

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

**Aspectos relevantes dos contratos de comercialização de energia elétrica
celebrados no ambiente de contratação livre**

Cristiane Peixoto de Oliveira Marrara

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
sob orientação do professor Caio Mario da Silva Pereira Neto

Versão de [06.09.2017]

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

Com a alteração das regras do setor elétrico nos anos 1990 e a privatização de várias empresas, houve o aumento da competitividade, a expansão do setor de energia, gerando atratividade para novos investidores, nacionais e estrangeiros.

Através da Lei 9.648/08 são instituídos o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), e o “acordo de mercado” instituiu o sistema de contabilização e liquidação. Em 2004 foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), em substituição ao MAE.

O mercado livre de energia elétrica foi estabelecido no intuito de viabilizar condições mais flexíveis e não tão onerosas para a comercialização de energia, num ambiente de atacado, no qual os consumidores empresariais podem escolher a melhor forma de adquirir a “commodity” energia.

Neste mercado livre, os consumidores de energia continuam utilizando os serviços das empresas distribuidoras para ter acesso à rede de eletricidade, mas adquirem a quantidade contratada de energia no mercado livre, através de empresas geradoras ou comercializadoras.

A instituição responsável pelo bom funcionamento da comercialização de energia elétrica e que envolve aspectos regulatórios, operacionais e tecnológicos é a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), que viabiliza as operações de compra e venda de energia em todo o Sistema Interligado Nacional - SIN. A CCEE reúne os produtores independentes, autoprodutores, distribuidoras, comercializadoras, importadoras e exportadoras de energia, além de consumidores livres e especiais e tem as seguintes atribuições em destaque, de acordo com o site da instituição¹:

- Implantar e divulgar regras e procedimentos de comercialização;
- Fazer a gestão de contratos do Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e do Ambiente de Contratação Livre (ACL);

¹ www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/quem-somos/razao-de-ser

- Manter o registro de dados de energia gerada e de energia consumida;
- Realizar leilões de compra e venda de energia no ambiente de contratação regulada, sob delegação da Aneel;
- Efetuar a liquidação financeira dos montantes contratados nesses leilões;
- Apurar infrações que sejam cometidas pelos agentes do mercado e calcular penalidades;
- Servir como fórum para a discussão de ideias e políticas para o desenvolvimento do mercado, fazendo a interlocução entre os agentes do setor com as instâncias de formulação de políticas e de regulação;
- Registrar os contratos de fornecimento de energia.

As contratações no mercado livre podem ser feitas de duas formas, no ambiente de contratação regulado (ACR) e no ambiente de contratação livre (ACL).

Os contratos celebrados no ambiente regulado são aqueles realizados entre as empresas distribuidoras de energia, as empresas geradoras e comercializadoras, regulados pela Aneel e com o preço estabelecido em leilão.

No que diz respeito aos contratos do ambiente livre, eles são celebrados entre os consumidores (em sua maioria pessoas jurídicas) e as empresas comercializadoras ou geradoras de energia, nos quais ocorre uma livre negociação entre os compradores e vendedores.

Ambos os contratos precisam ser registrados na CCEE.

O escopo do presente trabalho está focado nos contratos celebrados no ambiente de contratação livre.

Nos dizeres de Luiz Felipe Falcone de Souza², no artigo “Aspectos bilaterais e multilaterais da comercialização de energia elétrica”:

“ ... um dos principais requisitos de atuação no ACL é concordar com as regras de operação comercial, as quais envolvem a participação no mercado de atacado e estão afetas ao Direito Cível e Regulatório..

...

A comercialização de energia neste ambiente é realizada integralmente mediante a formalização de contratos, os quais permitem amplo tratamento do negócio jurídico pactuado, com disposições específicas e customizadas para cada tipo de operação pretendida pelos agentes. Em termos financeiros, assemelha-se a um mercado de balcão não organizado, no qual as partes são responsáveis pelos direitos e obrigações contratuais, registrando informações básicas de contratação na CCEE para fins de contabilização do mercado.”

² ROCHA, Fabio Amorim da, coordenador. Temas relevantes no Direito de Energia Elétrica: Tomo V. Rio de Janeiro: Synergia, 2016, pág. 478.

A forma de escolha do tipo de contratação, prazo e demanda são fatores importantes e complexos para decisão no mercado livre.

De acordo com Ana Lúcia Rodrigues³,

“a teoria cognitivista entende a compra como um processo de tomada de decisão, no qual fatores cognitivos influenciam esta decisão, tais como: percepção, motivação, aprendizagem, memória, atitudes, valores, personalidade.

As escolhas na aquisição de energéticos passam pela percepção das alternativas e de suas vantagens e desvantagens na ótica do consumidor. Ela pode ser motivada por diversos fatores como preço, flexibilidade, atendimento adequado, serviços complementares, entre outros.”

Desta forma, pretende-se com este trabalho facilitar o entendimento de como funciona este mercado regulado, para facilitar o processo de compra de energia por parte dos interessados.

Por outro lado, também se pretende que o trabalho de conclusão a ser desenvolvido a partir do Projeto de Pesquisa aborde um tema importante e que deve ser estudado com maior profundidade, a partir da seguinte sistemática:

- (i) mapeamento dos principais conceitos do mercado livre de energia elétrica;
- (ii) regulamentação aplicável;
- (iii) principais desafios presentes nos contratos bilaterais de comercialização de energia elétrica celebrados entre os geradores e comercializadores de energia e os consumidores, como o registro, garantias envolvidas, viabilidade de caracterização da onerosidade excessiva;
- (iv) discussões existentes no âmbito judicial e eventualmente arbitral, a partir do levantamento dos principais problemas práticos;
- (v) indicação das melhores práticas na análise da contratação e na negociação de cláusulas contratuais para celebração dos contratos dessa natureza.

2. Modelo de pesquisa

A pesquisa irá ocorrer através da análise dos textos doutrinários e teóricos existentes sobre o mercado livre de comercialização de energia, e pela análise das discussões contratuais existentes com relação a grande alteração de valores da energia elétrica.

³ SILVA, Ana Rodrigues da. Comportamento do Grande Consumidor de Energia Elétrica. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011, pág. 26.

O entendimento é no sentido de que o presente trabalho servirá como uma forma de roteiro com relação às melhores práticas a serem seguidas pelos contratantes, esclarecendo o ambiente altamente regulado e complexo em que ocorrem as contratações no mercado livre.

Além disso, se pretende orientar sobre questões críticas deste tipo de contrato e que devem ser bem estudadas, como com relação ao prazo de contratação e cláusulas de rescisão, a partir da análise de problemas práticos já observados.

3. Problemas e quesitos

Neste trabalho, o objetivo é apresentar o funcionamento do mercado livre de energia elétrica no Brasil, os agentes envolvidos, os tipos de contratação e o método aplicado.

Além disso, tratar-se-á da regulamentação aplicável e da análise dos contratos celebrados entre os geradores e comercializadores de energia em ambiente regulado, através da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Após o esclarecimento do contexto contratual e de maiores explicações sobre os agentes envolvidos, partir-se-á para a avaliação da possibilidade de caracterização da onerosidade excessiva, pela grande variação de preços que ocorrem, de acordo com as variáveis de abastecimento do próprio mercado do setor elétrico, como por exemplo, as crises energéticas.

- Quesito A: Como funciona o mercado livre de energia elétrica? Quais são os agentes envolvidos? Qual a metodologia aplicada?
- Quesito B: Quais as diferenças entre o mercado livre e o mercado cativo?
- Quesito C: Qual a legislação e regulamentação aplicável?
- Quesito D: O registro dos contratos desta natureza são obrigatórios? Como e onde ocorrem?
- Quesito E: Há necessidade de algum tipo de garantia contratual?
- Quesito F: É possível atribuir a onerosidade excessiva superveniente à celebração do contrato de comercialização de energia para a solicitação de revisão ou rescisão contratual?
- Quesito G: Quais as recomendações a serem consideradas na elaboração dos contratos desta natureza?

4. Justificação da relevância prática e do potencial inovador

O tema sobre comercialização de energia elétrica no mercado livre regulado é relativamente novo e complexo, e são poucos os agentes e empresas (mesmo que contratantes) que realmente conhecem a fundo o seu funcionamento.

Diante da expansão deste mercado e de seu potencial crescimento, bem como levando-se em consideração a oportunidade de diminuição dos custos com energia elétrica por parte das empresas contratantes e conseqüente aumento da competitividade, a discussão sobre a regulação do mercado livre é um tema importante, principalmente em momentos de recessão e crise econômica no país.

Para se ter em mente a grandiosidade do custo envolvido com energia, cabe indicar os percentuais indicados no setor industrial por Marina Falcão, no artigo “O futuro da energia”, na obra Direito de Energia & Areas Afins⁴ :

“Estimativas da Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres (Abrace), apontam que, nos setores de gases industriais e de alumínio, por exemplo, as despesas com energia chegam a representar 72,5% e 37,5% do total de custos, respectivamente.”

Os contratos de comercialização de energia são celebrados num âmbito extremamente regulado, trazendo conceitos e forma de cálculo complexos, que trazem pouca margem de discussão entre os contratantes, mesmo diante de alterações significativas de variação dos preços da energia, que ocorrem após a assinatura dos instrumentos contratuais.

Além disso, não há na doutrina um estudo sobre a possibilidade de caracterização da onerosidade excessiva e eventual desequilíbrio econômico financeiro nos contratos celebrados entre as comercializadoras de energia e as empresas, tema este que já vem sendo tratado pelo judiciário e em tribunais arbitrais em alguns casos específicos.

Outro ponto relevante a ser debatido são as recomendações a serem consideradas na celebração dos contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre, para que tais práticas possam ser consideradas e adotadas em futuras negociações e contratações do setor privado.

Desta forma, o que se pretende é que o presente trabalho seja objeto de consulta e pesquisa tanto por representantes do departamento jurídico das empresas consumidoras e do setor elétrico, funcionários da área de suprimentos, consultorias especializadas na intermediação dos contratos de comercialização de energia, além dos próprios agentes comercializadores e distribuidores, que são geralmente as partes envolvidas neste tipo de contratação.

⁴ SOARES, Cristiana Nepomuceno de Sousa. Renata Toscano, organizadoras. Direito de Energia & áreas afins. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2015, pág. 166.

Por fim, se pretende apresentar as discussões e nuances presentes com relação à revisão e/ou rescisão contratual, sem qualquer interesse relacionado aos atores envolvidos.

5. Fontes e métodos de investigação

a) Estudos de monografias e artigos sobre o mercado livre regulado de comercialização de energia elétrica.

b) Regulamentação e legislação aplicável ao mercado livre e aos contratos de comercialização de energia elétrica.

c) Estudo bibliográfico levantando doutrina sobre o método de funcionamento do mercado livre de energia no setor elétrico, os tipos de contratos de comercialização de energia elétrica, a teoria da imprevisão e como se caracteriza a onerosidade excessiva nos contratos em geral.

d) Análise jurisprudencial, para verificar as decisões existentes com relação ao tema de revisão contratual dos contratos ora em análise, e qual tem sido o entendimento do Poder Judiciário a respeito.

e) Entrevistas com agentes do setor de comercialização de energia elétrica, que trabalham em empresas, órgãos do setor energético e/ou associações envolvidas, com o objetivo de avaliar quais têm sido os principais desafios e problemas nos contratos de comercialização de energia elétrica.

f) Aplicação de experiência própria a partir da atuação profissional descrita no item 6 do presente projeto.

6. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal

O tema comercialização de energia atualmente é estudado por várias empresas do setor privado, em razão da diminuição de custos ocasionada pela contratação de energia elétrica no mercado livre.

A atuação que a autora deste trabalho teve, como advogada de empresa contratante de energia elétrica do mercado livre (em empresa multinacional americana do setor industrial de produção de embalagens de vidro), e posteriormente em empresa multinacional portuguesa do próprio setor elétrico (que atua com a comercialização, distribuição, transmissão e geração de energia elétrica), gerou a possibilidade de vivenciar os anseios e conflitos gerados na relação contratual entre geradores, comercializadores de energia e as empresas privadas (contratantes de energia).

Desta forma, pela atuação em departamentos jurídicos de ambas as partes envolvidas nos contratos bilaterais de contratação de energia, é possível demonstrar a prática profissional vivenciada e ter acesso a profissionais que trabalham com a comercialização de energia elétrica, bem como ao material disponibilizado por associações envolvidas (ABRACEEL – Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia) e a outros órgãos do setor energético, como a CCEE (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica).

8. Indicação de literatura especializada e obras de referência

BARROS, Benjamin Ferreira de. Reinaldo Borelli, Ricardo Luis Gedra. **Gerenciamento de Energia: ações administrativas e técnicas de uso adequado da energia elétrica**. 2ª. Edição. São Paulo: Érica, 2016.

FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GANIN, Antonio. **Setor elétrico brasileiro. Aspectos regulatórios, tributários e contábeis**. São Paulo: Canal Energia, 2009.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito das obrigações**, parte especial: tomo I, Contratos. 12ª. ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2010.

KHOURI. PAULO R. ROQUE A. **A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei 8.666/93: A onerosidade excessiva superveniente**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A comercialização da energia elétrica no mercado atacadista de energia elétrica**. São Paulo: RT 792: 01, 2001.

_____. **Aspectos jurídicos da comercialização de energia elétrica**. In: Revista Trimestral de Direito Público n. 41, 2003.

MAYO, Roberto. **Mercados de Eletricidade**. Synergia Editora.

LEMBO, Carolina. **Energia e o Sistema Multilateral de Comércio: perante o paradigma do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atlas, 2015.

TOLMASQUIM. Maurício J. **Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro**. 2ª. Edição Synergia Editora, 2015.

ROCHA, Fabio Amorim da, coordenador. **Temas relevantes no Direito de Energia Elétrica: Tomo V**. Rio de Janeiro: Synergia, 2016.

SCHUNK, Giuliana Bonanno. **A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil: críticas e questões controvertidas**. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Ana Rodrigues da. **Comportamento do Grande Consumidor de Energia Elétrica: São Paulo**: Instituto Geodireito Editora, 2011.

SOARES, Cristiana Nepomuceno de Sousa. Renata Toscano, organizadoras. **Direito de Energia & áreas afins**. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2015.

9. Sumário preliminar

Introdução

1. Conceitos sobre o Mercado Livre

[1.1 Matriz Energética]

[1.2 O funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica –CCEE]

[1.3 Diferenças entre o mercado livre de energia e o mercado cativo]

[1.4 Os agentes e os princípios do mercado livre]

2. Regulamentação aplicável aos contratos de comercialização de energia

2.1 Resoluções 414 e 682/03 da Aneel

2.2 Regras do mercado livre de energia elétrica Lei 10.848/04 e Decreto 5.163/04

3. O contrato de comercialização de energia elétrica

3.1 Tipos de contrato - curto prazo e longo prazo

3.2 Tipos de energia contratada

3.3 Condições para contratação

4. Desafios nos contratos de comercialização de energia

4.1 Registro dos contratos

4.2 Garantias aplicáveis

4.3 Considerações sobre a onerosidade excessiva

4.4 Teoria da imprevisão

4.5 Direito aplicado (regulamentação x direito civil)

4.6 Considerações sobre o tema na esfera judicial e arbitral

5. Conclusão e recomendações práticas

5.1 Fatores a serem considerados na celebração de contratos de comercialização de energia elétrica no mercado livre

5.2 Recomendações práticas

5.3 Conclusão

6. Cronograma com estimativa de horas

Meses	Pesquisa bibliográfica	Análise do material pesquisado e entrevistas	Consolidação do texto	Revisão do texto	Revisão final	Horas
07/2017	x	x				2
08/2017	x	x	x			2
09/2017	x	x	x			12
10/2017	x	x	x			12
11/2017	x	x	x			12
12/2017	x	x	x			45
01/2018			x			45
02/2018			x			45
03/2018			x			12
04/2018			x	x		12
05/2018			x	x		20
06/2018		x				10
07/2018		x				10
08/2018		x				10
09/2018				x		10
10/2018				x		10
11/2018					x	10
12/2018					x	10

Total estimado: 289 horas