda de energia elétrica no ACR serão feitas entre Agentes Vendedores e Agentes de Distribuição, mediante licitação, na modalidade leilão, ressalvados os casos previstos na legislação.

§ 2º A compra e a venda de energia elétrica no ACL poderão ser feitas entre agentes de comercialização, de geração, de exportação, de importação, consumidores livres e consumidores especiais.

§ 3º A contratação de energia elétrica no ACL será formalizada mediante Contratos Bilaterais livremente pactuados, que deverão prever, entre outras disposições, montantes de energia e de potência, prazos, preços e Garantias Financeiras.

§ 4º As operações realizadas no Mercado de Curto Prazo serão contabilizadas pela CCEE de acordo com as Regras e Procedimentos de Comercialização, inclusive as relativas ao intercâmbio internacional de energia elétrica e Energia de Reserva, definidas por regulamentação específica, devendo as exposições dos agentes da CCEE serem valoradas ao Preço de Liquidação de Diferenças - PLD. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em:

<https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

¹² Art. 7º Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e respectivas alterações deverão ser registrados na CCEE, independentemente da data de início de suprimento, inclusive para fins de Contabilização e Liquidação Financeira, segundo as condições e prazos previstos em Procedimentos de Comercialização específicos, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL.

§ 1º Os contratos registrados na CCEE não implicam, necessariamente, compromisso de entrega física de energia elétrica por parte dos agentes vendedores, podendo a energia ser entregue por outro agente da CCEE, ressalvando-se, para todos os efeitos, que a responsabilidade contratual pela entrega da energia continua sendo do agente vendedor referido no contrato. (Ibid.).

¹³ Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico; II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

contrato de compra e venda como o instrumento apto a formalizar sua troca de domínio por um valor pecuniário.

Dessa forma, apesar de o contrato de compra de energia elétrica no ambiente livre possuir peculiaridades que, em alguns aspectos, poderiam afastá-lo da ideia tradicional de compra e venda, não se pode negar, seja pela natureza jurídica da energia, seja pelo seu objetivo final, estar presente a gênese da compra e venda.

Por conseguinte, o contrato em exame distingue-se do contrato de fornecimento de energia elétrica celebrado entre a distribuidora e o consumidor final, não sendo esse o objeto a ser tratado neste trabalho, pois, malgrado sua relevância social, em muito já foi debatido pelo Direito. O escopo deste estudo visa à discussão acerca de contrato de compra de energia no ambiente livre, cuja relevância no âmbito social se equipara ao contrato de fornecimento de energia elétrica.

A migração para o mercado livre de energia elétrica – se bem planejada – pode trazer, conforme será detalhado a seguir, maior previsibilidade quanto a reajustes de preços e economia no valor pago pela energia elétrica consumida.

Diante das breves linhas apresentadas acerca da definição do contrato de compra de energia no ambiente livre, é possível depreender ser o contrato em estudo um instrumento regulador de trocas entre geradores ou comercializadores e grandes consumidores de energia, em sua maioria, representados por empresas. Não se ignora, inclusive, a possibilidade de que consumidores finais, se atenderem aos critérios mínimos de carga, venham a atuar no ambiente livre de energia. No entanto, diante da excepcionalidade dessa situação, ela não será abordada no presente estudo.

O desafio encontrado no trabalho adveio, principalmente, do pouco material específico existente no campo no Direito Privado, inexistindo obras completas específicas tratando do tema, sendo necessário socorrer-se de trechos de livros relativos, de alguma forma, ao assunto. Ademais, encontraram-se pouquíssimos artigos e, mais raras ainda, teses de doutorado e dissertações de mestrado, aptos a subsidiar a pesquisa. Ainda, o caráter de confidencialidade das contratações, mormente referente ao volume, prazo e preço do contrato, também dificultou a localização de material apto a fundamentar a pesquisa qualitativa a ser realizada.

Como se percebe, o intuito deste trabalho é aprofundar a pesquisa jurídica acerca das características mais relevantes do contrato de comercialização de energia no ambiente livre, bem como analisar esse contrato em seus aspectos práticos, sob o viés dos agentes atuantes no mercado livre.

Ressalta-se, por se tratar de tema multidisciplinar, terem sido utilizadas fontes de diferentes áreas do conhecimento para o desenvolvimento do trabalho (como Economia e Engenharia), com o objetivo de trazer a contextualização acerca do efetivo funcionamento do setor elétrico no país.

Na primeira parte da pesquisa, são trazidas as noções do setor elétrico brasileiro, tema de essencial importância para compreenderem-se as peculiaridades do contrato de compra de energia. Reputa-se essencial, também, o desenvolvimento acerca da energia elétrica enquanto bem jurídico, seja pela abordagem do seu aspecto físico, seja normativo, o que será realizado, igualmente, no primeiro capítulo deste trabalho.

Na segunda parte deste estudo, procura-se identificar os elementos essenciais do contrato de compra de energia no ambiente livre, trazidos pela legislação e pela regulação concernente ao setor elétrico, chamando-se atenção à relevância da autonomia privada e a boa-fé na conformação de outros elementos constantes desses contratos, não decorrentes de lei. Buscar-se-á demonstrar que a manifestação de liberdade de pactuação, nesses contratos, ocorre por meio dos princípios contratuais da autonomia privada e da boa-fé.

Por fim, na segunda parte do último capítulo, realizar-se-á exame por amostragem da modelagem dos contratos de compra de energia no ambiente livre, adotada pelo mercado nacional de energia elétrica, a partir de pesquisa qualitativa de minutas contratuais disponibilizadas na internet. O objetivo é identificar a existência (ou não) de um padrão mínimo nos instrumentos, haja vista ser a liberdade de negociação entre as partes uma disposição legal. Assim, examinar-se-ão as cláusulas recorrentes nos contratos analisados à luz das normas setoriais e dos princípios da autonomia privada e da boa-fé.

Diante do quadro apresentado, inicia-se o desenvolvimento deste estudo, com o intuito de que ele contribua para o aprofundamento da discussão sobre esse tão relevante assunto.

2 O MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL E O CONTRATO DE COMPRA DE ENERGIA NO AMBIENTE LIVRE

A energia elétrica, nos tempos atuais, é considerada bem essencial à sobrevivência do planeta, sendo de fundamental importância para o desenvolvimento na sociedade em seus mais variados aspectos. Ela abastece as indústrias, possibilita o comércio, transporte, saúde, operações financeiras. É utilizada tanto na produção agrícola como na conservação da produção e possibilita avanços científicos e tecnológicos. Por intermédio dela, há mais conforto, acesso à educação, diversão e notícias; graças à energia elétrica, é possível a comunicação à distância entre os homens.¹⁴

A energia elétrica é um bem essencial, e o seu fornecimento é considerado serviço público básico. Mesmo nas comunidades mais humildes, seus habitantes, individualmente ou organizados em associações, efetuam uma cobrança, constante e contundente, quanto à prestação desses serviços, sendo a eletricidade um dos mais relevantes pleiteados para garantir o mínimo de dignidade à vida.¹⁵

O objetivo deste primeiro capítulo é introduzir as noções necessárias acerca da conjuntura do setor elétrico brasileiro, apresentando-se os ambientes de comercialização de energia, para delimitar-se o estudo ao contrato de compra de energia no ambiente livre.

Essa explanação inicial é de extrema relevância para a compreensão da problemática na qual se inserem as relações reguladas pelo contrato de compra de energia no ambiente livre, visto tratar-se de mercado com características de funcionamento bastante específicas, as quais refletem no quadro jurídico envolvendo o contrato objeto deste estudo.

Posteriormente, apresentar-se-ão as peculiaridades físicas e normativas da energia elétrica enquanto bem objeto do contrato, as quais acabam por influenciar de forma direta a conformação da avença. Na segunda parte, fazendo um recorte da matéria a ser abordada neste trabalho, serão trazidos o conceito do contrato de compra de energia no ambiente livre, a sua previsão legal de acordo com o Decreto

¹⁴ MARIANO, Leila. A judicialização dos conflitos de eletricidade: a visão de um juiz. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 201, p. 109.

¹⁵ Ibid., p. 109.

n. 5163/2004 e as linhas gerais de classificação deste instrumento a partir da teoria geral dos contratos.

2.1 NOÇÕES DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

2.1.1 Segmentos da indústria de energia elétrica

A indústria de energia elétrica no Brasil possui quatro segmentos ou atividades econômicas distintas: a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica.¹⁶

O sistema elétrico brasileiro é basicamente composto por geradores espalhados pelo território nacional e pelas linhas de transmissão e de distribuição de energia, compondo a chamada “indústria de rede”¹⁷. Todo o sistema é eletricamente conectado, exigindo o balanço constante e instantâneo entre toda a energia produzida e consumida¹⁸.

Baseia-se em um parque gerador predominantemente hidráulico¹⁹ e em uma complexa malha de linhas de transmissão e de redes de distribuição. Os parques geradores estão, em regra, localizados a enormes distâncias dos centros de carga ou abastecimento (centros urbanos), por isso afirma-se que o sistema brasileiro é tão peculiar.²⁰

Do ponto de vista regulatório, a indústria de energia elétrica é constituída por

¹⁶ PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 263.

¹⁷ As indústrias de rede são caracterizadas pela literatura econômica como sendo aquelas atividades econômicas cuja consecução seja dependente da colaboração ou utilização de outros elementos componentes ou integrados em rede. Tais características também são verificadas nas indústrias de telecomunicações, água e esgoto, rede ferroviária etc. (Ibid., p. 272.).

¹⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor elétrico: visão geral do setor**. Brasília, [S.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

¹⁹ O Brasil dispõe de 15% da água doce existente do mundo. É dotado de uma extensa rede hidrográfica e possui clima que assegura chuvas abundantes e regulares em quase todo o seu território. Conforme informa o Atlas do Meio Ambiente do Brasil, dos 113 trilhões de metros cúbicos de água disponíveis para a vida terrestre, 17 trilhões estão vinculados para o desfrute dos brasileiros. (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Masques. **Curso de Direito de Energia: tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75.).

²⁰ VINHAES, Élbis A. Silva. O novo modelo da indústria de energia elétrica brasileira. In: SCHMIDT, Carlos et al. (Org.). **A energia elétrica em debate: a experiência brasileira e internacional de regulação**. Porto Alegre: Editora Ufrgs, 2003, p. 137.

agentes independentes que produzem, transportam e comercializam o bem energia elétrica. Os fluxos financeiros no sistema não necessariamente coincidem com os fluxos energéticos físicos, isso porque não se pode receber a energia diretamente de um único gerador, mas sim de todos os geradores ao mesmo tempo.²¹

A interconexão de linhas de transmissão de todas as regiões do país torna viável a troca otimizada de energia e de potência elétrica. O sistema interligado permite a complementação energética de uma região do país com a energia de outra região. Para o sistema receptor, o ganho se dá, por exemplo, com a possibilidade de armazenamento de vazões afluentes nos reservatórios, com a redução do deplecionamento²² ou com a retirada de operação de uma usina térmica.²³

A forma de interconexão das linhas de transmissão é extremamente complexa e requer uma coordenação centralizada²⁴ para viabilizar, de maneira efetiva, econômica e tecnicamente, o escoamento da energia produzida, alcançando a demanda imediata. A eficiência operacional depende da capacidade do sistema de transmissão de efetuar trocas físicas de energia entre vários pontos de conexão.²⁵

Em uma sucinta narrativa histórica acerca de como surgiram e foram pensados os sistemas de energia elétrica, verifica-se ter o modelo de *geração, transmissão e distribuição* de corrente elétrica pouco mais de 100 anos.

Por volta de 1876, não se tinha claro qual seria a melhor maneira de transmitir a energia elétrica gerada por uma queda d'água para um centro consumidor distante. Havia dúvida se a transmissão deveria se dar mecanicamente (via tubulação de ar comprimido ou de óleo) ou eletricamente.²⁶

Os fatos marcantes da evolução dos sistemas de potência – ocorrida nos Estados Unidos, predominantemente – concentram-se na época da realização de concorrência para a construção do complexo do *Niagara Falls*, iniciada em 1876. A

²¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor elétrico**: visão geral do setor. Brasília, [S.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

²² Segundo definição do Dicionário Houaiss, deplecionamento é o ato ou processo de extração de fluido. (DEPLECIONAMENTO. In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.).

²³ VINHAES, Élbis A. Silva. O novo modelo da indústria de energia elétrica brasileira. In: SCHMIDT, Carlos et al. (Org.). **A energia elétrica em debate**: a experiência brasileira e internacional de regulação. Porto Alegre: Editora Ufrgs, 2003, p. 146.

²⁴ A coordenação é realizada pelo Operador Nacional do Sistema – ONS, ente a ser explicitado no decorrer do trabalho.

²⁵ VINHAES, op. cit., p. 146-147.

²⁶ GARCIA, Ariovaldo; MONTICELLI, Alcir. **Introdução a sistemas de energia elétrica**. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2000, p. 16-17.

evolução dos conceitos sobre os sistemas de potência se deu em um período de 15 anos, de 1876 a 1891, acabando por definir as principais características dos sistemas como são hoje conhecidos.²⁷

O *modelo de transmissão* elétrica foi adotado no Brasil desde o nascedouro da indústria da energia elétrica.²⁸ Na história recente brasileira, a consolidação da separação dos segmentos de geração, transporte (transmissão e distribuição) e comercialização de energia, bem como a definição de administração de cada segmento por agentes distintos teve início na década de 1990. A reforma estrutural, a qual culminou na separação dos três grandes segmentos envolvendo o processo da energia elétrica (geração, transmissão e distribuição) decorreu da busca por eficiência e autonomia econômica do setor elétrico mundial.²⁹

Assim, a *geração* é o segmento da indústria de eletricidade responsável pela transformação de qualquer outra forma de energia não disponível para aproveitamento na natureza – tais como cinética, química, solar, eólica – em energia elétrica.³⁰

Os geradores transformam a energia mecânica em elétrica e injetam essa potência gerada na rede de transmissão. A energia mecânica é fornecida por turbinas hidráulicas ou a vapor e, neste último caso, a energia térmica pode ter origem no carvão, gás, nuclear, óleo, bagaço de cana, entre outras.³¹

²⁷ GARCIA, Ariovaldo; MONTICELLI, Alcir. **Introdução a sistemas de energia elétrica**. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2000, p. 17.

²⁸ A primeira usina elétrica instalada no Brasil foi em Campos, RJ, em 1883. Em 1889, uma usina hidroelétrica iniciou suas atividades em Juiz de Fora, MG. Em 1920, cerca de 300 empresas serviam a 431 localidades com capacidade instalada de 354.980 kW, sendo 276.100 kW em usinas hidrelétricas e 78.880 kW em usinas termoelétricas. Em 1939, o número de empresas chega a 1.176, com 738 hidrelétricas e 637 termoelétricas. Nessa época, mais de 70% de toda a capacidade instalada no Brasil pertencia a duas empresas: a LIGHT (Brazilian Traction & Light Electric Company) que atendia São Paulo (parte) e Rio de Janeiro (total) e a AMFORP (American & Foreign Power Co.) que se espalhava pelo resto do país (Natal, Recife, Maceió, Salvador, Vitória, Niterói, Petrópolis, Belo Horizonte, São Paulo – parte do interior do estado – Curitiba, Porto Alegre e Pelotas). (GARCIA, MONTICELLI, op. cit., p. 18).

²⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor elétrico: visão geral do setor**. Brasília, [S.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

³⁰ Neste sentido: PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 264; e WALTENBERG, Davi A. M. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 359.

³¹ GARCIA; MONTICELLI, op cit., p. 3.

Especificamente no Brasil, o segmento de geração é bastante pulverizado, atualmente contando, segundo dados da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL 2014), com 3.152 empreendimentos geradores. A maioria desses empreendimentos, 1.570, são usinas termelétricas de médio porte, movidas a gás natural, biomassa, óleo diesel, óleo combustível e carvão mineral.

Dos três segmentos participantes do processo efetivo da energia elétrica, o setor de geração de energia elétrica é o único a admitir a existência de competição entre os diferentes agentes econômicos atuantes e as distintas fontes energéticas.³²

O *segmento de transmissão* consiste no transporte da energia elétrica gerada pelo sistema produtor às subestações distribuidoras, bem como na interligação de dois ou mais geradores.³³ O setor de transmissão de energia elétrica caracteriza-se por ser um monopólio natural, sendo a atividade reconhecida como serviço público de competência da União Federal, por força do art. 21 da Constituição Federal³⁴ e da legislação setorial em vigor.³⁵

Sob o prisma do fenômeno físico da energia elétrica, as transmissoras são responsáveis por construir, operar e manter as redes de alta tensão necessárias ao escoamento da energia elétrica entre os pontos de geração e distribuição.³⁶

O Brasil possui um dos mais complexos sistemas de transmissão de energia elétrica do mundo, pois a imensa maioria do território nacional encontra-se interligada em uma única rede – o Sistema Interligado Nacional.³⁷

O Sistema Interligado Nacional – SIN – é um conjunto de instalações e equipamentos responsáveis pelo suprimento de energia elétrica de todas as regiões do país (Sul, Sudeste, Centroeste, Noroeste e parte do Norte), de modo a mantê-las interligadas eletricamente. No SIN comercializa-se aproximadamente 98% da energia

Apesar disso, praticamente 70% da capacidade instalada no país, e 74% da energia gerada, são de origem hidrelétrica e limpa, contando com 199 empreendimentos de grande porte, 418 Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) e 385 microusinas hidrelétricas. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor elétrico**: visão geral do setor. Brasília, [S.n., 20-]. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>>. Acesso em: 2 mai. 2016.).

³² Neste sentido: ROLIM, Maria João Pereira. **Direito econômico da energia elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3; e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A tutela da concorrência no setor de energia elétrica. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.) **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 254.

³³ PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 264.

³⁴ 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; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.ht>. Acesso em 11 set. 2016.).

³⁵ SAMPAIO, op. cit., p. 248.

³⁶ PIMENTA, op. cit., p. 264.

³⁷ SAMPAIO, op cit., p. 248.

elétrica gerada no país.³⁸

O SIN pode ser entendido, analogamente, como um sistema de caixa único, no qual todos os geradores injetam energia elétrica, e todos os consumidores retiram a energia elétrica, para, posteriormente, com base em dados de medições, realizar-se um balanço, apurando-se quem gerou e quem consumiu, fazendo-se um encontro de contas.³⁹

Em função das dimensões do país, o Sistema Interligado Nacional (SIN) exige uma coordenação sistêmica para assegurar a chegada da energia gerada pelos aproximadamente 3.000 empreendimentos em operação⁴⁰ aos centros de consumo com segurança, além de garantir o suprimento de forma contínua, com qualidade e com preços acessíveis a todos (universalização do atendimento).⁴¹

Essa coordenação é feita pelo Operador Nacional do Sistema (ONS), cuja função básica é controlar a operação eletroenergética das instalações de geração e de transmissão de energia elétrica do SIN. O ONS, com base em dados emitidos em tempo real, determina quais os geradores devem operar naquele momento e quais linhas de transmissão devem ser utilizadas.⁴²

O segmento de distribuição, por sua vez, consiste na construção, operação e

³⁸ DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 48.

É importante ressaltar que apenas 2,2% da produção de eletricidade do País ainda se encontra fora do SIN, em pequenos sistemas elétricos dimensionados apenas para o atendimento de necessidades localizadas, chamados de Sistemas Isolados, que se encontram, principalmente, na região amazônica. De acordo com a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), o governo precisará contratar 52 gigawatts (GW) de potência instalada para o SIN até 2021, dado o crescimento da atividade econômica do País – projeções levam em consideração uma expansão média anual do Produto Interno Bruto de 4,7% nos próximos dez anos – e, conseqüentemente, da demanda de energia, com uma elasticidade-renda do consumo de energia de aproximadamente 1,01. (PORTAL BRASIL. **Sistema interligado nacional atende 98% do mercado brasileiro**. Brasília, [S. n.], 28 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2011/12/sistema-interligado-nacional-atende-98-do-mercado-brasileiro>>. Acesso em: 02 set. 2016.).

³⁹ CAMPOS, Clever M. **Introdução ao direito de energia elétrica**. São Paulo: Ícone, 2001, p. 24.

⁴⁰ Predominantemente hidrotérmico de grande porte, o sistema elétrico brasileiro é constituído de instalações de produção e transmissão de energia elétrica, todas interligadas. A capacidade instalada da matriz de energia elétrica do Brasil alcançou, em março de 2013, 122,9 mil megawatts (MW), potência 64,3% maior do que os 74,8 mil MW instalados em dezembro de 2001. (PORTAL BRASIL, op. cit.).

⁴¹ Ibid.

O segmento de transmissão conta com 77 concessionárias, responsáveis pela administração e operação de mais de cem mil quilômetros de linhas de transmissão espalhadas pelo país, conectando os geradores aos grandes consumidores ou, como é o caso mais comum, às empresas distribuidoras. No Brasil, o segmento de transmissão caracteriza-se por operar linhas em tensão elétrica superior a 230 mil Volts, conforme informações da <http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>.

⁴² PORTAL BRASIL, op. cit.

manutenção de redes de média e baixa tensão necessárias à disponibilização de energia elétrica aos consumidores finais – expressão agora utilizada na acepção do art. 2º do CDC – e aos adquirentes que, mesmo não sendo consumidores finais, recebem a energia da distribuidora.⁴³

Este setor caracteriza-se por ser um monopólio natural e encontra-se sujeito a um regime de concessão de serviço público com exclusividade, não havendo concorrência no interior de cada área de concessão. No modelo de regulação definido pela União Federal⁴⁴, cada área comporta apenas uma distribuidora, sem sobreposição das regiões geográficas.⁴⁵

Os segmentos de transmissão e de distribuição de energia no Brasil têm seus preços regulados pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, a qual regula o setor. Desse modo, as empresas integrantes desses segmentos não são livres para praticar os preços desejados, porquanto, vinculadas a contratos de concessão firmados com o Poder Público, os quais, usualmente, contam com mecanismos de revisões e reajustes tarifários periódicos, operacionalizados pela própria ANEEL.⁴⁶

O segmento de comercialização de energia é relativamente novo, tanto no Brasil quanto no mundo, e também está caracterizado pela possibilidade de competição.⁴⁷ Seu surgimento atrela-se à reestruturação do setor elétrico, ocorrida na década de 1990, e seu papel relaciona-se ao contexto econômico e institucional. As comercializadoras não atuam no processo físico de produção e transporte da energia,

⁴³ PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 264.

⁴⁴ Nas palavras de Edgard Antonio Pereira: “a ‘mão visível’ da regulação substitui a ‘mão invisível’ do mercado”. (PEREIRA, Edgard Antonio. Regulação e Mercado. In: LANDAU, Elena (Org.). **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, v. 1, p. 147.).

⁴⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A tutela da concorrência no setor de energia elétrica. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.) **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 245.

No Brasil, esse segmento é composto por 63 concessionárias, as quais são responsáveis pela administração e operação de linhas de transmissão de menor tensão (abaixo de 230 mil Volts), mas principalmente das redes de média e baixa tensão, como aquelas instaladas nas ruas e avenidas das grandes cidades. É a empresa distribuidora quem leva a energia elétrica às residências e pequenos comércios e indústrias, conforme informações da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor elétrico: visão geral do setor**. Brasília, [S.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>>. Acesso em: 2 mai. 2016.).

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro. In: LANDAU, Elena (Org.). **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, v. 1, p. 242.

tratando-se de atividade meramente comercial.⁴⁸

Essas empresas, em regra, adquirem a energia elétrica das geradoras e comercializam-na aos consumidores livres ou especiais, mediante condições e preços livremente pactuados.⁴⁹ Atualmente, existem mais de 170 agentes de comercialização de energia elétrica no Brasil,⁵⁰ muitos deles atuando como intermediários entre usinas e consumidores livres.

Aspecto recorrente, estudado pela doutrina ao tratar do setor elétrico, é o marco regulatório do novo modelo do setor elétrico. A remodelagem da forma como são realizadas as trocas de energia elétrica no país começou a ocorrer na década de 1990 (mais especificamente entre 1996 e 1998, a partir do chamado “Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Projeto RE-SEB”⁵¹), culminando com seu aperfeiçoamento institucional em 2004. Todo o arcabouço legal vigente a partir do ano de 2004 é conhecido como o “Marco Regulatório do Novo Modelo do Sistema Elétrico”⁵².

Até 1997 o Setor Elétrico brasileiro era basicamente um monopólio estatal

⁴⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor elétrico**: visão geral do setor. Brasília, [S.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

Segundo dispõem os art. 26, II da Lei n. 9.427/96 e art. 9º do Decreto n. 2.655/98, as comercializadoras, para poderem atuar no mercado de energia, devem possuir autorização do Poder Concedente. (BRASIL. **Lei Federal n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016; e BRASIL. **Decreto n. 2.655, de 2 de julho de 1998**. Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2655.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.).

⁴⁹ PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 265.

⁵⁰ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Adesões de consumidores ao mercado livre crescem 395% em 2016**. São Paulo [S.n.], 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/noticias/noticialetitura?contentid=CCEE_378843&_afLoop=1198827471850503#%40%3Fcotentid%3DCCEE_378843%26_afLoop%3D1198827471850503%26_adf.ctrl-state%3Dqnmtvbqlg_4>. Acesso em: 28 dez. 2016.

⁵¹ Para maiores informações sobre o Projeto RE-SEB ver REGO, Erik Eduardo. **Aspectos regulatórios e financeiros nos leilões de energia elétrica**: a lição das usinas botox. Rio de Janeiro: Synergia, 2009.

⁵² A década de 1980 foi marcada pela crise da dívida externa brasileira, resultando em cortes de gastos e investimentos pelo governo. As tarifas de energia, que eram iguais para todo o país, foram mantidas artificialmente baixas como medida de contenção da inflação, não garantindo às empresas do setor uma remuneração suficiente para o seu equilíbrio econômico. Também vigorava a equalização tarifária entre todos os estados brasileiros, provocando subsídios cruzados entre empresas eficientes e ineficientes. Tal quadro levou à prestação do serviço de fornecimento de energia deficiente e à falta de investimentos para expansão da capacidade de geração energética do país.

administrado por empresas federais e estaduais.⁵³ As reformas iniciadas em meados da década de 1990 não garantiram a suficiente expansão da oferta de energia, levando o país a um grande racionamento em 2001.⁵⁴

Em decorrência desse contexto, a partir de 2004, novos ajustes ao modelo foram elaborados pelo governo com o intuito de reduzir-se os riscos de falta de energia e melhorarem-se o monitoramento e controle do sistema, reestruturando o planejamento de médio e longo prazo do setor energético do país.⁵⁵

O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico tem nas Leis Federais n.10.848/2004 e n. 10.847/2004 seus alicerces fundamentais. Destacam-se, ainda, quanto a atos normativos relevantes ao novo modelo regulatório, o Decreto n. 5.163/2004, que regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia, entre outras providências; o Decreto n. 5.175/2004, que institui o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE); e o Decreto n. 5.184/2004, criador da Empresa de Pesquisa Energética (EPE).⁵⁶

Os princípios norteadores do novo modelo buscavam (i) a modicidade tarifária, (ii) a confiabilidade no suprimento, e (iii) a remuneração adequada aos investimentos na expansão do sistema e na universalização do acesso e uso dos serviços de energia elétrica.⁵⁷ Ademais, o novo marco regulatório preocupou-se em trazer regras claras e estáveis, buscando prestigiar a segurança jurídica.⁵⁸

O novo modelo concilia o planejamento estatal com a competição de mercado,

⁵³ Neste sentido: WALTENBERG, Davi A. M. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 352-358; LEITE, Antonio Dias. **A energia no Brasil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007; e GOMES, Leonardo Lima; LUIZ, Ivone Gonçalves. Valor adicionado aos consumidores livres de energia elétrica no Brasil por contratos flexíveis: uma abordagem pela teoria das opções. **Revista Eletrônica de Administração**, v. 15, n. 2, p. 307-333, maio/ago. 2009, p. 308.

⁵⁴ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Adesões de consumidores ao mercado livre crescem 395% em 2016**. São Paulo [S.n.], 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/noticias/noticia-leitura?contentid=CCEE_378843&_afLoop=1198827471850503#%40%3Fc%20contentid%3DCCEE_378843%26_afLoop%3D1198827471850503%26_adf.ctrl-state%3Dqnmtvbqlg_4>. Acesso em: 28 dez. 2016.

⁵⁵ COMERC Energia. **Eletrosul Centrais Elétricas. O setor elétrico brasileiro: operação, contabilização e comercialização**. São Paulo: Comerc, 2006, p. 11.

⁵⁶ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 5.

⁵⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor elétrico: visão geral do setor**. Brasília, [S.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

⁵⁸ Ibid.

visando a atrair o capital privado por meio da redução significativa no risco do investimento, sem deixar de manter, todavia, a atuação das empresas estatais. Por conta desses fatores, foi chamado de “Modelo Híbrido Brasileiro”.⁵⁹

A reforma institucional, iniciada em 1995 e complementada em 2004, trouxe novos agentes ao setor elétrico brasileiro, almejando um ideal de equilíbrio institucional entre os agentes do governo, os públicos e os privados.

Nesse sentido, os agentes atuantes nesse setor são (i) o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)⁶⁰, (ii) o Ministério de Minas e Energia (MME)⁶¹, (iii) a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)⁶², (iv) o Operador Nacional do Sistema (ONS)⁶³, (v) a Empresa de Pesquisa Energética (EPE)⁶⁴, (vi) a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)⁶⁵, e (vii) o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE)⁶⁶.

De forma mais detalhada, examinaremos a ANEEL, o ONS e a CCEE, visto serem estes os entes mais relevantes e com maior participação no contexto dos contratos de compra e venda de energia.

A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica – foi instituída pela Lei Federal n. 9.427/96, sob a forma de autarquia especial para ser uma agência reguladora setorial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. A agência é dotada de um amplo espectro de competências, tais como: regulação técnica e econômica; atribuições de

⁵⁹ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 4.

⁶⁰ Vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Minas e Energia, responsável por propor a política energética nacional, licitações individuais de projetos especiais e o critério de garantia estrutural de suprimento. (COMERC Energia. Eletrosul Centrais Elétricas. **O setor elétrico brasileiro**: operação, contabilização e comercialização. São Paulo: Comerc, 2006, p. 12.).

⁶¹ Órgão responsável pela formulação e implementação da política energética do País (geologia, recursos minerais e energéticos). Cabe a ele planejar, administrar e criar leis dessa natureza, bem como supervisionar e controlar a execução dessas políticas com vistas ao desenvolvimento energético nacional. (Ibid., p. 12.).

⁶² Criada pela Lei n. 9.427/1996, tem por objetivo regularizar e fiscalizar a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica no Brasil. Por isso, cabe à ANEEL expedir contratos de concessão e autorização para a exploração do Setor, bem como fiscalizar o serviço prestado, garantindo a sua qualidade e o cumprimento dos direitos do consumidor. (Ibid., p. 12.).

⁶³ Associação civil e privada que coordena e controla a operação das instalações de produção de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional (SIN), garantindo a continuidade, qualidade e economicidade do suprimento de energia elétrica. (Ibid., p. 12.).

⁶⁴ Agente responsável por projetar a expansão dos sistemas de geração e transmissão, tendo como principal subsídio o planejamento de mercado, feito pelas distribuidoras. (Ibid., p. 12.).

⁶⁵ Agente responsável por administrar a comercialização e a contratação de energia, substituindo o MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica. (Ibid., p. 12.).

⁶⁶ Agente cuja função é monitorar as condições de atendimento no período de cinco anos, recomendando ações preventivas para restaurar a segurança do suprimento. (Ibid., p. 12.).

Poder Concedente para conferir outorgas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica⁶⁷; titulação e fiscalização de atividades setoriais relacionadas com a cadeia produtiva da energia elétrica, e regulação de tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica.⁶⁸

O ONS – Operador Nacional do Sistema – criado pelo art. 13 da Lei n. 9.648/98, é o ente centralizador do despacho da geração e da transmissão. O ONS define quais linhas de transmissão serão utilizadas, quais usinas irão operar e qual a quantidade de energia a ser produzida por cada empreendimento.⁶⁹

O despacho centralizado da geração de energia só é possível porque os contratos firmados entre os agentes do setor elétrico (geradores, distribuidores e consumidores), registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE –, constituem apenas instrumentos financeiros. Isto significa que a produção física das usinas é completamente desvinculada dos contratos firmados por seus proprietários.⁷⁰ Nesse contexto, salienta-se existirem profundas discrepâncias na capacidade de geração e de consumo de energia elétrica nos diferentes Estados da Federação. Como há unidades federativas que produzem mais do que necessitam e vice-versa, há a necessidade de intercâmbio energético para suprir todas as demandas nacionais, sendo o ONS o órgão competente por ordenar o fluxo de energia elétrica⁷¹ no Sistema Interligado Nacional – SIN.⁷²

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE –, criada por intermédio da Lei Federal n. 10.848/2004, substituiu o Mercado Atacadista de Energia

⁶⁷ Salienta-se que a Lei n. 10.848/2004, alterou, entre outras coisas, o inciso II, do art 3 da Lei n. 9.427/1996, a competência inicialmente atribuída à ANEEL, restringindo a promoção de licitações de concessões, mediante delegação do Poder Concedente.

⁶⁸ GONÇALVES, João Alfredo Serra Baetas. Possível conflito de competências entre a ANEEL e a CCEE quanto à aplicação de penalidades. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 61.

⁶⁹ Ibid., p. 65.

⁷⁰ Ibid., p. 65.

⁷¹ Para operar o SIN, o ONS conta com cinco Centros de Operação espalhados pelo País, realizando, ininterruptamente, a coordenação, a supervisão e o controle da operação de toda a matriz de energia elétrica brasileira. Esses centros controlam mais de 49 mil intervenções anuais; recebem, a cada 4 segundos, mais de 40 mil registros de medidas; gravam mais de 10 milhões de registros por dia; e têm à disposição 761 instruções de operação e 1.040 diagramas atualizados. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor elétrico**: visão geral do setor. Brasília, [S.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>>. Acesso em: 2 mai. 2016.).

⁷² SANCHES, Luiz Antônio Ugeda. **Curso de direito da energia**. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011, p. 304.

Elétrica – MAE⁷³ – na contabilização e liquidação das transações de compra e venda de energia realizadas entre agentes do setor elétrico, tanto no Ambiente de Contratação Regulada (ACR) quanto no Ambiente de Livre Contratação (ACL).⁷⁴

A CCEE destaca-se no quadro institucional do setor elétrico como a organização responsável pela viabilização da comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), Ambiente de Contratação Regulada (ACR), Ambiente de Contratação Livre (ACL) e Mercado de Curto Prazo.⁷⁵

Para uma melhor compreensão do papel desempenhado pela CCEE, deve-se ter presente que a energia elétrica constitui uma *commodity*⁷⁶, não podendo ser armazenada.⁷⁷ Nesse sentido, trata-se de bem fungível, podendo ser livremente trocada. Por isso, existe uma separação entre o mundo físico (do despacho gerido pelo ONS, determinando quais usinas devem operar a cada momento) e o contratual, cujos registros e liquidações ocorrem frente à CCEE. Assim, a celebração de um contrato de compra e venda de energia não significa a entrega física associada àquelas partes contratantes necessariamente.⁷⁸

O ponto de contato entre o mundo físico e o contratual ocorre na CCEE, a qual registra todos os contratos de compra e venda e as medições dos agentes atuantes no mercado de energia elétrica.⁷⁹ A contabilização da CCEE leva em consideração toda a energia contratada por parte dos agentes e toda a energia efetivamente verificada (consumida ou gerada).

As empresas geradoras, distribuidoras e comercializadoras de energia elétrica registram na CCEE os montantes de energia contratada, assim como os dados de

⁷³ Até 2002, as transações de energia elétrica entre as empresas atuante no Sistema Interligado Nacional – SIN – eram operacionalizadas em um ambiente virtual e sem personalidade jurídica, denominado Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE.

⁷⁴ GONÇALVES, João Alfredo Serra Baetas. Possível conflito de competências entre a ANEEL e a CCEE quanto à aplicação de penalidades. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 64-65.

⁷⁵ DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 53.

⁷⁶ Segundo definição do Dicionário Houaiss, *commodity* é qualquer bem em estado bruto, geralmente de origem agropecuária ou de extração mineral ou vegetal, produzido em larga escala mundial e com características físicas homogêneas, seja qual for sua origem, geralmente destinada ao comércio externo. (COMMODITY. In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.).

⁷⁷ GONÇALVES, op. cit., p. 65.

⁷⁸ LIMA, Ricardo Gobbi. Comercialização de energia: alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Elena (Org.). **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, v. 1, p. 368.

⁷⁹ Ibid., p. 368.

medição, permitindo-se, dessa forma, determinar a diferença entre o produzido ou consumido (energia verificada) e o contratado (energia contratada).⁸⁰

É exatamente no processo de contabilização realizado pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE – que os contratos de compra de energia elétrica assumem o papel de protagonistas no mercado do setor elétrico.

O processo de contabilização está regulado de forma mais detalhada na Convenção de Comercialização de Energia Elétrica da CCEE,⁸¹ bem como nas Regras⁸² e Procedimentos de Comercialização⁸³.

O citado protagonismo justifica-se, pois, todos os contratos celebrados entre os agentes, seja no Ambiente de Contratação Regulada (ACR), seja no Ambiente de Contratação Livre (ACL), devem ser registrados na CCEE.

Embora a Câmara não registre preços e outras condições específicas dos contratos, ela mantém registro completo dos montantes de energia negociados e seus respectivos períodos de vigência, assim como possui os valores de medições tanto de consumo como de produção de energia elétrica, levando em consideração, de um lado, toda a energia contratada, e, de outro, toda a energia consumida ou gerada.⁸⁴

Com base nessas informações, a CCEE realiza a contabilização, que consiste

⁸⁰ COMERC Energia. Eletrosul Centrais Elétricas. **O setor elétrico brasileiro**: operação, contabilização e comercialização. São Paulo: Comerc, 2006, p. 12.

⁸¹ Art. 4º A comercialização de energia elétrica entre os agentes da CCEE, bem como destes com os consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á no ACR ou ACL e no Mercado de Curto Prazo, nos termos da legislação, desta Convenção e de atos complementares e das Regras e Procedimentos de Comercialização.

[...]

§ 4º As operações realizadas no Mercado de Curto Prazo serão contabilizadas pela CCEE de acordo com as Regras e Procedimentos de Comercialização, inclusive as relativas ao intercâmbio internacional de energia elétrica e Energia de Reserva, definidas por regulamentação específica, devendo as exposições dos agentes da CCEE serem valoradas ao Preço de Liquidação de Diferenças - PLD.

(AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc_ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016).

⁸² As regras de comercialização são um conjunto de equações matemáticas e fundamentos conceituais, complementares e integrantes à Convenção de Comercialização que, associadas aos respectivos Procedimentos de Comercialização, estabelecem as bases necessárias para a operação comercial e as disposições aplicáveis ao processo de contabilização e liquidação desenvolvido na CCEE. (DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009, p. 91.).

⁸³ Os procedimentos de Comercialização (PdC) são um conjunto de normas aprovadas pela ANEEL definindo condições, requisitos, eventos e prazos relativos à comercialização de energia elétrica na CCEE. (Ibid., p. 91.).

⁸⁴ COMERC Energia. Eletrosul Centrais Elétricas. **O setor elétrico brasileiro**: operação, contabilização e comercialização. São Paulo: Comerc, 2006, p. 42.

em apurar a comercialização de energia elétrica, determinando, em intervalos temporais definidos, a situação de cada um dos agentes enquanto credores e devedores dela própria.⁸⁵

As diferenças apuradas, positivas ou negativas, são contabilizadas para posterior liquidação financeira no Mercado de Curto Prazo e valoradas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD)⁸⁶. Dessa forma, se o agente comprou (e registrou da forma devida) certo montante na CCEE e acabou consumindo mais energia do que aquela coberta pelo contrato, deverá pagar essa diferença a maior no Mercado de Curto prazo, pelo Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).

Ocorre o mesmo quando uma geradora gerou mais energia do se comprometeu por meio de contrato. Se ela gerou mais, é porque houve a necessidade do mercado (o ONS determinou a atuação daquele gerador), e outro agente consumiu essa energia sem a devida cobertura contratual. Quem gerou a mais irá receber por essa energia no Mercado de Curto Prazo ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).

Por essa razão, afirma-se que o mercado de curto prazo consiste em um “mercado de diferenças”, também chamado de “mercado *spot*”.⁸⁷

As relações estabelecidas no Mercado de Curto Prazo podem ser vistas como uma contratação multilateral, seguindo as Regras de Comercialização estabelecidas pela CCEE, obrigatórias a todos os filiados à Câmara, e aprovadas pelas ANEEL.

Trazidas as noções introdutórias acerca do setor elétrico brasileiro, passa-se a abordar como estão organizados os ambientes de contratação de energia no país.

⁸⁵ COMERC Energia. Eletrosul Centrais Elétricas. **O setor elétrico brasileiro**: operação, contabilização e comercialização. São Paulo: Comerc, 2006, p. 42.

⁸⁶ Também conhecido como “preço spot”, é o preço a ser divulgado pela CCEE, calculado antecipadamente, com periodicidade máxima semanal e com base no custo marginal de operação, limitado por preços mínimo e máximo, vigente para cada período de apuração e para cada submercado, pelo qual é valorada a energia comercializada no Mercado de Curto Prazo.

O PLD é calculado em base ex-ante (considerando informações previstas de disponibilidade e carga) para as semanas iniciando-se aos sábados e terminando na sexta-feira, podendo conter dois meses adjacentes. O preço servirá para a liquidação de toda a energia não contratada entre os agentes.

Este preço é determinado para cada um dos submercados, de modo a existir um preço único dentro de cada um destes submercados. Para sua determinação são utilizados os softwares NEWAVE, DECOMP e DESSEM, que determinarão o CMO em cada submercado. O CMO (custo marginal de operação) é o maior valor entre os custos das unidades geradoras.

Já o MRE (Mecanismos de Realocação de Energia) tem o objetivo de compartilhar os riscos hidrológicos que afetam os geradores. Além disso, garante que todos os geradores comercializem a Energia Assegurada atribuída pela ANEEL. O MRE realoca a energia, transferindo o excedente daqueles que geraram além de sua Energia Assegurada, para aqueles que geraram abaixo por imposição do despacho ótimo do sistema. Todas as hidrelétricas despachadas centralizadamente participam do MRE. (COMERC Energia. Eletrosul Centrais Elétricas. **O setor elétrico brasileiro**: operação, contabilização e comercialização. São Paulo: Comerc, 2006, p. 42.).

⁸⁷ Ibid., p. 42.

2.1.2 Os ambientes de contratação de energia elétrica: regulado e livre

Por meio da Lei Federal n. 10.848/2004⁸⁸, foram criados dois ambientes de contratação de energia elétrica no país: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL).⁸⁹

Em ambos os ambientes, as relações entre vendedores e compradores são formalizadas por contratos de compra e venda de energia, os quais, sem exceção, devem ser registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), visto que essa formalidade vincula as contratações ao mercado de curto prazo. Toda e qualquer transação de energia não registrada mediante contrato estará sujeita à contabilização e à liquidação, de forma compulsória, no mercado de curto prazo da CCEE, conforme explicitado anteriormente.⁹⁰

Todos os contratos, independentemente do ambiente de contratação, são considerados no processo de contabilização, compondo o lastro de cada agente para todos os efeitos.⁹¹

Os vendedores de energia, em qualquer dos ambientes, são os geradores, atuantes em regime de serviço público ou uso de bem público, e os comercializadores, compradores e vendedores de energia produzida por terceiros.⁹²

Os compradores de energia são denominados pela legislação setorial “consumidores”. Como já se esclareceu por ocasião da Introdução deste estudo, a nomenclatura “consumidor” utilizada pela legislação afeta ao setor elétrico peca pela falta de precisão técnico-jurídica, pois o vocábulo não denota quem é,

⁸⁸ 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. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.848, de 15 de março de 2004**. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

⁸⁹ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 6.

⁹⁰ Ibid., p. 6.

⁹¹ Ibid., p. 6.

⁹² Ibid., p. 7.

necessariamente, o consumidor final da energia elétrica.

Nesse sentido é a crítica de Maurício Tolmasquim, para quem o termo consumidor designa todos os usuários de energia elétrica, sem distinguir pequenos consumidores de grandes indústrias. Tal peculiaridade traz a dificuldade de contemplar interesses tão diversos em um segmento único, haja vista os consumidores poderem ser classificados como *cativos*⁹³, *livres*⁹⁴, *potencialmente livres*⁹⁵ e *especiais*.⁹⁶

O Ambiente de Contratação Regulada (ACR) foi idealizado como forma de substituir a livre contratação do suprimento de energia elétrica pelas distribuidoras, possível até 2004, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.648/1998⁹⁷. Com o advento da Lei n. 10.848/2004, em seu art. 2º⁹⁸, as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Integrado Nacional – SIN – passam a ter a obrigatoriedade de garantir a totalidade do seu mercado por meio de contratação no ACR.⁹⁹

Optou-se por um modelo concorrencial regulado, afastando-se as distribuidoras da exposição ao ambiente de livre competição. A contratação regulada se dá por

⁹³ Consumidor cativo é aquele que tem seu fornecimento de energia provido pelas distribuidoras de energia. O mercado das distribuidoras também é chamado de mercado cativo.

⁹⁴ Consumidor livre é aquele que possui carga igual ou superior a 3 MW (três megawatts, equivalente a três mil quilowatts), de acordo com o que dispõem os arts. 15 e 16 da Lei n. 9.074/1995.

⁹⁵ O consumidor potencialmente livre é aquele que, a despeito de cumprir as condições para ser consumidor livre, opta por ser atendido de forma regulada.

⁹⁶ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 8.

⁹⁷ Art. 10. Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição: [...] (BRASIL. **Lei Federal n. 9.648, de 27 de maio de 1998**. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016.).

⁹⁸ Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre: [...] (BRASIL. **Lei Federal n. 10.848, de 15 de março de 2004**. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

⁹⁹ PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 266-267.

intermédio de licitação (nos termos do art. 2º da Lei n. 10.848/04 e do art. 19 do Decreto n. 5.163/2004¹⁰⁰), na modalidade leilão de compra de energia proveniente de: (i) empreendimento de geração existentes – leilão A-1 e leilão de ajuste; (ii) novos empreendimentos de geração – leilão A-3, A-5 ou fontes alternativas, e (iii) empreendimentos estruturantes – leilão de novos empreendimentos.¹⁰¹ Com o intuito de garantir a continuidade do fornecimento de energia elétrica, o Poder Concedente poderá, ainda, promover leilões de energia de reserva (art. 3º-A da Lei n.

¹⁰⁰ Art. 2º da Lei n. 10.848/04 determina que “As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação”. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.848, de 15 de março de 2004.** Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

A regulamentação da licitação para a contratação em ambiente regulado foi introduzido pelo Decreto n. 5.163/2004, o qual disciplinou a “comercialização de energia elétrica e o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica” e dispõe em seu art. 19 sobre a adoção do leilão como modalidade licitatória, com a previsão de três tipos de leilões: cinco anos antes do início do suprimento (A-5); três anos antes do início do suprimento (A-3); um ano antes do início do suprimento (A-1).

Os agentes de distribuição do Sistema Integrado Nacional – SIN – podem adquirir energia elétrica tanto de empreendimentos já existentes (leilão A-1) como de novos empreendimentos de geração de energia elétrica (leilões A-3 e A-5), de acordo com o art. 11 do Decreto n. 5.163/2004.

Os Leilões de Energia Elétrica são processos licitatórios realizados com o objetivo de contratar a energia elétrica necessária para assegurar o pleno atendimento da demanda futura no Ambiente de Contratação Regulada – ACR (mercado das distribuidoras). Os leilões tem por objetivo de alcançar a modicidade tarifária. Os vencedores dos leilões celebrarão com os agentes de distribuição Contratos de Comercialização de Energia Elétrica em Ambiente Regulado (CCEAR), correspondendo as suas necessidades de compra para entrega no ano de início de suprimento da energia contratada no certame.

Os leilões são realizados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE –, por delegação da ANEEL, e utilizam o critério de menor tarifa, visando a redução do custo de aquisição da energia elétrica a ser repassada aos consumidores cativos. (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Onde atuamos. **Setor Elétrico.** São Paulo, [S. n., s. d.]. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/setor_eletrico?_afLoop=182121135144039#%40%3F_afLoop%3D182121135144039%26_adf.ctrl-state%3D1941qf9jdo_4>. Acesso em: 15 set. 2016.).

¹⁰¹ DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009, p. 96-97.

10.848/2004¹⁰² e Dec. n. 6.355/2008).¹⁰³

Os compradores no ACR são as distribuidoras do SIN, as quais abastecem os chamados consumidores cativos¹⁰⁴. Importa ressaltar que, em razão de as distribuidoras de energia elétrica atuarem em monopólios naturais, trata-se de serviço altamente regulado pela administração pública.¹⁰⁵

Há, ainda, os consumidores potencialmente livres, os quais optam por permanecer no mercado regulado, trazendo uma saudável competição no sentido de atrair clientes elegíveis aos ambientes livre e regulado.¹⁰⁶

No processo prévio à realização dos leilões, os autorizados de geração, as concessionárias, permissionárias, as autorizadas de distribuição, os comercializadores e os consumidores livres informam ao Poder Concedente a quantidade de energia necessária para atender sua carga ou demanda, e este, por sua vez, homologa a quantidade de energia elétrica a ser contratada para atender ao mercado nacional como um todo e a relação dos novos empreendimentos a serem construídos e contratados.¹⁰⁷

Nos leilões de novos empreendimentos de geração, ocasião em que as concessionárias de distribuição adquirem energia para suprir seus consumidores, são realizados dois atos jurídicos concomitantes: (i) firmam-se contratos de compra e venda de energia elétrica; e (ii) faz-se a outorga de concessão de uso de bem público

¹⁰² Art. 3º-A Os custos decorrentes da contratação de energia de reserva de que trata o art. 3º desta Lei, contendo, dentre outros, os custos administrativos, financeiros e encargos tributários, serão rateados entre todos os usuários finais de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, incluindo os consumidores referidos nos arts. 15 e 16 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, e no § 5º do art. 26 da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e os autoprodutores apenas na parcela da energia decorrente da interligação ao SIN, conforme regulamentação. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.848, de 15 de março de 2004**. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

¹⁰³ Esses leilões são feitos para contratação de todos os usuários do SIN, do ACR e do ACL. (DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009, p. 97.)

¹⁰⁴ Consumidor que não preenche os requisitos para atuar no ambiente livre.

¹⁰⁵ DIAS, Fabio Henrique di Lallo. **Contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre de contratação no atual modelo institucional do setor elétrico**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 23.

¹⁰⁶ Ibid., p. 23.

¹⁰⁷ COMERC Energia. Eletrosul Centrais Elétricas. **O setor elétrico brasileiro: operação, contabilização e comercialização**. São Paulo: Comerc, 2006, p. 22.

ou da autorização.¹⁰⁸

Os novos empreendimentos de geração elétrica poderão ser obrigados a ofertar um percentual mínimo de energia no mercado regulado (art. 3º, § 2º, da Lei Federal n. 10.848/04).

O Decreto n. 5.163/2004¹⁰⁹ estabelece que os agentes vendedores devem garantir lastro para a venda de energia e potência da integralidade de seus contratos. Os vendedores podem demonstrar a existência do lastro energético com base em geração própria ou em contratos de compra de energia de terceiros, com o objetivo de garantir a possibilidade futura de cumprimento de entrega de energia nos montantes vendidos.

A compra de energia no ACR pelas distribuidoras é compulsória e de forma conjunta em leilões do tipo menor tarifa. Dessa forma, as distribuidoras buscam obter

¹⁰⁸ ORTIS, Claudio Santos. As licitações de concessão de geração e transmissão de energia elétrica e os leilões combinatórios. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 89.

Neste sentido é o art. 60 do Decreto n. 5.163/2004:

Art. 60. Atendidas as disposições legais, aos vencedores das licitações que oferecerem energia proveniente de novos empreendimentos de geração, conforme definido em edital, serão outorgadas:

I - concessões, sempre a título oneroso, para geração de energia elétrica sob regime:

a) de serviço público; ou

b) de uso de bem público, no caso de autoprodução ou produção independente; ou

II - autorizações.

Parágrafo único. Em se tratando de importação de energia elétrica, as autorizações deverão incluir, quando necessário, a implantação dos sistemas de transmissão associados e prever o livre acesso a esses sistemas, nos limites da sua disponibilidade técnica, mediante pagamento de encargo, a ser aprovado pela ANEEL. (BRASIL. **Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM>. Acesso em: 11 ago. 2016.).

¹⁰⁹ Art. 2º Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições:

I - os agentes vendedores deverão apresentar lastro para a venda de energia para garantir cem por cento de seus contratos;

II - os agentes de distribuição deverão garantir o atendimento a cem por cento de seus mercados de energia por intermédio de contratos registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados pela ANEEL; e

III - os consumidores não supridos integralmente em condições reguladas pelos agentes de distribuição e pelos agentes vendedores deverão garantir o atendimento a cem por cento de suas cargas, em termos de energia, por intermédio de geração própria ou de contratos registrados na CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados na ANEEL.

1º O lastro para a venda de que trata o inciso I do caput será constituído pela garantia física proporcionada por empreendimento de geração própria ou de terceiros, neste caso, mediante contratos de compra de energia.

§ 2º A garantia física de energia de um empreendimento de geração, a ser definida pelo Ministério de Minas e Energia e a qual deverá constar do contrato de concessão ou do ato de autorização, corresponderá à quantidade máxima de energia elétrica associada ao empreendimento, incluída a importação, que poderá ser utilizada para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos. (Ibid.).

economia de escala, acesso isonômico aos recursos naturais do país e alocação equitativa de riscos e benefícios entre os consumidores regulados.¹¹⁰

A vantagem obtida com a obrigatoriedade da compra pelas distribuidoras no mercado regulado seria a disponibilização da energia a todos os agentes em igualdade de condições por intermédio de leilões. Desse modo, as distribuidoras poderiam comprar a energia necessária para atender seu mercado de quem oferecesse melhor preço, ganhando a sociedade e todo o setor elétrico.¹¹¹

As contratações são formalizadas, em regra, por meio de contratos bilaterais, chamados de Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR), celebrados entre cada gerador e todas as distribuidoras, chamando-se o conjunto formado pelas distribuidoras de “*pool*”.¹¹²

Os contratos de comercialização de energia no ambiente regulado são instrumentos jurídicos padronizados, publicizados previamente por meio dos editais de leilão, sendo seus pagamentos realizados diretamente entre as partes.¹¹³

Os contratos desse ambiente têm regulação específica quanto aos aspectos de preço da energia, submercado de registro e vigência de suprimento, pontos sob os quais não é possível alteração bilateral.¹¹⁴

Nesse sentido, destaca-se que, apesar de não serem contratadas em leilões, a energia gerada pela usina binacional de Itaipu e a energia associada ao Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa) são enquadradas no ACR, pois sua contratação é regulada, com condições específicas definidas pela ANEEL.¹¹⁵

Quanto às garantias de cumprimento do contrato firmado no ACR, as partes, em regra, celebram instrumentos de constituição de garantia vinculada às receitas a

¹¹⁰ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 7.

¹¹¹ GONÇALVES, João Alfredo Serra Baetas. Possível conflito de competências entre a ANEEL e a CCEE quanto à aplicação de penalidades. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 73.

¹¹² PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 267.

¹¹³ TOLMASQUIM, op. cit., p. 6.

¹¹⁴ A flexibilidade, aspecto peculiar a ser regulado por este tipo de contrato, pode ser definida como sendo os montantes de energia que devem ser entregues mensalmente (sazonalização), bem como a distribuição dessa energia durante as 24 horas do dia (modulação), podem ser negociadas, observando-se a curva de carga da distribuidora e respeitados os limites previstos no CCEAR.

¹¹⁵ BRASIL. Ministério das Minas e Energia. **Leilões de energia elétrica**. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/programas/leiloes_de_energia/menu/inicio.html>. Acesso em: 2016.

serem recebidas das distribuidoras.¹¹⁶

Os consumidores livres e especiais podem migrar do ambiente regulado para o livre a qualquer momento, uma vez respeitados os prazos de seus contratos com as distribuidoras. O caminho de volta do ambiente livre para o regulado, no entanto, só poderá ser realizado se os consumidores livres e especiais comunicarem a distribuidora acerca dessa intenção, em um prazo de 5 anos e 180 dias de antecedência, respectivamente.¹¹⁷

Geradores e distribuidores no ACR devem contratar o acesso das redes onde estão conectados e pagar as tarifas (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD – e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST) e os encargos de conexão correspondentes.

Existem sete tipos de contratos no Ambiente de Contratação Regulada: (i) Contratos de Geração Distribuída¹¹⁸; (ii) Contratos de Ajuste¹¹⁹; (iii) Contratos do

¹¹⁶ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica.** Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 23-25.

¹¹⁷ Ibid., p. 23-25.

¹¹⁸ Os Contratos de Geração Distribuída são contratos de compra e venda de energia elétrica precedidos de chamada pública promovida pelo agente distribuidor. A energia elétrica, objeto desse tipo de contratação, provém de empreendimentos de agentes concessionários, permissionários ou autorizados conectados diretamente no sistema elétrico de distribuição do comprador – com exceção da energia proveniente de empreendimentos indicados no art. 14 do Decreto n. 5.163/2004. (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Onde atuamos. **Comercialização.** São Paulo, [S. n., s. d.]. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/comercializacao?_afLoop=182537173572712#%40%3F_afLoop%3D182537173572712%26_adf.ctrl-state%3D1941qf9jdo_29>. Acesso em: 15 set. 2016.).

¹¹⁹ Os Contratos de Leilão de Ajuste têm por objetivo complementar a carga de energia necessária ao atendimento da totalidade do mercado consumidor das concessionárias de distribuição, até o limite de 1% dessa carga, com prazo de suprimento de até dois anos. Os leilões de ajuste são realizados para corrigir alguns desvios naturais em relação às previsões efetuadas para os outros leilões. Este tipo de leilão permite a adequação da contratação de energia pelas distribuidoras. (Ibid.).

Proinfa¹²⁰; (iv) Contratos de Itaipu¹²¹; (v) Contratos de Energia de Reserva¹²²; (vi) Contratos de Uso de Energia de Reserva¹²³; e (vii) Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado¹²⁴.

Os traços mais marcantes dos modelos contratuais no ACR são: atuam como vendedores apenas os geradores novos ou já existentes, não existindo espaço para as comercializadoras neste mercado; os compradores são a totalidade das distribuidoras, organizadas em um conjunto, chamado de “pool”; o preço será a menor tarifa oferecida pelo vendedor; e o registro na CCEE é automático, quando da homologação da ANEEL.¹²⁵

¹²⁰ O Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia (Proinfa), coordenado pelo Ministério de Minas e Energia e gerenciado pela Eletrobras, surgiu com o objetivo de ser um instrumento para a diversificação da matriz energética nacional, garantindo maior confiabilidade e segurança ao abastecimento.

Toda a energia produzida pelos participantes do programa – pequenas centrais hidrelétricas (PCHs), usinas eólicas e usinas de biomassa – tem garantia de contratação pela Eletrobras por 20 anos. Assim, os contratos do Proinfa representam os montantes comercializados pela Eletrobras na CCEE, tendo como vendedoras as usinas participantes do Proinfa e como compradoras as concessionárias de distribuição de energia, consumidores livres e especiais e autoprodutores adquirentes da quota-parte deste programa. (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Onde atuamos. **Comercialização**. São Paulo, [S. n., s. d.]. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/comercializacao?_afLoop=182537173572712#%40%3F_afLoop%3D182537173572712%26_adf.ctrl-state%3D1941qf9jdo_29>. Acesso em: 15 set. 2016.).

¹²¹ A energia produzida pela usina de Itaipu é comercializada no âmbito da CCEE pela Eletrobras por meio de contratos registrados na CCEE para representar os efeitos da energia comercializada pela usina Itaipu Binacional e destinada aos agentes detentores de quotas-parte da usina (distribuidoras). (Ibid.).

¹²² O mecanismo de contratação da energia de reserva foi criado para aumentar a segurança no fornecimento de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional (SIN), com energia proveniente de usinas especialmente contratadas para esta finalidade - seja de novos empreendimentos de geração ou de empreendimentos existentes. A energia de reserva é contabilizada e liquidada exclusivamente no mercado de curto prazo da CCEE.

Sua contratação é viabilizada por meio dos Leilões de Energia de Reserva . Esta modalidade de contratação é formalizada por meio de dois contratos: o CER e o Conuer.(Ibid.)

Os Contratos de Energia de Reserva (CER) são firmados entre os agentes vendedores nos leilões e a CCEE, na condição de representante dos agentes de consumo, tanto do ACR como do ACL. (Ibid.).

¹²³ Os Contratos de Uso de Energia de Reserva (Conuer) são celebrados entre a CCEE e os agentes de consumo do ACR e do ACL – distribuidores, autoprodutores na parcela consumida do SIN e consumidores livres e consumidores especiais –, em decorrência dos Contratos de Energia de Reserva (CER). (Ibid.)

¹²⁴ O Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR) é um contrato bilateral de compra e venda de energia elétrica e respectiva potência associada, celebrado entre o agente vendedor e o agente de distribuição no âmbito do Ambiente de Contratação Regulada (ACR), como decorrência dos leilões de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes e de novos empreendimentos.

Os CEARs são especificados por meio dos editais publicados para cada leilão, contendo cláusulas e condições fixas, as quais não são passíveis de alteração pelos agentes. (Ibid.).

¹²⁵ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 24.

Por fim, malgrado não sejam parte direta dos CCEARs – porquanto o contrato é celebrado entre gerador e distribuidora –, os consumidores cativos, por firmarem contratos de adesão com as distribuidoras de energia da região onde estão situados, acabam participando do ambiente de contratação regulado. Nesse caso, a relação entre consumidor cativo e distribuidora recebe guarida da legislação consumerista. Há a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) quando o consumidor for o destinatário final do serviço de energia elétrica, como é o caso das relações estabelecidas entre a pessoa física com uma unidade residencial ou por pessoa jurídica (que não desenvolve atividade empresarial) e a distribuidora de energia elétrica.¹²⁶

Configura-se, assim, a relação de consumo quando a prestação de serviço público *ut singuli* (quando se identifica o usuário do serviço, inequivocamente) se destina a satisfazer uma necessidade pessoal ou familiar do usuário.¹²⁷

Encerrado o breve apanhado acerca do ambiente de contratação regulada – ACR –, passaremos à apresentação do ambiente de contratação livre – ACL.

O processo de reestruturação iniciado em 1997 propiciou o surgimento de um mercado livre de energia, fundamentalmente, entre geradoras, comercializadoras e empresas com grande consumo de energia (consumidores livres). O contrato de compra de energia no ambiente livre – CCEAL –, denominado na legislação de forma genérica como contrato bilateral, estabelece basicamente as quantidades a serem entregues, a duração e o preço contratado, tornando-se o principal instrumento de negociação entre os agentes do setor.¹²⁸

A Lei Federal n. 9.648 de 1998 – que consagrou o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Projeto RE-SEB¹²⁹) – instituiu a forma concorrencial para

¹²⁶ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 9.

¹²⁷ TOLMASQUIM, op. cit., p. 9.

¹²⁸ GOMES, Leonardo Lima; LUIZ, Ivone Gonçalves. Valor adicionado aos consumidores livres de energia elétrica no Brasil por contratos flexíveis: uma abordagem pela teoria das opções. **Revista Eletrônica de Administração**, v. 15, n. 2, maio/ago. 2009, p. 308-309.

¹²⁹ Em 1995, o Governo Federal, capitaneado pelo Ministério de Minas e Energia, levou a efeito uma licitação internacional com o intuito de selecionar uma empresa com experiência de mercado para apresentar uma proposta de reestruturação do setor elétrico brasileiro. A vencedora da licitação foi a inglesa Coopers & Lybrand e, após três anos de trabalho, deu origem à Lei n. 9.648 de 27 de maio de 1998, a qual instituiu o novo modelo institucional para o setor elétrico. (GIRARDI, Claudio. O preço de liquidação de diferenças e a segurança jurídica dos contratos pactuados. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 637.).

o setor elétrico, privilegiando a livre negociação da compra e venda de energia elétrica entre os concessionários, permissionários e autorizados, além de inúmeras outras novas disposições.¹³⁰ Observe-se que, quando da concepção do novo modelo do setor elétrico, não existia o ambiente regulado, apenas o livre.

Em 2004, por meio da Lei Federal n. 10.848, novas bases foram estabelecidas para a comercialização de energia elétrica. A partir dessa lei, foram criados o Ambiente de Contratação Regulada e o Ambiente de Contratação Livre. Assim, consolidou-se no Brasil o Mercado Livre, tendo como principais atores os geradores (mormente os produtores independentes) e os comercializadores autorizados e, secundariamente, os autoprodutores, aos quais a lei autoriza a comercialização dos excedentes da energia produzida.¹³¹

As adequações ao modelo institucional do setor elétrico trazidas pela Lei Federal n. 10.848/2004 acabaram por restringir a livre contratação ao denominado Ambiente de Contratação Livre (ACL), pois, até 2004, as distribuidoras também podiam adquirir energia no ambiente livre. A partir dessa lei, as distribuidoras ficaram restritas ao mercado regulado.¹³²

O Decreto n. 5.163/2004 regulamentou a existência do Ambiente de Contratação Livre (ACL), definindo-o como 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.¹³³

O mercado livre de energia elétrica nasceu para suprir a necessidade das empresas e dos países de aumentar sua competitividade no ambiente de concorrência global atual. Por intermédio da utilização de ferramentas específicas e de posse das informações adequadas, as empresas poderiam traçar estratégias e gerenciar de forma mais adequada e econômica o consumo de energia elétrica, insumo vital para

¹³⁰ GIRARDI, Claudio. O preço de liquidação de diferenças e a segurança jurídica dos contratos pactuados. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011, p. 638.

¹³¹ Ibid., p. 639.

¹³² PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 267.

¹³³ GOMES, Leonardo Lima; LUIZ, Ivone Gonçalves. Valor adicionado aos consumidores livres de energia elétrica no Brasil por contratos flexíveis: uma abordagem pela teoria das opções. **Revista Eletrônica de Administração**, v. 15, n. 2, p. 307-333, maio/ago. 2009, p. 309.

o funcionamento industrial.¹³⁴

No Ambiente de Contratação Livre (ACL), os geradores a título de serviço público, autoprodutores, produtores independentes, comercializadores, importadores e exportadores de energia e os consumidores livres e especiais têm liberdade para negociar a compra de energia, estabelecendo entre si contratos bilaterais de compra e venda de energia com preços e quantidades livremente negociados, estipulando volume, flexibilidade, sazonalização e modulação, preços e prazos de suprimento, chegando a uma equação capaz de atender aos interesses econômicos das partes envolvidas.¹³⁵

O ACL abriga os consumidores livres, aptos a comprar energia de qualquer fornecedor (geradores e comercializadores). Nesse ambiente, devem-se pagar os “serviços de fio”¹³⁶ às transmissoras e às distribuidoras.¹³⁷

Como ocorre no ambiente regulado, os contratos celebrados no mercado livre devem ser, obrigatoriamente, registrados na CCEE, instituição responsável por realizar a liquidação financeira das diferenças entre os montantes contratados e os montantes efetivamente consumidos.

Assim, podem atuar no ambiente livre, na qualidade de vendedores, os geradores e comercializadores e, na qualidade de compradores, os consumidores livres (carga igual ou superior a 3 MW) e especiais (carga igual ou superior a 500 kW). Os consumidores especiais, para figurarem no mercado livre, somente podem adquirir energia de fontes incentivadas (PCH, eólica, biomassa, solar, com potência injetada igual ou superior a 50MW, e hídricas entre 1 e 50 MW), de acordo com o previsto no art. 26 da Lei Federal n. 9.427/1996.¹³⁸

Os preços, bem como as flexibilidades (sazonalização e modulação da energia) desses contratos, são livremente negociados. A demonstração de existência de lastro¹³⁹ é obrigação a ser apurada na CCEE, podendo os vendedores demonstrar

¹³⁴ COMERC Energia. Eletrosul Centrais Elétricas. **O setor elétrico brasileiro**: operação, contabilização e comercialização. São Paulo: Comerc, 2006, p. 5.

¹³⁵ Ibid., p. 5.

¹³⁶ Chama-se “serviço de fio” o serviço de transmissão da energia elétrica realizada nas linhas de transmissão e a rede de distribuição, entre o gerador e o consumidor. Trata-se de serviço que deve ser pago às titulares dos ativos de transmissão e de distribuição.

¹³⁷ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 8.

¹³⁸ Ibid., p. 8.

¹³⁹ Lastro corresponde ao montante de energia necessário para garantir o consumo (no caso de consumidores e distribuidores) ou a venda (no caso de geradores e comercializadores) da energia

seu cumprimento com base em geração própria e em contratos de compra, e os compradores, apenas por meio de contratos de compra. A complementação *ex post*, por meio de contratos, é permitida. O cálculo do lastro considera média móvel dos últimos 12 meses, seja de consumo (compra), seja de venda (geração).¹⁴⁰

As garantias podem ser livremente negociadas, podendo servir ao cumprimento do contrato ou somente dos pagamentos devidos. Podem ser utilizadas fiança bancária, seguro garantia, nota promissória, entre outros. O registro no contrato na CCEE também é tratado como uma garantia contratual.¹⁴¹

Da mesma forma como ocorre no ambiente regulado, para realizar a migração para o ambiente livre, os consumidores livres e especiais devem respeitar as condições previstas em seus contratos de fornecimento celebrados com distribuidoras locais. Já, para retornar do ambiente livre para o regulado, os consumidores livres e especiais devem comunicar à distribuidora essa intenção, respectivamente, com 5 anos e 180 dias de antecedência.¹⁴²

Geradores e consumidores livres no ACL devem contratar o acesso das redes onde estão conectados e pagar as tarifas (TUSD E TUST) e os encargos de conexão correspondentes. Os comercializadores não estão sujeitos a isso porque não possuem ativos de produção ou de consumo.¹⁴³

São quatro as espécies de contrato no Ambiente de Contratação Livre: (i) Contrato de Compra de Energia Incentivada¹⁴⁴; (ii) Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre ou Contrato bilateral¹⁴⁵; (iv)

elétrica nas transações comerciais que realizam. (MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre**: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 9.).

¹⁴⁰ Ibid., p. 23-25.

¹⁴¹ Ibid., p. 23-25.

¹⁴² Ibid., p. 23-25.

¹⁴³ Ibid., p. 23-25.

¹⁴⁴ O Contrato de Compra de Energia Incentivada (CCEI) tem como objeto a compra e venda de energia elétrica entre agentes de geração de energia elétrica a partir de fontes incentivadas e comercializadores ou consumidores especiais.

Fontes incentivadas são empreendimentos de geração de energia renovável com potência instalada não superior a 30 MW, como centrais geradoras eólicas, termelétricas a biomassa e usinas de fonte solar, além de pequenas centrais hidrelétricas (PCHs). (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Onde atuamos. **Comercialização**. São Paulo, [S. n., s. d.]. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/comercializacao?_afLoop=182537173572712#%40%3F_afLoop%3D182537173572712%26_adf.ctrl-state%3D1941qf9jdo_29>. Acesso em: 15 set. 2016.).

¹⁴⁵ O CCEAL tem por objeto a compra e venda de energia entre agentes de geração e comercializadores ou consumidores livres. É o contrato objeto de estudo e será detalhadamente analisado no próximo ponto.

Contrato de Energia de Reserva¹⁴⁶; e (v) Contratos de Uso de Energia de Reserva¹⁴⁷.

Em linhas gerais, são esses os traços mais marcantes do ambiente livre de energia. Em razão de ser o contrato de compra de energia no ambiente livre o objeto deste estudo, tratar-se-á, naturalmente, no decorrer deste trabalho, de outros aspectos atinentes ao ambiente livre.

No tópico seguinte, serão trazidos os aspectos físicos e normativos da energia elétrica, a qual é bem da vida do contrato, cujas características são bastante peculiares. Ademais, adentrar-se-á no cerne do contrato de compra de energia no ambiente livre, delineando-se, de forma sucinta, os seus principais contornos jurídico-dogmáticos, pertinentes ao presente trabalho.

2.2 A ENERGIA COMO OBJETO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

2.2.1 A energia no seu aspecto físico e normativo

Energia elétrica é grandeza física que expressa a capacidade de realizar trabalho, cuja unidade é o *watt* (W), equivalente a um *jaule/segundo*. É a capacidade de realização de trabalho utilizando eletricidade, a qual, por sua vez, é o fenômeno físico de movimento de elétrons (corrente), obtido em um condutor (fio), quando submetido a uma tensão (voltagem).¹⁴⁸

O bem energia elétrica é resultado de conversões energéticas, a partir de fontes das mais variadas origens (hidráulica, térmica, solar, eólica etc.), em eletricidade,

¹⁴⁶ O mecanismo de contratação da energia de reserva foi criado para aumentar a segurança no fornecimento de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional (SIN), com energia proveniente de usinas especialmente contratadas para esta finalidade - seja de novos empreendimentos de geração ou de empreendimentos existentes. A energia de reserva é contabilizada e liquidada exclusivamente no mercado de curto prazo da CCEE.

Sua contratação é viabilizada por meio dos Leilões de Energia de Reserva. Esta modalidade de contratação é formalizada por meio de dois contratos: o CER e o Conuer. (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Onde atuamos. **Comercialização**. São Paulo, [S. n., s. d.]. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde_atuamos/comercializacao?_afLoop=182537173572712#%40%3F_afLoop%3D182537173572712%26_adf.ctrl-state%3D1941qf9jdo_29>. Acesso em: 15 set. 2016.).

¹⁴⁷ Os Contratos de Uso de Energia de Reserva (Conuer) são celebrados entre a CCEE e os agentes de consumo do ACR e do ACL – distribuidores, autoprodutores na parcela consumida do SIN e consumidores livres e consumidores especiais –, em decorrência dos Contratos de Energia de Reserva (CER). (Ibid.)

¹⁴⁸ Neste sentido: ÁLVARES, Walter T. **Curso de direito da energia**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 06; e CAMPOS, Clever M. **Introdução ao direito de energia elétrica**. São Paulo: Ícone, 2001, p. 23.

realizada por geradores e transportada até os centros de consumo através de linhas de transmissão e distribuição.¹⁴⁹ É utilizada para produzir luz, movimento, calor ou qualquer outra transformação energética.

A energia elétrica não é estocável, é invisível e trata-se de *commodity* pura.¹⁵⁰ A impossibilidade de estocar a energia de forma economicamente viável gera a necessidade de equilíbrio constante entre oferta e demanda, pois a oferta ocorre de forma simultânea à demanda. Isso porque o mercado consumidor precisa ter atendida sua demanda a cada instante, exigindo a geração da energia na exata medida da necessidade, sob pena de desabastecimento e a ocorrência dos chamados “apagões”.¹⁵¹

A capacidade de geração do país deve estar dimensionada para atender a máxima solicitação previsível do mercado consumidor, com capacidade de reserva suficiente para suprir as manutenções de geradores e aos eventuais desligamentos.¹⁵²

A indústria de energia elétrica necessita de um meio físico, qual seja a rede de transmissão e distribuição, para possibilitar que ela chegue ao seu destinatário final, seja ele o adquirente no mercado livre ou aquele atendido pela distribuidora de energia. Em decorrência dessa característica, o serviço de transmissão e de distribuição é um “monopólio natural”, pois uma vez construída a rede, sua duplicação, por meio da construção de estrutura paralela, é economicamente inviável.¹⁵³

Decorre, ainda, da impossibilidade de ser estocada, o fato de a indústria da energia elétrica ser considerada uma “indústria de rede”. As indústrias de rede são caracterizadas pela literatura econômica como sendo aquelas atividades econômicas cuja consecução seja dependente da colaboração ou utilização de outros elementos componentes ou integrados em rede. Tais características são igualmente verificadas nas indústrias de telecomunicações, água e esgoto, rede ferroviária etc.¹⁵⁴

¹⁴⁹ CAMPOS, Clever M. **Introdução ao direito de energia elétrica**. São Paulo: Ícone, 2001, p. 23.

¹⁵⁰ CAMPOS, op. cit., p. 24; e COMERC Energia. Eletrosul Centrais Elétricas. **O setor elétrico brasileiro: operação, contabilização e comercialização**. São Paulo: Comerc, 2006, p. 5.

¹⁵¹ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de serviços públicos de energia elétrica**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 31. Neste mesmo sentido: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A comercialização da energia elétrica no mercado atacadista de energia elétrica. **Revista dos Tribunais**, n. 792, p. 157-169, out. 2001, p. 158.

¹⁵² Ibid., p. 32.

¹⁵³ PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 272.

¹⁵⁴ Ibid., p. 272.

A energia, de forma geral, não é passível de ser aproveitada pelo cidadão comum na sua forma natural, necessitando passar por um processo de transformação para gerar energia elétrica, além de necessitar de um sistema conectado para chegar ao seu destino.¹⁵⁵

Pode-se apartar a energia em dois grupos de fontes: as primárias, encontradas na natureza, tais como as fósseis (carvão, petróleo e gás natural), nuclear (urânio), biomassa, geotérmica, eólica, marés, potenciais hidráulicos; e as secundárias, decorrentes das transformações das fontes primárias, as quais são efetivamente utilizadas pelo homem, tais como elétrica, derivados do petróleo (óleo diesel, óleo combustível, gasolina, querosene, e gás liquefeito de petróleo), biomassa moderna (biogás e biocombustível) e o calor do processo.¹⁵⁶

Diante dos aspectos físicos apresentados, os quais tornam a energia elétrica um bem *sui generis*, é relevante verificar como esse bem foi normatizado pela legislação brasileira.

A energia elétrica é tratada em diversas disposições legislativas do país, como a Constituição Federal, os Códigos Civil, Penal e Tributário e por legislação esparsa.

Para uma melhor compreensão da energia no campo jurídico, inicia-se a análise a partir do significado atribuído a esse termo pela Constituição Federal. No corpo do diploma constitucional, vários são os dispositivos tratando do tema energia, não existindo, contudo, uma setorização específica para tratar do tema energia. Percebe-se uma pulverização dos artigos tratando da energia na Constituição e, por isso, somente serão tratados aqueles mais relevantes ao objeto deste estudo.¹⁵⁷

Insta salientar ser a Constituição Federal de 1988, dentre as constituições brasileiras, a que mais possui dispositivos cujo tema é a energia, e, ainda, reconhece a categoria genérica *energia* no seu art. 22, inciso IV.¹⁵⁸

Na Constituição Federal, o bem energia elétrica aparece pela primeira vez no art. 20,¹⁵⁹ o qual dispõe sobre os bens da União. O texto do inciso VIII desse artigo

¹⁵⁵ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, v. 2, p. 148.

¹⁵⁶ PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Economia da energia**: fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 5.

¹⁵⁷ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 31.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 31-32 e p. 65-77.

¹⁵⁹ Art. 20. São bens da União:

[...]

refere constituírem-se bens da União os potenciais de energia hidráulica. O art. 21, inciso XII, alínea b,¹⁶⁰ dispõe sobre a competência da União, reservando ao ente a exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica, bem como o aproveitamento energético dos cursos d'água, trazendo para si os segmentos de geração, transmissão e distribuição.¹⁶¹

O regime para o aproveitamento energético dos cursos de água ou para a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica é indicado pelo texto constitucional, propiciando a participação da iniciativa privada no desenvolvimento dessas atividades exatamente por meio de autorização, concessão ou permissão.¹⁶²

Salienta-se ser da União a competência legislativa privativa para tratar sobre a energia¹⁶³, restando claro o papel estratégico desempenhado pela energia elétrica diante das disposições da Constituição Federal, reservando à União competência ampla acerca desse bem.

Chama-se a atenção para o texto do art. 20, inciso VIII, o qual determina ser bem da União não a energia elétrica, mas, sim, “os potenciais de energia hidráulica”. Ou seja, no texto constitucional não há qualquer referência à titularidade da energia elétrica, sendo possível concluir poder ser a energia elétrica, enquanto bem, objeto de contratações públicas ou privadas.¹⁶⁴

O legislador constituinte refere-se à energia elétrica, em regra, no seu aspecto de serviço público¹⁶⁵, reservando à iniciativa privada as negociações de energia no

VIII - os potenciais de energia hidráulica; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 set. 2016.).

¹⁶⁰ 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; [...]. (Ibid.).

¹⁶¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In:

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 46.

¹⁶² LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico.** Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 32.

¹⁶³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; (BRASIL. op. cit.).

¹⁶⁴ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica:** uma análise sob o prisma do Direito Civil. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 67.

¹⁶⁵ Conforme esclarece Loureiro “é possível segregar-se a regulação em dois momentos distintos, o do bem ‘fonte’ (especificamente, o potencial hidráulico) e o da atividade, ‘serviços de energia elétrica’, acrescidos tais objetos de um terceiro, as ‘instalações’.” (LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher.

âmbito do mercado livre, enquanto mercadoria distinta da sua eventual origem pública.¹⁶⁶

Dando seguimento à análise do texto constitucional, o art. 155, parágrafo 2º, inciso X, alínea b¹⁶⁷ (inserido na Carta Magna na Seção IV – Sistema Tributário Nacional) determina a não incidência de Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) sobre operações destinando a outros Estados energia elétrica. Ainda, no parágrafo 3º desse mesmo dispositivo legal, está posta a regra segundo a qual não poderá incidir nenhum outro imposto que não o ICMS e os impostos de importação e exportação. A vedação constitucional, portanto, diz respeito apenas aos impostos, sendo passível a incidência de taxas e contribuições sobre as operações tendo como objeto a energia elétrica.

Constituição, energia e setor elétrico. Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 79.). Neste mesmo sentido, esclarece o autor que há “uma diferença entre dois tipos constitucionais de atividades econômicas: (i) as tarefas que foram reservadas ao Estado pela Constituição, como *competências públicas* (na maior parte dos casos de natureza *prestacional*) e (ii) as demais, que são, em princípio, livres aos privados e realizadas em regime de competição.” (LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – A propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 29, p. 101-123, abr./jun. 2010, p. 101.).

¹⁶⁶ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil.** Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 67.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Fabio Henrique di Lallo Dias, na sua tese de doutoramento **Contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre de contratação no atual modelo institucional do setor elétrico.** (DIAS, Fabio Henrique di Lallo. **Contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre de contratação no atual modelo institucional do setor elétrico.** Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 86).

¹⁶⁷ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte

[...]

X - não incidirá:

[...]

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

[...]

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.ht>. Acesso em 11 set. 2016.).

No Código Tributário Nacional, especificamente o art. 74, parágrafo 1º, para fins de tributação, considera a energia elétrica um produto industrializado¹⁶⁸.

Esse conceito decorre do já explicitado ciclo de produção pelo qual passa a energia elétrica até chegar aos centros de abastecimentos, qual seja geração, transmissão e distribuição. Trata-se da conversão das fontes primárias em energia elétrica.

No entanto, de acordo com o disposto no parágrafo 3º do art. 155 da Constituição Federal, para fins de incidência tributária, somente incidem sobre a energia elétrica o ICMS, impostos de importação e exportação. O art. 74 do Código Tributário Nacional presta-se, apenas, para trazer uma definição de energia como produto industrializado, reforçando seu caráter de bem móvel ou mercadoria real, seja imaterial ou intangível, todavia passível de ser objeto de relações de cunho privado.¹⁶⁹

Já no Código Penal Brasileiro, em seu art. 155, parágrafo 3º,¹⁷⁰ há o reconhecimento da energia elétrica enquanto bem móvel, visto ser objeto material do crime de furto.

Interessante analisar o item 56 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940, o qual inovou ao trazer o tipo *furto de energia*. Esse refere que a energia elétrica é “expressamente equiparada à coisa móvel”, reconhecendo o “poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo” sobre o bem.¹⁷¹

¹⁶⁸ Art. 74. O imposto, de competência da União, sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais do País tem como fato gerador:

I - a produção, como definida no artigo 46 e seu parágrafo único;

II - a importação, como definida no artigo 19;

III - a circulação, como definida no artigo 52;

IV - a distribuição, assim entendida a colocação do produto no estabelecimento consumidor ou em local de venda ao público;

V - o consumo, assim entendida a venda do produto ao público.

§ 1º Para os efeitos deste imposto a energia elétrica considera-se produto industrializado. (BRASIL. **Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 07 jan. 2017.).

¹⁶⁹ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 81.

¹⁷⁰ Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. (BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11 jan. 2017.).

¹⁷¹ Esta é a transcrição na íntegra do item 56 da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940: “56. Várias são as inovações introduzidas pelo projeto no setor dos crimes patrimoniais. Não se distingue,

Essa acepção da energia elétrica como mercadoria ou bem, como se pôde observar, tem aplicação ampla nos campos do Direito constitucional, penal e tributário.

No entanto, deter-se-á com maior vagar ao enquadramento jurídico conferido pelo Direito Civil à energia elétrica, visto ser este o campo no qual o contrato em exame está inserido. Assim, passa-se à análise do regramento trazido pelo Código Civil, cuja única menção à energia está no art. 83¹⁷².

Historicamente, existia uma resistência, por parte da doutrina, em reconhecer a energia elétrica até mesmo como “coisa”, tanto que, no Código Civil de 1916, sequer havia menção da energia elétrica como bem.¹⁷³

Pontes de Miranda destaca terem sido os juristas alemães que ousaram apresentar a energia elétrica como objeto de negócio jurídico (“*Das Recht der Elektrizität*”), como a compra e venda de eletricidade ou como “mercadoria suscetível compra e venda”.¹⁷⁴

A disciplina dos bens móveis está inserida no Livro II, Título Único, Capítulo I, Seção II do Código Civil. O art. 82 define “são móveis os bens suscetíveis de

para tratamento penal diverso, entre o maior ou menor valor da lesão patrimonial; mas, tratando-se de furto, apropriação indébita ou estelionato, quando a coisa subtraída, desviada ou captada é de pequeno valor, e desde que o agente é criminoso primário, pode o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a de multa (artigos 155, § 2º, 170, 171, § 1º). Para afastar qualquer dúvida, é expressamente equiparada à coisa móvel e, compatibilizar, reconhecida como possível objeto de furto a “energia elétrica ou suscetível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo (como, por exemplo, a eletricidade, a radioatividade, a energia genética dos reprodutores, etc.) pode ser incluída, mesmo do ponto de vista técnico, entre as coisas móveis, a cuja regulamentação jurídica, portanto, deve ficar sujeita.” (BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Exposição de motivos da parte especial do Código Penal. **D.O.U.** 8 dez. 1940. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em 11 de janeiro de 2017.).

¹⁷² Refere-se que o art. 1.230 trata da energia hidráulica (Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais), porém seu conteúdo não possui relevância para o estudo. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

¹⁷³ Para Pontes de Miranda, o conceito de bem no Código Civil de 196 aproxima-se ao de objeto de direito, é mais amplo, no entanto, que o de coisa. Nas suas palavras “é ao conceito de bem, e não ao de coisa, que se prendem a distinção entre bens públicos e bens particulares, a distinção entre bens móveis e imóveis e, a despeito da expressão ‘coisas’, a distinção entre coisas singulares e coletivas (ou universais)”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 2, p. 22.) No mesmo sentido é o entendimento de Orlando Gomes, o qual refere não se confundirem *bem* e *coisa*. Afirmando ser *bem* o gênero do qual coisa é *espécie*. O autor complementa dizendo que não se pode confundir *coisa* com *objeto de direito*, pois este pode ser uma coisa, como é nos direitos reais e direitos sucessórios, porém também pode ser a atividade humana ou os bens incorpóreos. (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 200.).

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 144-145.

movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. E o mencionado art. 83 traz outros bens considerados móveis para efeitos legais, incluindo “as energias que tenham valor econômico”¹⁷⁵ nesse rol.

Os bens estão divididos em três grupos no Código Civil: (i) os bens considerados em si mesmos¹⁷⁶; (ii) os bens reciprocamente considerados, e (iii) os bens públicos. A energia está classificada dentro do rol dos bens considerados em si mesmos.

Da disposição do inciso I do art. 83, identificam-se dois elementos compondo a natureza jurídica da energia, quais sejam: o bem móvel e o valor econômico. Depreende-se, da sua leitura, que o legislador utilizou o aspecto da valoração econômica para identificar as energias a serem caracterizadas como bens móveis.¹⁷⁷

A energia advinda do Sol, por exemplo, é gratuita, e por isso não se enquadra no conceito de bem estabelecido pelo diploma civilista. Já a energia elétrica, gerada a partir de painéis fotovoltaicos (utilizando energia solar) possui valoração econômica, e, por conseguinte, classifica-se como bem móvel de acordo com a regra do art. 83, inciso I, do Código Civil.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

¹⁷⁶ Incluindo nessa classificação os bens imóveis, os bens móveis, os bens fungíveis e consumíveis, os bens divisíveis e os bens singulares e coletivos.

¹⁷⁷ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 47.

¹⁷⁸ Insta trazer reflexão feita por Maria João Rolim sobre o aspecto econômico da energia elétrica: “Sua natureza tendente à escassez e suas possibilidades de aproveitamento que denotam seu interesse para a ciência econômica; seu aspecto físico interessa às ciências exatas, como a física e engenharia; e sua repercussão social interessa ao direito. Especificamente ao campo do Direito Econômico interessa a regulamentação da utilização do recurso limitado, o que também envolve o conhecimento do aspecto tecnológico.” (ROLIM, Maria João Pereira. **Direito econômico da energia elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98.). Walter T. Álvares igualmente ressaltou a relevância do aspecto econômico da energia elétrica, ao afirmar que “assim como a energia se apresenta na natureza, e, por efeitos do engenho humano, a tecnologia a transforma de modo a lhe comunicar um resultado econômico, que se desenvolve pela mais extrema e variada utilização no meio social, então, justamente porque utilizado no meio social, essa energia envolvida de tecnologia e economicidade exige, previsa, necessita de formas jurídicas para sua adequada circulação. Com efeito, a energia primária, sem a tecnologia, não teria efeito econômico, e este não existiria sem utilização, a qual é uma consequência da aplicação ao meio social, onde é certo, só pelos canais das formas jurídicas, o que quer que seja encontra adequado fluxo, dinamização, sequência.” (ÁLVARES, Walter T. **Curso de direito da energia**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 14.).

Desse modo, os bens gerados pela atividade produtiva das empresas adquirem o valor na medida em que essa atividade é reconhecida. Neste sentido, as energias podem ser valoradas, pois passam por processo produtivo, qual seja geração e transmissão, adquirindo valor. Os adquirentes dessa energia (grandes empresas), no ambiente livre, utilizam-na como insumo de sua atividade, a qual passa a integrar o seu ciclo de produção.¹⁷⁹

A valoração econômica da energia elétrica, característica oriunda da disposição do Código Civil, torna-a objeto de interesse jurídico, atraindo para si as relações contratuais privadas de compra e venda.¹⁸⁰

Os bens, assim como as prestações, são objeto dos direitos, os quais são compreendidos como “toda a utilidade, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito”. Os bens abrangem as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária ou não, bem como os materiais ou não. Todo o bem econômico é jurídico, no entanto nem todo bem jurídico é econômico. Dessa forma, a noção jurídica de bem é mais ampla que a econômica.¹⁸¹

Contudo, por uma opção do legislador, a energia somente é objeto de direitos, para o Direito Civil, quando tiver valor econômico, conforme explicitado.

Ainda sobre as disposições do art. 83, do Código Civil, no seu inciso I, há a definição da energia com valor econômico como *bem móvel*. Nesse sentido são bens móveis as coisas móveis e outros objetos de direito definidos pelo sistema de direito como bens móveis, como é o caso da energia.¹⁸²

A definição de um bem como imóvel ou móvel é a distinção prática mais importante dos bens quanto à sua própria natureza. Diz-se isso, pois essa distinção determina a disciplina das relações jurídicas cujo objeto são coisas móveis e imóveis, influenciando, de modo mais expressivo, em aspectos como a aquisição e transferência dos respectivos direitos e a definição da competência do foro.¹⁸³

Não obstante a distinção entre bem móvel e imóvel, há também a classificação relacionada à aparência do bem, da qual fazem parte os bens corpóreos e

¹⁷⁹ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 63.

¹⁸⁰ Ibid., p. 64.

¹⁸¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 200.

¹⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 2, p. 38.

¹⁸³ GOMES, op. cit., p. 213.

incorpóreos. Aqueles podem ser definidos como a *coisa* passível de ser vista, tocada ou apreendida, possuindo forma exterior. Estes, apesar de não possuírem existência material, podem ser objeto de direito, como as “*forças naturais* de valor econômico tais como a energia elétrica, a energia térmica e a energia fonética”.¹⁸⁴

Pontes de Miranda assevera não ser a natureza do bem energia da espécie corpórea. O autor classifica-a como “coisa, como o ar, a água, a terra; tem-se de tratar como coisa, de cuja especificidade resulta ser específico o contrato de energia”.¹⁸⁵

Impende mencionar o pensamento de Orlando Gomes, para quem as forças naturais com existência física autônoma deveriam ser definidas como bens corpóreos, apesar de não serem tangíveis, porque “é a possibilidade de apropriação, ou de utilização, que configura a corporeidade do bem”.¹⁸⁶

Em assim sendo, parece possível enquadrar a energia elétrica na distinção feita por Orlando Gomes mencionada acima, uma vez que ela é dotada de existência física autônoma e é utilizável. Muito embora não seja verificável pela maioria dos sentidos humanos, a energia é força física existente no mundo e não objeto de uma ficção jurídica, sendo passível, inclusive, de ser aferida por instrumentos medidores capazes de expressar valores como quantidade e potência.

A energia elétrica, enquanto bem, é fungível¹⁸⁷ porquanto indeterminável. Depois de a energia elétrica ser injetada nas linhas de transmissão, não é possível descobrir qual a sua fonte, isso porque os elétrons não contêm qualquer tipo de elemento identificando a sua fonte geradora ou a região da sua origem.¹⁸⁸

A energia também se classifica como consumível, haja vista seu uso importar na destruição imediata da própria substância¹⁸⁹. Salienta-se, contudo, que a

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 212.

¹⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 2, p. 144-145.

¹⁸⁶ GOMES, O., op. cit., p. 212.

¹⁸⁷ O art. 85 do Código Civil assim dispõe: Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.). Segundo Pontes de Miranda: “fungibilidade é a substituíbilidade qualitativa e quantitativa. Em vez de se levar em conta a individualidade da coisa, atende-se ao gênero, que é classe.” (PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 25.).

¹⁸⁸ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 47.

¹⁸⁹ O art. 86 do Código Civil prevê: São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.

consumibilidade se refere apenas aos bens móveis e às coisas destinadas ao consumo, conforme o tráfico.¹⁹⁰

Outra característica da energia, enquanto bem, é sua condição de ser divisível¹⁹¹, porquanto ela pode ser fracionada até sua menor unidade de medida, sem perder sua substância.

Dito isso, conclui-se que, segundo a classificação de bens trazida pelo Código Civil, *a energia elétrica é bem móvel, divisível, fungível e consumível*.

Quanto à legislação esparsa, existem muitas leis dispendo sobre energia elétrica. Tal situação dificulta a análise sistemática do regramento concernente ao setor elétrico, obstando a compreensão global do ramo.

Nesse sentido, há, inclusive, o Projeto de Lei Federal n. 4.035/2008, em trâmite na Câmara dos Deputados,¹⁹² cujo objetivo é consolidar a legislação aplicável ao setor de energia elétrica brasileiro. A proposta é criar um código com 233 artigos, simplificando a legislação setorial a partir da reunião de cerca de 250 diplomas legais em uma só carta. Esse projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e conta com parecer favorável do Grupo de Trabalho para Consolidação das Leis.

Diante da proposta da criação de uma consolidação das leis aplicáveis ao setor elétrico, percebe-se a enorme quantidade de leis a serem analisadas. No entanto, o exame restringir-se-á aos diplomas legais mais relevantes para nosso estudo, quais sejam: Lei Federal n. 8.987/1995, conhecida como a Lei Geral das Concessões; Lei Federal n. 9.074/1995, criando a figura do Produtor Independente de Energia e o conceito de “Consumidor Livre”¹⁹³; Lei Federal n. 9.427/96, a qual criou a ANEEL, e instituiu o regime aplicável às concessões especificamente do setor elétrico; Lei Federal n. 9.648/98, conhecida como o marco legal do novo modelo do setor elétrico,

(BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 2, p. 26-27.

¹⁹¹ Segundo previsão do Código Civil: Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam. (BRASIL, op. cit.)

¹⁹² BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4035/2008**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410474>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

¹⁹³ Tendo sempre presente a ressalva já feita anteriormente acerca da nomenclatura “consumidor” utilizada pela legislação do setor elétrico, vocábulo que não possui a acepção do consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Aqui, “consumidor” é sinônimo de *adquirente, comprador de energia*.

que inaugurou o regime privado da livre competição no mercado de energia; Lei Federal n. 10.848/2004, que introduziu a comercialização no Brasil, e foi regulamentada pelos Decretos ns. 5.081/2004 (regulamenta o Operador Nacional do Sistema - ONS), 5.163/2004 (regulamenta a comercialização), 5.175/2004 (Constitui o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE), 5.177/2004 (regulamenta o funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE) e 5.184/2004 (cria a Empresa de Pesquisa Energética – EPE).

A Lei Federal n. 9.074/1995 criou a figura do Produtor Independente de Energia e o conceito de “Consumidor Livre”, propiciando a abertura dos serviços públicos de energia elétrica aos agentes privados e garantindo livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição aos produtores independentes, bem como a liberdade às grandes empresas para escolherem seus fornecedores de energia.

A Lei Federal n. 9.648/98 iniciou a transição do regime exclusivamente público de fornecimento de energia elétrica para o regime privado de livre competição a partir da gradual introdução de contratos bilaterais de compra e venda de energia sob a égide do Direito Privado.¹⁹⁴

Já a Lei Federal n. 10.848/2004 é considerada como o marco de uma nova fase do setor elétrico brasileiro, introduzindo a comercialização de energia elétrica no país. O já mencionado Decreto n. 5.177/2004 criou a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE – e definiu ser a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica o instrumento hábil a regular as operações de comercialização. A Convenção de Comercialização de Energia Elétrica foi instituída por meio da Resolução Normativa ANEEL 109/2004.

O Decreto n. 5.163/2004 dividiu a comercialização de energia elétrica em dois ambientes: o regulado, em que agentes vendedores e distribuidoras, mediante licitação na modalidade leilão, fazem suas compras e vendas; e livre, no qual agentes de comercialização, geração, exportação, importação e compradores livres e especiais realizam suas transações de energia.

Efetuada a abordagem acerca de como está normatizado o bem energia elétrica na legislação brasileira, a partir da identificação dos diplomas mais relevantes

¹⁹⁴ DIAS, Fabio Henrique di Lallo. **Contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre de contratação no atual modelo institucional do setor elétrico**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 22.

ao escopo deste trabalho, já se dispõe dos subsídios legais, permitindo o exame, em si, do contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente livre.

2.2.2 O contrato de compra e venda de energia elétrica

O presente tópico, ocupa-se, prefacialmente, do enquadramento das transações cujo escopo é a transferência do domínio da energia elétrica. Busca-se demonstrar que o contrato de compra e venda é o instrumento adequado a regrá-las. Definido o instrumento adequado, apresenta-se o contrato de compra de energia no ambiente livre, abordando seus aspectos normativos e suas caracterizações relevantes.

Dito isso, cumpre trazer-se à tona a discussão sobre a tipologia adequada às transações cujo objeto é a energia elétrica. De pronto, salienta-se que todo o arcabouço legal relativo ao setor elétrico brasileiro define que a contratação de energia elétrica se dá entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como desses para com os seus consumidores no Sistema Interligado Nacional (SIN), por meio de operações de *compra e venda*.¹⁹⁵

Todavia, ao deparar-se com a classificação realizada pela doutrina, definindo a energia elétrica como bem incorpóreo, de acordo com o item anterior, poder-se-ia questionar se o contrato de cessão não seria o instrumento mais adequado para regular as relações negociais cujo objeto é a energia.

¹⁹⁵ Neste sentido, o art. 1º da Lei n. 10.848/2004 dispõe: 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: [...]

§ 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 n. 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 n. 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.848, de 15 de março de 2004**. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.848.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.)

A doutrina de Pontes de Miranda revela ser irrelevante, do ponto de vista prático, a transposição dos tipos “compra e venda” e “cessão”, ressaltando, contudo, a necessidade de ser realizado um exame caso a caso para saber acerca de qual espécie de negócio jurídico oneroso se trata.¹⁹⁶

O autor prossegue referindo que se pode comprar e vender tanto propriedade corpórea como propriedade incorpórea (industrial, intelectual, artística e científica) no direito brasileiro.¹⁹⁷ Ratifica esse entendimento ao discutir o momento da transferência da posse da propriedade de bens incorpóreos quando da celebração do contrato de compra e venda, incluindo, assim, mais uma vez, os bens incorpóreos como passíveis de serem objeto de tal tipo contratual.¹⁹⁸

Ademais, quando trata da natureza do bem energia de sua respectiva classificação, admite ser a energia “coisa” passível de ser objeto de negócio jurídico, como o de compra e venda, acrescentando ao seu entendimento a visão de juristas alemães, de constituir a energia mercadoria suscetível de compra e venda.¹⁹⁹

Por fim, concluindo-se pela adequação da utilização do tipo compra e venda às relações negociais de transferência de propriedade da energia elétrica, lança-se mão das definições acerca desse bem presentes no Código Tributário Nacional, no Código Penal e no Código Civil. Esses diplomas legais caracterizam a energia elétrica como produto industrializado (CTN) e como bem móvel (CP e CC), tornando, portanto, o contrato de compra e venda apto a instrumentalizar transações envolvendo seu domínio.²⁰⁰

¹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 39, p. 152.

Caio Mário inclui as coisas corpóreas e incorpóreas como objetos de compra e venda. Este chega a fazer a ressalva de que, frequentemente, se dá o nome de cessão aos contratos visando à transmissão das coisas incorpóreas, porém assevera que à cessão se aplicam os princípios da compra e venda. Assim, para o autor, a diferenciação entre contratos para bens corpóreos e incorpóreos também é discussão pouco relevante. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 3, p. 154).

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 5.

¹⁹⁸ Ibid., p. 12.

¹⁹⁹ Ibid., p. 12.

Na mesma linha, Waldirio Bulgarelli, o qual entende não haver óbice para a compra e venda mercantil recair sobre coisas materiais e imateriais. (BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 177.).

²⁰⁰ Posicionam-se no sentido de ser o contrato de compra e venda o instrumento hábil para regular as relações de transferência de propriedade da energia elétrica os autores das únicas duas teses de doutorado abordando o tema encontradas na Universidade de São Paulo (USP), de autoria de DIAS, Fabio Henrique di Lallo. **Contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre de contratação no atual modelo institucional do setor elétrico**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 84, e UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os**

Parte-se, então, para o estudo do contrato de compra de energia propriamente dito, abordando-se, inicialmente, o contrato de compra e venda *lato sensu* e, após, o contrato de compra de energia.²⁰¹

Tendo por base o direito positivo, o Código Civil traz o conceito de contrato de compra e venda, no art. 481, nestes termos: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

O conceito de compra e venda na doutrina em pouco difere do conceito legal. Nas palavras de Orlando Gomes, a compra e venda é o “contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma em dinheiro ou valor fiduciário equivalente”.²⁰²

Releva apresentar, também, a definição de contrato de compra e venda cunhada por Caio Mário, pois refere, de forma expressa, a possibilidade de o objeto desse contrato ser um bem/coisa incorpóreo(a), ratificando a correção da opção pelo instrumento de compra e venda à energia elétrica.²⁰³

contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 203-204.

²⁰¹ Esclarece-se não ser objeto deste estudo o contrato de fornecimento de energia elétrica celebrado entre a distribuidora de energia elétrica e o consumidor final. Este contrato possui regime e aspectos que o afastam das características dos contratos de compra de energia no ambiente livre. Pode-se citar, a título de exemplo, o fato de atrair a incidência do CDC, porquanto se trata de consumidor final recebendo a energia, bem como enquadrar-se como um contrato de adesão, por não permitir a discussão dos termos por parte do usuário.

Quanto à limitação da liberdade de modificar o contrato, Orlando Gomes refere que o contrato de adesão, talvez, é a mais discutida dessas figuras, mas a doutrina moderna tenta isolar outras que conservam a aparência contratual, dentre as quais despontam como as mais interessantes o contrato coativo e o contrato necessário. O contrato coativo, considerado por alguns uma relação paracontratual, é aquele em que a lei obriga as partes a estipulá-lo sem alternativa ou a conservá-lo, mesmo contra a vontade de uma das partes. Enquadram-se nessa categoria o seguro obrigatório e a locação prorrogada por determinação legal. Já o chamado contrato necessário resulta do permanente estado de oferta contratual de certos sujeitos de direito, como as empresas concessionárias de serviços públicos. (GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 29.)

Clóvis do Couto e Silva assevera que a liberdade de contratar, excepcionalmente, pode ser restringida, a ponto de transformar o negócio em ato de cogência. É o que ocorre nos denominados contratos “ditados” (em simetria com os contratos necessários, na nomenclatura utilizada por Orlando Gomes). Nestes contratos verifica-se a restrição à escolha do outro sujeito na relação contratual (em decorrência de condições legais ou naturais). Algumas atividades, consideradas imprescindíveis, tais como correios, transportes, água, luz etc., ou são executadas pelo Estado, diretamente, ou mediatamente, no regime de concessão. Opera-se, nesses casos, no plano sociológico, verdadeira coação para contratar, imposta pela necessidade, não tendo os particulares qualquer possibilidade de escolha. (COUTO E SILVA, Clovis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 26.)

²⁰² GOMES, O., op. cit., p. 221.

²⁰³ Caio Mario traz a seguinte definição: “contrato que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra pessoa (comprador) o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento

Em relação às partes do contrato de compra e venda, quando, pelo menos uma delas for empresária, e a outra não for um consumidor, tal operação é classificada como um contrato de compra e venda empresária, a qual será adotada ao longo do presente trabalho.²⁰⁴

Cumpra salientar não existir qualquer restrição legal específica vedando a atuação de adquirentes (consumidores no vocabulário consagrado pela legislação do setor elétrico) não empresários nesse mercado.²⁰⁵ Todavia, a expressiva maioria dos contratos de compra de energia elétrica no mercado livre são celebrados entre empresários.²⁰⁶

Quanto à forma de transmissão da propriedade, o direito brasileiro seguiu a tradição romana, atribuindo ao contrato de compra e venda efeitos exclusivamente obrigacionais. O contrato serve apenas como título de aquisição da propriedade. A

de certo preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3, p. 152.)

²⁰⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial**: os contratos em espécie (segundo a sua função jurídico-econômica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 33-34.

Faz-se mister destacar, conforme explica Menezes Cordeiro, que o Direito empresarial dos contratos é dominado pelos princípios comuns do Direito privado, uma vez que dele faz parte. Nas palavras desse doutrinador, o direito empresarial é dominado pelos princípios comuns do direito privado e, em especial, pela autonomia privada. Apesar de muitos dos institutos relevantes para a teoria geral dos contratos terem surgido e se desenvolvido no campo empresarial (cláusulas contratuais gerais, boa-fé na execução dos contratos etc) o aprofundamento do estudo da matéria se deve ao Direito civil na tradição continental. (CORDEIRO, Antonio Menezes. **Direito comercial**. 3.ed., rev., atual., e aum. Coimbra: Almedina, 2012, p. 531 e 546.).

²⁰⁵ Conforme será abordado no próximo capítulo, para ser parte em um contrato de compra de energia no ambiente livre, basta o atendimento a requisitos técnicos de consumo mínimo de energia elétrica. Dessa forma, teoricamente, não se pode afirmar que esse contrato nunca terá em um dos polos uma parte utilizando a energia como destinatário final, no entanto essa não é a realidade do mercado na atualidade e, portanto, não abordaremos neste estudo esse aspecto.

²⁰⁶ Exemplo desse fenômeno é a crescente participação de condomínios edifícios no mercado livre de energia elétrica, de acordo com Pedro Dante, Gerente Jurídico de Regulatório da CCEE, em palestra ministrada em 21/07/2016, no curso de Atualização em Direito da Energia, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Energia - IBDE, de 18 a 21 de julho de 2016, em São Paulo.

sua transmissão se dá por intermédio da tradição, no caso de bens móveis²⁰⁷, ou registro²⁰⁸, para bens imóveis.²⁰⁹

Inclusive, na compra e venda com entrega imediata, ocorre a simultaneidade de dois negócios jurídicos: compra e venda e transferência. “Nunca, por si só, o contrato de compra e venda transfere”.²¹⁰

O contrato de compra e venda caracteriza-se como bilateral, consensual, oneroso, comutativo ou aleatório, de execução instantânea ou diferida.²¹¹

É contrato bilateral, pois nascem obrigações recíprocas: de entregar a coisa, por parte do vendedor, e de pagar o preço, por parte do comprador. A dependência recíproca dessas obrigações configura o sinalagma característico dos contratos bilaterais perfeitos.²¹²

É consensual, pois basta o acordo de vontades sobre o objeto e o preço para considerar-se o contrato perfeito e acabado.²¹³ É oneroso, porquanto o objetivo do vendedor e do comprador é obter vantagem patrimonial. Para o vendedor, a vantagem é o preço; para o comprador, o bem.²¹⁴

O contrato de compra e venda é, em regra, comutativo, pois conhece-se o que será entregue, bem como qual será a contraprestação.²¹⁵ A prestação do vendedor corresponde à do comprador, sem a possibilidade de falha por qualquer um. Tendo em vista que a noção de vantagem é, muitas vezes, subjetiva, as prestações podem

²⁰⁷ No Código Civil, o art. 1.226 e o 1.267 ratificam a opção pela tradição no sistema brasileiro:

Art. 1.226 Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

²⁰⁸ Os artigos 1.227 e 1.245 ratificam a opção pelo registro para transferência da propriedade dos bens imóveis no Código Civil:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. (Ibid.)

²⁰⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 221.

²¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 39, p. 13.

²¹¹ GOMES, O., op. cit., p. 222. Neste mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 14 e PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3, p. 153.

²¹² GOMES, O., op. cit., p. 222. Neste mesmo sentido: PEREIRA, op. cit., p. 153.

²¹³ Em regra, forma-se apenas pelo acordo das partes, muito embora possa ser solene em certos casos, conforme adverte Caio Mario da Silva Pereira. (Ibid., p. 153)

²¹⁴ Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 14; GOMES, O., op. cit., p. 222; PEREIRA, op. cit., p. 153.

²¹⁵ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 14.

não ser equivalentes objetivamente – desde que o preço não seja irrisório – e mesmo assim o contrato pode ser comutativo. Quando for aleatório, é porque uma das prestações pode falhar, havendo chance de ganho ou perda para cada uma das partes.²¹⁶

Por fim, a execução do contrato de compra e venda pode ocorrer de uma só vez, caracterizando-se como um contrato instantâneo ou de execução imediata. Ou este pode ter a sua prestação dividida no tempo, configurando a execução diferida. Entretanto, tal situação não transforma a avença em um contrato de duração ou de execução continuada.²¹⁷

Os requisitos²¹⁸ essenciais à validade do contrato de compra e venda são os comuns a todos os negócios jurídicos: a capacidade do agente, a possibilidade do objeto e a forma.

Esse rol está descrito no art. 104 do Código Civil²¹⁹, estabelecendo os requisitos para a validade do negócio jurídico: agente capaz e legitimado; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

A capacidade do agente é condição imprescindível para a validade do negócio jurídico, importando na sua anulabilidade, quando presente agente relativamente incapaz, e na sua nulidade, quando celebrado por absolutamente incapaz.²²⁰ Há, ainda, a incapacidade contratual específica, também chamada de legitimação²²¹, a

²¹⁶ A compra e venda aleatória apresenta-se sob duas modalidades: a *emptio spei* e a *emptio rei speratae*, de acordo com Orlando Gomes. (GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 222.). Para maior aprofundamento acerca das modalidades de compra e venda aleatória, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t., 39, p. 18-26.

²¹⁷ GOMES, O., op. cit., p. 223.

²¹⁸ Qualquer contrato, para ser válido, deve conter uma conjunção de elementos extrínsecos e intrínsecos. A doutrina moderna distingue-os em pressupostos e requisitos, respectivamente. Pressupostos são as condições sob as quais se desenvolvem o contrato, sendo eles: capacidade das partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo. A lei, no entanto, ainda exige outras condições para o contrato cumprir com sua função econômico-social típica, quais sejam os elementos intrínsecos: o consentimento, a causa, o objeto e a forma. (GOMES, O., op. cit., p. 45). Para um maior aprofundamento acerca de pressupostos e elementos do negócio jurídico ver BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 89-114.)

²¹⁹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

²²⁰ WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

²²¹ Caio Mario chama de restrição específica do poder de contratar (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3, p. 28) e Arnoldo Wald denomina *legitimação* (WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos

qual torna nulo ou anulável o contrato em razão da existência de determinada relação jurídica entre os contratantes.²²² Esta não se confunde com a incapacidade genérica, a qual sofre as restrições dos arts. 3º e 4º do Código Civil²²³, pois o contratante permanece com o poder genérico de participar dos atos da vida civil,²²⁴ não possuindo legitimação para aquele negócio em específico.

A impossibilidade jurídica do objeto, bem como sua ilicitude, decorrem de obstáculo estabelecido pela própria norma, quando o cumprimento da obrigação importar em afronta ao ordenamento jurídico²²⁵, ou ofender os bons costumes²²⁶. O objeto deve ser determinado, porém não requer que a determinação seja concomitante ao ajuste; basta que ela seja obtida no momento de sua execução.²²⁷

contratos. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.). Já Orlando Gomes entende serem a capacidade e a legitimidade conceitos diversos. (GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 47-48).

²²² Traz-se como exemplos dessas relações as previstas nos arts. 496 e 497 do Código Civil:

Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

²²³ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Ibid.).

²²⁴ WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257 e PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3, p. 28.

²²⁵ Exemplo dessa afronta é o disposto no art. 426 do Código Civil: “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.” (BRASIL, op. cit.).

²²⁶ Cabe trazer, ainda, o art. 166 do Código Civil, que dispõe da nulidade do negócio jurídico: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.” (BRASIL, op. cit.).

²²⁷ PEREIRA, op. cit., p. 30.

Quanto à forma, a regra do direito civil contemporâneo é a liberdade das formas, apesar de certos contratos exigirem forma especial.²²⁸

O contrato de compra e venda de energia elétrica no ambiente livre, sob o ângulo do art. 104 do Código Civil, reúne, em tese, todos os requisitos de validade previstos nesse dispositivo. As partes devem ser associadas à CCEE para poderem celebrar contratos de compra de energia. A Câmara de Comercialização exige dos agentes o preenchimento de certas condições para associarem-se, garantindo o atendimento aos requisitos de capacidade e legitimação necessários. A energia elétrica é objeto lícito e determinável, pois será consumida no momento da sua geração, sendo aferível por instrumentos de medição. E, por fim, há forma prescrita às transações no Decreto n. 5.163/2004²²⁹, o qual refere que as compras de energia celebradas no ambiente livre devem ser formalizadas por meio de contratos bilaterais.

Feita essa digressão acerca dos requisitos de validade nos negócios jurídicos em geral, faz-se mister abordar os elementos essenciais ao contrato de compra e venda em si.

A compra e venda apresenta três elementos essenciais, quais sejam a coisa, o preço e o consenso (*res, pretium et consensus*). Tanto a doutrina quanto o Código Civil, ao regerem o contrato de compra e venda, consideram-no perfeito e acabado quando houver acordo acerca do objeto e do preço.²³⁰

²²⁸ Exemplo de previsão nesse sentido é o art.108 do Código Civil: Art. 108. Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. (WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 258 e PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3, p. 31.)

²²⁹ Art. 47. A contratação no ACL dar-se-á mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários, permissionários e autorizados de geração, comercializadores, importadores, exportadores de energia elétrica e consumidores livres. Parágrafo único. As relações comerciais entre os agentes no ACL serão livremente pactuadas e regidas por contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica, onde estarão estabelecidos, entre outros, prazos e volumes. (BRASIL. **Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM>. Acesso em: 11 ago. 2016.)

²³⁰ Neste sentido são os entendimentos de Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Caio Mario (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 39, p. 08; GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 227; e PEREIRA, op. cit., p. 154.)

O Código Civil rege o contrato de compra e venda nos seguintes dispositivos:

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

A relevância do consenso fica mais evidente diante dos efeitos meramente obrigacionais do contrato de compra e venda, ou seja, a entrega da coisa não é necessária para o aperfeiçoamento do contrato.²³¹

Quanto à coisa, ela pode ser corpórea ou incorpórea, e deve reunir as qualidades de: existência, individualização (se não for determinada, deve ser determinável), disponibilidade e possibilidade de transferência ao comprador.²³²

O último elemento é o preço, o qual segue a máxima “*sine pretio nulla est venditio*”. O preço é composto de algumas características: (i) em regra, deve ser expresso em dinheiro, podendo ser representado por expressão fiduciária (neste caso, necessariamente, o título deve ser expresso em dinheiro); (ii) deve ser sério, não podendo ser fictício ou irrisório, traduzindo a efetiva e real intenção de constituir uma contraprestação da obrigação do vendedor; (iii) deve ser certo, ou seja, determinado.²³³

Dito isso, verifica-se que o contrato de compra de energia do ambiente livre possui os elementos essenciais aos contratos de compra e venda *lato sensu* – porquanto presentes o objeto, o preço e o consenso – os quais serão explorados mais à frente no decorrer deste tópico e no próximo capítulo.

Encerrada a breve análise dos elementos constituintes do contrato de compra e venda, passa-se ao exame do contrato escopo deste trabalho, qual seja o Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre (CCEAL).

Relevante, ainda, citar os dispositivos legais do Código Civil tratando sobre o preço:

Art. 485. A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa.

Art. 486. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar.

Art. 487. É lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação.

Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor.

Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio.

Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

²³¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 227.

²³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3, p. 155-157.

²³³ *Ibid.*, p. 158-163.

Este tem por objeto a compra e venda de energia entre agentes de geração e comercializadores ou consumidores livres e especiais.

O CCEAL foi expressamente previsto no art. 47 do Decreto n. 5.163/2004, nos seguintes termos:

Art. 47. A contratação no ACL dar-se-á mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários, permissionários e autorizados de geração, comercializadores, importadores, exportadores de energia elétrica e consumidores livres.

Parágrafo único. As relações comerciais entre os agentes no ACL serão livremente pactuadas e regidas por contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica, onde estarão estabelecidos, entre outros, prazos e volumes.

Esse Decreto regulamentou a existência do Ambiente de Contratação Livre (ACL), bem como previu, pela primeira vez, de forma expressa, fossem as transações no ACL necessariamente materializadas por intermédio de contratos bilaterais, livremente negociados.²³⁴

Utilizam-se como sinônimas as nomenclaturas “*Contrato Bilateral*” e “*Contrato de Compra de Energia Elétrica no Ambiente Livre*”. Esta última acabou sendo cunhada pela prática do mercado e por ele adotada, por ser mais específica que “*Contrato Bilateral*”.

Esse instrumento visa a disciplinar os direitos e as obrigações entre compradores e vendedores de energia elétrica. Busca, ainda, estabelecer procedimentos comerciais, fixar parâmetros técnicos a serem observados, além de penalidades a serem aplicadas em razão de não conformidades na execução contratual.²³⁵

²³⁴ A Convenção de Comercialização da CCEE também previu que a compra e venda de energia elétrica no ambiente livre seria formalizada por meio de contratos:

Art. 4º A comercialização de energia elétrica entre os agentes da CCEE, bem como destes com os consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á no ACR ou ACL e no Mercado de Curto Prazo, nos termos da legislação, desta Convenção e de atos complementares e das Regras e Procedimentos de Comercialização.

[...]

§ 3º A contratação de energia elétrica no ACL será formalizada mediante Contratos Bilaterais livremente pactuados, que deverão prever, entre outras disposições, montantes de energia e de potência, prazos, preços e Garantias Financeiras. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

²³⁵ SILVA, Christiano Vieira da. Contratação de energia elétrica: aspectos regulatórios e econômicos. **Texto de Discussão do Setor Elétrico n. 25 apresentado no Grupo de Estudos do Setor Elétrico da UFRJ – GESEL**. Disponível em

Da leitura do parágrafo único do art. 47 do Decreto n. 5.163/2004, acima transcrito, depreende-se estes aspectos: (i) as relações comerciais serão “livremente pactuadas”, e (ii) são apenas dois os elementos estipulados pelo decreto como necessários, sendo eles os prazos e os volumes.

A expressão “livremente pactuados”, somada ao reduzido rol de elementos essenciais citado no decreto, atrai ao contrato de compra de energia no ambiente livre o princípio da autonomia privada, deixando expresso que as partes podem formar os contratos com as disposições que mais lhe forem convenientes.²³⁶

Quanto ao conteúdo mínimo do CCEAL, previsto normativamente, há, ainda, o regramento contido na Convenção de Comercialização de Energia Elétrica da CCEE. Trata-se de regulamento específico acerca da comercialização de energia elétrica no país, devendo todos os participantes desse mercado, seja o regulado seja o livre, aderirem à Convenção.

A Convenção de Comercialização de Energia Elétrica da CCEE, no parágrafo 3º do art. 4º, traz um maior detalhamento do que deve prever o contrato, elencando: (i) montantes de energia e de potência; (ii) prazos; (iii) preços, e (iv) garantias financeiras, acrescentando os últimos dois elementos citados ao previsto no decreto.²³⁷

Quanto à tipicidade do CCEAL, com base no Decreto n. 5.163/2004, pode-se concluir tratar-se de contrato típico, assumindo-se a conceituação de serem típicos

<http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/02_TDSE25.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2016.

²³⁶ A liberdade de pactuação encontra limites específicos, apenas, nas regras e nos procedimentos de comercialização da CCEE, os quais tratam de aspectos técnicos da comercialização, não servindo para reduzir o âmbito de liberdade de negociação gozado pelas partes no ambiente livre de contratação. (DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009, p. 96-97.).

²³⁷ Art. 4º A comercialização de energia elétrica entre os agentes da CCEE, bem como destes com os consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á no ACR ou ACL e no Mercado de Curto Prazo, nos termos da legislação, desta Convenção e de atos complementares e das Regras e Procedimentos de Comercialização.”

§ 1º A compra e a venda de energia elétrica no ACR será feita entre Agentes Vendedores e Agentes de Distribuição, mediante licitação, na modalidade leilão, ressalvados os casos previstos na legislação.

§ 2º A compra e a venda de energia elétrica no ACL poderá ser feita entre agentes de comercialização, de geração, de exportação, de importação, consumidores livres e consumidores especiais.” § 3º A contratação de energia elétrica no ACL será formalizada mediante Contratos Bilaterais livremente pactuados, que deverão prever, entre outras disposições, montantes de energia e de potência, prazos, preços e Garantias Financeiras.

(AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

aqueles contratos previstos nos códigos e em leis especiais.²³⁸ No entanto, não se ignora o fato de tanto o Decreto como a Convenção de Comercialização fazerem menção a apenas quatro elementos como necessários ao contrato, deixando os demais aspectos contratuais no campo da liberdade de negociação das partes.

Cumprе salientar que a autonomia privada e a boa-fé objetiva têm trazido outros elementos à negociação dos contratos – que não apenas os elencados no Decreto n. 5.163/2004 e na Convenção de Comercialização de Energia Elétrica da CCEE – ao conteúdo do CCEAL. A praxe do mercado, ponto a ser desenvolvido no próximo capítulo, integrou outros elementos aos instrumentos contratuais analisados, embora não decorrentes de previsão legal.

Assim, diferentemente do verificado no ambiente regulado, onde a maior parte dos riscos é assumida pelas distribuidoras, no ambiente livre, a liberdade de pactuação exige das partes compradoras definição de estratégias de modo a minimizar eventuais riscos.²³⁹

²³⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 178.

Os contratos podem ser típicos, atípicos e mistos. Os contratos típicos (ou contratos nominados do Direito Romano) são aqueles aos quais a lei dá uma denominação própria, descrevendo-lhes os elementos essenciais. Segundo leciona Arnoldo Wald, o contrato típico é aquele que tem uma estrutura legalmente definida, regulamentado nos seus principais aspectos por textos legais (WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 281.). Neste sentido mesmo sentido Caio Mario da Silva Pereira. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3, p. 22.). Nas palavras de Álvaro Villaça de Azevedo, tipicidade significa presença, e atipicidade significa ausência de tratamento legislativo específico. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69.).

Contratos típicos possuem suas características necessárias e suficientes descritas em lei, detalhando-lhe a disciplina específica, tal como ocorre com a compra e venda, a locação, o mandato, o mútuo etc. (FRANCO, op. cit., p. 178.).

Segundo observa Roppo, os contratos atípicos ou inominados resultam da imaginação humana, a qual cria novos negócios, com esquemas contratuais ainda não previstos pela lei. (RÓPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 134.) Arnoldo Wald define o contrato atípico como sendo aqueles que não possuem estrutura fixada pela lei e dependem exclusivamente da convenção das partes para assentar os direitos e as obrigações deles decorrentes. (WALD, op. cit., p. 281.). Esses são regulados pelos princípios gerais referentes aos contratos e, supletivamente, por normas jurídicas referentes a algum contrato típico análogo. (Ibid., p. 282.). Neste sentido é o art. 425 do Código Civil, o qual define “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. (BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

Existe, ainda, doutrina que entende haver um contrato misto, no qual as partes imiscuem uma espécie de contrato típico com aspectos criados por sua própria imaginação, desfigurando o modelo legal inicial. (PEREIRA, op. cit., p. 55.). Este pode ser definido como aqueles que são criados pelas partes com a utilização simultânea de elementos de diversos contratos nominados. O contrato misto difere do atípico, “pois utiliza a regulamentação e a estrutura de contratos nominados, mas realiza uma fusão de diversos figurinos ou moldes num contrato só”. (WALD, op. cit., p. 282-283.).

²³⁹ DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009, p. 99-100.

Na negociação, devem ser observadas questões como a contratação global, gestão do contrato junto à CCEE, maior volume de energia e poder de barganha, aliadas a outras de natureza técnica, como a aplicação de Regras e Procedimentos de Comercialização a eventual ausência de lastro, exposição ao Preço de Liquidação de Diferenças (PLD), a aplicação de penalidades etc. A definição desses aspectos negociais e contratuais é de grande relevância, porquanto podem gerar conflitos entre os agentes, com repercussões diversas, inclusive sobre outros agentes, quando há impactos no Mercado de Curto Prazo.²⁴⁰

Ainda quanto à liberdade de negociação e de estipulação do conteúdo contratual, diante da proliferação de comercializadoras de energia elétrica, percebe-se uma tendência ao pré-estabelecimento das condições contratuais. Muitas dessas têm por hábito lançarem editais de compra e venda de energia, de acordo com seu lastro existente, já apresentando uma minuta padrão de contratação futura dos montantes vendidos e adquiridos, provavelmente com o intuito da facilitação no tráfico comercial.²⁴¹

Tal situação igualmente se identifica quando a empresa geradora com participação estatal em seu capital social é parte do contrato, pois elas costumam veicular editais de compra com minuta pré-estabelecida. Contudo, quanto a contratação é realizada sem a presença dos referidos agentes – ressaltando-se não serem todas as comercializadoras a veicularem contrato prévio padrão – a liberdade na negociação das cláusulas é uma realidade.

Outra perspectiva da maior relevância detida pela autonomia privada no contexto do CCEAL é a da opção pela migração ao mercado livre. Sublinha-se ser essa uma liberalidade do consumidor²⁴² e, portanto, o grau de autonomia ao celebrar o contrato de compra de energia no ambiente livre adquire relevo. O grande atrativo

²⁴⁰ DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009, p. 99-100.

²⁴¹ Neste sentido, perfeita a colocação de Paula Forgioni, a qual salienta estarem os chamados contratos de adesão interempresariais, apesar de ainda não serem objeto de maior estudo por parte da doutrina, tornando-se comuns no dia a dia, para viabilizar a formação das redes contratuais. Ressalta-se que é possível que uma das partes possa obter estipulação de cláusula específica de seu interesse nesses contratos, porém o mais comum é a existência de uma proposta de minuta. (FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.).

²⁴² Lembra-se que a acepção da palavra consumidor aqui empregada não se restringe àquela definida no art. 2º do CDC, tendo a ideia de usuário.

na migração é o de os contratos permitirem um maior gerenciamento de riscos financeiros decorrentes de variação do preço da energia elétrica.²⁴³

A opção por contratar no mercado livre de energia requer um detalhado estudo técnico realizado por profissionais especializados, para verificar-se a viabilidade dessa migração, bem como para identificar qual vigência contratual e a quantidade de energia ideal a ser contratada. A ida para o ambiente livre é resultado de uma análise econômica comparativa entre as tarifas praticadas pelas distribuidoras e suas projeções de aumento e o preço da energia no mercado livre e sua tendência para o futuro.²⁴⁴

Diz-se ser um contrato complexo (i) se existem muitas contingências futuras podendo influenciar o ganho projetado no presente; (ii) se é possível uma grande variação nos pagamentos, de uma parte a outra, dependendo do grau de esforço dessa no cumprimento do contrato ou das condições de mercado, por exemplo; e (iii) se o contrato é difícil de ser entendido pelas partes, dada a avaliação de diferentes contingências, ou mesmo, qual contingência pode vir a afetar o contrato no futuro, exige profundo conhecimento da matéria abrangida no contrato.²⁴⁵

Por isso, enquadra-se o CCEAL, com facilidade, em pelo menos duas das três dimensões apresentadas, quais sejam a existência de contingências relevantes, podendo influenciar o ganho futuro com o contrato – representadas pelas variações climáticas –, e necessidade de profundo conhecimento na área para o entendimento

²⁴³ DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 57.

²⁴⁴ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 173.

²⁴⁵ Utilizando-se o conceito de complexidade defendido pelos economistas Posner, Eggleston e Zeckhauser em seu artigo *The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters*, verifica-se que esses doutrinadores caracterizam um contrato complexo quando presentes três dimensões: (i) existência de determinado número de contingências podendo influenciar de forma relevante no ganho das partes com a contratação; (ii) o grau de variabilidade na magnitude das prestações e contraprestações durante o fluxo de seu cumprimento; e (iii) o grau de conhecimento necessário para o entendimento do conteúdo contratual. (POSNER, Eric; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. **The design and interpretation of contracts: why complexity matters**. *Northwest University Law Review*, v. 95, n. 1, p. 91-132, 2000. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2763&context=journal_articles>. Acesso em: set. 2016, p. 97.).

Interessante observar a constatação feita por Paula Forgioni, a qual refere possuírem, para a doutrina tradicional, todos contratos o mesmo nível de complexidade, o que não é verdade. (FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.).

do conteúdo contratual – diante da necessidade de profundo conhecimento técnico para que as cláusulas e as consequências da pactuação sejam compreendidas.

Aspecto a particularizar o contrato de compra de energia, frente aos contratos de compra e venda tradicionais, é o de ocorrer uma dissociação entre a energia contratada e a energia entregue. Nos termos da Convenção de Comercialização da CCEE, art. 7º, parágrafo 1º²⁴⁶, o adquirente pode receber a energia contratada de qualquer agente do sistema e não, necessariamente, daquele figurando como vendedor do contrato por ele celebrado.

Quando se observa o objeto desses contratos, depreende-se que a obrigação principal não é a entrega física da energia contratada, a qual poderá ser entregue por qualquer um dos agentes geradores do sistema interligado.²⁴⁷

Isso ocorre porque é o Operador Nacional do Sistema (ONS) quem define quem deve gerar energia naquele momento, baseando-se em dados de nível de reservatório de água das hidrelétricas compondo o Sistema Integrado Nacional, tendo por objetivo mitigar eventuais riscos hidrológicos.²⁴⁸

Por isso, diz-se que o contrato de compra de energia elétrica, seja no ambiente livre, seja no regulado, possui efeitos de ordem financeira, não refletindo, necessariamente, o mundo físico.

²⁴⁶ Nos termos do art. 7º, todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e respectivas alterações deverão ser registrados na CCEE, independentemente da data de início de suprimento, inclusive para fins de Contabilização e Liquidação Financeira, segundo as condições e prazos previstos em Procedimentos de Comercialização específicos, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL.

§ 1º Os contratos registrados na CCEE não implicam, necessariamente, compromisso de entrega física de energia elétrica por parte dos agentes vendedores, podendo a energia ser entregue por outro agente da CCEE, ressalvando-se, para todos os efeitos, que a responsabilidade contratual pela entrega da energia continua sendo do agente vendedor referido no contrato. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc_ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

²⁴⁷ Tal peculiaridade pode ser vista como uma exceção ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, o qual está fundado em famoso adágio romano *res inter alios acta, allis neque nocere neque prodesse potest* (o que foi negociado entre as partes não pode prejudicar nem beneficiar terceiros). Este princípio limita o âmbito dos efeitos dos contratos com base na dicotomia “parte” versus “terceiro”. Assim, os contratos só produzem efeito relativamente às partes cuja vontade tenha participado da formação do vínculo contratual, não prejudicando ou beneficiando os terceiros. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. p. 212 e 214.).

²⁴⁸ DIAS, Fabio Henrique di Lallo. **Contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre de contratação no atual modelo institucional do setor elétrico**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 24.

Quanto à vigência dos contratos de compra de energia no mercado livre, verifica-se ser esta é bastante variável. São contratos que assumem um papel estratégico nas empresas optantes pelo mercado livre, pois podem prever qual será o valor a ser pago pela energia elétrica em determinado mês.

Os contratos podem ter de um mês até anos de duração. Mesmo quando a vigência não ultrapassa um mês de duração, as partes devem cumprir com procedimentos previstos nas regras de comercialização da CCEE (registro de montante, ratificação do registro etc.) ficando vinculadas, por certo lapso temporal, após o período mensal acordado, para poderem cumprir essas etapas.

A liberdade de vinculação futura das partes tende a custar tempo e dinheiro²⁴⁹, se comparada a uma contratação mais longa. Isso porque, se realizada com base em boas projeções, a contratação mais longa tende a obter um preço mais favorável pela energia contratada do que aquela feita de um mês para o outro.

No entanto, no caso da energia elétrica, trata-se de regra comportando exceções, porquanto o seu preço está diretamente vinculado a fatores climáticos pouco previsíveis, podendo ocorrer chuvas inesperadas, derrubando o preço da energia no mercado de curto prazo, o qual serve de baliza para as contratações “imediatas” no mercado livre.

Dito isso, podem-se caracterizar os contratos de compra de energia no ambiente livre como instantâneos, na modalidade diferida,²⁵⁰ quando este tiver a vigência de um mês. Isso se deve à subsistência da obrigação contratual das partes em registrar e ratificar as informações no sistema da CCEE mesmo após a entrega da energia e o pagamento do preço.

Ademais, pode o contrato de compra de energia ser de trato sucessivo, quando a vigência do instrumento for maior do que um mês. Isso porque a cada mês o

²⁴⁹ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

²⁵⁰ Um contrato de execução imediata ou instantânea é aquele cuja solução se efetua de uma só vez e por prestação única, tendo por efeito a extinção cabal da obrigação. Exemplo clássico é a venda à vista. Já o contrato de execução diferida ou retardada é aquele em que a prestação da parte se dá a termo, não ocorrendo a extinção da obrigação enquanto não se completar a *solutio*. Há, ainda, os contratos de execução sucessiva ou de trato sucessivo, ou de execução continuada (nos termos do art. 478 do CC), caracterizando-se quando o pagamento não gera a extinção da obrigação, que renasce. A continuidade da obrigação é requerida pelas partes contratantes. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.). São contratos que importam na realização de prestações periódicas e contínuas. Exemplo clássico é o contrato de locação ou de fornecimento de mercadorias. (WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287.).

vendedor deve estar apto a gerar a energia contratada,²⁵¹ e o comprador deve pagar o preço pelo montante acertado, além de cumprir as etapas de registro e de ratificação do contrato.

Conclui-se, portanto, não haver uma caracterização uniforme do CCEAL quanto a sua vigência, pois ele é moldado de acordo com a vontade das partes.

Por fim, particularidade do CCEAL a merecer destaque é a de, após ser celebrado, dever ser registrado pelo agente vendedor e validado pelo agente comprador diretamente no site da CCEE. Contratos não validados pelo comprador não são contabilizados, assim como os contratos entre não associados à Câmara de Comercialização.

Somente a partir do registro do contrato na CCEE – e da sua validação pela contraparte – é que este passa a gerar efeitos, havendo a contabilização dos montantes de energia produzidos e consumidos. A transferência do domínio da energia contratada opera-se mediante o registro.²⁵² Assim, pode-se fazer um paralelo com o registro (completo e correto) na CCEE do contrato e a tradição do bem energia.

A necessidade de registro do contrato, bem como de seus montantes, configura um processo coordenado de obrigações para ambas as partes, as quais necessitam ser cumpridas em um determinado espaço de tempo para o contrato atingir seu objetivo e ser “adimplido”.

Clóvis do Couto e Silva, em sua obra “Obrigação como Processo”, afirma que a obrigação deve ser entendida como um processo, “como algo que se encadeia e de desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”. O autor conclui que “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim” e que “a relação obrigacional é um sistema de processos”.²⁵³

Entende-se ser essa concepção apropriada aos contratos de compra de energia, pois o objeto desse contrato traz uma série de obrigações a serem cumpridas por ambas as partes, não se constituindo apenas na entrega da energia elétrica, por parte do vendedor, e no pagamento do preço, pelo comprador.

²⁵¹ Posteriormente restará esclarecida de forma mais detalhada a não obrigatoriedade de entrega física da energia elétrica contratada em função da vinculação dos geradores ao despacho do ONS, podendo a energia advir de qualquer gerador ligado ao Sistema Integrado Nacional – SIN.

²⁵² UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil.** Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 172.

²⁵³ COUTO E SILVA, Clovis V. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 200, p. 17.

Dessa forma, a entrega do bem e o adimplemento do preço não extinguem a relação jurídica,²⁵⁴ existindo ainda uma série de atos a serem desenvolvidos por cada parte.

Em vista desses aspectos, pode-se afirmar constituírem as previsões contidas nessa avença um conjunto ordenado de etapas, estendidas no tempo, visando não apenas à satisfação dos interesses das partes, mas, ainda, ao atendimento do fim compartilhado por elas. Neste contexto, fazem sentido as palavras de Paula Forgioni: “o contrato é um filme e não uma fotografia”.²⁵⁵

Apresentados os aspectos normativos e as principais características do CCEAL, passa-se, no próximo capítulo, a explorar, de maneira pormenorizada, os elementos essenciais ao contrato, de acordo com o elenco normativo, bem como identificam-se as disposições acrescidas pela praxe do mercado, decorrente da livre negociação da avença, buscando traçarem-se contornos mínimos do contrato objeto deste estudo.

²⁵⁴ COUTO E SILVA, Clovis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 200, p. 18.

²⁵⁵ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

3 A CONFIGURAÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE LIVRE: OS ASPECTOS JURÍDICOS E A PRÁTICA DO MERCADO

Fácil perceber-se que o contrato de compra de energia no ambiente livre é instrumento recente, seja sob o prisma de sua previsão legal, seja pela perspectiva de sua adoção pelo mercado. Este contrato, conforme já ressaltado no tópico anterior, conta, entre nós, com pouco mais de uma década de existência, cujo início se conta desde sua previsão na legislação específica, qual seja o Decreto n. 5.163/2004. Ademais, a liberdade de negociação e a definição mínima de seu conteúdo pelos regramentos afetos ao setor elétrico são marcas do CCEAL.

Sendo assim, o exame da configuração do CCEAL, nos seus aspectos jurídico e prático, assume papel relevante para a compreensão de instrumento tão pouco estudado.

De acordo com o comumente verificado nos conceitos jurídicos, a definição do contrato em estudo não pode ser entendida em sua essência se ficar limitada à dimensão estritamente jurídica. Esta não se constitui de realidade autônoma, devendo refletir uma realidade exterior, de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, frente à qual o contrato cumpre um papel instrumental. Nas palavras de Roppo, o enfoque a ser dado ao contrato em exame considera a “realidade econômico-social que lhe subjaz”.²⁵⁶

O escopo deste capítulo é, portanto, a análise do conteúdo contratual mínimo previsto pelo Decreto n. 5.163/2004 e pela Convenção de Comercialização da CCEE, bem como a identificação dos elementos integrantes da avença oriundos da liberdade de negociação facultada às partes.

Quanto aos elementos decorrentes da liberdade de pactuação, identificam-se os princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva como os mais relevantes na criação de obrigações e regramentos insertos no contrato.

Por isso, optou-se por destacar o viés normativo – dando ênfase ao disposto no citado decreto e na referida convenção –, e o viés do mercado – consubstanciado pelos princípios da autonomia da privada e boa-fé objetiva.

²⁵⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7.

3.1 OS ELEMENTOS DO CONTRATO DE COMPRA DE ENERGIA NO AMBIENTE LIVRE

3.1.1 O conteúdo do contrato de acordo com o Decreto n. 5163/2004, a Convenção de Comercialização da CCEE e as práticas de mercado

De acordo com os aspectos abordados no capítulo anterior, são dois os atos normativos a reger o conteúdo mínimo do contrato de compra de energia elétrica no ambiente livre: o Decreto n. 5.163/2004 e a Convenção de Comercialização da CCEE.

O Decreto n. 5.163/2004 regulamenta a comercialização de energia elétrica e o processo de outorga de concessões e autorizações de geração de energia elétrica no país. Esse diploma – no Capítulo III “Da Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente da Contratação Livre”²⁵⁷ – dispõe, do art. 47 ao 55, sobre a comercialização no ambiente livre.

O contrato de compra de energia é sucintamente regido pelo art. 47, reservando aos demais artigos do Capítulo III disposições sobre (i) quais consumidores²⁵⁸ estão aptos a comprarem no ambiente livre e em quais condições estes podem migrar de um ambiente para o outro; (ii) os compradores de energia nesse mercado estarem sujeitos a tributos e encargos, tal qual no ambiente regulado, e (iii) como os geradores sob controle federal, estadual ou municipal devem vender a energia elétrica por eles gerada.

Faz-se referência, ainda, ao conteúdo do art. 56, do Decreto²⁵⁹ – o qual está

²⁵⁷ O Capítulo I do Decreto n. 5.163/2004 trata “Das Regras Gerais de Comercialização de Energia Elétrica”; o Capítulo II, “Da Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente da Contratação Regulada”; o Capítulo III, “Da Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente da Contratação Livre”; o Capítulo IV, “Da Contabilização e Liquidação de Diferenças no Mercado de Curto Prazo”; o Capítulo V, “Das Outorgas e Concessões”; e o Capítulo VI, “Das Disposições Finais e Transitórias”. (BRASIL. **Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM>. Acesso em: 11 ago. 2016.).

²⁵⁸ Na acepção de adquirente, usuário, e não do sentido do art. 2º do CDC. (BRASIL. **Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.).

²⁵⁹ Art. 56. Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica firmados pelos agentes, seja no ACR ou no ACL, deverão ser registrados na CCEE, segundo as condições e prazos previstos em procedimento de comercialização específico, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL, nos casos aplicáveis.
Parágrafo único. A CCEE poderá exigir a comprovação da existência e validade dos contratos de que trata o caput. (BRASIL, 2004, op. cit.).

localizado no Capítulo IV – dispendo sobre a necessidade de todos os contratos firmados, seja no ACR seja no ACL, serem registrados na CCEE.

Já a Convenção de Comercialização da CCEE (instituída pela Resolução Normativa ANEEL n. 109/2004) regra a comercialização de energia elétrica e estabelece a estrutura e a forma de funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Dos seus sessenta artigos, apenas três tratam de forma específica do contrato de compra de energia no ambiente livre, estatuidando acerca dos seus elementos²⁶⁰, do seu registro junto à CCEE²⁶¹ e da resolução de determinados conflitos em Câmara de Arbitragem²⁶².

Conclui-se, pois, que a normatização do CCEAL é pífia, reservando às práticas do mercado a definição de seus contornos gerais. Por isso, coube ao mercado de energia elétrica criar-lhe uma estrutura contratual básica, estabelecendo elementos tidos por necessários para regrar as transações atinentes a esse bem tão peculiar tal qual a energia elétrica.²⁶³

²⁶⁰ Art. 4º A comercialização de energia elétrica entre os agentes da CCEE, bem como destes com os consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á no ACR ou ACL e no Mercado de Curto Prazo, nos termos da legislação, desta Convenção e de atos complementares e das Regras e Procedimentos de Comercialização.

[...]

§ 3º A contratação de energia elétrica no ACL será formalizada mediante Contratos Bilaterais livremente pactuados, que deverão prever, entre outras disposições, montantes de energia e de potência, prazos, preços e Garantias Financeiras. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004.** Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

²⁶¹ Art. 7º Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e respectivas alterações deverão ser registrados na CCEE, independentemente da data de início de suprimento, inclusive para fins de Contabilização e Liquidação Financeira, segundo as condições e prazos previstos em Procedimentos de Comercialização específicos, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL. (Ibid.).

²⁶² Art. 58. Os Agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, nas seguintes hipóteses:

[...]

III – sem prejuízo do que dispõe cláusula específica nos CCEARs, conflito entre Agentes da CCEE decorrente de Contratos Bilaterais, desde que o fato gerador da divergência decorra dos respectivos contratos ou de Regras e Procedimentos de Comercialização e repercute sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE. (Ibid.).

²⁶³ Importa referir que a Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia (ABRACEEL) disponibiliza um contrato padrão em seu site, o qual conta com comentários da Gerência Jurídica da CCEE, a título de colaboração e não vinculativos. A ANEEL também ofereceu comentários ao modelo, com o objetivo de colaborar com a redação e a clareza do documento, ante os aspectos regulatórios envolvidos.

Por conter comentários oriundos da CCEE e ANEEL, principais entes atuantes no mercado de comercialização de energia elétrica, trata-se de fonte importante de consulta acerca de orientação quanto à estrutura dos CCEALs. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE

Por conseguinte, passa-se ao exame dos elementos formadores do CCEAL, organizando-os de acordo com sua origem: aqueles previstos no Decreto n. 5.163/2004, aqueles decorrentes da Convenção de Comercialização da CCEE, e aqueles cuja origem se situa nas práticas do mercado.

O Decreto n. 5.163/2004²⁶⁴ traz dois elementos a serem necessariamente regradados no contrato em estudo: prazos e volumes.

Analisando-se os prazos deste instrumento, conforme já abordado no item anterior, verifica-se que ele não possui uma vigência padrão, podendo ser configurado como contrato de curto, médio ou longo prazos. O mercado de energia costuma considerar de curto prazo aquelas contratações cuja duração é inferior a seis meses, e, de longo prazo, aquelas cuja duração é maior ou igual a seis meses.

O prazo do contrato é certo e determinado, sendo chamado, em regra, de *período de suprimento*. É de livre negociação entre as partes, as quais o determinam de acordo com suas necessidades.²⁶⁵

Em razão de o CCEAL conter, em sua maioria, compromisso de confidencialidade, não é possível obter-se um estudo estatístico acerca da preferência dos agentes quanto ao seu prazo de vigência. No entanto, pode-se afirmar que existe uma tendência à celebração de contratos de média e longa duração, tendo em vista a cominação de penalidades caso o comprador não tenha a totalidade de sua carga respaldadas em geração própria ou em contratos de compra de energia de terceiros.²⁶⁶

ENERGIA. **Contrato padrão ABRACEEL**. Brasília, [S.n. s.d.]. Disponível em: <<http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/contratoPadrao.asp>>. Acesso em 1 nov. 2016.).

²⁶⁴ Art. 47. A contratação no ACL dar-se-á mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários, permissionários e autorizados de geração, comercializadores, importadores, exportadores de energia elétrica e consumidores livres.

Parágrafo único. As relações comerciais entre os agentes no ACL serão livremente pactuadas e regidas por contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica, onde estarão estabelecidos, entre outros, prazos e volumes. (BRASIL. **Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM>. Acesso em: 11 ago. 2016.).

²⁶⁵ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 187.

²⁶⁶ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 88.

A tendência pela opção de contratações de médio e longo prazos pode ser revista quando o preço do PLD – o qual se traduz no preço cobrado pela energia no mercado de curto prazo – estiver baixo. Quando o PLD diminui, passa a ser vantajoso realizar contratações de curto prazo, beneficiando-se do preço menor da energia. Isso é possível porque os registros das transações na CCEE podem ser feitos *ex post*, ou seja, no mês subsequente à efetiva utilização da energia elétrica.²⁶⁷

Quanto aos volumes, deve haver a determinação não apenas da quantidade de energia comprada, mas também da distribuição desses volumes contratados (i) nos meses do ano, período denominado de sazonalização, e (ii) nos valores horários de energia com base nos volumes determinados para o mês, chamada de modulação.²⁶⁸ Há, ainda, a possibilidade de estabelecer-se a flexibilidade nos montantes determinados para fins de sazonalização e modulação.

Referente à quantidade de energia elétrica contratada, esta tem por unidade básica, em regra, o megawatt-hora (MWh), sendo os preços negociados em reais por megawatt-hora (R\$/MWh) ou o Mwmédio.²⁶⁹

Os montantes (sazonalização e modulação) são livremente negociados pelas partes, de acordo com suas necessidades. Caso esses dados não sejam informados à CCEE, ou o sejam após escoado o prazo para tanto, a sua distribuição será feita automaticamente pelo sistema na modalidade *flat*, ou seja, divide-se o bloco anual de energia proporcionalmente ao número de horas de cada mês de maneira uniforme, no

²⁶⁷ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica.** Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 88.

²⁶⁸ Para maiores informações acerca de sazonalização e modulação, ver: CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Regras de comercialização: contratos. **Cadernos Vermelhos**, São Paulo, [S. n.], jan. 2016. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/procedimentos?_afzLoop=930752359259177#%40%3F_afzLoop%3D930752359259177%26_adf.ctrl-state%3Dnffy3p211_27>. Acesso em: 5 nov. 2016, p. 11.

²⁶⁹ O contrato por megawatt-hora (MWh) pode ser assim exemplificado: no caso de um contrato para dois meses de entrega, sendo os meses de março e abril de 2017. Este determina que o fornecedor entregará 74.400 MWh em março e 72.000 MWh em abril. Se o preço contratado for de R\$50,00/MWh, o faturamento do fornecedor deverá ser de R\$ 50,00 x 74.400 em março e de R\$ 50,00 x 72.000 em abril.

O MW médio é encontrado ao se dividir a quantidade de energia em MWh pelo número de horas de cada mês. Tomando o exemplo anterior, se dividirmos a quantidade de MWh pelo número de horas de cada mês, encontra-se o valor de 100 megawatt (MW) para ambos. Assim, nesse exemplo, a quantidade negociada de 100 MW médio, para março e abril, equivale a 100 x 744 MWh, em março, e 100 x 720 MWh, em abril. (GOMES, Leonardo Lima; LUIZ, Ivone Gonçalves. Valor adicionado aos consumidores livres de energia elétrica no Brasil por contratos flexíveis: uma abordagem pela teoria das opções. **Revista Eletrônica de Administração**, v. 15, n. 2, p. 307-333, maio/ago. 2009, p. 312-313.)

caso da sazonalização, ou divide-se o montante mensal de energia de um contrato pelo número de horas do respectivo mês de maneira uniforme.²⁷⁰

Tais montantes podem ser flexibilizados por meio de previsão contratual (sendo, normalmente, associada a uma cláusula de *take or pay*). Esse tipo de cláusula assegura um fluxo mínimo de recurso financeiro ao vendedor, independentemente do montante efetivamente utilizado pelo comprador e, ao mesmo tempo, garante ao comprador a possibilidade de ajustar suas necessidades dentro daquele patamar de flexibilidade prevista. Há, ainda, a possibilidade de o contrato prever a alteração dos montantes – redução ou aumento – com a antecedência especificada no instrumento. Essa condição não se confunde com as flexibilidades, pois enseja a modificação definitiva dos montantes, isto é, uma vez efetuada tal alteração, as condições de flexibilidade incidirão sobre o novo montante contratado.²⁷¹

Informar corretamente a sazonalização e a modulação de um contrato é de grande relevância para fins de estratégia comercial, pois a CCEE, quando da contabilização da energia consumida, irá alocar as quantidades contratadas de acordo com o informado, podendo implicar maior ou menor custo ao agente. Uma previsão equivocada ou a sua ausência pode imputar riscos ao agente pelo descasamento da carga/geração efetivas e o instrumento contratual.²⁷²

Outro aspecto relacionado aos montantes é o local de entrega da energia elétrica. O mercado brasileiro é dividido em quatro submercados: sudeste/centro-oeste, sul, nordeste e norte. Esta divisão tem origem nas restrições de transmissão, pois, dependendo da situação do armazenamento de água, da oferta e da demanda, cada submercado pode apresentar preços bastante diferentes. Daí a importância da especificação do local da entrega.²⁷³

Encerrada a análise dos elementos previstos no Decreto n. 5.163/2004, passa-se ao exame daqueles estabelecidos na Convenção de Comercialização de Energia

²⁷⁰ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Onde atuamos. **Comercialização**. São Paulo, [S. n., s. d.]. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/comercializacao?_afLoop=182537173572712#%40%3F_afLoop%3D182537173572712%26_adf.ctrl-state%3D1941qf9jdo_29>. Acesso em: 15 set. 2016.

²⁷¹ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 85.

²⁷² *Ibid.*, p. 85.

²⁷³ GOMES, Leonardo Lima; LUIZ, Ivone Gonçalves. Valor adicionado aos consumidores livres de energia elétrica no Brasil por contratos flexíveis: uma abordagem pela teoria das opções. **Revista Eletrônica de Administração**, v. 15, n. 2, p. 307-333, maio/ago. 2009, p. 313.

Elétrica da CCEE. A Convenção define como necessários os seguintes elementos: montantes de energia e de potência, prazos, preços e garantias financeiras.²⁷⁴

Esse ato normativo reproduz dois dos elementos elencados no Decreto n. 5.163/2004, quais sejam os montantes de energia e potência e os prazos, e acresce a indispensabilidade de prever-se preço e garantia financeira ao conteúdo mínimo contratual.

O preço, nos contratos de compra de energia no mercado livre, pode ser composto de várias formas: (i) prefixado na celebração do contrato; (ii) variável, utilizando o valor do PLD como referência, com descontos ou acréscimos – trazendo um risco maior ao comprador decorrente da sua volatilidade, e (iii) misto, com elementos fixos e outros referenciados ao PLD.²⁷⁵

Importa salientar que a opção pela composição do preço no contrato é ponto sensível na negociação, porquanto este pode não refletir apenas condições de oferta e demanda, mas também sofrer influência das condições climáticas do país. Isso decorre do modelo matemático utilizado para precificar o PLD, cuja fórmula é composta de informações em tempo real a respeito das condições dos reservatórios das geradoras de matriz hídrica. Em vista desse aspecto, o PLD tende a ser bastante instável.²⁷⁶

²⁷⁴ Art. 4º A comercialização de energia elétrica entre os agentes da CCEE, bem como destes com os consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á no ACR ou ACL e no Mercado de Curto Prazo, nos termos da legislação, desta Convenção e de atos complementares e das Regras e Procedimentos de Comercialização.

[...]

§ 3º A contratação de energia elétrica no ACL será formalizada mediante Contratos Bilaterais livremente pactuados, que deverão prever, entre outras disposições, montantes de energia e de potência, prazos, preços e Garantias Financeiras.

§ 4º As operações realizadas no Mercado de Curto Prazo serão contabilizadas pela CCEE de acordo com as Regras e Procedimentos de Comercialização, inclusive as relativas ao intercâmbio internacional de energia elétrica e Energia de Reserva, definidas por regulamentação específica, devendo as exposições dos agentes da CCEE serem valoradas ao Preço de Liquidação de Diferenças - PLD. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em:

<https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc_ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

²⁷⁵ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 89.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 90-91.

Neste sentido, as oscilações na oferta e nos níveis de armazenamento de água determinam o “custo equivalente” da água. Este “custo” é calculado por fórmulas matemáticas complexas executadas por um software específico, o qual estabelece o “custo marginal operacional”, que corresponde ao custo do último MWh despachado pelo ONS, chegando-se, assim, ao “preço de liquidação de diferenças”,

Cabe ao comprador acautelar-se e buscar uma assessoria técnica, caso não tenha suficiente conhecimento do mercado de energia elétrica, para poder definir, de forma segura, a composição do preço no contrato, evitando eventuais surpresas futuras.

Quanto às garantias financeiras, esclarece-se existirem aquelas que constituem condição necessária à adesão do agente à CCEE, nos termos do art. 3º da Resolução Normativa ANEEL n. 622/2014²⁷⁷; e aquelas que asseguram o cumprimento específico do contrato celebrado.²⁷⁸ São estas últimas as garantias financeiras relevantes para este trabalho, pois estão no âmbito da negociação dos termos contratuais.

Desse modo, pode-se exigir garantia do fiel cumprimento do CCEAL sob dois aspectos: tratando-se de assegurar o amplo adimplemento da avença por parte do vendedor; ou apenas a garantia do pagamento do preço, limitando-se a assegurar o adimplemento das faturas pelo comprador. Trata-se de opção que considera fatores como a credibilidade da parte no mercado, os valores envolvidos e os riscos da transação.²⁷⁹

Muitas vezes as partes, conforme será abordado no ponto 3.2, optam por utilizar o sistema de registro e validação do contrato para fins de garantia, determinando o não pagamento do preço, caso essas etapas não sejam devidamente cumpridas pelo vendedor.

O eventual descumprimento das obrigações contratuais gera, não apenas o pagamento do preço da energia pelo PLD a ser efetuado pela parte, mas a aplicação

ou seja, o PLD. (UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil.** Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 184.).

²⁷⁷ Art. 3º A constituição de garantias financeiras é condição necessária à adesão e à operação do agente de mercado no âmbito da CCEE, nos termos desta Resolução e de Procedimento de Comercialização específico.

§ 1º A constituição de garantias financeiras tem por finalidade assegurar aos agentes da CCEE a efetivação dos registros validados de contratos de compra e venda por eles realizados, assim como a preservação do MCP. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 622, de 19 de agosto de 2014.** Dispõe sobre as garantias financeiras e a efetivação de registros de contratos de compra e venda de energia elétrica, associados à comercialização no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2014622.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

²⁷⁸ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica.** Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 91.

²⁷⁹ Ibid., p. 91.

de penalidade por parte da CCEE. Nesta hipótese, a inexistência de uma garantia efetiva pode causar à parte penalizada prejuízos financeiros.²⁸⁰

São esses os aspectos definidos pelo Decreto n. 5.163/2004 e pela Convenção de Comercialização de Energia Elétrica da CCEE como sendo o conteúdo mínimo do contrato, logo, imperioso concluir pelo vasto espaço reservado à negociação entre as partes, colimando ao regramento das condições atinentes à compra de energia.

Dito isso, passa-se ao estudo dos elementos observados como usuais e relevantes pelos (poucos) estudos sobre o tema²⁸¹, e pela pesquisa em modelos disponibilizados nas páginas eletrônicas dos agentes atuantes no mercado.²⁸²

Podem-se detectar, no desenho típico do CCEAL, além dos elementos citados alhures – volumes, prazos, preços e garantias financeiras –, as seguintes previsões contratuais: (i) identificação das partes; (ii) definição do objeto, regramento as etapas de registro e validação; (iii) declarações de atendimento a determinações legais e regulatórias; (iv) multa pela rescisão; (v) compromisso de confidencialidade dos termos contratuais; (vi) regramento para o caso de racionamento; e (vii) mecanismo de solução de controvérsias.

Os agentes atuantes como partes nesses contratos são geradores, comercializadores, consumidores²⁸³ livres²⁸⁴ e especiais²⁸⁵. Para tanto, estes devem

²⁸⁰ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica.** Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 92.

²⁸¹ Neste sentido: MAGALHÃES, op. cit.; UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil.** Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014; DIAS, Fabio Henrique di Lallo. **Contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre de contratação no atual modelo institucional do setor elétrico.** Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; DAVID, Solange, A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009, p. 99-100.

²⁸² Tomaram-se por base, além do Contrato Padrão ABRACELL, os modelos disponibilizados pelas geradores e comercializadoras, cuja pesquisa será pormenorizada no item 3.2 deste trabalho.

²⁸³ Lembrando que o vocábulo *consumidor* aqui tem a acepção de adquirente ou usuário, e não o conceito do art. 2º do CDC.

²⁸⁴ Consumidor livre são aqueles que possuem carga igual ou superior a 3 MW (três megawatts, equivalente a três mil quilowatts), de acordo com o disposto nos arts. 15 e 16 da Lei n. 9.074/1995.

²⁸⁵ Consumidor especial é aquele que, individualmente ou reunido por comunhão de interesses de fato ou de direito, possua carga igual ou maior a 500 kW (quinhentos quilowatts).

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

[...]

§ 5º Os aproveitamentos referidos nos incisos I e VI do caput deste artigo, os empreendimentos com potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e aqueles com base em fontes solar, eólica e biomassa cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) poderão comercializar energia elétrica com consumidor ou

possuir legitimidade para atuar na posição de comprador ou vendedor da energia elétrica, atendendo a certas exigências previstas na legislação setorial específica.²⁸⁶

Os geradores e comercializadores devem ser titulares de concessão ou autorização outorgadas pelo Poder Concedente para a atividade de geração ou comercialização de energia, respectivamente. Para os consumidores, não há um ato específico do poder público reconhecendo a condição de aptos a atuarem no mercado livre. Em geral, eles fazem declarações atestando preencher aos requisitos legais, além de a CCEE fazer essa averiguação quando da associação desses agentes à Câmara de Comercialização.²⁸⁷

Os consumidores livres e especiais podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte²⁸⁸, com qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica, respeitados os contratos de fornecimento vigentes. Porém, esses adquirentes devem garantir a integralidade de sua carga por meio de geração própria ou contratos registrados na CCEE, sob pena de sofrerem a aplicação de penalidade.²⁸⁹

conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 kW (quinhentos quilowatts), observados os prazos de carência constantes do art. 15 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, conforme regulamentação da ANEEL, podendo o fornecimento ser complementado por empreendimentos de geração associados às fontes aqui referidas, visando à garantia de suas disponibilidades energéticas, mas limitado a 49% (quarenta e nove por cento) da energia média que produzirem, sem prejuízo do previsto nos §§ 1º e 2º deste artigo. (BRASIL. **Lei Federal n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.).

²⁸⁶ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 85.

²⁸⁷ Ibid., p. 80-81.

²⁸⁸ Cumpre esclarecer sobre os montantes contratados, no caso dos consumidores livre e especiais, que a legislação permite que parte da energia elétrica seja suprida no mercado livre e parte remanesça no mercado cativo. É o chamado consumidor parcialmente livre, disciplinado na Resolução ANEEL n. 376/2009. Portanto, não há para os consumidores uma obrigação de contratação da integralidade dos montantes de que necessitam no ACL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 376, de 25 de agosto de 2009**. Estabelece as condições para contratação de energia elétrica, no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN, por Consumidor Livre, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2009376.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016. (Ibid., p. 85)

²⁸⁹ Art. 2º Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições:

[...]

III - os consumidores não supridos integralmente em condições reguladas pelos agentes de distribuição e pelos agentes vendedores deverão garantir o atendimento a cem por cento de suas cargas, em termos de energia, por intermédio de geração própria ou de contratos registrados na CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados na ANEEL.

Aqueles optantes pela compra da energia no ambiente livre poderão retornar à condição de consumidor no mercado regulado uma vez que informem à concessionária, à permissionária ou à autorizada de distribuição local, com antecedência mínima de até 5 (cinco) anos, prazo a ser reduzido a critério da distribuidora.²⁹⁰

Esse prazo de 5 (cinco) anos é bastante longo e, por isso, a migração para o ambiente livre é opção merecedora de um estudo técnico sério por parte do comprador possuidor dos requisitos para tanto.

O estudo do *objeto* do CCEAL é um dos pontos mais inquietantes referentes a este tema. Diz-se isso, pois, a entrega física da energia elétrica contratada não faz parte do objeto contratual,²⁹¹ sendo a sua entrega efetiva garantida pelo Sistema Interligado Nacional (SIN), tendo presente o conceito subjacente de constituir a energia elétrica uma *commodity*, nos termos explicitados no capítulo anterior.

Contudo, o vendedor deve possuir a disponibilidade da energia vendida para ser apurada financeiramente pela CCEE, aclarando o motivo pelo qual se afirma ter

Art. 3º As obrigações de que tratam os incisos do caput do art. 2º serão aferidas mensalmente pela CCEE e, no caso de seu descumprimento, os agentes ficarão sujeitos à aplicação de penalidades, conforme o previsto na convenção, nas regras e nos procedimentos de comercialização. (BRASIL. **Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM>. Acesso em: 11 ago. 2016.).

²⁹⁰ Art. 52. Os consumidores livres deverão formalizar junto ao agente de distribuição local, com antecedência mínima de cinco anos, a decisão de retornar à condição de consumidor atendido mediante tarifa e condições reguladas.

Parágrafo único. O prazo definido no caput poderá ser reduzido a critério do respectivo agente de distribuição.

Aquele adquirente que passar a integrar o ambiente livre de contratação, deve informar ao Poder Concedente a quantidade de energia necessária para atendimento a seu mercado ou sua carga, de acordo com o previsto no parágrafo 1º do art. 3º da Lei n. 10.848/2004. (BRASIL, *ibid.*).

²⁹¹ Tal circunstância está, inclusive, prevista da Convenção de Comercialização da CCEE, em seu parágrafo 1º do art. 7º:

Art. 7º Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e respectivas alterações deverão ser registrados na CCEE, independentemente da data de início de suprimento, inclusive para fins de Contabilização e Liquidação Financeira, segundo as condições e prazos previstos em Procedimentos de Comercialização específicos, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL.

§ 1º Os contratos registrados na CCEE não implicam, necessariamente, compromisso de entrega física de energia elétrica por parte dos agentes vendedores, podendo a energia ser entregue por outro agente da CCEE, ressalvando-se, para todos os efeitos, que a responsabilidade contratual pela entrega da energia continua sendo do agente vendedor referido no contrato. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

o CCEAL apenas efeitos financeiros. A obrigação de entrega da energia elétrica, todavia, subsiste, embora apurada numericamente, já que, caso o vendedor não possua o quantitativo de energia vendido, deverá adquiri-la no mercado de curto prazo, ao preço do PLD²⁹², para honrar o contratato.

O processo de registro, validação e ratificação dos contratos – e do seu detalhamento – é atividade que envolve obrigações mensais e contínuas. Deste modo, o cumprimento do contrato, no âmbito do mercado livre, não depende apenas da formalização do instrumento, com a correspondente assinatura das partes e das testemunhas, mas, também, do seu registro na CCEE.

No ato de registro de um novo contrato de compra de energia no mercado livre no sistema da CCEE, as informações que devem ser registradas obrigatoriamente e não são editáveis são: as partes, o submercado e a vigência.²⁹³

²⁹² UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil.** Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 170 e p. 179.

²⁹³ MERCADO LIVRE DE ENERGIA. **[Site]**. Disponível em:

<<http://www.mercadolivredeenergia.com.br/consumidores-livres-e-especiais/contratos/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

O registro do contrato com as informações obrigatórias é de responsabilidade do vendedor e deve ser feito até 2 dias antes do mês anterior da compra e venda da energia elétrica (MA-2du) e validados pelo agente comprador até o 1º dia antes (MA-1du), para que sejam considerados na contabilização e liquidação do referido mês. Os contratos registrados podem ser ajustados pelo agente vendedor até 8ª dia do mês subsequente da operação de compra e venda da energia (MS+8du) e devem ser validados pelo agente comprador até o 9º dia do referido mês subsequente (MS+9du). As informações de sazonalização e modulação podem ser inseridas no sistema de contabilização e liquidação da CCEE (SCL) pelo agente vendedor no mesmo intervalo de tempo permitido para o registro de novos contratos e, posteriormente, alteradas no período de realização – até 8ª dia do mês subsequente da operação de compra e venda da energia (MS+8du) – e os ajustes validados pelo agente comprador até o 9º dia do referido mês subsequente (MS+9du). (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Procedimentos de Comercialização. Módulo 3 - Contratação de Energia e Potência. **Submódulo 3.1 - Contratos do Ambiente Livre – Versão 1.2**, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/procedimentos?contentid%3DCEE_373432=&_adf.ctrl-state=wxfx9oa5u_4&_afLoop=454893201428762#%40%3Fcontentid%253DCCEE_373432%3D%26_afLoop%3D454893201428762%26_adf.ctrl-state%3Dypqjlkul7_4>. Acesso em: 5 nov. 2016.).

O registro dos contratos na CCEE, além de constituir condição de eficácia para essas avenças²⁹⁴, permite a contabilização da transação de energia elétrica na Câmara.²⁹⁵

Isso ocorre, porquanto, após contabilização dos montantes contratados e registrados, a CCEE afere os montantes efetivamente gerados e consumidos. As diferenças entre o registrado e o gerado/consumido são apuradas e contabilizadas no mercado de curto prazo ao Preço de Liquidação de Diferenças (PLD). Assim, do ponto de vista do comprador, o registro torna-se uma garantia de cumprimento do contrato. Do ponto de vista do vendedor, o pagamento da energia elétrica contratada e as garantias exigidas contratualmente reforçam o cumprimento do contrato.²⁹⁶

Nesse sentido, a obrigação das partes em registrar e ratificar o contrato, seus montante e prazo junto à CCEE, constitui o cerne do objeto contratual.

Referente às *declarações de atendimento a determinações legais e regulatórias* encontradas no CCEAL, trata-se de afirmações no sentido de as partes possuírem a legitimidade exigida para figurarem como vendedoras e compradoras de energia no mercado livre²⁹⁷, detendo todas as autorizações legais, governamentais e regulatórias necessárias a celebrar e implementar o contrato.

²⁹⁴Para íntegra do Artigo 56, vide nota de rodapé 255.

Neste mesmo sentido é a disposição da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica da CCEE:

Art. 7º Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e respectivas alterações deverão ser registrados na CCEE, independentemente da data de início de suprimento, inclusive para fins de Contabilização e Liquidação Financeira, segundo as condições e prazos previstos em Procedimentos de Comercialização específicos, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

²⁹⁵ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 99.

²⁹⁶ MAGALHÃES, op. cit., p. 99.

²⁹⁷ Traz-se como exemplo, cláusula retirada da minuta da Light. Esclarece-se, no entanto, que das minutas analisadas contendo essa previsão, o texto pouco difere de uma para a outra.

Neste sentido:

10.1 - Cada uma das PARTES expressamente declara e garante à outra PARTE o quanto segue:

- (i) detém todas as autorizações legais, governamentais e regulatórias necessárias para celebrar e implementar o CONTRATO;
- (ii) obteve todas as autorizações internas societárias necessárias à celebração e cumprimento de suas obrigações nos termos deste CONTRATO;
- (iii) a celebração deste CONTRATO não viola quaisquer contratos, obrigações, decisões administrativas e judiciais de que a PARTE é parte ou que seja a ela oponível;
- (iv) as obrigações assumidas neste CONTRATO são legais, válidas e exequíveis, de acordo com os respectivos termos e condições;

Nessa cláusula, as partes ainda declaram possuir todas as autorizações internas societárias necessárias à celebração e cumprimento de suas obrigações nos termos da avença, e comprometem-se a manter válidas todas as declarações e garantias listadas por toda a vigência contratual.

Quanto à *multa pela rescisão contratual*, esta tem lugar quando há o encerramento antecipado do contrato por culpa de uma das partes. Isso pode ocorrer por inadimplência de uma delas, ou por eventos fora do controle (reputados como caso fortuito ou força maior), ou, ainda, outras ocorrências, como falência e revogação da concessão ou autorização. Trata-se de cláusula penal aplicada à parte faltante com suas responsabilidades contratuais, ocasionando dano à parte adimplente.²⁹⁸

Em geral, no caso de inadimplência, há a previsão de aplicação de multa na forma de percentual do valor equivalente ao montante de energia contratada e não fornecida, além de perdas e danos. As perdas e os danos são calculados por meio de fórmula prevista no contrato, a qual busca definir o preço de reposição da energia elétrica no período faltante. A cláusula penal no CCEAL visa, não apenas a impor uma sanção ao inadimplemento, mas a prever o pagamento de valor referente à reposição da energia contratada, podendo, ainda, incluir o ressarcimento das eventuais penalidades cominadas à parte adimplente.

Por fim, referente ao *mecanismo de solução de controvérsias*, a Convenção de Comercialização da CCEE define a arbitragem como o meio adequado para a resolução dos conflitos não envolvendo a competência direta da ANEEL, referindo, inclusive, que a Convenção Arbitral é obrigatória para todos os agentes da CCEE.²⁹⁹

(v) é titular de todas as autorizações legais, governamentais e regulatórias necessárias para o desempenho de suas atividades;

(vi) todas as informações fornecidas por uma PARTE à outra PARTE são completas e exatas, sejam elas contidas em informações escritas, relatórios, correspondências e quaisquer outros instrumentos, escritos ou eletrônicos;

(vii) não faz uso de trabalho infantil na execução de quaisquer de suas atividades; e

(viii) manterão válidas todas as declarações e garantias listadas nas alíneas acima e na subcláusula 10.2, seguinte, durante todo o prazo de vigência deste CONTRATO. (LIGHT. **Contrato de compra e venda de energia elétrica proveniente de geração distribuída**. Rio de Janeiro, [S. n.], 2014. Disponível em: <www.light.com.br/Repositorio/Institucional/CCVEGD-24%2006%202014.doc>. Acesso em: 16 out. 2016.).

²⁹⁸ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 92-93.

²⁹⁹ Art. 58. Os Agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, nas seguintes hipóteses:

Contudo, as partes têm liberdade para acordar sobre a adoção dos mecanismos de solução de controvérsias oriundas do contrato celebrado. Desse modo, antes da adesão à arbitragem, outras possíveis vias de solução de uma controvérsia podem ser utilizadas.

As partes podem optar por negociarem entre si, sendo possível a avença estabelecer prazo para solucionar a controvérsia, antes de submetê-la à solução por terceiro.³⁰⁰

Existe, além disso, a via da mediação, constituindo uma solução de caráter menos formal e mais rápida. Há a mediação administrativa da ANEEL, cuja instauração depende da vontade das partes envolvidas, determinando, juntamente com a ANEEL, a forma e o curso dos trabalhos. Há, ainda, a mediação da CCEE para conflitos sobre a execução das regras e dos procedimentos de comercialização, ou sobre normas aplicadas à CCEE ou pela CCEE. Trata-se de procedimento prévio à arbitragem, decidido pelo seu Conselho de Administração.³⁰¹

Nesse aspecto, importante frisar-se que é assegurada, no direito brasileiro, a opção pela solução judicial ou pela via arbitral, sendo a escolha por uma ou outra via uma faculdade oferecida às partes.

I – Conflito entre dois ou mais Agentes da CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela;

II – Conflito entre um ou mais Agentes da CCEE e a CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela; e

III – sem prejuízo do que dispõe cláusula específica nos CCEARs, conflito entre Agentes da CCEE decorrente de Contratos Bilaterais, desde que o fato gerador da divergência decorra dos respectivos contratos ou de Regras e Procedimentos de Comercialização e repercute sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE.

Parágrafo único. A Convenção Arbitral é parte integrante desta Convenção de Comercialização, bem como obrigatória a todos os agentes da CCEE e à CCEE, conforme disposto nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 5º da Lei n. 10.848, de 2004.

Art. 59. Fica obrigada a Câmara de Arbitragem a instituir processo de mediação com o objetivo de promover, no âmbito privado e de forma prévia ao procedimento arbitral, uma solução amigável de Conflitos.

Art. 60. A competência para dirimir Conflitos referentes a casos não previstos nesta Convenção é da ANEEL. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

³⁰⁰ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 94.

³⁰¹ Ibid., p. 95.

Tecidas essas considerações, quando se reflete acerca dos elementos formadores do desenho típico dos contratos de compra de energia no ambiente livre, resta claro o papel de protagonismo assumido pelos princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva, porquanto é vasta a possibilidade de criação de regramentos contratuais conferida às partes.

Sendo assim, para analisar-se o conteúdo dessas cláusulas, mormente aquelas não fundamentadas em atos normativos, faz-se mister tratar dos referidos princípios contratuais, constituindo fundamento jurídico às cláusulas negociadas e inseridas no bojo contratual pelas partes em cada minuta a serem analisadas no ponto 3.2.

3.1.2 A relevância da autonomia privada e da boa-fé objetiva frente à liberdade de pactuação nos contratos de compra de energia no ambiente livre

De acordo com os tópicos anteriores, o contrato de compra de energia no ambiente livre é negócio jurídico típico, pois previsto no Decreto n. 5.163/2004. Contudo, os atos normativos, com referência ao contrato em estudo, pouco regram acerca de seu conteúdo mínimo, ressaltando, no entanto, a liberdade de pactuação de seu teor. Dessa maneira, o desenho do CCEAL foi sendo cunhado pelas práticas do mercado, fundamentadas na autonomia privada e na boa-fé objetiva das partes.

Vai-se além: pode-se afirmar serem os princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva os “alicerces ou linhas fundamentais do direito das obrigações”.³⁰²

Nesse viés, assume relevância o exame da autonomia privada e da boa-fé objetiva como fundamentos jurídicos dos elementos integrantes do conteúdo do CCEAL, princípios estudados no presente tópico.

Inicialmente, faz-se uma digressão sobre a concepção de *autonomia privada* como fundamento jurídico para a criação de elementos contratuais. Isso porque essa expressão é utilizada como sinônimo de *autonomia da vontade* por grande parte da doutrina contemporânea; todavia, com ela “não se confunde existindo entre ambas sensível diferença”.³⁰³

³⁰² COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1994, p. 88.

³⁰³ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

Nesse mesmo sentido, refere Giselda Hironaka: “Parcela considerável da doutrina atual, nacional e estrangeira, propõe a substituição do antigo *princípio da autonomia da vontade* pelo *princípio da autonomia privada*. A existência dessa substituição é indeclinável, pois ‘foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as

Ao adotar-se a expressão *autonomia da vontade* dá-se relevo à vontade real ou psicológica do indivíduo, reconhecendo esta como a raiz dos efeitos jurídicos. Por outro lado, ao entender-se ser a declaração ou a manifestação de vontade um fato objetivo, a fonte dos efeitos jurídicos, considera-se a *autonomia privada* como o fundamento do poder reconhecido aos particulares de “criar normas jurídicas”.³⁰⁴

A *vontade* é vista como um fato psicológico meramente interno, pertencente unicamente ao foro íntimo da consciência individual. Para ser reconhecida como um fato social, deve ser manifestada por meio de declarações ou por comportamentos, passando a ser suscetível de interpretação e de valoração. Apenas declarações e comportamentos são capazes de constituir instrumento de autonomia privada”.³⁰⁵

A *autonomia privada* pode ser definida como “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício da sua própria vontade, as relações de que participam estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. Já a expressão *autonomia da vontade* possui uma conotação subjetiva, psicológica, em oposição à ideia da autonomia privada enquanto “poder da vontade no direito de um modo

concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência a mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 46-47.).

³⁰⁴ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 5.

³⁰⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008, p. 89. Antonio Junqueira de Azevedo, estuda as duas teorias que buscam definir o negócio jurídico: a teoria voluntarista e a teoria objetivista. Pela teoria voluntarista, o negócio jurídico é “a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou, ainda, em declaração de vontade (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2008, p. 4). Na concepção da teoria objetivista, o negócio jurídico é “antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade” (Ibid., p. 10). Embora não sejam objeto deste trabalho as divergências existentes entre as teorias que tratam da “vontade” no negócio jurídico, destacam-se os posicionamentos divergentes existentes na doutrina internacional. A França adota o sistema da “teoria da vontade”, que faz prevalecer, em todos os casos, a vontade verdadeira do declarante, pois é somente essa vontade que deve produzir os efeitos de direito, ou seja, tem a predominância da vontade como dogma absoluto. Em contraposição ao sistema francês, encontra-se o alemão, adepto da “teoria da declaração”, fazendo prevalecer a vontade, mesmo fictícia, que se infere da declaração, sobre a vontade verdadeira. Esta teoria defende apenas existir o sentido normal da vontade, do ponto de vista do direito, a partir de sua expressão externa. Ademais, somente se aplicam as regras de interpretação admitidas para as normas legais às disposições da vontade provada. Isso porque quem emite uma declaração jurídica aceita se prender em face de quem ele se dirige, pelo sentido normal das expressões que emprega; do contrário, não haveria mais nenhuma segurança nas relações privadas. Junqueira de Azevedo adota a teoria alemã, ao ponderar que a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Conclui, por fim, que o negócio jurídico nasce a partir da declaração de vontade, não fazendo o processo volitivo parte dele. (Ibid.)

objetivo, concreto e real”.³⁰⁶ Luigi Ferri, sobre esse tema, esclarece, ainda, que a iniciativa privada é o aspecto econômico da autonomia privada.³⁰⁷

Judith Martins-Costa, a seu turno, esclarece não se dever confundir *autonomia privada* – entendida como o processo de ordenação facultando a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam – com *autonomia da vontade*. A autora, ainda, traz designações acerca do conteúdo dessa expressão, como sendo:

a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo “um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos”; b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a ideia de uma quase que “espontânea” composição dos interesses econômicos interprivados.³⁰⁸

Chama-se a atenção ao pensamento de Pontes de Miranda, cunhado ainda na metade do século XX, no sentido de assemelharem-se as expressões *autonomia da vontade*, *autonomia privada*, e *autorregramento da vontade*. O autor define-as como “o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades”.³⁰⁹

Importante embate havido na doutrina sobre o tema deu-se entre os italianos Emilio Betti e Luigi Ferri. Ambos convergiam ao adotar a concepção objetiva de negócio jurídico (em contraposição à concepção subjetiva ou voluntarista). Nesse sentido, ao entenderem não ser a vontade elemento necessariamente integrante do negócio jurídico, distinguiram a autonomia da vontade da autonomia privada, sendo o negócio jurídico a manifestação precípua dessa.³¹⁰

³⁰⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337-338.

³⁰⁷ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 6.

³⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005, p. 45.

³⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 3, p. 54.

³¹⁰ Betti, ao tratar da autonomia privada e do negócio jurídico afirma: “É, portanto, reconhecida como atividade e *potestas*, criadora, modificadora ou extintora de relações jurídicas entre particulares: relações cuja vida e cujas vicissitudes, são, antecipadamente, disciplinadas por normas jurídicas preexistentes. A manifestação precípua desta autonomia é o negócio jurídico, o qual, precisamente, é concebido como um ato de autonomia privada, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares. Estes efeitos jurídicos produzem-se na medida em que são previstos por normas que, tomando por pressuposto de fato o ato de autonomia privada, os ligam a ele como sendo a *fatispécie* necessária e suficiente”. (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008, p. 81-82.).

Os doutrinadores italianos, divergiam, contudo, com relação à origem da autonomia da vontade. Betti entendia a autonomia privada como um *fenômeno social* vivendo fora do direito, sendo reconhecido por esse, vindo a constituir preceitos (teoria preceptiva do negócio jurídico).³¹¹ Já Luigi Ferri via a autonomia privada como um *fato jurídico*, reconhecida pelo direito como fonte normativa (teoria normativa).³¹²

Importa salientar que o conceito atual de autonomia privada tem seu surgimento e configuração estreitamente vinculados às condições históricas, representando, “a um só tempo, um instrumento e uma consequência da transformação económica e social que se operou”.³¹³

A autonomia da vontade surgiu a partir das concepções liberais desenvolvidas nos séculos XIX e XX, com a valorização da liberdade nos textos constitucionais de países democráticos. Tendo por base a premissa de *autonomia plena* da pessoa, o conceito de *autonomia da vontade* adquiriu força frente às relações negociais.³¹⁴

O dogma da vontade atingiu seu apogeu na época da Revolução Francesa, diante das contribuições de Kant e Rousseau, cujos fundamentos filosóficos se sustentavam na liberdade e no individualismo. O contrato politizou-se (“o contrato social”) e tinha como núcleo o princípio da autonomia da vontade. A vontade passou a ser expressão da liberdade humana.³¹⁵

Roppo manifestou-se no mesmo sentido ao afirmar que: “Entre dogma da vontade e tutela da autonomia privada não há, de facto, coincidência necessária: nem sempre é verdade que, para garantir o respeito substancial da autonomia, da liberdade e, portanto, dos interesses dos contraentes, seja preciso prestar absoluto e incondicionado obséquio às tomadas de posição psíquicas.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 143.).

³¹¹ Betti esclarece: “Uma definição, ainda hoje comum na doutrina, onde se tornou translúcida por uma espécie de inércia mental, caracteriza, ao invés, o negócio como uma manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas esta qualificação formal, frágil e incolor, inspirada no ‘dogma da vontade’, não lhe apreende a essência, a qual está na autonomia, no autorregulamento de interesses nas relações privadas, como *fato social*: autorregulamento, portanto, que o particular não deve limitar-se a desejar, a ‘querer’, na esfera interna da consciência, mas antes a preparar, ou seja, a realizar objetivamente”. (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008, p. 91-92).

³¹² Ferri, ao opor-se à teoria de Betti, assevera: “Confieso que tal punto de vista no ha llegado nunca a convencerme: sin el derecho, a mi parecer, no se puede concebir la autonomía privada, ni los negocios jurídicos, que son su manifestación. El problema de la autonomía es ante todo un problema de límites, y de límites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema podría siquiera platearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre. (FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 4-5.).

³¹³ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 12.

³¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 42.

³¹⁵ CABRAL, Erico de Pina. A autonomia no direito privado. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 83-129, jul./set. 2004.

No entanto, a disputa doutrinária entre a teoria da vontade e a teoria da declaração deu início à queda do voluntarismo jurídico. Essa crise, todavia, não esvaziou o caráter originário do poder dos particulares de estabelecerem regras entre si, mas trouxe outras linguagens jurídicas, tais como *ordem de interesses*, *autorregulamento*, *autonomia privada* etc. Os negócios jurídicos adquiriram um caráter mais objetivo, porquanto a sua interpretação estava baseada na teoria da declaração. A vontade ficou reduzida ao foro íntimo das partes, perdendo seu *status* de valor em si, autossuficiente a produzir efeitos jurídicos.³¹⁶

Ademais, a partir da segunda metade do século XX, dada a promoção do capitalismo como forma de produção, surgindo os direitos de *segunda e de terceira geração*, observou-se um crescimento da preocupação legislativa de proteção aos vulneráveis nas relações negociais. O esvaziamento da vontade como elemento hábil, por si só, a produzir efeitos jurídicos se impunha. O Estado passou a promulgar regramentos intervindo nas relações privadas, chamando-se tal movimento de *dirigismo contratual*. Nesse contexto, surge a autonomia privada como fundamento do direito contratual.³¹⁷

³¹⁶ CABRAL, Erico de Pina. A autonomia no direito privado. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 83-129, jul./set. 2004.

³¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 43-44.

No entendimento de Eros Grau os contratos passam a ser apresentados menos como uma livre construção da vontade humana do que como contribuição da atividade dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia definida pelo Estado contemporâneo. A doutrina elabora a noção de *dirigismo contratual*, emerge o instituto dos *contratos coativos*. (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos Contratos? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, vol. 96, 2001, p. 430. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510/70120>, Acesso em: 05 de set. 2016.). O discurso a respeito da crise do contrato e da necessidade de um novo paradigma é desenrolado a partir da análise da teoria produzida pelos norteamericanos, em sua origem. Foi Grant Gilmore que inaugurou a discussão acerca da crise do modelo clássico contratual em seu célebre livro "The Death of Contract". (GILMORE, Grant (edited by Ronald K. L. Collins). **The Death of Contract**. 2nd ed. Columbus, The Ohio State University Press, 1995.). Foi na *Common Law* que, pela primeira vez, se discutiu a questão com maior intensidade e lá a discussão versava acerca de como se deveria tratar a vinculação dos menores, relativa ou absolutamente incapazes, em face de atos praticados por força de exigências básicas e naturais (*necessaries* em sentido estrito), ou sociais, quando estas últimas se revestissem de elevado grau de existencialidade. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>. Acesso em: 15 set. 2016.) Orlando Gomes ressalta que foi tão acentuada a mudança no tratamento legal dos contratos – em virtude da intensificação da tendência autoritária consistente na substituição das regras dispositivas pelas de caráter imperativo – que novas figuras têm aparecido na área da autonomia privada, mas "tão esquisitas que se duvida de seu caráter contratual". (GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10.). E, por fim, Luis Renato Ferreira da Silva inclui no rol das novas figuras as obrigações decorrentes de uma oferta

Assim, a autonomia privada constitui-se como um dos princípios fundamentais do Direito Privado, tratando-se da projeção da concepção axiológica da pessoa como centro e destinatária da ordem jurídica privada.³¹⁸ Diante da ideia de centralizar-se o Direito Privado na *valorização da pessoa*, o conceito de autonomia privada torna-se mais adequado, pois a *autonomia não é da vontade, mas da pessoa*.³¹⁹

A autonomia privada adquire relevo prático ao funcionar como verdadeiro poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas.³²⁰

Dessa forma, tem-se o contrato como ato de autonomia privada, apto a criar regras de conduta, as quais, recepcionadas pelo ordenamento jurídico, geram efeitos para seus participantes. “O contrato é o instrumento da autonomia privada”.³²¹

Esse poder, contudo, não é originário e ilimitado. Tem como fundamento de validade o ordenamento jurídico estatal, o qual o reconhece, porém exerce-se nos seus limites³²², quais sejam a ordem pública e os bons costumes.³²³

Neste ponto, a complexidade enfrentada é a conceituação de ordem pública e bons costumes. Essa dificuldade na definição dos conceitos permite a sua ampliação ou restrição, de acordo com o pensamento regente da época. O grande desafio é encontrarem-se definições de ordem pública e bons costumes menos volúveis para minimizar a variação ao sabor de convicções pessoais dos aplicadores da lei.³²⁴

Em um esforço conceitual, pode-se definir a ordem pública como conjunto de normas jurídicas atendendo aos interesses fundamentais da sociedade e do Estado e estabelecem, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica ou moral de determinada sociedade. Via de regra, as leis coativas (*ius cogens*) são

pública ou de um serviço de interesse público, como o fornecimento de energia elétrica, água ou o transporte público, denominando todo esse gênero abarcando uma série de espécies de relações que recebem um tratamento contratual (no sentido de que são fontes assemelhadas às contratuais), mas para as quais faltam elementos e requisitos que possam gerar um contrato de relações paracontratuais. (SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 122 e p. 127.).

³¹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 338.

³¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 48.

³²⁰ AMARAL, op. cit., p. 338.

³²¹ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Org.).

Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

³²² FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 11.

³²³ AMARAL, op.cit., p. 338-339.

³²⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24.

de ordem pública, porquanto não podem ser derogadas pela vontade particular. Pode-se citar como exemplos de leis de ordem pública o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato.³²⁵

Para lograr-se um posicionamento sobre o alcance da referência à ordem pública, é preciso distinguir, como faz o Professor Erik Jayme, entre *ordem pública positiva* e disposições imperativas, técnica utilizada nas codificações e convenções mais recentes. Fala-se em *ordem pública negativa*, ou efeito negativo da ordem pública, quando ela tem por função apenas afastar uma lei estrangeira aplicável, sem impor a lei do foro. Nesta perspectiva, a ordem pública diz respeito aos princípios fundamentais do direito, enquanto as disposições imperativas visam a fins específicos e estão sujeitas – de acordo com a doutrina e conforme certas legislações – a um regime especial, distinto daquele da ordem pública. Assim sendo, a intervenção da Ordem Pública verifica-se mais amiúde no âmbito das questões relativas ao direito de família e das sucessões, enquanto a aplicação das disposições imperativas tem lugar, preferencialmente, no âmbito das obrigações contratuais.³²⁶

A noção de bons costumes enfrenta a mesma problemática de definição da ordem pública, porquanto não há expressões gerais para defini-la em termos precisos. De qualquer forma, os bons costumes podem ser entendidos como o conjunto de regras morais formadoras da mentalidade de um povo,³²⁷ ou como a projeção de regras morais no terreno jurídico, não se confundindo com a Moral. Diante da impossibilidade de formular conceito, a doutrina acaba socorrendo-se da enumeração de contratos considerados contrários aos bons costumes, tais como aqueles relativos à exploração de casas de tolerância, aos referentes ao jogo etc.³²⁸

Para Caio Mario, “bons costumes são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até dentro de um país e mesma época”. De forma geral, atentam contra os bons

³²⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24. Neste mesmo sentido, pode-se citar WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 23; AMARAL, op. cit., p. 339.

³²⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours**, The Hague, n. 251, p. 223-226, 1995.

³²⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 339.

³²⁸ GOMES, op. cit., p. 25.

costumes atos ofendendo a moral sexual, desrespeitando a pessoa humana, a liberdade de culto e a liberdade de contrair matrimônio.³²⁹

Conforme nos ensina Véra Fradera, de acordo com uma antiga fórmula do Reichsgericht (Suprema Corte do Império Alemão), depois retomada pela Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal), os bons costumes devem ser apreciados segundo o sentimento de conveniência contido em todas as pessoas que pensam de forma justa e adequada. Assim, os bons costumes devem ser relacionados à moral social dominante, não às concepções morais do juiz ou de uma certa camada da sociedade. Em última análise, os bons costumes relacionam-se à moral do homem mediano bem pensante.³³⁰

Dessa forma, respeitados os limites estabelecidos pelas normas imperativas, as partes são livres para estabelecer o regramento do contrato, formulando as cláusulas que lhes forem mais convenientes.³³¹ A função do ordenamento jurídico, no momento de as partes determinarem o conteúdo do negócio jurídico, é meramente negativa e limitadora. As partes podem exercer sua liberdade contratual, não estando vinculadas tal qual ocorre com os direitos reais, a um *numerus clausus*.³³²

Quanto às principais manifestações da autonomia privada (ou a liberdade de contratar), a doutrina, em geral, a divide em três aspectos principais: (i) a liberdade de contratar ou não; (ii) a liberdade de escolher com quem contratar, e (iii) a liberdade de fixar o conteúdo dos contratos (*liberdade contratual*).³³³

Para o presente estudo, o aspecto da *liberdade contratual* assume relevância, porquanto examina-se a conformação das cláusulas no CCEAL, mormente aquelas decorrentes da autonomia das partes.³³⁴

³²⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 23-24.

³³⁰ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis: comentários à Lei de Arbitragem (Lei n. 9 307 de 26 de setembro de 1996). **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, jan./mar. 2002, p. 97 et seq.

³³¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 150.

³³² COUTO E SILVA, Clovis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 25 e P. 28.

³³³ Trazem-se como exemplos de doutrinadores que adotam tal divisão: LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10; AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 350; e GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22-23.

³³⁴ Nesse sentido, Roppo define que *determinar o conteúdo contratual* significa definir a composição, o arranjo recíproco a ser dado para os interesses das partes. (ROPPO, op. cit., p. 126.).

Entende-se serem todas as três expressões dadas à autonomia privada observadas nos contratos de compra de energia no ambiente livre. Diz-se isso, pois, um dos pilares do mercado livre é ser de escolha do comprador de energia migrar para o ambiente livre, porquanto o ambiente regulado, representado pelas distribuidoras de energia elétrica, está à disposição de todos. Existe, portanto, campo para a liberdade de escolha entre contratar no mercado livre ou não.³³⁵ Ou seja, a parte pode, se assim lhe for conveniente, exercer a liberdade de contratar.

Ademais, existe um mercado competitivo de geradores e comercializadores, bem como há uma infinidade de compradores atuando no mercado livre, possibilitando o exercício da liberdade de escolher com quem contratar a compra da energia elétrica.

Igualmente, conforme vem sendo discutido neste estudo, as partes possuem liberdade de pactuação dos termos contratuais, sendo, inclusive, os seus elementos essenciais pouco regrados pela legislação, confirmando o aspecto da liberdade contratual referente ao CCEAL.

Assim, entende-se estarem as partes em pé de igualdade de condições ao contratarem no mercado livre. A liberdade de contratar nestas ou naquelas condições traz consigo – como contraponto – uma responsabilidade pelos compromissos assumidos na mesma medida da liberdade experimentada, configurando “um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei”.³³⁶

Dito isso, assumindo-se a definição de autonomia privada como o poder dos particulares em regular as relações de que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica, modelando-as conforme sua vontade e necessidade,³³⁷ observa-se que esse princípio é de extrema relevância para a delimitação dos contornos dos contratos de compra de energia no ambiente livre.

A estreita correlação existente entre a autonomia privada e a boa-fé objetiva é salientada pela doutrina, sustentando-se existir uma *interdependência principiológica* entre esses princípios.³³⁸ Enquanto a autonomia privada trata da faculdade de autorregulamentação de seus interesses pelos particulares, a boa-fé atua limitando

³³⁵ Sob o ponto de vista dos consumidores livres e especiais, ou seja, daqueles adquirentes que atendem aos requisitos técnicos para poderem atuar no mercado livre.

³³⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 34.

³³⁷ De acordo com AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337-338; e MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005, p. 45.

³³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 228.

ou complementando essa livre conformação das relações obrigacionais³³⁹. A boa-fé, a confiança e a autorresponsabilidade seriam a contrapartida necessária ao exercício da autonomia privada.³⁴⁰

Essa *interdependência* ocorre desta forma: os particulares se dão normas (autonomia), porém assumem a responsabilidade pelo seus atos, nos limites postos pela ordem jurídica (autorresponsabilidade). As normas dadas são direcionadas pelas condutas (boa-fé) e pela proteção das expectativas legitimamente suscitadas no outro (proteção à confiança legitimamente gerada pelo ato de autonomia privada).³⁴¹

Pois bem, mas no que consiste a boa-fé? Existem duas conotações, no direito brasileiro, para a expressão boa-fé. Na tradição da teoria civilística, é dada à expressão "boa-fé" a acepção subjetiva, no entanto, a celebrada inovação na acepção dessa expressão veio com a promulgação do Código Civil de 2002, que trouxe para a legislação posta do regime jurídico dos contratos a boa-fé com conotação objetiva.

Nas palavras de Judith Martins-Costa, a expressão *boa-fé subjetiva* denota "'estado de consciência' ou 'convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória'". A boa-fé subjetiva busca perquirir a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.³⁴²

No entanto, é a boa-fé objetiva que interessa ao presente estudo, ocupando-se com mais vagar acerca dos seus aspectos a partir de agora.

A boa-fé objetiva pode ser definida como um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos, e (iii) um *standard* comportamental. Salienta-se a dificuldade em especificar o conteúdo de um comportamento pautado pelo modelo jurídico identificado com a boa-fé. O seu conteúdo específico está ligado às

³³⁹ COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1994, p. 89.

³⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 228.

³⁴¹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 229.

³⁴² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, Porto Alegre, pp. 129-154, 1998. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

A boa-fé, na sua acepção subjetiva, aparece diversas no Código Civil. A título exemplificativo, cita-se os arts. 242; 286; 309; 523; 637; 686; 689; 878; 879; 901; 916; 918, § 2º; 925; 954; 1.049; 1.149; 1.177; 1.201; 1.202; 1.214; 1.216 a 1.220; 1.222; 1.228, § 4º; 1.238; 1.242; 1.243; 1.247, par. único; 1.254. (MARTINS-COSTA, op. cit.).

circunstâncias do contexto de sua aplicação. Por isso, “é impossível apresentar uma definição apriorista e bem acabada do que seja a boa-fé objetiva”.³⁴³

É possível, todavia, indicarem-se condutas conforme à boa-fé, bem como distinguir funcionalmente a sua atuação e eficácia.³⁴⁴ Do ponto de vista funcional, a boa-fé atua como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais.³⁴⁵

Mario Júlio de Almeida Costa, ao analisar a previsão normativa da boa-fé no Código Civil Português, refere que a boa-fé exterioriza-se em um “tríptico normativo dirigido às fases vitais do negócio jurídico e da relação obrigacional: formação, integração e execução”.³⁴⁶

Para o direito empresarial, agir conforme a boa-fé consiste em adotar condutas jurídicas comumente esperadas dos *comerciantes cordatos*, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado ambiente institucional, de acordo com o direito. Sinaliza retidão de comportamento no mercado, de acordo com os padrões ali esperados.³⁴⁷

Historicamente, o aspecto objetivo da boa-fé teve por inspiração o § 242 do Código Civil Alemão,³⁴⁸ e, neste sentido, significa modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”.³⁴⁹

Esclarece Véra Jacob de Fradera, ser o princípio da confiança anterior ao da boa-fé no direito alemão, sendo o § 242 do BGB o exemplo mais importante da

³⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, Porto Alegre, pp. 129-154, 1998. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

³⁴⁴ Judith Martins-Costa identifica a atuação da boa-fé funcionalmente como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 42.).

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 42.

³⁴⁶ COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1994, p. 92.

³⁴⁷ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123-124.

³⁴⁸ § 242: O devedor deve (está adstrito a) cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico. (MARTINS-COSTA, 1998, op cit.).

³⁴⁹ *Ibid.*

aplicação do princípio da confiança naquele sistema jurídico. O princípio da boa-fé objetiva é uma natural derivação do princípio da confiança, e sua finalidade serve para animar, fortalecer e fazer progredir o mercado, por intermédio de imposição de deveres aos contratantes, mesmo estes não estando expressamente previstos na avença.³⁵⁰

Clóvis do Couto e Silva chamou a atenção para o reconhecimento do princípio da boa-fé como fonte autônoma de direitos e obrigações, criando deveres secundários ou anexos.³⁵¹ No direito legislativo brasileiro, a boa-fé foi prevista pela primeira vez no Código Comercial de 1850, e era utilizada como regra de interpretação de disposições contratuais.³⁵²

No Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva tem como principais disposições legais de caráter geral³⁵³ os arts. 113³⁵⁴, 187³⁵⁵ e 422³⁵⁶. O art. 113 traz a aceção da boa-fé como cânone de interpretação dos negócios; o art. 187 atua como medida de aferição da licitude no exercício de direitos decorrentes de negócios jurídicos, e o art. 422 é a cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração. Com a adoção da boa-fé objetiva, pelo Código Civil, como modelo jurídico prescritivo, fica clara a sua relevância ao Direito das Obrigações, equiparando à autonomia privada as ideias de *confiança legítima e cooperação devida em vista da utilidade da prestação*,

³⁵⁰ FRADERA, Vera Jacob de. A vedação de *venire contra factum proprium* e sua relação com os princípios da confiança e da coerência. **Direito e Democracia**, v. 9, n. 1, p. 130-134 jan./jun. 2008, p. 131. Essa doutrinadora esclarece, ainda, esclarece, ser a boa-fé objetiva considerada, em alguns ordenamentos, standart jurídico – servindo de critério de julgamento –, e em outros um princípio geral – o que lhe dá maior importância. Como princípio, a boa-fé objetiva desempenha três funções, quais sejam, interpretação, concretização e controle. (FRADERA, Vera Jacob de. A Boa Fé Objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 9, n. 1, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p. 143.).

³⁵¹ COUTO E SILVA, Clovis V. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 35-36.

³⁵² USTARROZ, Daniel. **Direito dos contratos**: temas atuais. 2.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23-24.

³⁵³ Existem outros artigos no Código Civil que preveem a boa-fé na sua aceção objetiva, no entanto são disposições específicas, em setores delimitados, não interessando ao escopo deste estudo.

³⁵⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (Brasil. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.).

³⁵⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (Ibid.).

³⁵⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (Ibid.).

estabelecendo entre devedor e credor *elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento*.³⁵⁷

A boa-fé objetiva alcança maior significado para o presente estudo quando exerce o papel de fonte de deveres. Neste caso, a boa-fé objetiva gera (i) deveres anexos ao deveres de prestação e (ii) deveres de proteção.³⁵⁸

Os deveres de prestação são a obrigação principal da relação obrigacional, consubstanciado em um dar, fazer ou não fazer. Esses podem ser divididos em (i) deveres principais ou primários de prestação, constituindo o núcleo da relação obrigacional; (ii) deveres secundários ou acidentais de prestação, estando em uma relação de acessoriedade frente aos principais, e (iii) deveres anexos ou instrumentais, pois anexos ao dever principal de prestação.³⁵⁹

Os deveres secundários, por sua vez, subdividem-se em meramente acessórios da obrigação principal e prestação autônoma. Os meramente acessórios servem para preparar o cumprimento ou assegurar a perfeita realização da obrigação principal (por exemplo, o dever de bem embalar a coisa e transportá-la, na compra e venda). Os secundários, como prestação autônoma, são um sucedâneo da obrigação principal (como o dever de indenizar, caso não cumpra a obrigação principal) ou de forma coexistente com o dever principal (como a indenização por mora).³⁶⁰

Existem, ainda, os deveres anexos ou instrumentais, os quais não se confundem com os deveres principais ou secundários. Os deveres anexos atuam para otimizar o adimplemento satisfatório da relação obrigacional. São deveres indicando não ao *que* prestar, mas em *como* fazê-lo. Possuem como seu último fundamento a boa-fé, sendo gerados por ela. São exemplos desses deveres o fornecimento de informações sobre a qualidade da coisa prometida à venda, prestação de contas, lealdade na conduta contratual, evitando-se comportamento incoerente etc.³⁶¹

Os deveres de proteção são, tal qual os anexos, gerados pela boa-fé objetiva. Os deveres de proteção diferenciam-se dos deveres de prestação (principais, secundários e anexos) por buscarem implementar uma ordem de proteção entre as partes. Ademais, têm por escopo manter a integridade da esfera jurídica do credor.

³⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 43-44.

³⁵⁸ Ibid., p. 219.

³⁵⁹ Ibid., p. 220-222.

³⁶⁰ Ibid., p. 220-222.

³⁶¹ Ibid., p.223-225.

Pode apresentar-se negativamente, no sentido de evitar danos à contraparte, ou positivamente, quando exigir uma conduta de colaboração voltada a evitar o dano injusto.³⁶²

Apresentada a boa-fé como fonte de deveres anexos e de proteção na relação negocial, percebe-se a sua pertinência quanto ao conteúdo do contrato de compra de energia no mercado livre. Diz-se isso, pois, conforme abordado no tópico anterior, o processo de registro e validação desses contratos, bem como do seu conteúdo, possui tal realce a ponto de sua omissão esvaziar o motivo pelo qual o contrato foi celebrado.

O referido processo de registro e validação é regido por prazos e por um encadeamento de atos previstos em atos normativos. Contudo, as partes optam por regrá-lo a sua maneira, não contrariando o regulamento existente, fazendo constar prazos e o conteúdo daquilo a ser registrado. Desse modo, caso as partes deixem de adotar as condutas tempestivas e necessárias para o cumprimento desse processo, infringindo os regulamentos oriundos da CCEE, cabe apenas a resolução do contrato em multa e perdas e danos.

Da mesma forma, o consumo de energia elétrica de forma descoberta contratualmente (no caso do não atendimento ao processo de registro e validação) pode gerar, além do pagamento de um preço maior pela energia consumida, a cominação de penalidades pela CCEE.

O processo de registro e validação, portanto, é exemplo capaz de englobar não apenas os deveres anexos – em um primeiro momento, ao exigir condutas colaborativas entre as partes, atuando anexas ao dever principal –, mas também os deveres de proteção, ao exigir uma conduta positiva para evitar danos injustos à contraparte.

Nesse sentido, o dever de agir conforme a boa-fé consolida a exigência das partes em adotarem uma conduta correta e proba, seja na formação do vínculo relacional, seja durante a execução das relações constituídas.³⁶³

Assim, é de festejar-se o art. 422 do Código Civil, ao reforçar, legislativamente, o dever de agir com probidade e boa-fé não só no momento da conclusão do contrato, mas em seu desenvolvimento. A conduta conforme a boa-fé objetiva qualifica uma

³⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 222-223.

³⁶³ COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1994, p. 96.

norma de comportamento contratual leal, fundada na confiança recíproca, assentando-se perfeitamente à realidade do CCEAL.³⁶⁴

Efetuada a abordagem da autonomia privada e da boa-fé objetiva – princípios basilares a regerem os negócios jurídicos –, verificar-se-á, no tópico seguinte, a variedade do conteúdos constante das minutas contratuais estudadas, descortinando-se a maneira como se manifestam tais princípios na redação das cláusulas do CCEAL.

3.2 A ANÁLISE DA MODELAGEM DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS PRATICADAS PELO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA

Partindo-se de uma metodologia de pesquisa qualitativa, mediante a análise de modelos de contratos disponíveis na *internet*, o presente subcapítulo tem por escopo apresentar o conteúdo e a forma de redação das cláusulas mais usuais pelo mercado³⁶⁵ de energia elétrica no país.

A pesquisa qualitativa não se atém à representatividade numérica, mas, sim, perquire o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização etc. O objetivo é explicar o porquê das coisas, exprimindo o conveniente a ser feito, contudo, não se quantificam os valores e as trocas simbólicas, nem tampouco se submetem à prova de fatos, pois os dados analisados são não-métricos (suscitados e de interação) e se valem de diferentes abordagens.³⁶⁶

O objetivo da amostra é produzir informações aprofundadas e ilustrativas: seja ela pequena ou grande, o importante é ela ser capaz de produzir novas informações.³⁶⁷

Dentro da abordagem qualitativa, será desenvolvida uma pesquisa aplicada descritiva. Esse tipo de estudo pretende descrever os fatos e fenômenos de

³⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, Porto Alegre, pp. 129-154, 1998. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

³⁶⁵ Cumpre trazer uma definição acerca de *mercado*: “é o espaço de uma instituição onde se desenvolvem relações de mercado. Como instituição, o mercado é regulador de comportamentos, configurando um modelo complexo de comportamento, compreensivo de normas e papéis, marcado pela possível regularidade e submetido a uma difusa aceitação social. Mas é também, em variados graus e medidas (dependendo do tipo de interação entre Estado e mercado) regulado por normas jurídicas. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 283.).

³⁶⁶ GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p. 32.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 32.

determinada realidade. São exemplos de pesquisa descritiva: estudos de caso, análise documental, pesquisa *ex-post-facto*.³⁶⁸ Por fim, o procedimento adotado será a análise bibliográfica e documental.

Destarte, busca-se realizar uma análise dos modelos contratuais praticados pelo mercado de livre contratação, com o objetivo de identificar a eventual existência de padrão de cláusulas postas nesses instrumentos.

Em razão de o conteúdo dos CCEALs ser resguardado pela confidencialidade, utilizaram-se minutas de contrato disponibilizados publicamente nas páginas eletrônicas de agentes geradores e comercializadores para subsidiar a pesquisa.

As minutas contratuais disponibilizadas e analisadas foram as obtidas junto aos sites dos seguintes agentes: Celesc Geração S.A.³⁶⁹, Electra Comercializadora De Energia Ltda.³⁷⁰, Eletrosul Centrais Elétricas S.A.³⁷¹, Light Serviços de Eletricidade S.A.³⁷², e Tractebel Energia Comercializadora Ltda.³⁷³

Assim, apresenta-se, primeiramente, o desenho das cláusulas cujos elementos estão previstos no Decreto n. 5.163/2004 e na Convenção de Comercialização da CCEE, para, posteriormente, abordarem-se os elementos decorrentes da autonomia privada e boa-fé objetiva.

³⁶⁸ GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p. 35.

³⁶⁹ CELESC. **Contrato de compra e venda no ambiente livre: CCEAL fonte convencional**. Florianópolis, [S. n.], 2015. Disponível em: <http://celesc.com.br/portal/images/arquivos_leilao/chamada002_2015/6.%20%20%20anexo%20ii_contrato_cp_002_2015.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

³⁷⁰ ELECTRA ENERGY. **Leilão de compra e venda de energia elétrica**. Curitiba, [S.n.], ago. 2016. Disponível em: <http://electraenergy.com.br/site/leilao_agosto/>. Acesso em: 16 out. 2016.

³⁷¹ ELETROSUL CENTRAIS ELÉTRICAS. **Edital CP 012/2015: Leilão de Venda de Energia Elétrica Convencional – Curto**. Florianópolis, [S. n.], 20---. Disponível em: <<http://www.eletrosul.gov.br/nosso-negocio/comercializacao/editais-de-leilao-e-chamadas-publicas/edital-cp-0122015-leilao-de-venda-energia-eletrica-convencional-curto-prazo>>. Acesso em: 16 out. 2016.

³⁷² LIGHT. **Contrato de compra e venda de energia elétrica proveniente de geração distribuída**. Rio de Janeiro, [S. n.], 2014. Disponível em: <www.light.com.br/Repositorio/Institucional/CCVEGD-24%2006%202014.doc>. Acesso em: 16 out. 2016.

³⁷³ ENGIE. **Contrato de compra e venda de energia elétrica convencional com potência associada**. [S. l. s. n.], 20---. Disponível em: <<http://www.engieenergia.com.br/wps/wcm/connect/9fd13d8f-649b-4df9-845b-97210ac53abb/Anexo+IV+-++Minuta+de+Contrato+de+Compra+e+Venda+de+Energia.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 16 out. 2016.

3.2.1 O desenho das cláusulas previstas no Decreto n. 5.163/2004 e na Convenção de Comercialização da CCEE

Inicia-se o exame do desenho das cláusulas constante das minutas pesquisadas por aquelas previstas nos atos normativos que regem o conteúdo mínimo do contrato de compra de energia elétrica no ambiente livre: o Decreto n. 5.163/2004 e a Convenção de Comercialização da CCEE.

Sendo assim, expõem-se as cláusulas tratando dos prazos e volumes – elementos oriundos do Decreto n. 5.163/2004 – e as versando sobre os preços e garantias financeiras – provenientes da Convenção de Comercialização da CCEE.

O primeiro elemento a ser abordado refere-se ao prazo de vigência. Conforme já se comentou, em razão de as contratações serem resguardadas pela confidencialidade, não é possível o acesso aos dados concernentes à duração efetiva dos contratos. Contudo, a análise da redação dessas cláusulas continua sendo de interesse, conforme segue:

Minuta Celesc:

CLÁUSULA 7 - O presente CONTRATO entra em vigor na data de sua assinatura e terá vigência até o efetivo cumprimento de todas as obrigações contratuais, incluindo o pagamento da fatura relativa ao último mês de entrega dos montantes de ENERGIA ELÉTRICA CONTRATADA.

CLÁUSULA 8 - A obrigação da VENDEDORA, quanto à entrega dos montantes de ENERGIA ELÉTRICA CONTRATADA, terá INÍCIO DO FORNECIMENTO em xx de xxxxx de 201x e FIM DO FORNECIMENTO em xx de xxxxx de 201x.

Minuta Electra Energy:

Cláusula Quarta A vigência do Contrato iniciará na data de sua assinatura e terminará após o cumprimento de todas as obrigações nele assumidas.

[...]

Parágrafo Segundo – O Período de Suprimento, descrito no Anexo I será composto sempre por dias inteiros, com início à 00h00min e término às 24h00min.

Minuta Eletrosul:

Cláusula 6º - O presente CONTRATO vigorará a partir da data de sua assinatura até o integral cumprimento de todas as obrigações contratuais, incluindo a ENTREGA SIMBÓLICA da ENERGIA CONTRATADA durante o PERÍODO DE SUPRIMENTO e o pagamento correspondente.

Minuta Light:

3.1 - O presente CONTRATO entrará em vigor a partir da data de sua assinatura e permanecerá em vigor até o dia [] , ou até o cumprimento integral de todas as obrigações das PARTES.

3.2 - O PERÍODO DE SUPRIMENTO da ENERGIA CONTRATADA terá início à zero hora do dia [] e término às 24 horas do dia []

3.2.1. A COMPRADORA poderá alterar o início do PERÍODO DE SUPRIMENTO a seu exclusivo critério, desde que notifique a VENDEDORA com, no mínimo, 15 (quinze) dias de antecedência.

Minuta Tractebel:

CLÁUSULA 3ª Os termos e condições do presente Contrato vigorarão a partir da data de sua assinatura, permanecendo em vigor até que ocorra o cumprimento de todas as obrigações nele contidas ou dele decorrentes, sendo o Período de Fornecimento da Energia Elétrica Contratada das 00h00min do dia __ de _____ de 20__ até às 24h00min do dia __ de _____ de 20__.

Em razão dessa confidencialidade, os elementos negociais mais relevantes – tais como montante de energia contratada, preço, modulação, sazonalização e submercado de entrega, além do próprio prazo de vigência – costumam ser definidos em um anexo ao instrumento contratual. Isso explica o motivo por que as cláusulas analisadas não apresentam grande variação textual.

Pôde-se observar, no entanto, serem de poucos meses as ofertas e as demandas de fornecimento de energia publicizadas nos sites utilizados como fonte de pesquisa para as minutas analisadas.

Verifica-se, ainda, a existência de um padrão definido sobre o período de suprimento, o qual é composto sempre por dias inteiros, com início à 00h00min e término às 24h00min. Isso denota tratar-se de contrato por prazo certo e determinado. Ademais, é adotada a nomenclatura *período de suprimento* ou *período de fornecimento* para designar o prazo pelo qual a entrega de energia foi contratada.

Aspecto relevante a ser observado na redação das cláusulas em comento, é a ressalva quanto à manutenção da vigência do contrato até o efetivo cumprimento de todas as obrigações nele contidas. Essa particularidade vai ao encontro dos deveres anexos de conduta oriundos da boa-fé objetiva, tratada anteriormente.

Apesar de o elemento *prazo* não decorrer diretamente do princípio da boa-fé – porquanto previsto no Decreto n. 5.163/2004 –, a presença dos deveres por ele gerados é de grande relevo em toda a redação desse instrumento contratual.

Da mesma forma, relativamente aos volumes, não se tem acesso às quantidades em MWh efetivamente transacionadas, porém é possível constatar a menção à unidade básica de contratação e a referência aos montantes, conforme segue:

Minuta Celesc:

CLÁUSULA 9 - Para cumprimento do objeto deste CONTRATO, a COMPRADORA contrata com a VENDEDORA, em cada mês calendário, durante o PERÍODO DE FORNECIMENTO as quantidades de ENERGIA CONTRATADA constante no ANEXO I – CARACTERÍSTICAS DA ENERGIA CONTRATADA deste CONTRATO, conforme PROPOSTA vencedora da CHAMADA PÚBLICA 002/2015.

Parágrafo 1º – A SAZONALIZAÇÃO anual será flat.

Parágrafo 2º – A FLEXIBILIDADE mensal será flat.

Parágrafo 3º – A ENERGIA CONTRATADA, definirá a ENERGIA MENSAL CONTRATADA (EMC) em MWh, para fins de FATURAMENTO no MÊS CONTRATUAL conforme CLÁUSULA 12.

Minuta Electra Energy:

Cláusula Sexta

[...]

Parágrafo Primeiro – Para fins de Registro e Ajuste de Contratos no CliqCCEE, a Energia Contratada será especificada em Megawatt Médio (MW médio) com 6 (seis) casas decimais.

Cláusula Décima

Os Registros ou Ajustes da Energia Contratada serão sempre efetuados com distribuição uniforme ao longo das horas do Mês Contratual (modulação “flat”), ou seja, para cada hora do Mês Contratual a Energia Contratada terá a mesma quantidade.

Minuta Eletrosul:

Anexo I

[...]

c) ENERGIA CONTRATADA: _____ MWh

d) MODULAÇÃO: flat

e) PONTO DE ENTREGA: CENTRO DE GRAVIDADE do SUBMERCADO Sudeste/Centro-Oeste

Minuta Light:

CLÁUSULA 5ª - DA ENERGIA CONTRATADA

5.1 - Para fins do CONTRATO, a VENDEDORA disponibilizará a ENERGIA CONTRATADA e respectiva POTÊNCIA ASSOCIADA no PONTO DE ENTREGA nos montantes especificados na Tabela 1.

PERÍODO DE SUPRIMENTO	SUBMERCADO	ENERGIA CONTRATADA (MWh médios)	POTÊNCIA ASSOCIADA (MWh/h)
De __/__/ / Até / /	Sudeste/Centro-Oeste	—, —	—, —

5.2 - Para cada mês do PERÍODO DE SUPRIMENTO, a SAZONALIZAÇÃO da ENERGIA CONTRATADA deverá ser feita de forma uniforme (“SAZONALIZAÇÃO Flat”)

5.3 – Para cada hora de cada mês do PERÍODO DE SUPRIMENTO, a MODULAÇÃO da ENERGIA CONTRATADA deverá ser igual ao valor obtido pela divisão da ENERGIA CONTRATADA sazonalizada para o mês em questão, pelo número de horas do referido mês.

Minuta da Tractebel:

CLÁUSULA 4ª

A VENDEDORA disponibilizará para a COMPRADORA, no Ponto de Entrega, a quantidade de Energia Elétrica Contratada, conforme estabelecido a seguir:

(i) Energia Elétrica Contratada = ___ MW médios (_____ megawatts médios)

(ii) Sazonalização = + ou – 5% (cinco por cento).

(iii) Modulação = flat.

(iv) Flexibilidade Mensal = sem flexibilidade.

Parágrafo Primeiro – A Energia Elétrica Contratada será utilizada para faturamento e registro junto a CCEE, sem necessidade de confirmação da quantidade pela VENDEDORA com a COMPRADORA.

Parágrafo Segundo – Até 20 de dezembro de 2014, a COMPRADORA deverá informar por escrito à VENDEDORA, as quantidades de Energia Elétrica Contratada mensal, expressas em MWh, para o ano seguinte.

Parágrafo Terceiro - A quantidade de Energia Elétrica Contratada para cada mês não poderá ser menor que 95 % (noventa e cinco) e nem maior que 105% (cento e cinco por cento) da Energia Elétrica Contratada para o ano. O somatório das Energias Elétricas Contratadas mensais, expresso em MWh, deverá preservar a Energia Elétrica Contratada anual, expressa em MWh.

Parágrafo Quarto – A Energia Elétrica Contratada para cada hora de cada dia de cada mês de fornecimento (modulação) será obtida distribuindo a Energia Elétrica Contratada no mês em valores iguais para cada hora (“flat”).

Parágrafo Quinto – A Energia Elétrica Contratada será entregue no Centro de Gravidade do Submercado definido no caput da CLÁUSULA 2ª.

Da leitura das cláusulas transcritas, percebe-se não existir uma uniformidade quanto à unidade básica de referência de quantidade de energia elétrica, ou seja, existem minutas optando pelo megawatt-hora (MWh) bem como pelo megawatt-hora médio (MWmédio).

Observa-se, referente aos montantes, que existe, em todas as minutas, alusão à sazonalização ou à modulação. Em regra, a opção foi pela distribuição da energia contratada na modalidade *flat*, ou seja, uniformemente no ano e/ou nas horas do dia do mês.

A flexibilidade foi observada apenas na minuta da Tractebel, ao prever a possibilidade de variação dos montantes contratados em 5%, para mais ou para menos.

A definição dos submercados também consta das cláusulas analisadas, até porque se trata de informação essencial para a contabilização da CCEE.

Ao refletir-se sobre a redação das cláusulas examinadas, percebe-se uma certa variação na forma da definição das quantidades e, até mesmo, dos montantes contratados, restando clara a efetiva liberdade de negociação de que gozam as partes no mercado livre de energia.

Avançando no rol dos elementos normativamente previstos, chega-se àqueles acrescidos pela Convenção de Comercialização da CCEE.

O preço pago pela energia elétrica é informação sigilosa da contratação, e, por isso, não é possível realizar um comparativo acerca de valores praticados pelos agentes de mercado. Contudo, a análise de como estão redigidas essas cláusulas é pertinente:

Minuta Celesc:

CLÁUSULA 10 - A COMPRADORA pagará à VENDEDORA, os valores, expressos em R\$/MWh (Reais por megawatt-hora), discriminados no “Quadro 1” abaixo, em conformidade com a PROPOSTA vencedora do CHAMADA PÚBLICA 002/2015.

Minuta Electra Energy:

Cláusula Décima Quinta O Preço avençado será aquele definido no Anexo I. (o qual está previsto em R\$/MWh)

Minuta Eletrosul:

Cláusula 14 – Pela disponibilização da ENERGIA CONTRATADA no PERÍODO DE SUPRIMENTO, a COMPRADORA pagará à VENDEDORA o produto da multiplicação do PREÇO DE VENDA pela ENERGIA CONTRATADA, conforme ANEXO I.

Parágrafo Primeiro – O PREÇO DE VENDA está considerado no CENTRO DE GRAVIDADE, estando inclusos PIS/PASEP, Cofins, Taxa de Fiscalização da ANEEL e as perdas elétricas da REDE BÁSICA de responsabilidade da VENDEDORA.

Parágrafo Segundo – Ao PREÇO DE VENDA será acrescido o valor do ICMS recolhido pela VENDEDORA, caso este TRIBUTOS seja devido.

Parágrafo Terceiro – Havendo alterações nos preços divulgados pela CCEE, o PREÇO DE VENDA da ENERGIA CONTRATADA, será alterado para mais ou para menos, conforme o caso.

Minuta Light:

6.1 - A COMPRADORA pagará mensalmente à VENDEDORA, a partir do início do PERÍODO DE SUPRIMENTO, o PREÇO DE VENDA de R\$ / MWh

Minuta Tractebel:

CLÁUSULA 5ª O Preço da Energia Elétrica Contratada será de R\$ /MWh (reais por megawatt hora) para o Período de Fornecimento.

Parágrafo Primeiro - As Partes reconhecem e concordam que eventuais recálculos retroativos do PLD publicados pela CCEE não implicará a revisão do Preço de Venda relativo a pagamentos devidos ou efetuados segundo este Contrato.

Da leitura das cláusulas, verifica-se a uniformidade quanto à forma de precificação da energia, sendo o *real por mega-watt hora* (R\$/MWh) a unidade utilizada. As poucas variações observadas são atinentes à inclusão ou não de tributos no preço de venda da energia.

Ponto a ser destacado é a menção ao PLD na minuta da Tractebel, ao esclarecer que o preço contratual não sofrerá influência da sua variação. Por outro lado, a minuta da Eletrosul faz referência a eventual revisão do preço em função de alteração do valor divulgado pela CCEE.

Essa disparidade no conteúdo das cláusulas ratifica o caráter estratégico contido no preço da compra da energia no ambiente livre, podendo, se mal avaliado, ocasionar

prejuízo ao comprador por eventuais previsões de variação de valor atrelado ao PLD em razão da sua instabilidade.

Referente às garantias financeiras, conforme já esclarecido, existem dois tipos relacionadas aos contratos de compra de energia: aquelas constituindo condição necessária à adesão do agente à CCEE, e aquelas assegurando o cumprimento específico do contrato celebrado. Tendo em vista que as primeiras decorrem de condição oriunda de Resolução Normativa da ANEEL, não são passíveis de negociação e, portanto, não necessitam ser objeto de previsão contratual. As garantias de interesse à presente análise são aquelas com propósito de assegurar o cumprimento da avença em si, conforme segue:

Minuta Celesc:

CLÁUSULA 17 - Para garantir o fiel cumprimento das obrigações previstas neste CONTRATO, a COMPRADORA deverá apresentar até o dia 6 de abril de 2015, garantia financeira em forma de carta de fiança corporativa no valor correspondente à 02 meses do faturamento médio, calculada conforme abaixo:

[...]

Minuta Electra Energy:

Cláusula Sexta Durante o Período de Suprimento, para cada Mês Contratual a Vendedora disponibilizará à Compradora a Energia Contratada por meio de Registro de Contratos ou Ajuste de Registro de Contratos no CliqCCEE, em conformidade com as Regras e Procedimentos de Comercialização, além das disposições previstas neste Contrato e seus Anexos.

[...]

Parágrafo Quinto – As partes estabelecem essa forma de registro com a finalidade de instituir uma garantia contratual, pela qual a Vendedora somente estará obrigada a realizar o Ajuste da Energia Contratada em cada Mês Contratual após a confirmação do pagamento da respectiva fatura, desde que a comprovação do pagamento anteceda a data limite para Ajustes no CliqCCEE. Portanto, em nenhum momento a Compradora poderá exigir o registro antecipado da Energia Contratada, por qualquer que seja o fundamento.

Minuta Eletrosul:

Cláusula 10 – A VENDEDORA obriga-se a aportar as garantias financeiras na forma e volume determinados pela CCEE, de forma a garantir que o presente CONTRATO tenha seu registro integralmente efetivado.

Cláusula 11 – Caso o registro do CONTRATO não seja integralmente efetivado pela CCEE em decorrência do não aporte de garantias financeiras pela VENDEDORA, nos termos das Regras e Procedimentos de Comercialização e conforme estabelecido na Resolução Normativa ANEEL n. 622, de 19 de agosto de 2014, a VENDEDORA fica obrigada a ressarcir a COMPRADORA pelos prejuízos decorrentes de tal medida, de forma proporcional ao montante de energia não efetivado.

Parágrafo Primeiro – Os prejuízos referidos no caput limitam-se àqueles resultantes dos valores pagos no mercado de curto prazo e às eventuais penalidades por insuficiência de lastro de energia e de potência.

[...]

Minuta Light:

9.1 - Até 15 (quinze) dias após iniciado o suprimento de energia, as PARTES devem celebrar instrumento jurídico-financeiro como garantia do fiel cumprimento das obrigações deste CONTRATO pela COMPRADORA, dentre as quais, mas não limitadamente:

- (i) Fiança bancária;
- (ii) Seguro Garantia;
- (iii) Cessão de CDB;
- (iv) Títulos da Dívida Pública;

9.1.1 As garantias dadas pela COMPRADORA devem ser equivalentes à soma dos valores dos faturamentos mensais durante todo o PERÍODO DE SUPRIMENTO.

[...]

Minuta Tractebel:

CLÁUSULA 8ª Em garantia do fiel cumprimento das obrigações previstas neste Contrato, a COMPRADORA deverá apresentar e manter vigente Carta de Fiança Bancária, emitida por instituição financeira aceita pela VENDEDORA, no valor correspondente a pelo menos 3 (três) meses de faturamento considerando como referência um mês de 31 (trinta e um) dias e o fornecimento mensal de XXX MW médios (XXX megawatt médios) ao Preço vigente de acordo com o Contrato.

Parágrafo Primeiro – A Fiança Bancária a que se refere o caput desta cláusula deverá ser apresentada em até 10 (dez) dias úteis antes do início do Período de Fornecimento e mantida válida e eficaz até 30 (trinta) dias corridos após o término do Período de Fornecimento.

Parágrafo Segundo – A Fiança Bancária a que se refere o caput desta cláusula poderá ter prazo de validade inferior ao Prazo de Vigência, estipulado na CLÁUSULA 3ª, desde que (i) seu prazo de validade seja igual ou superior a 1 (um) ano e (ii) seja renovada ou substituída pelo menos 5 (cinco) dias úteis antes da data estipulada para término da validade da garantia em vigor.

Parágrafo Terceiro – Em função do aporte da garantia a que se refere o caput desta cláusula, a Fiança Bancária deverá renunciar ao benefício de ordem estipulado nos arts. 827, 828 e 838 do Código Civil.

Da leitura das cláusulas, verificam-se três formas de moldar as garantias no contrato: (i) exigir aporte de garantias financeiras (tais como fiança bancária, seguro garantia etc) para assegurar o amplo adimplemento da avença por parte do comprador; (ii) reiterar a obrigação do aporte de garantias financeiras junto à CCEE por parte da vendedora, com o fito de afiançar o registro do CCEAL, e (iii) adotar o processo de registro, validação e ajuste para condicionar determinada etapa ao pagamento do preço.

Percebe-se, do exame das determinações transcritas – a despeito de outros aspectos contratatuais possuírem uma certa homogeneidade de conteúdo – previsões bastante heterogêneas, tanto na sua redação quanto no seu conteúdo.

Isso ocorre, provavelmente, em razão do grau de confiança e de credibilidade da parte contraente no mercado, bem como dos valores envolvidos e dos riscos da transação. Quanto maior a credibilidade, menores as exigências e vice-versa.

Observa-se, com base nos elementos contratuais trazidos até o momento, a alta complexidade envolvendo o CCEAL, exigindo um conhecimento técnico sólido das partes na área da energia elétrica. As *regras do jogo* devem ser conhecidas, sob pena de, diante da liberdade em fixar os termos contratuais, um dos contratantes colocar-se em posição de grande desvantagem, expondo-se a prejuízos de grande monta.

Ou seja, neste mercado, o agente está legitimado a presumir que seus parceiros comerciais estão aptos a contratar de forma consciente e informada. Assume-se como verdade o fato de que as partes detêm, ou deveriam ter diligenciado nesse sentido, as informações relevantes à contratação. O *tráfico* exige o esforço razoável dos contratantes em obter as informações do negócio e, se não o fizeram, presume-se ter sido essa a sua opção consciente³⁷⁴. Trata-se de traço característico de relações entre iguais.

Passa-se, por fim, ao desenho das cláusulas cujas fontes jurídicas são os princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva.

3.2.2 O desenho das cláusulas com origem na autonomia privada e na boa-fé objetiva

Retomam-se, sucintamente, as noções de autonomia privada e de boa-fé objetiva que serão adotadas no desenvolvimento da presente análise. A autonomia privada é o poder, reconhecido aos particulares, que serve como fundamento jurídico para a criação de elementos contratuais.³⁷⁵ O sentido preponderante da boa-fé objetiva a ser utilizado é o de *standard* comportamental, mais especificamente, a sua perspectiva de criação de deveres anexos aos deveres de prestação.

Nesse sentido, o *meio de exercício* da autonomia privada é composto pelas declarações negociais, atuando em uma *dupla dimensão*: como regulamento de autonomia, isto é, ato de *determinação* de deveres dos privados; e como ato de *comunicação* acerca da própria conduta, sendo *fato gerador de expectativas legítimas socialmente averiguáveis*.³⁷⁶

³⁷⁴ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 163.

³⁷⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

³⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 230.

Autonomia privada e confiança – conceito intimamente ligado à boa-fé objetiva³⁷⁷ – atuam, portanto, conjuntamente. À declaração negocial é atribuído um valor autônomo desvinculado da vontade, dotando-a de objetividade segundo os critérios da boa-fé, finalidade do negócio, práticas e os usos do setor econômico no qual está inserido o negócio.³⁷⁸

Dito isso, na análise vindoura, são destacadas as cláusulas contratuais entendidas por mais relevantes no contexto do CCEAL: seja pelo seu conteúdo, seja pela sua repetição nas minutas pesquisadas.

Tratar-se-á das seguintes previsões contratuais: (i) legitimidade das partes; (ii) definição do objeto; (iii) processo de registro e validação do contrato; (iv) multa pela rescisão; (v) caso fortuito ou força maior, e (vi) mecanismo de solução de controvérsias.

Iniciando-se pela forma de disposição acerca da *legitimidade das partes* no contrato, transcrevem-se as cláusulas que tratam do tema:

Minuta Celesc:

c) que a COMPRADORA é AGENTE da CCEE cadastrada sob o nº 3.181 da classe GERADOR;

d) que a VENDEDORA é AGENTE da CCEE cadastrada sob o nº da classe

Minuta Electra Energy:

Que as Partes qualificam-se como agentes autorizados a comercializar energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre – ACL, na forma do artigo 47 do Decreto n.º 5.163, de 30/07/04.

Minuta Eletrosul:

a) que a VENDEDORA caracteriza-se como agente autorizado a realizar instrumentos bilaterais de compra e venda de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre – ACL, conforme definido no art. 47 e seguintes do Decreto 5.163/04;

[...]

d) que a COMPRADORA é agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE;

Minuta Light:

³⁷⁷ Segundo Judith Martins-Costa: “Há evidente e intensa ligação entre boa-fé e confiança. Antes de mais, há uma comum raiz, a fides, que está no núcleo de ambos. Essa ligação é por vezes de superposição, por outras de diferenciação: pelo primeiro viés (superposição), a boa-fé abrange a tutela das legítimas expectativas, sobrepondo-se ao princípio da confiança (*bona fides – cum fides*). No proteger as legítimas expectativas, cabe falar em uma confiança objetivada, que não se reduz ao estado de fato característico de boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, mas é pautada pelo que comumente acontece (*id quod plerumque accidit*) em certo setor ou situação de vida.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 233-234.).

³⁷⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 231-232.

4. a VENDEDORA disponibilizará para a COMPRADORA energia elétrica com POTÊNCIA ASSOCIADA proveniente da <Nome do Empreendimento>, doravante denominada USINA, localizada no município de <Município>, Estado de Rio de Janeiro, cuja autorização foi outorgada sob o regime de <Inserir tipo de regime da autorização> por meio da Resolução Autorizativa ANEEL n° <n°>, de <dia>de <mês> de <ano> (no caso de registro, mencionar o Ato pertinente da ANEEL);

(...)

6. a COMPRADORA e a VENDEDORA, ou seu representante junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, estarão na condição de agentes da CCEE durante todo o PERÍODO DE SUPRIMENTO.

Minuta Tractebel:

c) a VENDEDORA e a COMPRADORA são membros da CCEE;

Da análise das cláusulas transcritas, percebe-se que a legitimidade é o ponto crucial a ser demonstrado pelas partes. Para tanto – conquanto tenha-se abordado, anteriormente, de forma detalhada, os requisitos legais a serem atendidos pelos agentes para atuarem no mercado livre de energia – contratualmente é realizada uma simplificação de averiguação, qual seja basta às partes comprovarem serem membros da CCEE para aferir-se a sua legitimidade.

Isso é possível, pois, para associar-se à CCEE, os agentes devem comprovar o atendimento a todos os requisitos legais (tais como concessão ou autorização outorgadas pelo Poder Concedente aos geradores e comercializadores, e o atendimento às condições previstas na Lei n. 9.074/95, nos artigos 15 e 16, para consumidores livres e consumidores especiais) para obterem o *status* de membro da Câmara.

Ademais, não basta aos geradores e comercializadores demonstrarem que possuem as autorizações necessárias, ou os consumidores atenderem aos patamares mínimos de carga estabelecidos na legislação, se não contarem com cadastro ativo na CCEE, lembrando da existência de exigências de ordem regulatória por parte da Câmara, como, por exemplo, a comprovação de lastro de energia, circunstância de mais alta relevância para o devido funcionamento do sistema, para a associação do agente para ativá-lo.

Quando se reflete sobre a maneira eleita pelo mercado para a aferição da legitimidade das partes, pode-se concluir pela salutar simplificação do processo, ao prestigiar a eficiência e o dinamismo na conclusão da contratação.

O *objeto* no CCEAL é, quanto ao seu conteúdo, um dos aspectos mais peculiares da contratação, porquanto a entrega física da energia não configura uma

obrigação contratual. Veja-se de qual forma as cláusulas estudadas dispõem acerca do tema:

Minuta Celesc:

CLÁUSULA 4 - O presente CONTRATO tem por objeto estabelecer os termos e condições referentes à comercialização da ENERGIA CONTRATADA, a ser disponibilizada pela VENDEDORA à COMPRADORA no Submercado Sul conforme ANEXO II do Edital, durante o PERÍODO DE FORNECIMENTO estipulado na CLÁUSULA 8 .

Parágrafo 1º No caso do CENTRO DE GRAVIDADE localizar-se em SUBMERCADO diferente ao da VENDEDORA a responsabilidade pela exposição de preços de diferentes submercados será da COMPRADORA.

Parágrafo 2º - A compra e venda de energia elétrica de que trata o presente CONTRATO baseia-se no disposto na legislação específica, em Resoluções da ANEEL, nos PROCEDIMENTOS DE COMERCIALIZAÇÃO da CCEE, nos PROCEDIMENTOS DE REDE do ONS e outros que venham a sucedê-los, em virtude das quais, a COMPRADORA tem seu FORNECIMENTO de energia elétrica garantido pelo SISTEMA INTERLIGADO, através da concessionária local.

Parágrafo 3º A ENERGIA CONTRATADA, objeto deste CONTRATO, destina-se à cobertura de lastro de ENERGIA da COMPRADORA.

Minuta Electra Comercializadora:

Cláusula Segunda Este contrato tem por objeto estabelecer os termos e condições ajustados entre as Partes para a Comercialização de Energia Elétrica Convencional durante o Período de Suprimento.

Parágrafo Primeiro – O cumprimento do Contrato pela Vendedora dar-se-á com a Entrega Simbólica da Energia Contratada, efetivando-se pelo Registro ou Ajuste de Contratos por ela própria junto à CCEE, bem como pela confirmação da CCEE da efetiva entrega da Energia Contratada.

Parágrafo Segundo – O cumprimento do Contrato pela Compradora dar-se-á com a Validação do Registro ou Ajuste de Contratos junto à CCEE, do pagamento do Preço no vencimento e da apresentação e manutenção das garantias financeiras exigidas.

Parágrafo Terceiro – Para o cumprimento deste Contrato é irrelevante a Entrega Física da Energia Contratada, sendo do conhecimento das Partes que o transporte da energia elétrica para os Usuários é de exclusiva responsabilidade de concessionárias ou permissionárias de transmissão ou distribuição de energia elétrica, com as quais devem ser firmados contratos específicos que estipulem as condições de acesso ao Sistema Interligado Nacional por intermédio das redes localizadas nas respectivas áreas de concessão

Minuta Eletrosul:

Cláusula 4ª – O presente CONTRATO tem por objeto estabelecer os termos e condições que irão regular a comercialização da ENERGIA CONTRATADA entre as PARTES, cuja **ENTREGA SIMBÓLICA** será feita pela VENDEDORA à COMPRADORA, no PONTO DE ENTREGA definido no ANEXO I, durante o PERÍODO DE SUPRIMENTO.

Parágrafo Primeiro – Para fins deste CONTRATO, a ENERGIA CONTRATADA será considerada entregue pela VENDEDORA à COMPRADORA independentemente do montante de energia elétrica que a VENDEDORA ou a(s) fonte(s) geradora(s) contratada(s) pela VENDEDORA tenha(m) gerado ou sido instruída(s) a gerar.

Parágrafo Segundo – A ENERGIA CONTRATADA, objeto deste CONTRATO, **não implica a entrega física** de energia elétrica por parte da VENDEDORA, sendo garantido o suprimento da COMPRADORA pelo SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL.

Minuta Light:

2.1 - O CONTRATO tem por objeto estabelecer os termos e as condições gerais que regularão a compra e venda da ENERGIA CONTRATADA, com POTÊNCIA ASSOCIADA, entre as PARTES, proveniente da USINA, cuja entrega será feita pela VENDEDORA à COMPRADORA no PONTO DE ENTREGA, durante o PERÍODO DE SUPRIMENTO, mediante o pagamento do PREÇO DE VENDA.

Minuta Tractebel:

CLÁUSULA 2ª O presente Contrato tem por objeto estabelecer os termos e condições que regularão a Compra e Venda da Energia Elétrica Contratada entre as Partes, cuja entrega será feita de maneira simbólica pela VENDEDORA à COMPRADORA no Centro de Gravidade do Submercado indicado na Proposta de Venda, durante o Período de Fornecimento deste Contrato, mediante o pagamento do Preço.

Parágrafo Primeiro – Para fins deste Contrato, considera-se que a quantidade de Energia Elétrica Contratada colocada à disposição da COMPRADORA pela VENDEDORA é proveniente das usinas geradoras ou de contratos de Energia Elétrica de propriedade da VENDEDORA.

[...]

Da leitura dessas cláusulas, apreende-se, primeiramente, a pouca variação na redação de seu conteúdo. Isso se deve ao fato de os termos e as condições de entrega da energia estarem detalhadamente regulados pela legislação do setor, ante a centralização das ordens de geração pelo ONS. Trata-se, portanto, de ponto no qual pouco as partes podem alterar o regramento.

Observa-se, ainda, a presença da locução “entrega simbólica”, em três das minutas analisadas, para referir-se à forma de cumprimento da obrigação de entrega do bem pelo vendedor, indo ao encontro da impossibilidade de assegurar a origem da energia (*entrega física*) recebida pelo comprador.

Essa circunstância era despicienda estar prevista de forma expressa no contrato, pois é decorrência não só da lógica de funcionamento do setor e da fungibilidade do bem energia elétrica, mas também do regramento da Convenção de Comercialização da CCEE (art. 7º, parágrafo 1º).

Contudo, a previsão da *entrega simbólica* de energia elétrica na cláusula definindo o objeto contratual é aspecto bastante peculiar do CCEAL. E, em razão desse traço incomum, pode ser vista como uma inclusão esclarecedora e relevante.

No mesmo sentido, a menção da necessidade de efetuar o registro (pelo vendedor) e a validação deste (pelo comprador), na cláusula tratando do objeto, dá a medida da importância desempenhada por tais condutas na avença. Essa previsão demonstra o caráter de essencialidade do registro e da validação, a ponto de quase se confundirem com o bem da vida no contrato.

Independentemente de o contrato de compra de energia no ambiente regulado ser válido, para produzir os seus efeitos, são necessários o registro e a validação desse junto ao sistema da CCEE. Por isso afirma-se que o registro é condição de eficácia dos contratos. Veja-se como estão redigidas as cláusulas tratando desse assunto:

Minuta Celesc

CLÁUSULA 5 - A VENDEDORA obriga-se a efetuar o registro deste CONTRATO na CCEE e a COMPRADORA a validá-lo, de acordo com as disposições previstas nas REGRAS e PROCEDIMENTOS DE COMERCIALIZAÇÃO.

Parágrafo 1º – O registro do montante integral da ENERGIA CONTRATADA no Sistema de Contabilização e Liquidação da CCEE - CLIQ-CCEE será efetuado pela VENDEDORA para o PERÍODO DE FORNECIMENTO em até 1(um) dia útil após a apresentação das GARANTIAS FINANCEIRAS estabelecida na CLÁUSULA 17.

Parágrafo 2º – O registro do CONTRATO, bem como, as alterações mensais, quando aplicáveis, deverão ser validadas imediatamente após o recebimento do aviso de criação do mesmo.

Parágrafo 3º – Caso, por sua ação ou omissão, a COMPRADORA deixe de validar o registro da ENERGIA ELÉTRICA CONTRATADA, esta deverá efetuar o pagamento integral da ENERGIA ELÉTRICA CONTRATADA à VENDEDORA, na forma da CLÁUSULA 11, CLÁUSULA 12, CLÁUSULA 13.

Parágrafo 4º – Caso, por sua ação ou omissão, a VENDEDORA deixe de efetuar o registro da ENERGIA ELÉTRICA CONTRATADA, ela ficará obrigada a ressarcir a COMPRADORA pela exposição desta na CCEE, bem como, pelas penalidades a ela aplicáveis por insuficiência de lastro e/ou insuficiência de contratação, estabelecidas nos PROCEDIMENTOS DE COMERCIALIZAÇÃO.

Minuta Electra Energy:

Cláusula Sexta Durante o Período de Suprimento, para cada Mês Contratual a Vendedora disponibilizará à Compradora a Energia Contratada por meio de Registro de Contratos ou Ajuste de Registro de Contratos no CliqCCEE, em conformidade com as Regras e Procedimentos de Comercialização, além das disposições previstas neste Contrato e seus Anexos.

[...]

Parágrafo Segundo – A Vendedora efetuará o Registro de Contrato igual a 0 MW médio (zero megawatt médio), e a Compradora obriga-se a efetuar a Validação desse montante no CliqCCEE, em conformidade com as disposições e prazos previstos nas Regras de Comercialização e nos Procedimentos de Comercialização.

Parágrafo Terceiro – A Compradora se obriga ao pagamento mensal integral do valor da Nota Fiscal relativa a cada Mês Contratual até a data de vencimento definida no Anexo II deste Contrato e deverá comprovar o respectivo pagamento junto à Vendedora, no prazo máximo de 1 (um) dia útil antecedente ao prazo final para Ajuste de Registro de Contratos, conforme disposto nas Regras de Comercialização e nos Procedimentos de Comercialização.

Parágrafo Quarto – Comprovado o pagamento pela Compradora do valor integral da Nota Fiscal relativa a cada Mês Contratual, a Vendedora realizará o Ajuste de acordo com a Energia Contratada, e a Compradora deverá efetuar a Validação desse Ajuste, tudo em conformidade com o disposto nas Regras de Comercialização e nos Procedimentos de Comercialização.

[...]

Cláusula Sétima Cumpridas as disposições da Cláusula anterior, a Compradora se obriga a receber a Energia Contratada por meio da Validação de todos os Registros e Ajustes feitos pela Vendedora em conformidade com as Regras de Comercialização e Procedimentos de Comercialização.

Minuta Eletrosul

Cláusula 5ª – O registro do presente CONTRATO no CLIQCCEE, com montante de energia igual a zero, deverá ser efetuado pela VENDEDORA, de acordo com os PROCEDIMENTOS DE COMERCIALIZAÇÃO, no prazo indicado no ANEXO II.

Parágrafo Único – A COMPRADORA deverá validar o registro nos prazos estabelecidos pela CCEE, desde que os parâmetros estejam de acordo com as Cláusulas do presente CONTRATO.

Cláusula 12 - Após a confirmação do pagamento da Nota Fiscal, conforme previsto na Cláusula 16, a VENDEDORA deverá efetuar o ajuste do CONTRATO no CLIQCCEE, com o montante igual à ENERGIA CONTRATADA, indicado no ANEXO I, de acordo com os PROCEDIMENTOS DE COMERCIALIZAÇÃO vigentes e obedecendo ao prazo indicado no ANEXO II.

Parágrafo Único – A COMPRADORA deverá validar o ajuste do montante mensal contratado nos prazos estabelecidos pela CCEE, desde que os parâmetros estejam de acordo com as Cláusulas do presente CONTRATO.

Minuta Light:

5.3 - Observados os PROCEDIMENTOS DE COMERCIALIZAÇÃO, a VENDEDORA ou o seu representante junto à CCEE, em até dias da assinatura deste CONTRATO, deverá registrar na CCEE os montantes mensais de ENERGIA CONTRATADA para todo o PERÍODO DE SUPRIMENTO. A COMPRADORA deverá validar os registros assim efetuados pela VENDEDORA, observados os PROCEDIMENTOS DE COMERCIALIZAÇÃO.

5.4 - Observados os PROCEDIMENTOS DE COMERCIALIZAÇÃO, a VENDEDORA ou o seu representante junto à CCEE, relativamente a cada mês do PERÍODO DE SUPRIMENTO deverá registrar na CCEE os montantes horários de ENERGIA CONTRATADA, nos termos da subcláusula 5.3. A COMPRADORA deverá validar os registros e ajustes assim efetuados pela VENDEDORA.

Minuta Tractebel

CLÁUSULA 9ª A VENDEDORA, após o aporte da garantia estabelecida na CLÁUSULA 8ª, procederá ao registro no CliqCCEE da Energia Elétrica Contratada, conforme as Regras de Comercialização e/ou os Procedimentos de Comercialização da CCEE, devendo a mesma efetuar todo e qualquer ajuste para que a Energia Elétrica registrada no CliqCCEE reflita as condições estabelecidas neste Contrato.

Parágrafo Primeiro – O registro no CliqCCEE da quantidade integral de Energia Elétrica Contratada por todo o Período de Fornecimento será efetuado em até 3 (três) dias úteis após o recebimento da garantia financeira e confirmação de aceite por parte da VENDEDORA, nos termos da CLÁUSULA 8ª.

Parágrafo Segundo – Cumpridos os procedimentos de que trata o caput desta cláusula e estando estes em conformidade com o disposto neste Contrato, fica caracterizada a disponibilização pela VENDEDORA, para a COMPRADORA, da Energia Elétrica Contratada, no Ponto de Entrega.

Diante da sua relevância, verifica-se que o processo de registro e validação do CCEAL está detalhadamente previsto nas cláusulas transcritas.

Chama-se a atenção à utilização da etapa do registro e validação como forma de garantir o pagamento do valor do contrato. Duas das minutas analisadas – da Eletrosul e Electra Energy – condicionam ao recebimento do pagamento o ajuste posterior dos montantes de energia contratados junto à CCEE. O registro e a validação são utilizados, igualmente, como meio de coerção para o aporte da garantia financeira pela parte adversa.

O não registro/validação é tão prejudicial ao escopo do contrato a ponto de existir previsão de obrigação de ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do não registro e da não validação do contrato ou montantes contratados. A ausência de registro gera a inexistência daquele contrato frente à CCEE, fazendo com que a energia consumida seja cobrada pelo PLD, geralmente mais elevado que o preço a ser pago pela energia contratada, e leva à cominação de multa por ausência de lastro impostas ao comprador.

Da leitura das cláusulas transcritas, percebe-se com clareza a relevância primordial do processo de registro e validação dos contratos no contrato de compra de energia no ambiente livre. Destarte, o não atendimento aos prazos de registro e validação definidos podem, inclusive, esvaziar o propósito das partes ao contratarem.

O processo de registro para a validação dos contratos é um dos elementos que mais evidenciam a necessidade da conduta colaborativa entre as partes na contratação. Optou-se por chamar-se de *processo de registro e validação* exatamente em função da necessidade de coordenação entre os contratantes, porquanto uma parte realiza uma comunicação à CCEE, e a outra deve validá-la, diversas vezes, durante a vigência contratual, denotando a necessária prevalência da boa-fé no sentido de geradora de deveres anexos.

Referente à cláusula de *multa pela rescisão contratual*, trata-se de previsão da maior relevância, diante dos reflexos trazidos pela rescisão antecipada do contrato às partes. Essa circunstância está assim regradada nas minutas analisadas:

Minuta Celesc:

CLÁUSULA 24 - A PARTE que, por sua ação ou omissão, der causa à rescisão do presente CONTRATO por incorrer nas hipóteses tratadas na CLÁUSULA anterior, ficará obrigada a ressarcir à outra, no prazo de 15 (quinze) dias corridos contados da data de comunicação da rescisão, mediante o pagamento do somatório da multa rescisória e perdas e danos, conforme descrito abaixo.

Parágrafo 1º – A multa rescisória será igual a 30% do valor equivalente ao montante da ENERGIA CONTRATADA não fornecida, multiplicada pelo PREÇO DE VENDA.

Parágrafo 2º – As perdas e danos serão calculados de acordo com uma das seguintes fórmulas:

[...]

Minuta Electra Energy:

Cláusula Décima Nona Caso o inadimplemento de qualquer uma das Partes não seja sanado nos termos do Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Oitava, ensejando a rescisão do Contrato pela Parte adimplente, a Parte inadimplente estará sujeita ao pagamento de multa no valor de 30% (trinta por cento) do valor remanescente do Contrato.

Minuta Eletrosul:

Cláusula 15 – Na ocorrência de rescisão conforme estabelecido na Cláusula 21, a PARTE que der causa ou for culpada pela rescisão deverá pagar à outra PARTE, a título de multa rescisória, a importância equivalente a 30% (trinta por cento) do valor do CONTRATO.

Minuta Light:

12.1 - A PARTE que, por sua ação ou omissão, der causa à rescisão do CONTRATO por incorrer nas hipóteses tratadas na Cláusula 11, ficará obrigada a pagar à outra PARTE penalidade de multa rescisória de caráter compensatório, de valor equivalente ao maior valor resultante da aplicação dos seguintes critérios de cálculo:

a. 30% (trinta por cento) do valor total remanescente do CONTRATO, apurado mediante a multiplicação do PREÇO DE VENDA vigente na data de rescisão pelo volume de ENERGIA CONTRATADA remanescente entre a data de rescisão e a data de término do PERÍODO DE SUPRIMENTO; ou, em sendo maior,

b. 6 (seis) vezes o valor da última Nota Fiscal/Fatura emitida pela VENDEDORA.

[...]

12.5 - A responsabilidade de cada uma das PARTES no âmbito deste CONTRATO estará, em qualquer hipótese, limitada aos montantes de danos que der causa, inclusive danos morais ou qualquer outra modalidade de indenização dessa mesma natureza.

Minuta Tractebel:

CLÁUSULA 13 A Parte que, por sua ação ou omissão, der causa à rescisão do presente Contrato em virtude do descumprimento de qualquer das obrigações nele previstas ou da ocorrência de qualquer uma das hipóteses da CLÁUSULA 12, ficará obrigada a pagar à outra Parte, no prazo de 5 (cinco) dias corridos contado da efetivação da rescisão, a penalidade descrita a seguir:

Multa Rescisória equivalente a 50% (cinquenta por cento) do saldo remanescente do Valor Total do Contrato, calculada de acordo com a fórmula abaixo descrita:

Multa = 50% x Saldo Remanescente do Valor Total do Contrato.

[...]

A *multa pela rescisão* tem lugar quando há o encerramento antecipado do contrato por culpa de uma das partes. Trata-se de cláusula penal aplicada àquele faltante com suas responsabilidades contratuais, ocasionando dano à parte adimplente³⁷⁹.

³⁷⁹ MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica.**

Nas minutas analisadas, observa-se estar definido um percentual incidente (i) sobre o valor total do contrato, ou (ii) sobre o valor remanescente da data do descumprimento até a data de término do contrato, como montante apto a ressarcir a parte pelo rescisão antecipada. Contudo, não há uma uniformidade nem quanto ao percentual, nem quanto à base de cálculo dessa quantia.

Ademais, em razão do vultoso impacto financeiro gerado pela eventual rescisão do contrato às partes – decorrentes do pagamento de multas e do valor da energia pelo PLD – há, ainda, a previsão do pagamento de perdas e danos, calculados por meio de fórmula prevista no contrato, a qual busca definir o preço de reposição da energia elétrica no período faltante.

Dessa forma, neste ponto, observa-se a manifestação da autonomia das partes ao regrarem de forma diversa a mesma situação fática no contrato.

Outro aspecto interessante ser abordado é como estão previstas as consequências da ocorrência de *caso fortuito ou força maior* nas minutas analisadas.

Veja-se:

Minuta Celesc:

CLÁUSULA 19 - Caso alguma das PARTES não possa cumprir qualquer de suas obrigações, por motivo de caso fortuito ou força maior, nos termos do disposto no art. 393 do Código Civil Brasileiro, o presente CONTRATO permanecerá em vigor, mas a PARTE afetada pelo evento não responderá pelas consequências do não cumprimento das obrigações durante o tempo de duração do evento e proporcionalmente aos seus efeitos.

Parágrafo Único – A PARTE afetada por evento que caracterize caso fortuito ou força maior dará notícia à outra, no máximo em 48 (quarenta e oito) horas, das circunstâncias do evento, detalhando sua natureza, a expectativa de tempo para que possa cumprir a obrigação atingida e outras informações que sejam pertinentes, além de, regularmente, renovar as mesmas informações.

Minuta Electra Energy

Cláusula Vigésima Terceira Caso alguma das Partes não possa cumprir qualquer de suas obrigações, por motivo de caso fortuito ou força maior, nos termos do disposto no artigo 393 do Código Civil Brasileiro, o presente Contrato permanecerá em vigor, mas a obrigação afetada ficará suspensa por tempo igual ao da duração do evento e proporcionalmente aos seus efeitos.

Parágrafo Primeiro – A Parte afetada por evento de caso fortuito ou força maior deverá evidenciar à outra Parte a caracterização do evento em até 48 (quarenta e oito) horas do seu início, detalhando sua natureza, a expectativa de tempo para que possa cumprir a obrigação atingida e outras informações que sejam pertinentes, além de, regularmente, renovar as mesmas informações. Além disso, a Parte atingida pelo evento deverá tomar todas as providências no sentido de evitar ou reduzir o risco de uma nova ocorrência ou a gravidade de seus efeitos.

Parágrafo Segundo – Salvo se pactuado de outra forma, estão excluídos da caracterização de caso fortuito ou força maior, mas não se limitando a estes, os seguintes eventos:

- i. problemas e/ou dificuldades de ordem econômico-financeira de qualquer das Partes;
- ii. qualquer ação de autoridade governamental cujo ato a Parte poderia ter evitado se tivesse cumprido com a Legislação Aplicável, inclusive desligamento da CCEE;
- iii. insolvência, liquidação, falência ou recuperação judicial ou extrajudicial de quaisquer das Partes;
- iv. variações do PLD em qualquer valor;
- v. greves e/ou interrupções trabalhistas, inclusive medidas de efeito semelhante, tanto de empregados e contratados de uma das Partes como de suas contratadas;
- vi. realização de paradas nas instalações da Parte Compradora, sejam elas previstas ou extraordinárias para manutenção; e
- vii. eventuais falhas nas instalações de distribuição ou transmissão da concessionária, à qual esteja conectada a Compradora, que impeçam ou dificultem o consumo da Energia Elétrica Contratada.

Minuta Eletrosul: Não há previsão.

Minuta Light:

13.1 - Caso alguma das PARTES não possa cumprir qualquer de suas obrigações, por motivo de caso fortuito ou força maior, nos termos do disposto no art. 393 do Código Civil Brasileiro, o presente CONTRATO permanecerá em vigor, mas a PARTE afetada pelo evento não responderá pelas conseqüências do não cumprimento das obrigações durante o tempo de duração do evento e proporcionalmente aos seus efeitos.

Parágrafo Primeiro - A PARTE afetada por evento que caracterize caso fortuito ou força maior dará notícia à outra, no máximo em 48 (quarenta e oito) horas, das circunstâncias do evento, detalhando sua natureza, a expectativa de tempo para que possa cumprir a obrigação atingida e outras informações que sejam pertinentes, comprometendo-se a manter a outra PARTE informada enquanto durar o evento.

Parágrafo Segundo – Para fins deste CONTRATO um evento de CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR não incluem:

- (i) problemas e/ou dificuldades econômico-financeiras de qualquer das PARTES;
- (ii) alteração das condições de mercado;
- (iii) sob nenhuma circunstância, eventos que resultem do descumprimento por qualquer Parte de obrigações contratuais ou de leis, normas, regulamentos, decretos ou demais exigências legais;
- (iv) eventos para os quais as PARTES tenham concorrido com culpa ou dolo;
- (v) variação para mais ou para menos do Preço de Liquidação de Diferenças – PLD divulgado pela CCEE;
- (vi) qualquer ação de qualquer autoridade governamental que qualquer das PARTES pudesse ter evitado se tivesse cumprido a LEI;
- (vii) a recusa da CCEE em proceder a contabilização e/ou liquidação deste CONTRATO, causada por ação ou omissão comprovada de qualquer das PARTES;
- (viii) a possibilidade que se apresentar à VENDEDORA ou COMPRADORA, respectivamente, vender ou comprar a ENERGIA CONTRATADA no mercado a preços mais favoráveis do que os consubstanciados neste Contrato; e
- (ix) A ocorrência de perturbações nos sistemas de geração, de transmissão ou de distribuição, salvo se expressamente reconhecida como tal pelo ONS e/ou pela ANEEL.

Minuta Tractebel:

CLÁUSULA 14 Caso alguma das Partes não possa cumprir qualquer de suas obrigações por motivo de Caso Fortuito ou Força Maior, nos termos do disposto no art. 393 do Código Civil Brasileiro, o presente Contrato permanecerá em vigor, mas a Parte afetada pelo evento não responderá pelas consequências do não cumprimento das obrigações durante o tempo de duração do evento e proporcionalmente aos seus efeitos.

Parágrafo Primeiro - A Parte afetada pelo evento de Caso Fortuito ou Força Maior se compromete a adotar todas as medidas que estejam ao seu alcance para superar os efeitos decorrentes do evento, que obstem o cumprimento de suas obrigações ou para mitigar a extensão desses efeitos, com vistas ao cumprimento, ainda que parcial, das suas obrigações nos termos deste Contrato.

Parágrafo Segundo - Cessado o evento de Caso Fortuito ou Força Maior, a PARTE afetada deverá comunicar o fato à outra Parte no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, mediante notificação por escrito, e retomar imediatamente o cumprimento das suas obrigações nos termos deste Contrato.

Parágrafo Terceiro - Para fins deste Contrato, em nenhuma circunstância, a ocorrência de qualquer dos eventos abaixo listados configurará Caso Fortuito ou Força Maior:

- (i) problemas e/ou dificuldades de ordem econômico-financeira de qualquer das PARTES;
- (ii) qualquer ação de Autoridade Competente que as Partes pudessem ter evitado se tivessem obedecido à Legislação Aplicável;
- (iii) insolvência, liquidação, falência ou recuperação judicial ou extrajudicial de quaisquer das Partes;
- (iv) a possibilidade de aquisição ou venda da Energia Elétrica Contratada, por qualquer das Partes, de/para terceiros ou diretamente na CCEE a preços mais vantajosos que os deste Contrato;
- (v) greve e/ou interrupções trabalhistas ou medidas de efeito semelhante, de empregados e contratados de uma das Partes e/ou de suas contratadas;
- (vi) oscilações do PLD estabelecido pela CCEE para valoração das operações transacionadas no mercado de curto prazo;
- (vii) condições diferenciadas do setor elétrico e/ou do mercado de energia elétrica, derivadas de meteorológicos, variações do mercado de combustíveis, queda de torres de transmissão, rompimento de barragens e outros, a não ser que o evento seja reconhecido pela Autoridade Competente como decorrente de Força Maior para liberar as Partes de suas obrigações contratuais. fatores internos ou externos, tais como, exemplificativamente, eventos

Parágrafo Quarto - A Parte afetada por evento que caracterize Caso Fortuito ou Força Maior dará notícia à outra, no máximo em 48 (quarenta e oito) horas, das circunstâncias do evento, detalhando sua natureza, a expectativa de tempo necessário para que possa voltar a cumprir a obrigação atingida e outras informações que sejam pertinentes, além de, regularmente, renovar as mesmas informações.

Da análise dessas cláusulas, observa-se a coincidência em elencar situações excluídas da caracterização de caso fortuito ou força maior. Pode-se verificar, igualmente, existir uma grande identidade nas situações listadas como excluídas da configuração de caso fortuito ou força maior.

Quando se reflete sobre o extenso rol das situações que não configuram *caso fortuito ou força maior* relacionadas nas cláusulas transcritas, pode-se identificar uma tendência à evitar-se a utilização de teorias revisionais.³⁸⁰

Isso ocorre porque determinadas situações – que poderiam ser interpretadas como *caso fortuito ou força maior* – para a realidade do mercado de energia elétrica, fazem parte da avaliação do risco do negócio quando da contratação, tais como alterações climáticas que impactam diretamente no preço da energia elétrica (PLD). Percebe-se que o mercado, em uma demonstração inequívoca da autonomia privada neste contrato, excepciona situações passíveis de serem interpretadas como *caso fortuito ou força maior*, criando um regramento próprio.

Outro aspecto digno de nota é a determinação de, na ocorrência de evento caracterizado como *caso fortuito ou força maior*, dever a parte comunicar tal situação em até 48 (quarenta e oito) horas do seu início à contraparte, em uma evidente conduta colaborativa e leal entre os contratantes, valorizando a boa-fé objetiva.

Por fim, tem-se a cláusula tratando do *mecanismo de solução de controvérsias*. Eis a sua redação nas minutas examinadas:

Minuta Celesc

CLÁUSULA 28 - Caso haja qualquer disputa ou questão relativa ao presente CONTRATO, as PARTES, desde já, se comprometem a envidar esforços para resolver a questão em 5 (cinco) dias, a partir da comunicação da PARTE prejudicada, de maneira amigável, mantendo, para tanto, negociações para atingirem uma solução justa e satisfatória para ambas.

Parágrafo 1º – A declaração de controvérsia por uma das PARTES não a dispensa do cumprimento da obrigação contratual assumida, procedendo-se, ao final do processo de negociação ou de solução de conflitos adotado, os acertos que se fizerem necessários.

Parágrafo 2º – As controvérsias não solucionadas na forma do caput desta Cláusula poderão, mediante acordo entre as PARTES, ser submetidas à mediação da ANEEL.

Parágrafo 3º – Caso não se atinja solução amigável ou, dentro de 30 (trinta) dias, a mediação da ANEEL não seja satisfatória, as PARTES assumem, desde já, em caráter irrevogável e irretratável, o compromisso de proceder à solução da controvérsia, inclusive divergências previstas na CLÁUSULA 13, através de Arbitragem, conforme o disposto na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e suas alterações e de acordo com as normas do Regulamento de Arbitragem da Câmara FGV (Fundação Getúlio Vargas) de Conciliação e Arbitragem, por 3 (três) árbitros, nomeados conforme o

³⁸⁰ A ideia é peça obrigatória dos contratos, uma vez que, se a vontade foi manifestada higidamente, usando o indivíduo a sua plena liberdade, os contratos devem ser cumpridos a qualquer custo, não cabendo ao judiciário nenhum tipo de intervenção para modificar o pacto firmado, nem às partes o direito de desistência. (LUCAS, Laís Machado. **Função Social Do Contrato: Um Princípio Em Busca De Sua Identidade**. 2010. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, p. 29.).

disposto no referido Regulamento. A arbitragem será sediada na cidade de Florianópolis e no idioma Português.

Parágrafo 4º – Controvérsias oriundas de temas vinculados a CCEE serão dirimidas conforme disposto na Resolução Homologatória da ANEEL n.º 531, de 7 de agosto de 2007, ou seja, através da Convenção Arbitral instituída por esta norma na Câmara FGV (Fundação Getúlio Vargas) de Conciliação e Arbitragem.

Minuta Electra Energy

Cláusula Vigésima Sexta Uma controvérsia se inicia com a Notificação de Controvérsia de uma Parte à outra.

Parágrafo Primeiro – As Partes buscarão solucionar a controvérsia amigavelmente no prazo de até 15 (quinze) dias contados do recebimento da Notificação de Controvérsia.

Parágrafo Segundo – Não sendo possível a solução da controvérsia nos termos do parágrafo anterior, a questão poderá ser resolvida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo Terceiro – O encaminhamento da Notificação de Controvérsia não constitui requisito para a propositura de qualquer demanda judicial.

Minuta Eletrosul: Não há previsão.

Minuta Light:

14.1 - Qualquer controvérsia decorrente da interpretação ou da execução do presente Instrumento será definitivamente resolvida por arbitragem, na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e as Partes se obrigam a cumprir o que for decidido pela sentença arbitral. A arbitragem será conduzida de acordo com as regras de arbitragem da Câmara FGV de Conciliação de Arbitragem. Os árbitros deverão resolver a disputa de acordo com a lei substantiva do Brasil, a arbitragem será em idioma português e terá sede na cidade de São Paulo, SP, Brasil, local onde será proferida a sentença arbitral. Não será permitido aos árbitros julgar os litígios a ele submetidos com base no princípio de equidade, devendo ater-se ao previsto na disposição legal ou contratual aplicável.

[...]

Parágrafo Segundo - Antes de iniciado o procedimento na presente Cláusula, as Partes deverão tentar, de boa-fé, dirimir qualquer controvérsia, relacionada ao presente Instrumento, por meio de reuniões, as quais serão iniciadas por meio de notificação escrita dirigida de uma Parte a outra, indicando o local, o horário, o dia, a pauta da reunião e o motivo da controvérsia. [...]

Parágrafo Terceiro - Caso as Partes não cheguem a um acordo escrito e assinado para a resolução da controvérsia, no prazo de 15 (quinze) dias úteis contados da data da primeira reunião, conforme o item anterior ou em outro prazo que as Partes vierem a fixar expressamente, por escrito, a controvérsia poderá ser dirimida em caráter definitivo e vinculante por meio de arbitragem, após notificação a outra, nos termos da presente cláusula.

[...]

Parágrafo Sétimo - Para todos e quaisquer litígios/divergências que, por força de lei, não possam ser resolvidos por arbitragem, bem como para a impetração de ações cautelares de qualquer natureza, as Partes elegem, com expressa renúncia de qualquer outro, por mais privilegiado que o seja, o foro central da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

Minuta Tractebel:

CLÁUSULA 18 Qualquer divergência oriunda deste Contrato, inclusive relativa à sua validade, âmbito, interpretação ou aplicação, poderá ser resolvida pelo Poder Judiciário, respeitados os termos dos Parágrafos Primeiro e Segundo desta cláusula.

Parágrafo Primeiro – Em caso de divergência, conforme acima descrita, qualquer das Partes poderá notificar por escrito a outra Parte, conforme CLÁUSULA 23, nos termos do caput desta cláusula, da existência e do conteúdo da divergência. A contar da data do recebimento da Notificação de Controvérsia e no máximo ao final do prazo de 5 (cinco) dias a contar do recebimento da Notificação de Controvérsia, as Partes terão 30 (trinta) dias para alcançar um acordo com relação à controvérsia. Caso um acordo não seja alcançado dentro desse prazo pelos representantes das Partes, qualquer das Partes poderá submeter à controvérsia ao Poder Judiciário.

Parágrafo Segundo - As Partes elegem o Foro da Comarca da cidade de Brasília/DF, com exclusão de qualquer outro por mais privilegiado que seja.

Da análise das cláusulas transcritas, chama a atenção o descompasso existente entre a imprescindibilidade em levarem-se os conflitos à arbitragem, determinanda na Convenção de Comercialização da CCEE³⁸¹, e a previsão efetiva de resolução das controvérsias contida nos instrumentos.

Duas das minutas examinadas fazem menção à obrigatoriedade da submissão da resolução do conflito por meio da arbitragem. No entanto, as outras optam pelo recurso ao Poder Judiciário para dirimir os conflitos oriundos da contratação.

Aspecto positivo a ser mencionado consiste na previsão de um rito de solução amigável, estimulando a negociação entre os agentes. Esse procedimento, segundo estabelecem as previsões contratuais, é iniciado por meio de uma *Notificação/Declaração de Controvérsia*, e, caso não prospere, dá-se início às fases de mediação, arbitragem ou judicialização, dependendo do disposto contratualmente.

³⁸¹ Art. 58. Os Agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, nas seguintes hipóteses:

I – Conflito entre dois ou mais Agentes da CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela;

II – Conflito entre um ou mais Agentes da CCEE e a CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela; e

III – sem prejuízo do que dispõe cláusula específica nos CCEARs, conflito entre Agentes da CCEE decorrente de Contratos Bilaterais, desde que o fato gerador da divergência decorra dos respectivos contratos ou de Regras e Procedimentos de Comercialização e repercuta sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE.

Parágrafo único. A Convenção Arbitral é parte integrante desta Convenção de Comercialização, bem como obrigatória a todos os agentes da CCEE e a CCEE, conforme disposto nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 5º da Lei n. 10.848, de 2004. (Redação dada pela REN ANEEL 348, de 06.01.2009.)

Art. 59. Fica obrigada a Câmara de Arbitragem a instituir processo de mediação com o objetivo de promover, no âmbito privado e de forma prévia ao procedimento arbitral, uma solução amigável de Conflitos.

Art. 60. A competência para dirimir Conflitos referentes a casos não previstos nesta Convenção é da ANEEL. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/cc ee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

Diante do amplo espectro de formas previstas para a solução de controvérsias, deixando de lado, em alguns casos, inclusive, a indispensabilidade da opção pela arbitragem, constata-se, na prática, o exercício efetivo da autonomia privada conferida às partes para definirem o conteúdo contratual, ignorando determinações da própria CCEE.

Dessa forma, da análise dos aspectos abordados neste capítulo, pôde-se observar a existência de uma confluência de temas presentes nas minutas, mesmo quando a liberdade de pactuação do conteúdo contratual é a regra.

Contudo, a convergência verificada é quanto aos elementos previstos no contrato, e não quanto ao conteúdo semântico de cada cláusula. Conforme demonstrou-se, há, muitas vezes, divergência de regramento interno dos elementos dispostos, sendo comum a definição de previsões divergentes nas minutas, adequando-se à conveniência das partes contratantes.

4 CONCLUSÃO

Foi com o objetivo de aprofundar o conhecimento acerca da natureza do contrato de compra de energia no ambiente livre, dos seus regramentos e da eventual existência de um padrão formado pelo mercado para sua modelagem que teve início a presente pesquisa.

Desta sorte, para responderem-se as indagações inaugurais, foi necessária uma jornada pela busca da conformação institucional do setor elétrico brasileiro. Apresentaram-se os segmentos existentes na indústria de energia elétrica no país – geração, transmissão, distribuição e comercialização –, finalizando-se pelos ambientes de comercialização de energia – regulado e livre. Por se tratar de mercado com características de funcionamento bastante peculiares, a sua compreensão é de grande relevância às reflexões posteriores desenvolvidas no quadro jurídico envolvendo o contrato objeto do estudo.

Muito da singularidade do contrato examinado decorre do seu objeto, qual seja a energia elétrica. Dessa forma, o estudo da energia elétrica, nos seus aspectos físico e normativo, impôs-se. Como observado, energia elétrica é grandeza física que expressa a capacidade de realizar trabalho, cuja unidade é o *watt* (W) e tem por característica não ser estocável, ser invisível e tratar-se de *commodity*.

A impossibilidade de sua estocagem gera a necessidade de equilibrarem-se constantemente a oferta e a demanda, ambas devendo ocorrer de forma simultânea, sob pena de desabastecimento. Esse traço físico da energia – juntamente com a matriz majoritariamente hidrológica e com as dimensões geográficas do Brasil – balizam a configuração do setor elétrico e o modo de comercialização de energia.

Referente ao aspecto normativo da energia elétrica, este é tratado em diversas disposições legislativas, como a Constituição Federal, os Códigos Civil, Penal e Tributário e por legislação esparsa. O legislador constituinte refere-se à energia, em regra, no seu aspecto de serviço público. O Código Tributário Nacional considera a energia elétrica um produto industrializado, para fins de tributação. O Código Penal reconhece a energia como bem móvel.

O Código Civil, por sua vez – diploma de maior interesse ao presente estudo, porquanto o contrato em exame está inserido no campo do Direito Privado –, no art.

83, inciso I, igualmente, caracteriza a energia como bem móvel. Esse dispositivo traz a qualificação de bem móvel apenas das energias com *valor econômico*.

Sendo assim, a valoração econômica da energia elétrica torna-a objeto de interesse jurídico, atraindo para si as relações negociais de natureza privada. Ademais, segundo a classificação de bens trazida pelo Código Civil, a energia elétrica é *bem divisível, fungível e consumível*.

Discussão relevante quanto à caracterização da energia é a referente a esta tratar-se de bem corpóreo ou incorpóreo. Isso porque existe entendimento na doutrina no sentido de transações envolvendo o domínio de bens incorpóreos deverem ser instrumentalizadas por contratos de cessão e não de compra e venda. No entanto, não é o melhor entendimento a ser aplicado ao caso. A uma, pois existem vozes de prestígio na doutrina – tal qual Ponte de Miranda, Orlando Gomes e Caio Mario – entendendo ser irrelevante a transposição dos tipos “compra e venda” e “cessão”. A duas, pois esses mesmos autores afirmam serem os bens incorpóreos passíveis de compra e venda. A três, pois adota-se o ponto de vista manifestado por Orlando Gomes, ao defender a classificação das forças naturais com existência física autônoma como *bens corpóreos*, visto ser a possibilidade de apropriação ou de utilização do bem que configura a sua corporeidade.

Ressalta-se, ainda, que a energia elétrica é dotada de existência física autônoma, não sendo resultado de uma ficção jurídica, passível de ser, inclusive, aferida por instrumentos medidores expressando grandezas tais como quantidade e potência. Dessa forma, não caberia a esta ser caracterizada como bem incorpóreo, nos termos gerais em que essa classificação é utilizada pelo Direito.

Por fim, concluindo-se pela adequação da utilização do tipo compra e venda às relações negociais de transferência de propriedade da energia elétrica, lança-se mão das definições acerca desse bem presentes no Código Tributário Nacional – como produto industrializado –, no Código Penal e no Código Civil – ambos classificando-o como bem móvel –, tornando, portanto, o contrato de compra e venda apto a instrumentalizar transações envolvendo seu domínio.

Tendo em vista que o contrato de compra e venda é a tipologia adequada a figurar nas transações cujo objeto é a energia elétrica, partiu-se para a verificação do atendimento dos requisitos essenciais à validade do contrato, comuns a todos os negócios jurídicos pelo CCEAL.

O contrato de compra e venda de energia elétrica no ambiente livre, sob o ângulo do art. 104 do Código Civil, reúne, em tese, todos os requisitos de validade previstos nesse dispositivo. As partes devem estar associadas à CCEE para poderem celebrar contratos de compra de energia. A Câmara de Comercialização exige dos agentes o preenchimento de certas condições para associarem-se, garantindo o atendimento aos requisitos de capacidade e legitimação necessários. A energia elétrica é objeto lícito e determinável, pois será consumida no momento da sua geração, sendo aferível por instrumentos de medição. E, por fim, há forma prescrita às transações no Decreto n. 5.163/2004, o qual refere que as compras de energia celebradas no ambiente livre devem ser formalizadas por meio de contratos bilaterais.

Os requisitos específicos referentes ao contrato de compra e venda – a coisa, o preço e o consenso (*res, pretium et consensus*) – estão, igualmente, presentes.

O contrato de compra de energia no ambiente livre foi expressamente previsto no art. 47 do Decreto n. 5.163/2004, e, por isso, trata-se de contrato típico. O CCEAL visa a disciplinar os direitos e as obrigações entre compradores e vendedores de energia elétrica. Busca, ainda, estabelecer procedimentos comerciais, fixar parâmetros técnicos a serem observados, além de penalidades a serem aplicadas em razão de não conformidades na execução contratual.

O conteúdo mínimo do contrato em estudo, previsto normativamente, é sucinto: o Decreto n. 5.163/2004 estipula *prazos* e *volumes* como elementos essenciais, e a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica da CCEE acresce a estes *preço* e *garantias financeiras*. Ressalta-se que a liberdade de pactuação é a regra nessa contratação.

Dessa forma, diante da escassa normatização do conteúdo mínimo desse contrato, coube ao mercado, com fundamento jurídico nos princípios da autonomia privada e boa-fé objetiva, integrarem outros elementos necessários à avença.

Antes de avançar-se na configuração do CCEAL, mister salientar sua particularidade, frente aos contratos de compra e venda tradicionais, no sentido de ocorrer uma dissociação entre a energia contratada e a energia entregue. Nos termos da Convenção de Comercialização da CCEE, art. 7º, parágrafo 1º, o adquirente pode receber a energia contratada de qualquer agente do sistema e não, necessariamente, daquele figurando como vendedor no contrato.

Assim, seu objeto, muitas vezes, prevê a possibilidade de a *entrega física* da

energia não ser realizada pelo vendedor, vindo a ser realizada por terceiro, em razão da estruturação do sistema de geração e transmissão de energia elétrica no país, baseado nas ordens do ONS sobre quem deve gerar e transmitir a energia em determinado momento. Essa peculiaridade, cumpre esclarecer, não configura descumprimento contratual, porquanto prevista na Convenção de Comercialização da CCEE .

Por essa razão, o contrato de compra de energia elétrica, seja no ambiente livre, seja no regulado, possui efeitos de ordem financeira, não refletindo, necessariamente, o mundo físico.

Outro aspecto a ser destacado é o *processo de registro e validação* do contrato e seus montantes pelas partes no sistema da CCEE. É o procedimento mais relevante nessa contratação, cuja omissão torna ineficaz o contrato.

Somente a partir do registro do contrato na CCEE – e da sua validação pela contraparte – que este passa a gerar efeitos, havendo a contabilização dos montantes de energia produzidos e consumidos. A transferência do domínio da energia contratada opera-se mediante o registro. Dessa forma, pode-se fazer um paralelo com o registro (completo e correto) na CCEE do contrato e a tradição do bem energia.

A necessidade de registro do contrato, bem como de seus montantes, configura um processo coordenado de obrigações para ambas as partes, as quais devem ser cumpridas em um determinado espaço de tempo para o contrato atingir seu objetivo e ser “adimplido”.

Quanto à configuração do contrato de compra de energia no ambiente livre, observa-se a relevância dos *usos de tráfico* na definição de seus contornos gerais. Coube ao mercado de energia elétrica criar-lhe uma estrutura contratual básica, estabelecendo elementos tidos por necessários para reger as transações envolvendo a energia elétrica.

Nesse viés, assumem função fundamental, na modelagem do contrato em exame, os princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva, pois são eles que alicerçam juridicamente os novos elementos trazidos ao desenho da contratação.

Frisa-se existir estreita correlação entre a autonomia privada e a boa-fé objetiva: enquanto aquela trata da faculdade de autorregulamentação de seus interesses pelos particulares, esta atua limitando ou complementando essa livre conformação das relações obrigacionais. A boa-fé, a confiança e a

autorresponsabilidade seriam a contrapartida necessária ao exercício da autonomia privada.

Salienta-se, ainda, a relevância dos usos de comércio e das práticas seguidas pelos agentes nos contratos tidos por empresariais – como é o caso em tela. Os *usos do tráfico* criam formas contratuais, modos de comportamento e comunicação empresarial. São utilizados, ainda, no plano hermenêutico, como fonte de integração normativa. Dessa forma, servem os usos e as práticas para auxiliar na percepção do que, naquele setor, é legitimamente esperado.

Esse entendimento molda-se perfeitamente ao verificado no contrato em estudo: os *usos do tráfico* criaram um modelo contratual completo (porquanto já existia um modelo mínimo definido por atos normativos), gerando, ainda, uma expectativa de conduta na comercialização de energia elétrica no país.

Assim, pode-se constatar que o desenho típico do CCEAL contém, além dos elementos previstos normativamente – volumes, prazos, preços e garantias financeiras –, as seguintes disposições contratuais: (i) identificação das partes; (ii) definição do objeto, regrado as etapas de registro e validação; (iii) declarações de atendimento a determinações legais e regulatórias; (iv) multa pela rescisão; (v) compromisso de confidencialidade dos termos contratuais; (vi) regramento para o caso de racionamento, e (vii) mecanismo de solução de controvérsias.

Refletindo-se sobre os elementos citados, resta claro o papel de protagonismo assumido pelos princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva, tamanha é a possibilidade de criação de regramentos contratuais reservada às partes.

Em vista desses aspectos, tomando-se a definição de autonomia privada como o poder dos particulares em regular as relações de que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica, modelando-as conforme sua vontade e necessidade, observa-se que esse princípio é de extrema relevância para a delimitação dos contornos dos contratos de compra de energia no ambiente livre.

Já a boa-fé objetiva alcança maior significado para o presente estudo quando exerce o papel de fonte de deveres anexos e de proteção na relação negocial. Traz-se como exemplo o processo de registro e validação do CCEAL, bem como do seu conteúdo, pois exige condutas colaborativas entre as partes para a conclusão dessa etapa de forma adequada (dever anexo) e, ainda, exige uma conduta positiva para evitar danos injustos à contraparte (dever de proteção).

Demonstrada a atuação dos princípios da autonomia privada e boa-fé objetiva como base do negócio jurídico, passou-se à análise descritiva das cláusulas encontradas em amostra qualitativa de minutas de CCEAL, disponíveis em páginas da internet de geradores e comercializadores.

O estudo das cláusulas, neste trabalho, foi organizado de forma a trazer, primeiramente, os elementos de origem normativa, e, posteriormente, aqueles com fundamento na autonomia privada e boa-fé objetiva.

A par do exame descritivo específico de cada elemento e de como este está posto nas cláusulas avaliadas, pode-se observar que existe um padrão quanto ao conteúdo geral dos contratos de compra de energia no ambiente livre.

Apesar de grande parte das cláusulas presentes nas minutas serem objeto da criação das partes, fundadas na liberdade de pactuação dada pelo Decreto n. 5.163/2004, podendo dar azo à hipótese de não existir uma confluência de temas, não é o que se verificou na prática.

Esclarece-se, contudo, que o padrão observado é quanto aos elementos contidos no contrato. Se avaliado o conteúdo semântico de cada cláusula, percebe-se a divergência de regramento interno dos elementos dispostos. Por exemplo, todas as minutas dispunham sobre a forma de resolução de conflitos, todavia, cada uma estabelece de maneira díspar a forma de dirimi-los.

Nesse sentido, quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídica proporcionada pelo sistema em que está inserido o contrato, mais fluido será o volume de relações econômicas. No mercado livre de energia elétrica, não é diferente: o ambiente livre somente se torna atrativo à migração do comprador – tendo em vista a existência do mercado regulado de fornecimento de energia por meio das distribuidoras – se existir uma segurança mínima institucional e um histórico de estabilidade contratual robusto a ponto de estimular a troca.

Constata-se, por conseguinte, que o agente está legitimado a presumir – no mercado livre de comercialização de energia – estarem seus parceiros comerciais aptos a contratarem de forma consciente e informada. Assume-se como verdade o fato de as partes deterem as informações relevantes à contratação. O *tráfico* exige o esforço razoável dos contratantes em obter as informações do negócio e, se não o fizeram, presume-se ter sido esta a sua opção consciente, traço característico de relações entre iguais.

Por fim, sopesados todos os aspectos abordados neste estudo *ab initio*, conclui-se que existe um padrão de contrato de compra de energia no ambiente livre, fruto dos *usos de tráfico* do mercado. Ao mesmo tempo, este padrão gera o mínimo de segurança e previsibilidade jurídica necessárias a tornar esse ambiente atrativo, mantendo-se, contudo, o espaço à liberdade de pactuação às partes – fundada na autonomia privada e na boa-fé objetiva – para conformarem o detalhamento do conteúdo do contrato como lhes for mais conveniente.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução normativa n. 109, de 26 de outubro de 2004.** Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/contneudoccee/ccee_030824.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. **Resolução normativa n. 376, de 25 de agosto de 2009.** Estabelece as condições para contratação de energia elétrica, no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN, por Consumidor Livre, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2009376.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. **Resolução normativa n. 622, de 19 de agosto de 2014.** Dispõe sobre as garantias financeiras e a efetivação de registros de contratos de compra e venda de energia elétrica, associados à comercialização no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2014622.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

ÁLVARES, Walter T. **Curso de direito da energia.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor elétrico:** visão geral do setor. Brasília, [S.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Contrato padrão ABRACEEL.** Brasília, [S.n. s.d.]. Disponível em: <<http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/contratoPadrao.asp>>. Acesso em 1 nov. 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. 4.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2008.

_____. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>>. Acesso em: 15 set. 2016.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008, p. 89.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.ht>. Acesso em 11 set. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **PL 4035/2008**. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410474>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

_____. **Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. **Decreto n. 2.655, de 2 de julho de 1998**. Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2655.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.

_____. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11 jan. 2017.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Exposição de motivos da parte especial do Código Penal. **D.O.U.** 8 dez. 1940. Disponível em:

<<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em 11 de jan. 2017.

_____. **Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 07 jan. 2017.

_____. **Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.

_____. **Lei Federal n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

_____. **Lei Federal n. 9.648, de 27 de maio de 1998**. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de

13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016.

BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. **Lei Federal n. 10.848, de 15 de março de 2004.** Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Ministério das Minas e Energia. **Leilões de energia elétrica.** Disponível em: <http://www.mme.gov.br/programas/leiloes_de_energia/menu/inicio.html>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CABRAL, Erico de Pina. A autonomia no direito privado. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 83-129, jul./set. 2004.

CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de serviços públicos de energia elétrica.** Curitiba: Juruá, 2002.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Adesões de consumidores ao mercado livre crescem 395% em 2016.** São Paulo [S.n.], 23 jun. 2016. Disponível em:

<https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/noticias/noticia leitura?contentid=CCEE_378843&_afLoop=1198827471850503#%40%3Fcontentid%3DCCEE_378843%26_afLoop%3D1198827471850503%26_adf.ctrl-state%3Dqnmtvbqlg_4>. Acesso em: 28 dez. 2016.

_____. Onde atuamos. **Comercialização.** São Paulo, [S. n., s. d.]. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/comercializacao?_afLoop=182537173572712#%40%3F_afLoop%3D182537173572712%26_adf.ctrl-state%3D1941qf9jdo_29>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. Onde atuamos. **Setor Elétrico.** São Paulo, [S. n., s. d.]. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/setor_eletrico?_afLoop=182121135144039#%40%3F_afLoop%3D182121135144039%26_adf.ctrl-state%3D1941qf9jdo_4>. Acesso em: 15 set. 2016.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Regras de comercialização: contratos. **Cadernos Vermelhos**, São Paulo, [S. n.], jan. 2016. Disponível em:

<http://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/procedimentos?_afLoop=930752359259177#%40%3F_afLoop%3D930752359259177%26_adf.ctrl-state%3Dnffy3p211_27>. Acesso em: 5 nov. 2016.

_____. Procedimentos de Comercialização. Módulo 3 - Contratação de Energia e Potência. **Submódulo 3.1 - Contratos do Ambiente Livre – Versão 1.2**, São Paulo, nov. 2013. Disponível em:

<https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/procedimentos?contentid%3DCCEE_373432=&_adf.ctrl-state=wxfx9oa5u_4&_afLoop=454893201428762#%40%3Fcontentid%253DCCEE_373432%3D%26_afLoop%3D454893201428762%26_adf.ctrl-state%3Dypqjlkul7_4>. Acesso em: 5 nov. 2016.

CAMPOS, Clever M. **Introdução ao direito de energia elétrica**. São Paulo: Ícone, 2001.

CELESC. **Contrato de compra e venda no ambiente livre**: CCEAL fonte convencional. Florianópolis, [S. n.], 2015. Disponível em:

<http://celesc.com.br/portal/images/arquivos_leilao/chamada002_2015/6.%20%20%20anexo%20ii_contrato_cp_002_2015.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

COMERC Energia. Eletrosul Centrais Elétricas. **O setor elétrico brasileiro**: operação, contabilização e comercialização. São Paulo: Comerc, 2006.

COMMODITY. In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, v. 2.

_____. **Direito comercial**. 3.ed., rev., atual., e aum. Coimbra: Almedina, 2012.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1994.

COUTO E SILVA, Clovis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 31-55.

DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 47-71.

DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009.

DEPLECIONAMENTO. In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

DIAS, Fabio Henrique di Lallo. **Contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre de contratação no atual modelo institucional do setor elétrico**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ELECTRA ENERGY. **Leilão de compra e venda de energia elétrica**. Curitiba, [S.n.], ago. 2016. Disponível em: <http://electraenergy.com.br/site/leilao_agosto/>. Acesso em: 16 out. 2016.

ELETROSUL CENTRAIS ELÉTRICAS. **Edital CP 012/2015**: Leilão de Venda de Energia Elétrica Convencional – Curto. Florianópolis, [S. n.], 20--. Disponível em: <<http://www.eletrosul.gov.br/nosso-negocio/comercializacao/editais-de-leilao-e-chamadas-publicas/edital-cp-0122015-leilao-de-venda-energia-eletrica-convencional-curto-prazo>>. Acesso em: 16 out. 2016.

ENGIE. **Contrato de compra e venda de energia elétrica convencional com potência associada**. [S. l. s. n.], 20--. Disponível em: <<http://www.engieenergia.com.br/wps/wcm/connect/9fd13d8f-649b-4df9-845b-97210ac53abb/Anexo+IV+-++Minuta+de+Contrato+de+Compra+e+Venda+de+Energia.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 16 out. 2016.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Prefácio. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Masques. **Curso de Direito de Energia**: tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRADERA, Véra Jacob de. Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis: comentários à Lei de Arbitragem (Lei n. 9 307 de 26 de setembro de 1996). **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, jan./mar. 2002, p. 97 et seq.

_____. A Boa Fé Objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 9, n. 1, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003.

FRADERA, Véra Jacob de. A vedação de *venire contra factum proprium* e sua relação com os princípios da confiança e da coerência. **Direito e Democracia**, v. 9, n. 1, p. 130-134 jan./jun. 2008.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCIA, Ariovaldo; MONTICELLI, Alcir. **Introdução a sistemas de energia elétrica**. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2000.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GILMORE, Grant (edited by Ronald K. L. Collins). **The Death of Contract**. 2nd ed. Columbus, The Ohio State University Press, 1995.

GIRARDI, Claudio. O preço de liquidação de diferenças e a segurança jurídica dos contratos pactuados. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012.

GOMES, Leonardo Lima; LUIZ, Ivone Gonçalves. Valor adicionado aos consumidores livres de energia elétrica no Brasil por contratos flexíveis: uma abordagem pela teoria das opções. **Revista Eletrônica de Administração**, v. 15, n. 2, p. 307-333, maio/ago. 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, João Alfredo Serra Baetas. Possível conflito de competências entre a ANEEL e a CCEE quanto à aplicação de penalidades. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Org.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos Contratos? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, vol. 96, 2001, p. 430. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510/70120>>. Acesso em: 05 de set. 2016.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 41-80.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours**, The Hague, n. 251, p. 223-226, 1995.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A comercialização da energia elétrica no mercado atacadista de energia elétrica. **Revista dos Tribunais**, n. 792, p. 157-169, out. 2001.

LEITE, Antonio Dias. **A energia no Brasil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LIGHT. **Contrato de compra e venda de energia elétrica proveniente de geração distribuída**. Rio de Janeiro, [S. n.], 2014. Disponível em: <www.light.com.br/Repositorio/Institucional/CCVEGD-24%2006%202014.doc>. Acesso em: 16 out. 2016.

LIMA, Ricardo Gobbi. Comercialização de energia: alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Elena (Org.). **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, v. 1, p. 365-376.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Fabris, 2009.

_____. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – A propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 29, p. 101-123, abr./jun. 2010.

LUCAS, Laís Machado. **Função Social Do Contrato: Um Princípio Em Busca De Sua Identidade**. 2010. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre

MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir de contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Energia EP/FEA/IEE/IF, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARIANO, Leila. A judicialização dos conflitos de eletricidade: a visão de um juiz. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p. 107-152.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005.

_____. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, Porto Alegre, pp. 129-154, 1998. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

MERCADO LIVRE DE ENERGIA. **[Site]**. Disponível em: <<http://www.mercadolivredeenergia.com.br/consumidores-livres-e-especiais/contratos/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ORTIS, Claudio Santos. As licitações de concessão de geração e transmissão de energia elétrica e os leilões combinatórios. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. 79-108.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 3.

PEREIRA, Edgard Antonio. Regulação e Mercado. In: LANDAU, Elena (Org.). **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, v. 1, p. 147-162.

PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). **Direito da energia elétrica no Brasil**. Brasília: UNB, 2010, p. p. 261-300.

PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Economia da energia: fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 3.

_____. **Tratado de direito privado: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 2.

_____. **Tratado de direito privado: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 39.

PORTAL BRASIL. **Sistema interligado nacional atende 98% do mercado brasileiro**. Brasília, [S. n.], 28 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2011/12/sistema-interligado-nacional-atende-98-do-mercado-brasileiro>>. Acesso em: 02 set. 2016.

POSNER, Eric; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. **The design and interpretation of contracts: why complexity matters**. Northwest University Law Review, v. 95, n. 1, p. 91-132, 2000. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2763&context=journal_articles>. Acesso em: set. 2016, p. 97.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016.

REGO, Erik Eduardo. **Aspectos regulatórios e financeiros nos leilões de energia elétrica: a lição das usinas botox**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009.

ROLIM, Maria João Pereira. **Direito econômico da energia elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A tutela da concorrência no setor de energia elétrica. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.) **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012.

SANCHES, Luiz Antônio Ugeda. **Curso de direito da energia**. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Christiano Vieira da. Contratação de energia elétrica: aspectos regulatórios e econômicos. **Texto de Discussão do Setor Elétrico n. 25 apresentado no Grupo de Estudos do Setor Elétrico da UFRJ – GESEL**. Disponível em <http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/02_TDSE25.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro. In: LANDAU, Elena (Org.). **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, v. 1, p. 235-259.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: ROCHA, Fabio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p. 1–27.

UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do Direito Civil**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

USTARROZ, Daniel. **Direito dos contratos: temas atuais**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial**: os contratos em espécie (segundo a sua função jurídico-econômica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VINHAES, Ébia A. Silva. O novo modelo da indústria de energia elétrica brasileira. In: SCHMIDT, Carlos et al. (Org.). **A energia elétrica em debate**: a experiência brasileira e internacional de regulação. Porto Alegre: Editora Ufrgs, 2003.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WALTENBERG, Davi A. M. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 352-377.