



## Opinião legal

Impactos das medidas associadas ao controle do COVID-19 sobre os contratos de comercialização de energia elétrica

## I. CONSULTA

### I.1. Objeto da consulta

1. A Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – ABRACEEL formula consulta acerca das questões de saber: (i) se é dado aos compradores de energia invocar cláusulas de *caso fortuito ou força maior* para reduzir, suspender ou rescindir os contratos de compra de energia; (ii) qual o ambiente adequado para solução de eventuais controvérsias; e (iii) como devem proceder os associados da ABRACEEL diante de notificações recebidas de compradores.

### I.2. Etapas de análise

2. As respostas às questões formuladas dependem das seguintes etapas de análise:

- (i) contextualizar a crise mundial causada pela pandemia de COVID-19, as medidas adotadas para sua contenção no Brasil e seus efeitos sobre os contratos de compra e venda de energia elétrica;
- (ii) analisar os limites da liberdade contratual no Ambiente de Contratação Livre e os meios de solução ou prevenção de eventuais conflitos;
- (iii) esclarecer a natureza dos contratos de compra e venda de energia elétrica, a fim de delimitar o escopo da discussão;

- (iv) analisar se a pandemia ou as medidas de quarentena podem ser juridicamente qualificadas como *caso fortuito ou força maior*, sob a ótica da relação contratual entre comercializador e consumidor, bem como sob a ótica de redução de demanda;
- (v) analisar se a pandemia ou as medidas de quarentena podem ser juridicamente qualificadas como *caso fortuito ou força maior*, sob a ótica da relação contratual entre comercializador e fornecedor;
- (vi) distinguir efeitos da pandemia e medidas de quarentena de futuros efeitos de recessão econômica, de maneira a delimitar o período de incidência do instituto; e
- (vii) indicar o tratamento dado à relação entre comercializador e consumidor sob o modelo de contrato sugerido pela ABRACEEL a seus associados, bem como propor soluções ao problema.

## II. Contextualização sobre a pandemia de COVID-19 e as medidas de contenção adotadas

3. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde – OMS reconheceu<sup>1</sup> como pandemia a disseminação da doença COVID-19 (“coronavírus”), causada pelo vírus Sars-Cov-2.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

4. Até 24 de março de 2020, a OMS contabilizava<sup>2</sup> mundialmente mais de 372 mil casos confirmados e mais de 16 mil mortes decorrentes da doença. O Brasil contava, naquela data, com 2.201 casos confirmados e 46 óbitos<sup>3</sup>.

5. Na linha do quanto implementado em diversos países, o Brasil adotou, nos três níveis da federação, medidas de contenção da doença.

6. Em nível federal, o Congresso Nacional antecipou-se, ao aprovar, em 6 de fevereiro de 2020, a Lei n. 13.979/2020, com diretrizes específicas “*para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus*”, dentre elas, a previsão de *isolamento, quarentena, restrição de entrada no país e de locomoção de pessoas*.

7. O Congresso também aprovou o Decreto Legislativo n. 6 de 2020, que reconhece estado de calamidade pública para fins de responsabilidade fiscal. O Poder Executivo, por sua vez, dentre diversas medidas, proibiu<sup>4</sup> a entrada de determinados estrangeiros no país por vias aérea e terrestre e autorizou<sup>5</sup> o ensino à distância mesmo para modalidades presenciais.

8. Os governos estaduais adotaram medidas ainda mais rígidas, como a *quarentena*, caracterizada pela suspensão de atividades culturais, educacionais, religiosas, esportivas e comerciais, a exemplo<sup>6</sup> do Decreto n. 64.881, de 22 de março de 2020, do Estado de São Paulo.

---

<sup>2</sup> Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200324-sitrep-64-covid-19.pdf?sfvrsn=703b2c40\\_2](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200324-sitrep-64-covid-19.pdf?sfvrsn=703b2c40_2)

<sup>3</sup> Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46593-coronavirus-46-mortes-e-2-201-casos-confirmados>

<sup>4</sup> Portarias Interministeriais n. 120, de 17 de março de 2020, n. 125 e 126, ambas de 19 de março de 2020, editadas pelos Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Ministro da Justiça e Segurança Pública e Ministro da Saúde.

<sup>5</sup> Portaria ME n. 343, de 17 de março de 2020.

<sup>6</sup> Na mesma linha, o Decreto n. 40.550, de 23 de março de 2020, do Distrito Federal, dentre outros.

9. As restrições têm causado diminuição forçada da atividade econômica e, conseqüentemente, diminuição do consumo de energia elétrica. Na segunda-feira, dia 23 de março de 2020, a demanda recuava<sup>7</sup> 18,8% em relação ao mesmo dia da semana anterior.

10. Sob tal contexto, diversos agentes do setor, sobretudo consumidores livres, têm invocado cláusulas contratuais de *caso fortuito* para reduzir, suspender ou rescindir os contratos de compra de energia.

### III. Ambiente de Contratação Livre: liberdade contratual e solução negocial

11. O Ambiente de Contratação Livre de energia elétrica – ACL – tem regência no Decreto n. 5.163/2004, cujo artigo 47 prevê, em seu parágrafo único, que *“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”*.

12. As operações no ACL, portanto, ocorrem por meio de contratos bilaterais livremente negociados entre comprador e vendedor.

13. Por se tratar de ambiente privado, a atuação do regulador deve ser mínima, sob pena de desvirtuamento da própria distinção entre o ACL e o Ambiente de Contratação Regulada – ACR (art. 1º do Decreto n. 5.163/2004).

14. Nesse sentido, a Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) incluiu o parágrafo único ao artigo 421 do Código Civil, para dispor que, *“nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”*.

---

<sup>7</sup> Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/03/24/consumo-de-energia-tem-queda-no-pais-mostra-ccee.ghtml>

15. Observe-se, ainda, que as partes – comprador e vendedor – atuam em condição de paridade no ACL. Ambos possuem expertise negocial, presunção que prevalece até prova em contrário, conforme artigo 421-A do Código Civil, também acrescido pela Lei de Liberdade Econômica: *“os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção [...]”*.

16. A relação, portanto, é civil, e não consumerista, por não haver parte juridicamente hipossuficiente na relação, especialmente porque os requisitos<sup>8</sup> de carga e, em alguns casos, de tensão que qualificam o consumidor como elegível à contratação no ACL evidenciam não haver consumidor livre ou especial que possa se intitular hipossuficiente.

17. Assim, os direitos negociados são disponíveis, conforme estabelece o art. 4º, § 7º, da Lei n. 10.848/2004:

*“Consideram-se **disponíveis** os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE”*.

18. Portanto, as partes que negociam no ACL são livres para determinar, contratualmente, as condições da comercialização, inclusive a incidência ou não de caso fortuito ou força maior – ou seus limites.

19. O Código Civil de 2002 expressamente permite, em seu artigo 393, que a cláusula de caso fortuito seja afastada por disposição das partes:

*“O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”*.

---

<sup>8</sup> Artigos 15 e 16 da Lei n. 9.074/1995 e artigo 26, § 5º, da Lei n. 9.427/1996.

20. A conclusão, portanto, é a de que a solução passa pelo tratamento voluntariamente escolhido pelas partes em cada contrato.

21. Eventuais disputas terão de ser dirimidas no foro adequado, que, via de regra, nos contratos de compra e venda de energia elétrica do ACL, é o tribunal arbitral, nos termos da Convenção de Comercialização da CCEE<sup>9</sup>, de aderência obrigatória por aqueles que participam do ACL.

#### IV. Análise dos acontecimentos como caso fortuito ou força maior

##### IV.1. Distinção entre caso fortuito e força maior

22. O Código Civil não distingue *caso fortuito* de *força maior*, o que leva parte da doutrina a tratá-los como sinônimos. Outros, contudo, fazem a distinção, sem consenso.

23. Para Carlos Roberto Gonçalves, “*O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto.*”<sup>10</sup>

24. Flávio Tartuce, por sua vez, afirma que “[...] *os casos em que a culpa é ausente envolvem, por regra, as ocorrências de caso fortuito (por este autor conceituado como aquele decorrente de evento totalmente imprevisível) e força maior (evento previsível, mas inevitável)*”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Aprovada pela Resolução Normativa ANEEL n. 109/2004. Vide artigos 17 e 58 da Convenção.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. p. 485.

<sup>11</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Vol. 2 – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*, 14ª edição. p. 49.



25. Sérgio Cavalieri Filho esclarece que o evento se qualifica como caso fortuito “quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação” e completa:

*“É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente. (...) se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, o act of God, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível”.*<sup>12</sup>

26. Já o civilista Caio Mário entende que “caso fortuito é o acontecimento natural, ou o evento derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio do céu, a inundação, o terremoto. E, mais particularmente, conceitua-se a força maior como o *damnum* que é originado do fato de outrem, como a invasão do território, a guerra, a revolução, o ato emanado da autoridade (*factum principis*), a desapropriação, o furto etc”<sup>13</sup>.

27. Adotando-se a definição de Caio Mário, a pandemia em si pode ser considerada caso fortuito, enquanto as medidas de quarentena poderiam ser classificadas como força maior.

28. Para simplificação, adotar-se-á, neste trabalho, a classificação de caso fortuito para todos os eventos sob análise, dado que a consequência jurídica de ambos os institutos é a mesma: a eventual suspensão – ou até mesmo rescisão – de contratos.

---

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed., São Paulo, Editora Atlas, págs. 88/89.

<sup>13</sup> “PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. II / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes – 29 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 135-140.

## *IV.2. Contratos de compra e venda de energia elétrica como instrumentos financeiros*

29. Em virtude de a operação do Sistema Interligado Nacional ser centralizada no Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS<sup>14</sup> (isto é, os geradores não possuem controle sobre sua produção), a operação física do sistema elétrico (entrega de energia) é dissociada da operação comercial (pagamentos).

30. Nesse sentido, os contratos de compra e venda de energia elétrica – não apenas de geradores, mas de qualquer agente – não são físicos, mas apenas instrumentos financeiros, que não pressupõem entrega física de mercadoria<sup>15</sup>.

31. Os contratos são, pois, garantia contra a volatilidade de preços. Não há necessidade de a eletricidade consumida ser exatamente aquela produzida/adquirida pelo vendedor. Exige-se, apenas, que tanto vendedor quanto comprador tenham lastro para sua venda/consumo.

32. Caso não o tenham, as partes descobertas, com sobras ou défices, serão credoras ou devedoras no Mercado de Curto Prazo – MCP, mas a operação física já terá ocorrido, mesmo sem cobertura contratual.

33. No MCP, a liquidação é multilateral (não há pagamento bilateral direto entre credores e devedores). Paga-se ou recebe-se no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCCE, sem contraparte específica.

---

<sup>14</sup> Regras de Comercialização de Energia Elétrica, Módulo “MRE”:

*“... os agentes proprietários de usinas sujeitas ao despacho centralizado pelo ONS não tem controle sobre seu nível de geração, independentemente de seus compromissos de venda de energia realizados com base nas garantias físicas.”*

<sup>15</sup> Conforme observa Roberto P. Sobre Casas, *“los contratos bilaterales no pueden ser fisicos sino comerciales y financieros”*. (CASAS, Roberto P. Sobre. **Los contratos en el mercado eléctrico**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 236).

34. A liquidação no Mercado de Curto Prazo é automática<sup>16</sup>, feita pela CCEE. Não se faz necessária a celebração de contratos de curto prazo. A Câmara, automaticamente, verifica geradores e consumidores que excederam ou tiveram sobras em seus contratos e promove a liquidação.

35. As diferenças são liquidadas pelo preço do mercado de curto prazo, denominado Preço de Liquidação de Diferenças – PLD –, o qual reflete o custo marginal de operação – CMO –, ou seja, o custo da usina mais cara despachada para atendimento da demanda, observado valor máximo imposto pelo órgão regulador.

36. A energia, portanto, não se perde. Se não for consumida por aquele que a adquire, será liquidada no MCP e paga por terceiro que apresentar déficit.

37. A discussão que se coloca é, portanto, puramente financeira, e se resume à diferença entre preço contratual e PLD, não a preço contratual e zero.

38. Isso porque a parte inocente com sobras de energia – seja o comercializador, seja o comprador – ainda receberá pelo excedente de energia o resultado da liquidação no MCP, a PLD.

---

<sup>16</sup> Decreto n. 5.163/2004:

*“Art. 57. A contabilização e a liquidação mensal no mercado de curto prazo serão realizadas com base no PLD. § 1º O PLD, a ser publicado pela CCEE, será calculado antecipadamente, com periodicidade máxima semanal e terá como base o custo marginal de operação, limitado por preços mínimo e máximo (...).*

*Art. 58. O processo de contabilização e liquidação de energia elétrica, realizado segundo as regras e os procedimentos de comercialização da CCEE, identificará as quantidades comercializadas no mercado e as liquidadas ao PLD.”*

39. Com efeito, caso o PLD estivesse acima do preço do contrato, dificilmente haveria denúncia de contrato, já que a sobra de energia seria liquidada com lucro no MCP.

#### ***IV.3 Qualificação do caso fortuito sob a ótica dos consumidores***

40. Tecidas essas considerações sobre o caráter de proteção financeira dos contratos de compra e venda de energia elétrica e sobre a liquidação de toda e qualquer energia que determinado comprador não consuma, cumpre, ainda antes de se adentrar qualquer previsão contratual específica, analisar, em abstrato, se os eventos em questão são passíveis de enquadramento como caso fortuito.

41. Em outras palavras, cumpre enfrentar a questão de saber se a pandemia de COVID-19 – ou, mais especificamente, se as medidas governamentais de contenção da doença – podem ser juridicamente qualificadas, pelos consumidores de energia, como *caso fortuito*<sup>17</sup>, definido pelo parágrafo único do artigo 393 do Código Civil de 2002 como “*fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*”.

42. Nesse sentido, diante das peculiaridades que marcam os contratos de energia elétrica e o funcionamento do ACL, há necessidade de se observarem três etapas de análise:

(i) a primeira relacionada ao evento em si – no caso, a pandemia de COVID-19;

---

<sup>17</sup> Esclarece-se que, apesar de serem medidas estatais, não se analisa aqui a qualificação dos eventos como *Fatos do Príncipe* ou *Fatos da Administração*, por serem institutos próprios do direito administrativo, aplicáveis às relações de particulares com o Poder Público em contratos administrativos (vide artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei n. 8.666/93) ou em responsabilidade extracontratual, mas não a contratos privados de compra e venda de energia elétrica.

(ii) a segunda envolvendo os efeitos da pandemia especificamente sobre aquele que a invoca como hipótese caracterizadora de caso fortuito; e

(iii) a terceira em atenção ao contraste entre o custo de compra daquele invoca caso fortuito e o resultado da liquidação de sua eventual sobra de energia.

43. Para os consumidores que efetivamente tiveram seus estabelecimentos fechados, as medidas adotadas podem qualificar-se como caso fortuito, precisamente por serem *“fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”*.

44. Ocorre que, na segunda etapa de análise, o consumidor deve comprovar ter sofrido frustração de receita pelas medidas de quarentena.

45. É que muitos estabelecimentos, apesar de fisicamente fechados, não tiveram perda de receita, como é o caso de escolas e academias, que continuam a receber mensalidades ou já embolsaram adiantamentos.

46. Somente com o fechamento físico, combinado com a frustração de receita, é que os eventos adquirem efeitos inevitáveis, por mais diligentes que possam ser os devedores (compradores de energia).

47. O terceiro requisito – ou a terceira etapa – é a extensão do impacto sobre a parte afetada.

48. Caio Mário explica que *“não basta que à sua vontade ou à sua diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou de impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado”*.

49. Caio Mário acrescenta que, “se o acontecimento extraordinário não trazer a impossibilidade total da prestação, exigir-se-á o devedor da parte atingida ou se forrá da mora, se apenas tiver como consequência o atraso na sua execução. Mas não poderá invocar o fortuito para exoneração absoluta, beneficiando-se fora das marcas”:

*“Basta, pois, apurar os requisitos genéricos: a) Necessariedade. Não é qualquer acontecimento, por mais grave e imponderável, bastante para liberar o devedor, porém aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação. Se o devedor não pode prestar por uma razão pessoal, ainda que relevante, nem por isto fica exonerado, de vez que estava adstrito ao cumprimento e tinha de tudo prever e a tudo prover, para realizar a prestação. Se esta se dificulta ou se torna excessivamente onerosa, não há força maior ou caso fortuito. Para que se ache exonerado, é indispensável que o obstáculo seja estranho ao seu poder, e a ele seja imposto pelo acontecimento natural ou pelo fato de terceiro, de modo a constituir uma barreira intransponível à execução da obrigação. b) Inevitabilidade. Mas não basta que à sua vontade ou à sua diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou de impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado. (...)*

*Se o acontecimento extraordinário não trazer a impossibilidade total da prestação, exigir-se-á o devedor da parte atingida ou se forrá da mora, se apenas tiver como consequência o atraso na sua execução. Mas não poderá invocar o fortuito para exoneração absoluta, beneficiando-se fora das marcas.”<sup>18</sup>*

50. Nesse ponto, cumpre retomar que os consumidores com sobras de energia poderão liquidá-la no MCP a PLD, o que pode afastar alegação de haver “barreira intransponível à execução da obrigação”.

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. V. II / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes – 29 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 135-140.

51. Assim, será necessário avaliar o impacto dessa diferença de preço sobre o consumidor, para que se possa averiguar se os eventos realmente possuem efeitos “necessários” e “inevitáveis”.

52. Em suma, para ser eximido de obrigação, o consumidor deve comprovar, cumulativamente:

- (i) ter sofrido fechamento físico de seus estabelecimentos ou percebido efeito equivalente ao provocado pelo fechamento – como pode ocorrer com a redução da demanda provocada por medidas oficiais de confinamento, as quais, por impedirem a circulação de pessoas, inviabilizam o consumo e o comércio;
- (ii) ter sofrido frustração de receita por efeito direto das medidas de quarentena; e
- (iii) não poder contornar a situação, o que inclui venda do excedente ou liquidação no MCP, ou demonstrar que a diferença de preço torna sua atividade insustentável.

53. Os consumidores que não cumprirem os requisitos acima não podem invocar eventuais cláusulas de caso fortuito, justamente porque não foram submetidos a *“fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”*.

#### ***IV.4. Qualificação do caso fortuito sob a ótica de comercializadores e geradores***

54. A caracterização de caso fortuito é ainda mais difícil para comercializadores e geradores, ou seja, agentes que exercem a atividade de comercialização.

55. É que a subsunção da norma ao caso é relativa, como explica o civilista Caio Mário da Silva Pereira: *“cada hipótese terá de ser ponderada segundo as circunstâncias que lhes são peculiares, e em cada uma ter-se-á de examinar a ocorrência do obstáculo necessário e inevitável à execução do devido. Pode até acontecer que o mesmo evento, que facultou a um devedor o cumprimento, para outro já se erija com aquelas características de impedir a prestação”*<sup>19</sup>.

56. Para os comercializadores e geradores, não há *“impossibilidade total da prestação”* perante o fornecedor.

57. A diferença essencial é que os vendedores de energia possuem meios mais evidentes de contornar os eventos, o que pode esvaziar o requisito da *“inevitabilidade”* para caracterização do caso fortuito.

58. Aqueles que exercem atividade de comercialização não estão impedidos de exercer atividade econômica, como estão alguns consumidores finais. Ao contrário, a energia adquirida do fornecedor pode ser renegociada, ou mesmo revendida no mercado de curto prazo.

59. O supridor não tem ingerência sobre a decisão de seu comprador de usar a energia para consumo próprio, para revenda a outro consumidor, outro intermediário, ou para venda no mercado de curto prazo.

60. Ademais, o risco de variação de preços e demanda é inerente à atividade do comercializador de energia, caracterizando-se como *álea interna* de seu negócio, portanto.

---

<sup>19</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. V. II / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes – 29 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 135-140.



61. Para caracterização de caso fortuito, o vendedor necessitaria demonstrar que todos seus contratos de revenda foram denunciados, que está impossibilitado de revender a energia bilateralmente ou no mercado *spot*, ou que sua atividade comercial também foi diretamente impedida por medidas administrativas.

#### ***IV.5. Distinção entre efeitos diretos das medidas de quarentena e efeitos indiretos de recessão econômica***

62. Esclarecidas as hipóteses em que pode ser invocada eventual cláusula de caso fortuito, destaca-se que as medidas adotadas para combate à pandemia são temporárias.

63. A incidência de eventuais cláusulas de caso fortuito, portanto, deve ser limitada à vigência das respectivas medidas que ensejaram aplicação da cláusula.

64. Não se confundem, portanto, os efeitos da pandemia e das medidas de quarentena com eventual recessão econômica de efeito possivelmente mais duradouro.

65. A jurisprudência reconhece que crises econômicas, sejam mundiais, nacionais ou específicas da parte, não se caracterizam como caso fortuito ou força maior:

*“(...) Crise econômica atravessada pela empresa representada não configura motivo de força maior, previsto no art. 27, 'j' da Lei nº 4.886/65, a justificar a rescisão contratual sem imposição de indenização ao representante comercial. Precedente. (...)”* (REsp 779.798/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 23/10/2006, p. 311)

*“Apelação. Compromisso de compra e venda. Ação de resolução por inadimplemento do adquirente. Alegação de crise econômica nacional que*

*não constitui fato extraordinário e imprevisível apto a justificar revisão do contrato. (...) Inadimplemento bem reconhecido. Resolução do contrato devida. Restituição dos valores pagos pelos adquirentes. Perda do sinal. (...).” (TJSP. Apelação n. 1003330-13.2016.8.26.0071. Julgamento em 23 de abril de 2019.)*

*“(...) 3 - A crise econômica mundial, a escassez de mão de obra e de insumos e a morosidade da Administração pública quanto à autorização da construção e à emissão da carta de habite-se não podem ser caracterizados como caso fortuito ou força maior, pois tais eventos configuram risco inerente à atividade econômica desenvolvida pela empresa construtora. Tem-se, ademais, que o próprio prazo de tolerância para a entrega do imóvel tem por finalidade albergar essas eventuais situações. (...).” (TJDFT. Acórdão 1004742, 20140111725700APC, Relator: ANGELO PASSARELI, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 15/3/2017, publicado no DJE: 31/3/2017. Pág.: 323/325)*

66. Destarte, os consumidores não poderiam alegar caso fortuito para além dos períodos de vigência das medidas restritivas.

#### **V. Tratamento da questão na relação com compradores diante do modelo de contrato da ABRACEEL**

67. Dado que a solução depende de cada caso concreto, a presente análise se restringe aos contratos que seguem o modelo sugerido<sup>20</sup> pela ABRACEEL a seus associados.

68. O contrato-padrão de compra e venda de energia elétrica da ABRACEEL prevê, em sua Cláusula Sexta, a incidência de caso fortuito ou força maior como causa de dispensa da parte afetada ao cumprimento de sua obrigação contratual, enquanto durarem os efeitos do evento:

*“6 - Caso Fortuito ou Força Maior 6.1 - Caso alguma das Partes não possa cumprir quaisquer de suas obrigações, por motivo de caso fortuito ou força*

---

<sup>20</sup> Disponível em: <https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/2019/05/contrato-padrao-abraceel-v1-2.pdf>

*maior nos termos da Legislação Aplicável, a Parte afetada pelo evento não responderá pelas conseqüências do não cumprimento das obrigações durante o seu tempo de duração e proporcionalmente aos seus efeitos.”*

69. A Subcláusula 6.2, a seu turno, prevê os eventos que não se enquadram como caso fortuito:

*“6.2 - Salvo se pactuado de outra forma, estão excluídos da caracterização de caso fortuito ou força maior os seguintes eventos: (mas não se limitando a estes) (a) problemas e/ou dificuldades de ordem econômico-financeira de qualquer das Partes; e (b) qualquer ação de autoridade governamental cujo ato a Parte poderia ter evitado se tivesse cumprido com a Legislação Aplicável, inclusive desligamento da CCEE. (c) insolvência, liquidação, falência ou recuperação judicial ou extrajudicial de quaisquer das Partes; (d) variações do PLD em qualquer valor; (e) greves e/ou interrupções trabalhistas, inclusive medidas de efeito semelhante, tanto de empregados e contratados de uma das Partes como de suas contratadas; (f) realização de paradas nas instalações da Parte Compradora, sejam elas previstas ou extraordinárias para manutenção; e (g) eventuais falhas nas instalações de distribuição ou transmissão da concessionária, à qual esteja conectada a Parte Compradora, que impeçam ou dificultem o consumo da Energia Elétrica Contratada.”*

70. Como se observa, as medidas de quarentena não se enquadram nas exceções.

71. Importante esclarecer que, nos termos da Subcláusula 6.8, a contraparte também é dispensada de sua contraprestação:

*“6.8 - Efeitos em Relação à outra Parte: Na medida em que a Parte Vendedora estiver dispensada do cumprimento de suas obrigações, por motivo de caso fortuito ou força maior, a Parte Compradora também ficará dispensada do cumprimento das obrigações de Validação e pagamento. Na medida em que a Parte Compradora estiver dispensada do cumprimento de suas obrigações, por motivo de caso fortuito ou força maior, a Parte Vendedora também ficará dispensada das correspondentes obrigações de Registro e Entrega”.*

72. O que ocorre, portanto, é a suspensão temporária do contrato, isto é, das obrigações de ambas as partes (prestação e contraprestação).

73. As condições gerais do modelo ABRACEEL sugerem que as partes deverão pactuar um período tolerável de suspensão do contrato, após o qual é dado à parte inocente rescindir o contrato:

*“6.9 - As Partes poderão pactuar que a ocorrência de um evento de caso fortuito ou força maior, superior a um limite determinado de dias consecutivos (ou dias em um mesmo ano calendário), dará o direito (mas não a obrigação) a qualquer das Partes de promover a rescisão antecipada de cada Transação afetada, sem penalidades para quaisquer das Partes.”*

*“9.1 - A ocorrência dos seguintes eventos constituirá, isoladamente, uma Causa de Rescisão e permitirá (mas não obrigará) à Parte Inocente rescindir imediatamente quaisquer Transações por ela afetadas: (...) (e) Caso fortuito ou Força Maior Prolongados: Se pactuado entre as Partes, por motivo de caso fortuito ou força maior, as obrigações das Partes ficarem suspensas por tempo superior aos limites de dias antes pactuados.”*

74. Entretanto, as condições de rescisão devem obediência ao *princípio da função social dos contratos* (art. 421, do Código Civil<sup>21</sup>), que, em sua concepção interna, manifesta-se como *princípio da preservação ou conservação dos contratos*.

75. Depois da manifestação de vontade, a autonomia da vontade abre espaço para o *pacta sunt servanda*. Cabe às partes darem cumprimento ao que pactuado, salvo impossibilidade fática de preservação do contrato.

76. Desse modo, sugere-se que as partes tentem negociar alternativas de manutenção de seus contratos, em respeito ao *pacta sunt servada* e ao princípio

---

<sup>21</sup> “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

da conservação dos contratos, bem como em busca do benefício de evitar litígios, os quais, via de regra, apresentam três elementos:

(i) impõem ainda mais custos;

(ii) consomem tempo significativo; e

(iii) por mais que se acredite no direito deduzido perante o tribunal eleito para solução do caso, têm desfecho de difícil previsão, além de conduzirem a solução por terceiros, fora do controle das partes.

## VI. CONCLUSÕES

37. Ante o exposto, conclui-se que:

(i) as partes que negociam no ACL são livres para determinar, contratualmente, as condições da comercialização, inclusive a incidência ou não de caso fortuito ou força maior – ou seus limites;

(ii) eventuais disputas terão de ser dirimidas no foro adequado, que, via de regra, nos contratos de compra e venda de energia elétrica do ACL, é o tribunal arbitral, nos termos da Convenção de Comercialização da CCEE, de aderência obrigatória por aqueles que participam do ACL;

(iii) os contratos de compra e venda de energia elétrica – não apenas de geradores, mas de qualquer agente – não são físicos, mas apenas instrumentos financeiros, que não pressupõem entrega física de mercadoria;

(iv) as partes descobertas, com sobras ou défices, serão credoras ou devedoras no Mercado de Curto Prazo – MCP, mas a operação física já terá ocorrido, mesmo sem cobertura contratual;

(v) as diferenças – sobras ou défices – são liquidadas pelo preço do mercado de curto prazo, denominado Preço de Liquidação de Diferenças – PLD –, o qual reflete o custo marginal de operação – CMO –, ou seja, o custo da usina mais cara despachada para atendimento da demanda, observado valor máximo imposto pelo órgão regulador;

(vi) a energia, portanto, não se perde, pois, se não for consumida por aquele que a adquire, será liquidada no MCP e paga, por terceiro que apresentar défice;

(vii) a discussão que se coloca é, portanto, puramente financeira e se resume à diferença entre preço contratual e PLD, não a preço contratual e zero;

(viii) caso o PLD estivesse acima do preço do contrato, dificilmente haveria denúncia de contrato, já que a sobra de energia seria liquidada com lucro no MCP;

(ix) diante das peculiaridades que marcam os contratos de energia elétrica e o funcionamento do ACL, há necessidade de se observarem três etapas de análise, *(ix.a)* a primeira relacionada ao evento em si – no caso, a pandemia de COVID-19, *(ix.b)* a segunda envolvendo os efeitos da pandemia especificamente sobre aquele que a invoca como hipótese caracterizadora de caso fortuito e *(ix.c)* a terceira em atenção ao contraste entre o custo de compra daquele invoca caso fortuito e o resultado da liquidação de sua eventual sobra de energia;

(x) para ser eximido de obrigação, o consumidor deve comprovar, cumulativamente, (x.a) ter sofrido fechamento físico de seus estabelecimentos ou percebido efeito equivalente ao provocado pelo fechamento – como pode ocorrer com a redução da demanda provocada por medidas oficiais de confinamento, as quais, por impedirem a circulação de pessoas, inviabilizam o consumo e o comércio, (x.b) ter sofrido frustração de receita por efeito direto das medidas de quarentena e (x.c) não poder contornar a situação, o que inclui venda do excedente ou liquidação no MCP, ou demonstrar que a diferença de preço torna sua atividade insustentável;

(xi) a caracterização de caso fortuito é ainda mais difícil para comercializadores e geradores, ou seja, agentes que exercem a atividade de comercialização, pois possuem meios mais evidentes de contornar os eventos, o que pode esvaziar o requisito da “inevitabilidade” para caracterização do caso fortuito;

(xii) o supridor não tem ingerência sobre a decisão de seu comprador de usar a energia para consumo próprio, para revenda a outro consumidor, outro intermediário, ou para venda no mercado de curto prazo;

(xiii) ademais, o risco de variação de preços e demanda é inerente à atividade do comercializador de energia, caracterizando-se como álea interna de seu negócio;

(xiv) para caracterização de caso fortuito, o vendedor necessitaria demonstrar que todos seus contratos de revenda foram denunciados, que está impossibilitado de revender a energia bilateralmente ou no mercado *spot*, ou que sua atividade comercial também foi diretamente impedida por medidas administrativas;

(xv) a incidência de eventuais cláusulas de caso fortuito deve ser limitada à vigência das respectivas medidas que ensejaram aplicação da cláusula, pois não se confundem os efeitos da pandemia e das medidas de quarentena com eventual recessão econômica de efeito possivelmente mais duradouro; e

(xvi) as partes devem negociar alternativas de manutenção de seus contratos, em respeito ao *pacta sunt servada* e ao princípio da conservação dos contratos, bem como em busca do benefício de evitar litígios, os quais, via de regra, impõem ainda mais custos, consomem tempo significativo e, por mais que se acredite no direito deduzido perante o tribunal eleito para solução do caso, têm desfecho de difícil previsão, além de conduzirem a solução por terceiros, fora do controle das partes.

Brasília, 25 de março de 2020.

  
Julião Coelho

OAB/DF 17.202

  
Pedro H. Maciel Fonseca

OAB/DF 34.315