INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer a lume um tema que ainda não foi tratado, de forma pontual e bem destacada, no campo do direito civil em razão da especificidade da sua abordagem, e, ainda, por conta das características da regulação existente, bem como da essencialidade da energia elétrica.

Como se verá ao longo dos estudos, essas especificidades não tornam o contrato de comercialização de energia no mercado livre, por si só, um tipo contratual de direito público e, por esse motivo, é lamentável que ainda não tenha sido analisado sob a ótica civilista.

Entendemos ser necessário nos debruçarmos sobre tal assunto, visto que a energia elétrica, já identificada como um bem pela legislação penal e tributária, com o advento do Código Civil de 2002, no inciso I do seu art. 83, sem qualquer sombra de dúvidas, compõe o rol de bens móveis por determinação legal. Tal fato, conjugado às regras do setor elétrico que tratam da comercialização desse bem no chamado mercado livre, nos instigara a repensar quais os limites entre o direito privado e o direito público que existem na prática em um contrato usado pelo mercado livre para tal negociação e o que se conserva ou não do direito civil em um tema emergente do âmbito regulado.

O foco da doutrina sobre a comercialização da energia elétrica no mercado livre volta-se, por óbvio, para textos de direito administrativo e econômico, sendo apenas tangenciado no direito civil no que diz respeito a sintéticas observações sobre a energia quando autores tratam dos bens móveis no Código Civil.

Não há buscas interpretativas a fim de se entenderem melhor as energias passíveis de valoração e, no caso, com destaque para a elétrica – haja vista que existe um setor específico, com uma agência reguladora – em que medida a mesma pode ser objeto de contratações na esfera privada, ou não, e quais as dificuldades que o jurista teria ou terá diante de tais ponderações.

Por ser um trabalho de doutorado, arriscar-se faz parte do papel do pesquisador. Assim, ao longo do trajeto, nos deparamos com uma sorte de variáveis, algumas previstas outras não, mas que nos ajudaram a encorpar os estudos e, cada vez mais, traçar as linhas do que se buscou trazer a público.

Uma das dificuldades calculadas foi a ausência de doutrina a respeito. Compendiaram-se informações colhidas em livros os mais diversos, sendo primordial a sede por conhecimento sanada aos poucos ao se beber de diferentes fontes, sem preconceitos, sem amarras bibliográficas, sempre com o foco de se trazerem eventuais bastidores de um tema árduo e difícil de ser explanado dentro do próprio direito, uma vez que o fenômeno físico – a geração da energia elétrica – já é algo de difícil conceituação e análise no seu berço das ciências exatas, quiçá acomodá-lo em linhas de estudo das ciências sociais.

Por isso, muito do que foi pesquisado tem origem no campo do direito público e até mesmo no seu braço do chamado direito da regulação, o que, desde já, alertamos para que não desanime o interessado. Muito ao contrário, posto ser daí nosso ponto de partida para a busca de ideias apuradas necessárias a se avaliarem as tensões existentes entre aquele e o direito privado e se buscarem sugestões de interpretação do contrato de comercialização da energia elétrica no mercado livre à luz dos princípios contratuais de direito civil, bem como da sua tipicidade ou não como um contrato de compra e venda.

Além da dificuldade bibliográfica, como visto, o tema é árduo do ponto de vista do objeto da sua tecnicidade. A energia elétrica, de forma vulgar, é bem assimilada, mas é difícil apontar as consequências de seu enquadramento em um contexto de direito privado para fins de avaliar se os princípios contratuais – os históricos e os mais recentes – aplicam-se à relação negocial de sua comercialização no âmbito do mercado livre, bem como para avaliar a mesma enquanto *res* do contrato típico de compra e venda, sem tangenciar e tomar ao menos por base o arcabouço regulatório existente, não se mostrando como uma das tarefas mais simples ao jurista.

Estudá-la no campo do direito civil é desafiador, posto que se deve avaliar se é ela mesma o bem jurídico objeto da negociação contratual no mercado livre, assim como os reflexos que não se aplicam à mesma enquanto bem móvel, dado que, conforme analisaremos, ela não pode ser objeto de direito real, de alegações de vícios redibitórios e evicção, não pode ser armazenada.

Contudo, ao mesmo tempo, há bases suficientes para as análises sob a ótica civilista: contrariamente ao petróleo (uma das fontes de energia), ela não é um monopólio; a própria base regulatória permite que seja comercializada via contrato em um ambiente de livre negociação entre as partes (ainda que em um universo, por enquanto, limitado); a

característica da sua essencialidade não a limita ao campo do direito público (se assim fosse, alimentos e água não poderiam ser objeto de negociações particulares) e dá concretude à aplicação da funcionalidade social que se busca na propriedade e nos contratos, além de respaldar a própria aplicação de tal princípio contratual.

O que se verá ao longo do trabalho são as pontuações constantes sobre os pontos de tensão entre o público e o privado, mas sempre se buscando apresentar as justificativas que permitam manter a rota de estudos motivada e vocacionada para o direito civil, até mesmo tendo por norte que as premissas básicas são que esse mercado tende a crescer e se desenvolver, e, quiçá, permitir que a energia elétrica se torne um bem amplamente negociável entre particulares como outro qualquer, ainda que sob um mínimo de regulação.

Assim, a presente tese se compõe de três elementos que se conjugarão ao final: entender como a energia elétrica se permite ser um bem móvel enquadrado e estudado pelo direito civil; qual a real roupagem contratual que formata a sua negociação; e, diante das tensões que se irão verificando no decorrer das análises, o que do direito civil resta conservado nesse contrato que, em um primeiro momento, se mostra mergulhado no âmbito regulatório.

O trabalho não trará certezas, mas abrirá caminhos para se inaugurar uma discussão maior acerca do porquê esse bem ainda não foi mais amplamente estudado e avaliado sob a ótica civilista, bem como quais as possibilidades existentes para que, diante das mudanças do mercado livre e do setor elétrico, o jurista se embrenhe mais na temática e modifique posições consolidadas, além de criar alternativas de interpretação e construção doutrinárias sobre a comercialização da energia elétrica em um espectro maior, de negociações na base do sistema, qual seja, o do consumidor final.

Para que consigamos trazer as luzes desejadas sobre esse tema, este trabalho se encontra estruturado conforme passamos a detalhar.

O segundo capítulo abordará a contextualização do mercado de energia elétrica brasileiro, desenhando o meio regulatório no qual o mesmo está mergulhado, mostrando a origem da comercialização da energia elétrica enquanto fruto da desverticalização do setor e apresentando os dois mercados – o cativo e o livre –, de forma a identificar este último como o ponto de partida da análise que se fará sobre o instrumento contratual usado para a comercialização da energia elétrica para os consumidores livres, instrumento contratual esse distinto do utilizado para o fornecimento da energia elétrica para os consumidores finais.

No terceiro capítulo, partindo do inciso I do art. 83 do Código Civil, em cotejo com as disposições legais penais, tributárias e constitucionais que tratam da energia e/ou dos potenciais de geração, destacaremos a energia elétrica, mostrando suas características e eventuais peculiaridades que se refletem nas relações negociais que a têm por objeto, justificando o motivo da escolha do tema com base no fato de que, como tantos outros bens, a mesma igualmente pode ser objeto de uma relação de direito público – quando enquadrada como objeto de um serviço público – ou de uma relação de direito privado – quando enfocada sob a ótica da comercialização no ambiente de contratação livre, deixando para trás qualquer resquício de eventual discussão a respeito.

Nesse aspecto, será importante perpassamos o conceito de demanda contratada,[1] que trabalha a noção de cobrança pela energia elétrica desvinculada de seu consumo, na medida em que se garante ao consumidor, mesmo em picos elevados de consumo, potência suficiente para a execução de suas atividades, ainda que sem consumo efetivo.[2] Essa análise será importante quando, mais à frente, formos analisar o contrato de comercialização de energia elétrica e as obrigações, os deveres e as responsabilidades de cada parte, em especial, a figura da entrega física dessa energia.

No quarto capítulo, antes de nos aprofundarmos na temática central do contrato de comercialização da energia elétrica, faremos uma análise desse tipo contratual à luz dos princípios que regem as relações contratuais, quer os tradicionais – autonomia privada, força obrigatória dos contratos e relatividade dos efeitos do contrato –, quer os "novos" da boa-fé, do equilíbrio e da função social, a fim de moldarmos o arcabouço principiológico para conseguirmos analisar, mapear e interpretar os elementos que compõem as estruturas da referida relação contratual.

Essa análise visa a nos trazer subsídios para, entre outros pontos, quando da conclusão deste trabalho, apontarmos contornos práticos ao princípio da função social dos contratos e da oponibilidade de seus efeitos para terceiros.

---

[1] Ver Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000, que conceitua demanda contratada como a "demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts".

[2] Esse conceito trouxe a discussão tributária quanto à incidência do ICMS: os Estados passaram a exigir tal tributo com base na demanda contratada, ao passo que as empresas passaram a questioná-lo com fundamento na Constituição Federal, visto que a hipótese de incidência do mesmo seria a operação de consumo da energia pelo consumidor, o que não ocorre na demanda contratada, em que há mera disponibilidade de energia aos clientes, que podem ou não usá-la.

De qualquer forma, ainda que fazendo uma análise dos princípios contratuais, perpassaremos por algumas visões que ganham contornos maiores em outros ramos do direito, mas que podem nos ser úteis para a interpretação do objeto central deste estudo, quais sejam, o interesse público e a função social do bem energia elétrica; a liberdade de negociar com os geradores; a eficiência e a lucratividade das empresas privadas, de modo a entendermos a dinâmica da negociação da energia elétrica; o crescimento da demanda e o direcionamento da oferta, explorando conceitos específicos existentes na regulamentação do setor.

Tendo perpassado os princípios, no quinto capítulo, partindo da premissa de que analisaremos os contratos formalizados no Ambiente de Contratação Livre, focaremos nos elementos do contrato de comercialização de energia elétrica que a ABRACEEL divulga e, no geral, é usado pelo mercado, a fim de verificarmos se tal relação se enquadra como um típico contrato de compra e venda.

Nesse capítulo serão, ainda, analisados os riscos inerentes à natureza do próprio negócio, visto que a energia elétrica, por não ser bem material e, portanto, não poder ser estocada, torna a relação negocial dependente de mecanismos de proteção quanto à sua existência e entrega. Sob esse aspecto, será relevante o estudo das características dos contratos de produção (em que o objeto contratual ainda não existe e precisa ser produzido, no caso, gerado por uma das partes ou, então, adquirido de terceiro gerador).

As considerações finais servirão para, com base no quanto foi anteriormente estudado, apresentar direcionamentos sobre os três elementos que, conjugados, comporão a tese ora apresentada, sem qualquer pretensão exaustiva do tema, mas, antes, com vistas a trazer mais elementos que possam servir para a sempre tensa definição de limites entre o direito privado e o direito público, ainda que sob um viés particular de um tema pouco explorado.

1 - PONTO DE PARTIDA: CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA DO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA

O presente trabalho é fruto da observação e da análise sobre o momento atual, reflexo de um passado repleto de descobertas e inovações tecnológicas que trouxeram a Humanidade para um ponto em que se encontra imersa em preocupações, quer com a geração de energia, sendo ela de fontes poluidoras ou não, apesar de haver uma forte demanda pelo desenvolvimento e pela exploração daquelas com características renováveis ou alternativas (fontes de energia eólica – térmica e fotovoltaica, solar, geotérmica, biomassa, hidrelétrica e oceânica),[3] quer com a comercialização ou fornecimento sob segurança jurídica, com reduzidos custos financeiros e fiscais[4] e baixos ou insignificantes impactos socioambientais.

Todas as mídias, impressas e eletrônicas, trazem notícias, quase diárias, de âmbito nacional ou internacional, a respeito dessa temática, o que implica dizer que o jurista deve estar atento ao arcabouço legislativo o qual possa regrá-la, a fim de verificar se o mesmo é ou não apropriado ou suficiente para disciplinar as relações jurídicas daí advindas e que tenham por objeto a energia elétrica, com diferentes fontes, a qual pode ser negociada, configurando-se como bem indispensável à vida humana.

Como assevera Roger Domenech Colacios, a relação entre o ser humano e a energia vem antes mesmo do surgimento do fogo, visto que a própria necessidade de subsistência

---

[3] A Directiva nº 2001/77 da Comunidade Europeia, relativa à promoção da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade, dispõe, nas definições constantes do seu art. 2º, na alínea "a", que "fontes de energia renováveis [são] as fontes de energia não fósseis renováveis (energia eólica, solar, geotérmica, das ondas, das marés, hidráulica, de biomassa, de gases dos aterros, de gases das instalações de tratamento de lixos e do biogás)", separando na alínea "b" que "biomassa [é] a fracção biodegradável de produtos e resíduos provenientes da agricultura (incluindo substâncias vegetais e animais), da silvicultura e das indústrias conexas, bem como a fracção biodegradável de resíduos industriais e urbanos". EUR-LEX. **Directiva nº 2001/77**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:283:0033:0033:PT:PDF>. Acesso em: 05 mai. 2013.

[4] A respeito da elevada carga tributária (impostos e demais encargos) incidente na conta de energia elétrica dos brasileiros, leiam-se interessantes artigos de Claudio J. D. Sales: Energia sem ideologia. **Correio Braziliense**, Brasília, 06 jun. 2011. Disponível em: <http://www.acendebrasil.com.br/archives/files/20110606_CB_Energia.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2011 e Como diminuir a conta de luz. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 11 fev. 2012, p. B2. Só a título de curiosidade e reforço do caráter essencial do mercado de comercialização de energia elétrica, Helder Queiroz Pinto Junior, **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr., Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 22, cita que o comércio de energia "representa, em todos os países, uma das principais fontes de arrecadação de tributos, visando no plano macroeconômico garantir um 'colchão' de receitas tributárias ou ainda, no plano social, utilizar essas receitas como instrumento dos aspectos distributivos".

impõe aos humanos a busca por alimentos, que nada mais são do que fontes de energia corpórea.[5]

Após o advento da Revolução Industrial, a energia deixou de ser mera ferramenta para a prática de atividades humanas e passou a ser um bem indispensável à vida humana no desempenho de suas atividades cotidianas.[6]

A conceituação de energia não é das mais fáceis, mas ela pode ser apresentada como a capacidade que um corpo tem de realizar um trabalho.[7] Nesse sentido, na natureza, a energia apresenta-se sob diferentes formas, tais como as águas de uma cachoeira e as correntes de vento que, movendo as pás de uma turbina e as de um aerogerador, respectivamente, geram, igualmente, energia elétrica; a queima da gasolina que move veículos; a queima de bagaço de cana-de-açúcar gera energia elétrica; os raios de Sol sobre coletores solares fotovoltaicos aquecem água (energia térmica) e geram eletricidade.[8]

A matriz energética mundial,[9] apesar de diversificada, ainda tem grande predomínio dos combustíveis fósseis (80%), sendo 36% de petróleo, 23% de carvão e 21% de gás natural. O Brasil é destaque entre as economias industrializadas em razão da elevada participação de fontes renováveis em sua matriz energética,[10] contando com vários rios de planalto, que geram cerca de 14% da energia elétrica, e por ser o maior país tropical do mundo, diferencial positivo para a produção de energia de biomassa (23%).[11]

---

5 COLACIOS, Roger Domenech. **A produção científica em energias alternativas no Estado de São Paulo –** o caso do PIPGE/USP (1992/2002). 2010. 196 f. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de filosofia, letras e ciências humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 37.

6 Ibidem.

7 Conforme a lei de Lavoisier, "na natureza, nada se cria, nada se perde, tudo se transforma", o que conceitua a lei da conservação da energia.

8 A empresa MPX investiu R$ 10 milhões na construção da primeira usina solar brasileira, instalada em Fortaleza e inaugurada em agosto de 2011, com potência já instalada de 1 MW, com condição de abastecer 1.500 famílias da região, ocupando uma área de 12 mil metros quadrados e contendo 4.680 painéis fotovoltaicos, conforme informa Jean Marc Sasson em **Sustentabilidade:** na luz da energia solar. Disponível em: <http://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2011/08/sustentabilidade-na-luz-da-energia-solar/12866>. Acesso em: 08 ago. 2011.

9 Matriz energética é toda a energia disponibilizada para ser transformada, distribuída e consumida nos processos produtivos.

10 Conforme destaca Cláudio J. D. Sales, Rio+20 e o setor elétrico. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 08 jun. 2012. Economia, p. B2, a energia renovável na matriz energética brasileira corresponde a 46,6%, superior à média mundial, que é de apenas 13,3%.

11 BIODIESELBR.COM. **Panorama energético natural e perspectivas futuras**. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/energia/agro-energia.htm>. Acesso em: 27 ago. 2011. Ver, ainda, GOLDEMBERG, José. **Energia e desenvolvimento sustentável**. v. 4. São Paulo: Blucher, 2010. p. 28 (Série sustentabilidade). Conforme aponta Lineu Belico dos Reis, **Geração de energia elétrica**. 2. ed. rev. e

A energia elétrica, que será o nosso foco de análise, é há tempos e mais amplamente estudada sob a ótica da Teoria da Regulação,[12] com destaque para os contratos de concessão para prestação de serviços públicos, na qual aquele que exerce o serviço público (o concessionário, pessoa jurídica de direito privado)[13] é remunerado por meio de tarifa, que lhe é paga pelos usuários de tais serviços, "em condições de equilíbrio econômico-financeiro", visto que tais empresas almejam a obtenção de lucros.[14]

É certo que, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea "b" da Constituição Federal, "compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos".

Essa exploração, apesar de ser uma atividade econômica, é enquadrada como prestação de um serviço público, cujo conceito tomamos de empréstimo da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro como sendo "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público".[15]

Não obstante tal enquadramento, destacamos que este trabalho abordará a ótica civilista (ou privatista) da relação que se forma quando duas partes atuam em um contrato de

---

atual. Barueri: Manole, 2011. p. 3, no Brasil, "a grande fonte de energia elétrica do início do século XXI é a geração hidrelétrica, o que deve perdurar por um longo tempo".

12 Usamos esse conceito sob a acepção estudada e aprofundada por Calixto Salomão Filho, **Regulação da atividade econômica:** princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21, o qual a entende como "toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia", onde haja equilíbrio entre aspectos econômicos e sociais. De qualquer modo, o espírito que acreditamos estar por detrás desse termo, conforme preconiza Marcelo Figueiredo, **As agências reguladoras:** o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa, São Paulo: Malheiros, 2005. p. 199-202, é o de uma nova forma de intervenção do Estado na economia, sob o aspecto de redução da sua atuação na atividade econômica, contudo, sem que isso implique em perda do poder de editar normas por parte do Poder Público, no sentido de estabelecimento de regras jurídicas. Entretanto, ressalte-se, tais regras têm a finalidade de "especificar os mandamentos da lei ou de prover situações ainda por ela não disciplinadas, mas autorizadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função não legislativa" (p. 265). É o que o autor chama de "competência regulamentar subordinada, de segundo grau", de "exercício de poderes normativos secundários" (p. 269).

13 Não obstante a Constituição Federal de 1988, na alínea "b" do inciso XII do seu art. 22, dispor que "Compete à União: [...] XII. Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos", a Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) foi o "primeiro e indispensável passo para o início da reestruturação do setor elétrico", como afirma Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra Fagundes, Evolução da regulação nos contratos de energia elétrica. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, n. 10, p. 17, dez. 2010.

14 Nesse sentido, leia-se GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 158-159.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005. p. 95-99.

comercialização de energia elétrica no ambiente livre, onde, necessariamente, as regras que ditam a sua formalização encontram-se no campo do direito civil, pois, ainda que uma das partes seja uma geradora ou comercializadora de energia, ambas autorizatárias do Poder Público, não se aplicam privilégios ou prerrogativas de direito público.

Ademais, importante ressaltar que este estudo não se desenvolveu no campo do direito comercial, pois o que nos interessa é uma análise do contrato de comercialização da energia elétrica no mercado livre sob o enfoque dos elementos e das consequências civilistas dessa relação de direito privado, não nos interessando uma análise sob uma ótica de formação, manutenção e sobrevivência do mercado e sua lucratividade.

Eventuais leituras e pontuações quanto aos aspectos da competitividade, regulação e lucratividade serão realizadas unicamente para criarmos a ambientação do tema e, em seguida, adequá-lo ao estudo no campo civilístico, o que não foi feito até o presente momento pelos doutrinadores desse ramo do direito.

Para tanto, ao longo do trabalho, usaremos a energia elétrica sempre sob o enfoque de um bem inserido em um contexto de uma relação privada, afastada da noção usualmente utilizada de serviço público, como vemos nos estudos afetos ao direito administrativo.

Nesse ponto interessante, destacamos que José Paulo Vieira,[16] em tese de doutoramento desenvolvida junto ao Programa Interunidades de Pós-Graduação em energia da Universidade de São Paulo, já asseverava que a energia elétrica passou por uma evolução, na medida em que, na década de 1930, "a construção legislativa [...] entendia a provisão dos serviços de eletricidade com outros objetivos além do lucro, ou seja, como uma antimercadoria", sendo certo que, entre o período de 1990 a 2002, no qual ocorreram "grandes reformas de corte liberalizante", operou-se a "mercantilização da energia elétrica", o que perdura até hoje.[17]

---

[16] VIEIRA, José Paulo. Antivalor: um estudo da energia elétrica construída como antimercadoria e reformada pelo mercado nos anos 1990. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 25-27.

[17] Essa análise vem ao encontro da posição doutrinária de Fábio Nusdeo, **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 216, quando, ao tratar do tema da dicotomia do público e do privado, sob a visão de se alcançar um limitador entre o quanto de atuação estatal e quanto de mercado, bem divisa que tal tema é "opção política da sociedade", a qual "tenderá a combinar as parcelas de Estado e mercado nas proporções que se lhe afigurem desejáveis ao longo dos diferentes estágios de sua trajetória histórica". É nesse sentido que o presente trabalho se enquadra, pois, trazendo para o direito civil o estudo de um bem que se restringia a uma visão administrativista, permite que se repensem as figuras contratuais de comercialização da energia elétrica no ambiente livre longe de uma visão de serviço público, trazendo para a mesma uma dimensão privada, enquanto bem negociável e objeto de relações jurídicas civis. Esse posicionamento é fruto das mudanças políticas e sociais que se divisam.

Importante apontar que o tema do interesse público sobre tal bem será analisado no transcorrer dos estudos, com o simples intuito de trazer sempre à tona a possível tensão entre o direito privado e o direito público, de forma a buscarmos olhar o que se conserva do direito civil em uma matéria mergulhada em um âmbito regulado, mas que irá requerer um olhar civilista cada vez mais apurado, tendo em vista as possíveis mudanças no setor.

Retomando a análise sobre o setor elétrico, a doutrina aponta que a separação dos agentes do mercado[18] de energia elétrica em quatro setores de atuação – geração, distribuição, transmissão e comercialização – ocorreu com o advento do novo modelo para o setor elétrico brasileiro (abaixo destacado), sendo que distribuição e transmissão são apontados pela doutrina como monopólios naturais,[19] remunerados pelo sistema de tarifas, e apenas geração e comercialização ou revenda são os "potencialmente competitivos", em que pode haver livre mercado, tendo certos consumidores a liberdade de escolher de quem comprar a energia, com a determinação do preço sendo conferida pela oferta e procura sobre tal bem.[20]

---

[18] Usaremos o conceito jurídico de mercado acolhido por Cristiane Derani, **Privatização e serviços públicos:** as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 23, que corresponde "à somatória das relações contratuais de intercâmbio de direitos de propriedade". Assim, o mercado de energia alberga as relações jurídicas mantidas entre os diferentes partícipes (geradores, distribuidores, transmissores e comercializadores), sendo certo que, neste trabalho, nos debruçaremos sobre os comercializadores e compradores (ou consumidores livres) de energia elétrica, a fim de delimitar as relações jurídicas entre eles, as quais estabelecem direitos e obrigações de caráter patrimonial sobre o bem energia elétrica.

[19] PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 275. Destaque-se que essa manutenção seguiu critérios e motivos econômicos, como aponta Dinorá Adelaide Musetti Grotti, **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 325, visto que seria "antieconômico" duplicarem-se as redes de distribuição e transmissão para atender aos diferentes agentes geradores e comercializadores. Sobre as características do monopólio natural, ver, ainda, FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial:** as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 222-230.

[20] PIRES, Adriano; HOLTZ, Abel. Reduzir as tarifas sem populismo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 01 ago. 2012. Economia, p. B2. Os autores reforçam essa separação entre os mercados, ao refletirem e manifestarem posição em que a atuação do Governo sobre a política tarifária da energia elétrica se restrinja aos setores de distribuição (concessionárias) e transmissão, sem extrapolar para os geradores, sob pena de se "transformar um mercado competitivo em um mercado regulado", prejudicando-se o crescimento do mercado livre. Conforme bem destaca Ricardo Gobbi Lima, Comercialização de energia: alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Elena, **Regulação jurídica do setor elétrico**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 367, os agentes comercializadores desempenham um relevante papel, "aumentando a liquidez, a concorrência e consequentemente a eficiência econômica setorial".

No entanto, o fato de a energia elétrica não poder ser armazenada ou estocada,[21] traduzido na equação onde produção é igual ao consumo, permite afirmar que não há perfeita aplicação da lei da oferta e da procura, visto que, como somente após o consumo da mesma é que se consegue auferir o real preço da energia, o adquirente não consegue dar resposta efetiva às flutuações reais de preço. Ademais, o consumidor que não cumpre com suas obrigações contratuais não pode ser desconectado do sistema elétrico no exato momento em que as deixou de atender, o que caracteriza uma situação de inimputabilidade temporária.[22]

Destaque-se que a característica de imediata consuntibilidade da energia elétrica gerada pelas mais diversas fontes ocorre tão logo a mesma entre na rede de fiação. Conforme aponta Clever Mazzoni Campos, "a geração e o consumo sempre ocorrem ao mesmo tempo", sendo o fluxo de energia instantâneo.[23]

Essa falta de reação imediata do mercado diante das oscilações de consumo e demanda, e que é elemento natural e comum no regime de liberdade de mercado, acaba gerando, até mesmo, discussões e controvérsias sobre a necessidade ou não da regulação do referido setor de energia elétrica. Tais discussões – sobre liberdade no mercado de geração e comercialização da energia – são mais fortemente encontradas em outros ramos das ciências, como engenharia, administração e ciências financeiras, com poucos trabalhos no campo das ciências jurídicas e nenhum sob a temática do direito civil.

Assim, o estudo da energia elétrica e sua inserção em um mercado regulado e/ou livre dentro das Ciências Jurídicas é feito, com mais força, sob o manto do direito econômico e do direito administrativo, neste último por conta da preponderância do Estado na maior parte das relações jurídicas envolvendo esse bem, enquanto Poder Concedente e regulador, criador de

---

21 STOFT, Steven. **Power system economics, designing markets for electricity**. New York: IEEE Press, 2002, p. 40. Disponível em: <http://stoft.com/metaPage/lib/Stoft-2002-PSE-Ch-1-3,4,5,6.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2012. A preocupação com o armazenamento da energia, no geral, é fruto do crescimento da sua demanda, desde o consumo residencial até o industrial, estimando-se que, até 2050, haverá um aumento de 200% no consumo da energia elétrica, quando a população mundial rondar a casa dos nove bilhões de seres humanos. Nesse sentido, ver artigo de Tim Haïdar, **10 reasons why energy storage is essential in the 21st century**. Disponível em: <http://www.energyig-online.com/renewable/articles/10-reasons-why-energy-storage-is-essential-in-the/&mac=EnergyIQ QI Featured 2011&utm source=energyIQ-online.com&utm medium=email&utm campaign=HrOptin&utm content=5/10/12>. Acesso em: 10 mai. 2012.

22 Ver PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico:** direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

23 CAMPOS, Clever Mazzoni. **Curso básico de direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p. 11; 85.

regras que devem se refletir, em última instância, na relação entre o concessionário e o usuário do serviço.

Nesse sentido, a regulação caracteriza-se sob um contexto de dirigismo contratual, em que se reduz a liberdade contratual em prol de um interesse social e efeitos públicos desse mesmo contrato, mas mantendo-se o equilíbrio dos interesses privados do concessionário. Como afirma o jurista Calixto Salomão Filho, há uma "fuga do contrato", em razão da "exigência social que prevalece sobre a liberdade contratual", que "busca a proteção de regras institucionais (*status*), e não a instável proteção das regras contratuais (situação)".[24]

No caso do Brasil, com a entrada em vigor da Lei 9.074, de 07 de julho de 1995, regulamentada pelos Decretos 1.717, de 24 de novembro de 1995, e 2.003, de 10 de setembro de 1996, marcou-se o início do novo cenário legislativo da reestruturação (alterações das regras regulatórias, seguidas da privatização do setor) e das consequentes relações jurídicas contratuais (Novo Modelo do Setor Elétrico).[25] O objetivo dessa reforma era "criar um mercado competitivo", composto pela presença de "múltiplos agentes de porte semelhante, a quebra da exclusividade de fornecimento de energia pelas distribuidoras (os grandes consumidores teriam liberdade de escolha do seu fornecedor de energia), a ruptura do conceito de mercados cativos, bem como a garantia de livre acesso à rede de transmissão, a ser operado por um agente neutro".[26]

A intenção foi permitir que os diversos agentes – geradores, distribuidores, comercializadores, exportadores e importadores de energia elétrica – pudessem firmar contratos bilaterais de longo prazo de compra e venda desse bem, sem um controle centralizado do Estado. Tais contratos seriam registrados no antigo MAE, hoje substituído

---

[24] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica:** princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 78.

[25] Interessante destacar que as mudanças legislativas no setor de energia elétrica foram e são feitas pontualmente, de acordo com as demandas, posto não haver restrição constitucional para que as mesmas sejam promovidas por medidas provisórias ou por emenda constitucional, conforme nos aponta Floriano de Azevedo Marques Neto, Aspectos jurídicos da comercialização de energia elétrica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, n. 11, p. 126, jan.-jun. 2003, o qual denomina tais mudanças de "alteração legislativa fácil e casuística", "ao sabor das necessidades, ao talante dos acontecimentos".

[26] FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra. Evolução da regulação nos contratos de energia elétrica. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, n. 10, p. 19, dez. 2010. Ver, ainda, LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A comercialização da energia elétrica no mercado atacadista de energia elétrica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 792, p. 157, out. 2001; LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, p. 112, set.-dez. 2007; SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de direito de energia:** da história. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. p. 294.

pela CCEE,[27] o qual coordenaria, ainda, o excesso de energia que poderia ser comercializado (mercado de curto prazo ou *spot market*).

Buscou-se a instituição de um "Estado mínimo", que, a par de manter a eficiência e fiscalizar as atividades desempenhadas pelos agentes citados, passaria a exigir resultados por meio do estabelecimento de uma "concorrência artificial a ser exercida pelas agências reguladoras", conforme destacou Luiz Antonio Ugeda Sanches.[28]

Nesse aspecto, destaque-se que, como aponta Maria Sylvia Di Pietro, a ANEEL, entre outras agências reguladoras, foi criada para regular a atividade econômica atribuída ao Estado, exercendo a regulação "propriamente dita" que corresponde à "competência para estabelecer regras de conduta, para fiscalizar, reprimir, punir, resolver conflitos".[29]

Para se tentar alcançar a tal liberdade de mercado, houve um período de transição de cerca de oitos anos, trazido pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, durante o qual, para evitar oscilações abruptas no preço da energia elétrica, conviveriam o mercado regulado (manutenção dos contratos iniciais entre geradores e distribuidoras de energia elétrica) e o mercado livre (negociação livre da energia)[30] e, ao final desse período transitório, a compra e venda desse bem seria negociada de modo livre,[31] em razão da entrada da energia nova (novas geradoras) pelo mercado livre e da troca de mercado das geradoras que produziam "energia velha".

---

27 O Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, regulamenta a comercialização de energia elétrica e o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, enquanto o Decreto nº 5.177, de 12 de agosto de 2004, dispõe sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da CCEE, que tem por principais atividades registrar negociações de compra e venda de energia nos mercados regulado e livre; realizar leilões de energia como delegatária da ANEEL; registrar os dados de geração e consumo de energia elétrica; contabilizar os montantes de energia elétrica negociados; aferir a contratação de energia elétrica e potências; realizar liquidação de mercado de curto prazo; apurar infrações, calculando as penalidades aplicáveis em razão da insuficiência na contratação de energia elétrica; controlar as operações realizadas pelos agentes; conciliar conflitos no âmbito da Câmara; calcular o PLD.

28 SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de direito da energia**. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. p. 274.

29 DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 180. Sobre o conceito de regulação, veja-se o quanto apontamos na nota 12 deste trabalho.

30 Ver art. 10 e parágrafos da Lei nº 9.648/98. BRASIL. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648compilada.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

31 PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico:** direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

Destaque-se que, nesse período de reestruturação para abertura do mercado, foram criadas novas figuras – o produtor independente de energia,[32] o autoprodutor,[33] além dos agentes comercializadores[34] e dos consumidores livres,[35] sempre com vistas à transformação de um modelo quase integralmente estatal para um modelo baseado na liberdade total de mercado, repassando-se as operações para a iniciativa privada.

A transição não ocorreu como planejado, por vários motivos que não serão analisados, nem explorados neste trabalho,[36] e um novo modelo, implantado em 2004, acabou por reproduzir uma "estrutura mais centralizada que, em contraste com o modelo

---

[32] Conforme Antônio Carlos Fraga Machado, Evolução da comercialização de energia elétrica: 12 anos de aplicação da Lei nº 8.987/95. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano IV, n. 006, p. 46, nov. 2007, "a figura do produtor independente expressa a intenção de introduzir um novo agente de mercado operando por conta e risco, uma vez que não pode, por exemplo, repassar às tarifas do consumidor as variações de custos implicadas em seu investimento". Destaque-se que esse agente pode comercializar, livremente, a energia elétrica.

[33] O art. 11 da Lei nº 9.074/95, dispõe que: "Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco"; e o art. 2, incisos I e II, do Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996, regulamenta os conceitos de produtor independente e autoprodutor nos seguintes termos: Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco; II - Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo". O autoprodutor também pode comercializar, livremente, os seus excedentes de energia elétrica.

[34] O art. 2º da Resolução Normativa ANEEL nº 265, de 13 de agosto de 1998, dispõe que: "A ANEEL autorizará o exercício da atividade de comercialização de energia elétrica a pessoa jurídica especialmente constituída para exercer tal atividade no mercado de livre negociação". Quanto aos que podem ser comercializadores, o art. 3º dispõe que: "A comercialização de energia elétrica, no âmbito do mercado de livre negociação, poderá ser exercida por: I - agente comercializador; II - detentores de autorização para importar e exportar energia elétrica; III - produtores independentes; IV - concessionários e permissionários de serviços públicos de distribuição; V - concessionários de geração", sendo que "a atividade de comercialização de energia elétrica, nos termos desta Resolução, compreende a compra, a importação, a exportação, e a venda de energia elétrica a outros comercializadores, ou a consumidores que tenham livre opção de escolha do fornecedor", conforme art. 4º. Clever Mazzoni Campos, **Curso básico de direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p. 57, destaca que essa figura surgiu como uma "grande inovação" no setor, sendo certo que os comercializadores não podem "deter quaisquer ativos vinculados a bens e instalações de energia elétrica", agindo como intermediários nessa compra e venda, como veremos no decorrer deste trabalho.

[35] Como assevera Mariana Mota Prado, O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico:** direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14, os critérios para se delimitar um agente como consumidor livre foram sofrendo ajustes ao longo do período de transição, de modo a, cada vez mais, abarcar mais pessoas, reduzindo o âmbito de consumo no mercado regulado e ampliando no mercado livre.

[36] Alguns motivos podem ser destacados, como a crise desencadeada com o racionamento de energia elétrica em 2001, a necessidade de incentivar a oferta desse bem, por meio da ampliação da geração, e questionamentos ao modelo comercial que vinha sendo adotado, como destaca Solange David, O mercado de energia elétrica no Brasil e alguns desafios. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano VIII, n. 011, p. 85, abr. 2012.

anteriormente implementado, dá menos espaço para forças de mercado", visto que reduz muito a "quantidade de contratos que podem ser negociados livremente".[37]

O art. 1º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, dispõe que "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".[38]

Importante apontarmos que, conforme pontua Luiz Antonio Ugeda Sanches, esse diploma legal trouxe um projeto setorial que harmoniza "um modelo híbrido", no qual "empresas públicas e privadas devem conviver entre si no interior do mercado" elétrico, sendo esse "o grande ineditismo dessa norma".[39]

Essa visão dicotômica (público e privado) do mercado elétrico é bem posta e explorada por Helder Queiroz Pinto Junior,[40] o qual afirma que, "do ponto de vista da Economia Industrial", a entrada de novos atores nos mercados de rede, como o de energia elétrica, permite a combinação de "atividades/serviços concorrenciais e não concorrenciais". Isso facilita a separação entre "controle/propriedade da infraestrutura de base e dos demais serviços", conforme será apresentado ao longo deste trabalho, mas sempre evidenciando que é plenamente possível convivermos com uma noção de energia elétrica enquanto um serviço público e um bem negociável em ambiente de livre mercado, posto que a visão atual do setor elétrico aceita tal dualidade, sem que isso implique em conflitos.

Não obstante a competição possível dentre os agentes de geração e de comercialização, existem em vigor dois ambientes de contratação – regulado[41] (ACR), no qual

---

37 PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico:** direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21.

38 BRASIL. **Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

39 SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de direito da energia**. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. p. 372. Contudo, não concordamos com a posição do autor no sentido de que esse novo modelo, em razão da substituição do MAE pela CCEE, estaria focado na "busca da reafirmação da energia elétrica enquanto serviço público, e não como um produto" (p. 374). Conforme será levantado e esclarecido ao longo deste trabalho, a energia elétrica, em razão do novo dispositivo legal do Código Civil, deve ser definitivamente entendida como um bem, uma mercadoria e produto de uma cadeia industrial, assumindo, em determinadas relações jurídicas (as relações do mercado cativo ou regulado, por exemplo), as características de um bem inserido em uma relação pública (de serviço público), que em nada maculam a possibilidade de esse mesmo bem ser negociado em relações privadas, em que as regras do direito civil devem ter prevalência (derrogação parcial das regras de direito público).

40 PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 184.

41 ACR, em que existem os leilões de venda de energia.

os distribuidores são obrigados a comprar energia, e o livre[42] (ACL), no qual os geradores e comercializadores podem negociar energia elétrica desde que tenham lastro físico –, coexistindo, em ambos, empresas estatais e privadas, sendo que é para o primeiro (regulado) que pende, ainda, o atual modelo elétrico brasileiro.[43]

No ACR, as empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica firmam, com os geradores desse bem, o CCEAR, sendo certo que compete ao Poder Concedente a competência para homologar a quantidade de energia elétrica que será contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.848/04, a qual dispõe sobre a comercialização de energia elétrica.

Em razão de a matriz energética nacional ser basicamente hídrica, conforme já visto anteriormente, os riscos hidrológicos – quantidade de água *versus* geração de energia elétrica –, no ACR, são assumidos pelos geradores, quando firmam os chamados contratos de quantidade de energia, ou pelas distribuidoras, nos contratos de disponibilidade de energia, sendo certo que, nessa hipótese, é permitida a transferência (repasse) desses custos para os consumidores finais (usuários), via tarifa, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 10.848/04.

É um ambiente em que os consumidores não podem optar pelos fornecedores e onde as determinações contratuais são previamente apresentadas, sem possibilidade de negociações, visto que a compra de energia elétrica, pelos agentes distribuidores, é realizada sob a modalidade de licitação (leilões), mediante a publicação de editais elaborados pela ANEEL, segundo diretrizes do MME.

Nesse ambiente, apesar de a energia elétrica poder ser considerada um bem, nos moldes do quanto disposto no Código Civil, ela não é objeto de contratos entre partes que possuem a possibilidade de ampla negociação quanto ao conteúdo contratual, cujas determinações devem seguir as regras de direito administrativo, não havendo o que se falar em liberdade negocial ou contratual.

---

[42] ACL, em que podem atuar consumidores e comercializadores na compra e venda de energia, sendo que os autoprodutores, os produtores independentes, os geradores que atuam sob regime de serviço público e os comercializadores podem optar por vender energia no ACR ou no ACL.

[43] Conforme aponta Mauricio T. Tolmasquim, O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: DA ROCHA, Fábio Amorim (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p. 8, em 2004, o ACL representava 6% do mercado de comercialização de energia, sendo que, já em 2012, correspondia a 25% desse mercado.

Em razão da modelagem e características desse ambiente de contratação, ele não será explorado e analisado neste trabalho, apenas tendo sido feitas referências ao mesmo para fins de comparação didática com o ACL, ambiente no qual se firmam as relações contratuais de comercialização de energia elétrica que serão objeto deste trabalho.

A intenção, quando da criação do mercado livre de energia elétrica, era a de ir abrindo e ampliando a negociação desse bem, permitindo que, por meio da competitividade, os consumidores pudessem passar a escolher de quem adquirir essa mercadoria e assegurando a possibilidade de crescimento na oferta e demanda da energia elétrica no setor privado e, consequentemente, ampliação nos investimentos na geração. No entanto, conforme já apresentado na introdução deste trabalho, verifica-se que essa liberdade é restrita e não ocorreu, ainda, conforme imaginado e regulado.

O mercado livre de energia elétrica no Brasil ainda engatinha e tem muito por melhorar, não obstante esteja em expansão, correspondendo a 28% de todo o consumo de energia no país, o que equivale a 61 mil MW médios.[44] Vejamos o caso dos preços de comercialização da energia elétrica.

Atualmente, apenas volume e prazos dos contratos de compra e venda nesse ambiente são registrados na CCEE, não havendo divulgação dos preços.

Com a intenção de dar maior transparência, assegurando, em certa medida, maior competitividade ao mercado, a CCEE visa implantar um novo índice de referência de preço de mercado livre, para além dos já existentes, o que conferiria maior confiabilidade e, consequentemente, maior liquidez a tais valores. Os preços passariam a ser divulgados pelos agentes, mas seriam criptografados, o que manteria o sigilo perante terceiros, permitindo o uso interno da Câmara para fins da elaboração dos tais dados estatísticos.[45]

Antecipando-se à própria regulamentação pela referida Câmara, o MME baixou a Portaria nº 455, de 02 de agosto de 2012, que, em seu art. 3º, já dispõe que a CCEE "deverá calcular e divulgar indicadores de preços praticados no ACL, com o objetivo de propiciar

---

[44] Ver AMBIENTE ENERGIA. **Consumidor especial:** expansão à vista. Disponível em: <http://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2012/07/consumidor-especial-expansao-a-vista/20140/>. Acesso em: 16 jul. 2012.

[45] Nesse sentido, ver matéria: CCEE estuda divulgar preço da energia no mercado livre. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 30 mai. 2012. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2012/05/30/internas_economia,297341/ccee-estuda-divulgar-preco-da-energia-no-mercado-livre.shtml>. Acesso em: 11 jul. 2012.

maior transparência e eficiência ao mercado de energia elétrica",[46] sendo que tal divulgação passaria a viger para os montantes contratados e registrados de negociação de energia elétrica a partir de 1º de julho de 2013.

Importante destacar que a autonomia dos agentes, no mercado livre, é preservada, na medida em que os consumidores podem escolher o seu fornecedor de energia elétrica, negociando livremente um conjunto de variáveis, tais como o prazo contratual, a variação do preço ao longo do tempo, montantes de energia e a sua utilização, garantias, além das situações para rescisão e aplicação de penalidades.

Lembremos que, nos termos da Lei nº 9.648/98, foram criados dois grupos de consumidores livres, ou seja, aptos a escolher pelo seu fornecedor de energia elétrica.

O primeiro grupo compõe-se das unidades consumidoras com carga maior ou igual a 3.000 kW (ou 3 MW), atendidas em tensão maior ou igual a 69 kV, bem como as novas unidades consumidoras instaladas após 27 de maio de 1998 com demanda maior ou igual a 3.000 kW e atendidas em qualquer tensão. Tais consumidores podem adquirir energia elétrica de qualquer agente gerador ou comercializador desse bem.[47]

Já o segundo grupo é composto por unidades consumidoras com demanda maior do que 500 kW, atendidos em qualquer tensão, sendo certo que a energia elétrica a ser adquirida deve provir de fontes incentivadas, quais sejam, PCHs,[48] usinas de biomassa, usinas eólicas e usinas fotovoltaicas.[49]

Nesse sentido, há certa individualidade no atendimento ao consumidor, de acordo com suas características de consumo, o que não ocorre no mercado cativo, sendo certo que, em

---

[46] BRASIL. **Portaria nº 455, de 02 de agosto de 2012**. Disponível em: < http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/legislacao/portaria/2012/Portaria_n_455-2012.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

[47] Conforme nos informa Ricardo Gobbi Lima, Comercialização de energia – alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Helena. **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 369-370, "os agentes comercializadores compram e vendem energia no Ambiente de Contratação Livre (ACL). É nesse ambiente que os comercializadores, competindo com os Consumidores Livres, adquirem dos geradores e produtores independentes, a energia de que necessitam. As quantidades e preços são livremente negociados entre as partes", sendo que "os consumidores livres serão responsáveis por adquirir sua própria energia, através de negociações bilaterais com os agentes geradores ou com os comercializadores. Essas negociações se dão no âmbito do Ambiente de Contratação Livre (ACL)".

[48] A Resolução Normativa nº 343, de 09 de dezembro de 2008, da ANEEL dispõe que se entende por Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) as hidrelétricas que tenham potência instalada superior a 1.000 kW (ou 1 MW) e igual ou inferior a 30.000 kW (ou 30 MW).

[49] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Quem pode ser consumidor livre**. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/consumidor_livre.asp >. Acesso em: 02 ago. 2012.

contrapartida, aquele assume responsabilidades em relação à sua exposição à variação nos preços da energia elétrica.

Esse mercado tem, portanto, como característica essencial, a capacidade de reconhecer a individualidade de cada consumidor, que passa a lidar com os riscos e oportunidades na comercialização da energia elétrica, promovendo inovação e equilíbrio entre oferta e demanda, com decisões descentralizadas sobre o consumo e a produção de energia, sempre se estimulando a competitividade.

Em linhas gerais, nesse sistema livre de mercado, os produtores ou geradores entregam e recebem energia elétrica do sistema, em seu centro de gravidade, assumido parcela das perdas entre o ponto de geração e esse centro de gravidade. Já os consumidores livres, de modo similar, entregam e recebem energia elétrica do sistema, em seu centro de gravidade, assumido, igualmente, parcela das perdas entre esse centro de gravidade e o ponto de consumo. O próprio sistema garante oferta e qualidade do bem (energia elétrica), visto que as redes de distribuição devem dar "livre acesso" aos geradores e consumidores que detenham essa liberdade de escolha.

Destaque-se que é possível ao consumidor livre adquirir energia elétrica diretamente das próprias concessionárias ou permissionárias de distribuição, desde que essa venda de energia esteja determinada nas respectivas concessões ou permissões.

Todas as diferenças ocorridas entre o contratado e o produzido ou consumido são liquidadas mediante o uso do PLD, que é definido semanal e eletronicamente, de acordo com cada um dos quatro submercados em que se divide – Sudeste/Centro-Oeste, Sul, Nordeste e Norte – e com os três patamares de carga – pesada, média e leve. Essa liquidação é feita pela CCEE, a qual efetua a contabilização das chamadas diferenças (entre o gerado e o consumido) com base no quanto foi contratado. Como já visto anteriormente, esse é o único mecanismo para se aferir a real entrega desse bem, dada sua característica de consuntibilidade imediata.[50]

---

[50] Existe projeto de lei no Senado (nº 402/2009) que pretende dar a mesma liberdade que os geradores e distribuidores hoje possuem de revender seus excedentes sem recorrer a esse mercado financeiro (PLD). Conforme justificativa da proposta: "A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, já prevê mecanismos para que geradores, distribuidores e autoprodutores de energia possam comercializar seus excedentes. Não estende, contudo, a mesma liberdade de ação aos consumidores livres e especiais. À exceção de rara e prévia negociação de redução junto ao seu fornecedor, os excedentes contratuais dos consumidores livres ou especiais têm que ser liquidados na CCEE, ao Preço de Liquidação de Diferenças (PLD). Esse PLD, utilizado para valorar a compra e a venda de energia no mercado de curto prazo, é calculado de forma a otimizar a operação do Sistema Elétrico Nacional Interligado. Baseia-se em modelos matemáticos, utiliza dados do Operador Nacional do Sistema (ONS) e procura identificar a solução ótima de equilíbrio entre o benefício

Nesse aspecto, diferentemente de contratos de aquisição de outros tipos de bens móveis, a formalização do contrato de comercialização da energia elétrica não implica na necessária entrega física da mesma, o que leva a dizer que não existe real ligação entre a energia adquirida contratualmente e a efetivamente produzida (quando o contrato é firmado entre geradores com excedente e geradores com falta) e entre a adquirida contratualmente e a efetivamente consumida (contratos firmados com os consumidores livres).[51]

A formalização dos contratos de comercialização de energia elétrica visa à proteção dos agentes contra o chamado preço do mercado de curto prazo (mercado *spot*)[52], os quais são obrigatórios para 100% da carga, sem restrições de prazo no caso do mercado livre, sendo que, até 1º de novembro de 2012, os contratos podiam ser registrados na CCEE após a medição do consumo efetivo. Após essa data, "deverão" ser registrados "antes do início da entrega da energia", nos termos do art. 1º da Portaria nº 455/12 do MME.[53]

A diferença entre os que adquirem energia elétrica no mercado livre e os que o fazem no mercado cativo não reside na qualidade da energia, nem na segurança de sua oferta, mas sim no mecanismo da compra em si, com destaque para o fato de que, para o consumidor cativo, o distribuidor é seu fornecedor compulsório, com tarifa regulada, isonômica para uma mesma classe. Isso implica dizer que o consumidor cativo absorve as incertezas e os erros e

---

presente do uso da água e o benefício futuro de seu armazenamento, medido em termos da economia esperada dos combustíveis das usinas termelétricas. O grande inconveniente do PLD é sua volatilidade, maior do que o preço "spot" usado na comercialização entre agentes. Todas as partes se queixam de sua imprevisibilidade. Sempre que possível, geradores, distribuidores e autoprodutores buscam comercializar seus excedentes de forma bilateral, para evitar o PLD. Os consumidores livres e especiais não têm a autorização para fazer o mesmo e, por isso, ressentem-se dessa discriminação". Ele foi aprovado nas Comissões de Assuntos Econômicos e de Serviços de Infraestrutura, onde recebeu um acréscimo no sentido de que tais excedentes sejam comercializados no mercado livre. BRASIL. **Projeto de Lei do Senado, nº 402, de 2009**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=93127>. Acesso em: 30 mai. 2013.

51 Ver LIMA, Ricardo Gobbi. Comercialização de energia: alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Elena. **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 368.

52 Na verdade, busca-se ajustar o contrato de modo a que eventual diferença, entre o gerado e o consumido, seja mínima, pois tais diferenças devem ser liquidadas nesse mercado de curto prazo, onde a valoração desse bem acaba por flutuar em valores que podem implicar em prejuízos para uma das partes, por majoração ou redução do quanto é previsto como lucro ou custo da transação.

53 "Art. 2º A partir de 1º de novembro de 2012, os contratos de que trata o art. 1º deverão ser registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE antes do início da entrega da energia, observadas as condições estabelecidas nas regras e procedimentos de comercialização, e os seguintes prazos [...]". BRASIL. **Portaria nº 455, de 02 de agosto de 2012**. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/legislacao/portaria/2012/Portaria_n_455-2012.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

acertos do planejamento governamental e da própria distribuidora, expondo-se a riscos que não tem como gerenciar.

Já para o consumidor livre, a energia é livremente negociada, tendo a obrigação de comprovar o total da contratação, após a medição do montante consumido, até 1º de novembro de 2012, e antes do início, após essa data. O valor de sua energia é resultante de sua opção individual de compra, que poderá incluir contratos de diferentes prazos, com maior ou menor exposição aos preços do mercado de curto prazo.

No mercado livre, o consumidor é responsável pelas incertezas e por seus erros e acertos na decisão de contratação, gerenciando suas compras de energia elétrica e os consequentes riscos. Trata-se de um contrato de risco inerente, conforme já parcialmente analisado nos tópicos 4.6 e 5.4 dos capítulos 4 e 5 deste trabalho, característica essa que será mais bem detalhada quando formos estudar os elementos do contrato de compra e venda de energia elétrica no mercado livre no capítulo 5.

Importante destacar que a decisão de sair do mercado cativo e ir para o mercado livre não é imposição governamental, ficando à livre escolha de cada consumidor, desde que este se encaixe nos requisitos mínimos de consumo.

Outro aspecto interessante diz respeito ao papel desempenhado pelas comercializadoras de energia elétrica diante das diferentes visões que geradores e consumidores livres possuem na negociação para a compra e venda desse bem.

Essas empresas desempenham atividade isolada, previamente autorizada pelo Poder Público,[54] de comercializar a energia elétrica, que é gerada ou distribuída por outras empresas. Elas agem "aproximando vendedores e certos compradores da energia elétrica".[55]

É certo que, enquanto os geradores buscam maximizar o preço de venda, bem como o volume vendido, sempre de acordo com a sua produção de energia elétrica, procurando firmar contratos de comercialização de energia elétrica de longo prazo, os compradores ou consumidores livres buscam segurança no atendimento de sua demanda, além da minimização do preço de compra, sempre observando suas curvas de carga (necessidade de energia elétrica) e procurando prazos menores de contratação.

---

[54] Conforme dispõe o art. 9º do Decreto nº 2.655, de 02 de julho de 1998: "Depende de autorização da ANEEL o exercício das atividades de comercialização, inclusive a importação e exportação de energia elétrica".

[55] Ver GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 184-185.

De qualquer modo, ambos possuem um objetivo comum, qual seja, reduzir a possibilidade de estarem expostos a riscos e penalidades. Por esse motivo, os agentes comercializadores de energia elétrica atuam de modo a minimizar os custos de transação, buscando um encontro eficiente entre as partes contratantes, viabilizando a competição, de modo a achar um equilíbrio nos preços, e assumindo, de um lado, o risco de crédito do consumidor e, de outro, o risco de performance do produtor.

O consumidor livre é o denominado "agente de compra no ACL, sendo o destinatário final de toda a energia negociada nesse ambiente", podendo escolher comprar energia elétrica diretamente do gerador ou dos comercializadores, o que reforça e amplia a concorrência, mas lhe "sendo vedada, atualmente, a venda direta de eventuais sobras de energia",[56] o que pode vir a se modificar no futuro.

Importante ratificar que as duas plataformas eletrônicas para comercialização de energia elétrica – BRIX e BBCE –, voltadas para o mercado livre, usam um modelo de contrato de compra e venda de energia elétrica já criado pela ABRACEEL, sendo que as partes podem ajustar o documento aos moldes do quanto foi negociado, bem como realizar a assinatura eletrônica do mesmo com certificação digital.

Não obstante a autonomia privada que circunda esse mercado, o bem que é negociado insere-se em um ambiente macro, o qual é regulado, de modo que podemos afirmar haver certa "ingerência" pública nessa esfera privada. Contudo, não se trata da chamada derrogação do direito privado pelo direito público, diante de uma posição de supremacia da Administração Pública sobre o particular, na medida em que esta não é parte no contrato.

O que existe e veremos ao longo do trabalho é uma tensão permanente entre os dois ramos do direito, com reflexos no campo dos princípios contratuais, da formalização, interpretação e integração do contrato sob estudo e na sua própria execução.

O que essa regulação mínima exige é que se observem certas regras em prol da proteção do interesse social, haja vista a relevância que a energia elétrica possui nas vidas das

---

[56] MELO, Élbia; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. A indústria de energia elétrica brasileira: reflexões sobre regulação e defesa da concorrência. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano VII, n. 010, p. 152, dez. 2010. Conforme aponta Mauricio T. Tolmasquim, O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: DA ROCHA, Fábio Amorim (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p. 10, os consumidores livres são verdadeiros agentes do setor elétrico, "embora não tenham título jurídico outorgado pelo Poder Concedente".

pessoas, mas sem que essa proteção resvale na salvaguarda de privilégios ou prerrogativas da Administração Pública.

Nesse aspecto, não obstante no ambiente de contratação livre as partes terem liberdade de estabelecer os termos do contrato, a comercialização de energia elétrica deve observar, basicamente, a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica (instituída pela Resolução Normativa ANEEL nº 109, de 26 de outubro de 2004), as regras e os procedimentos para a sua comercialização (Resolução Normativa ANEEL nº 551, de 14 de maio de 2013;[57] Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004), [58] em particular os que tratam da necessidade de lastro, prazos e condições de e para registro, contabilização e liquidação na CCEE, bem como os de aporte de garantias financeiras nas operações de curto prazo, evidenciando a posição de que, ainda que exista um ambiente de competitividade de mercado, permanece a figura de um monitor de mercado ou controlador de cartéis.

De qualquer modo, esse mínimo regulatório que deve ser observado pelas partes que firmam o contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente livre não elimina o caráter privatístico dessa modalidade contratual e não o torna um contrato de direito público. Apenas exige que a leitura desse tipo de contrato, bem como sua interpretação e exequibilidade sejam realizadas sob uma lente aumentada de sua função social e, como visto anteriormente, até mesmo com redução da aplicação irrestrita do princípio do equilíbrio econômico do contrato, na medida não apenas dessa sociabilidade que o cerca, mas, acima de tudo, em virtude da sua característica de risco ínsito e assumido pelas partes, como veremos mais à frente.

Vimos, portanto, que as operações de comercialização de energia elétrica no ACL acontecem mediante relações pactuadas livremente, por meio de contratos bilaterais, os quais, entre outras coisas, determinam preços, prazos de suprimento e volumes contratados de energia. Trata-se de um “mercado de contratos bilaterais, livremente pactuados, regidos pelas leis da livre concorrência”, sendo certo que “as barreiras institucionais resumem-se ao

---

57 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução Normativa nº 551, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2013551.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

58 Dentre outros temas, regulamenta a comercialização de energia elétrica no ACL (arts. 47 a 55). BRASIL. **Decreto nº 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: 08 fev. 2013.

preenchimento dos requisitos – em termos de potência, tensão e prazo de migração de mínimos – necessários para que um agente possa ser considerado um consumidor livre".[59]

As principais vantagens do ACL são: adequar os montantes de energia e de seus preços ao perfil do consumidor; permitir negociação do preço da energia elétrica; efetuar a contratação de curto, médio e longo prazos; aliar a compra dessa energia a serviços adicionais; e obter descontos nas tarifas de uso do sistema de distribuição.[60]

Pode-se, então, afirmar que as peculiaridades do atual mercado de energia elétrica brasileiro – matriz energética ainda concentrada em fontes hídricas, com o uso do MRE, o qual visa à redução dos riscos hidrológicos, e métodos computacionais que irão desenvolver estudos para a área energética e consequente formação de preços[61] –, além de exigirem que exista, ainda que mínima, ingerência estatal no mercado que se quer competitivo na comercialização de energia elétrica, exigem que o jurista civilista se debruce sobre o contrato nele usado para verificação de sua tipificação e linhas de adequação aos princípios e às regras da teoria geral das obrigações e dos contratos.

Contudo, como visto no início deste trabalho, as urgências humanas em encontrar fontes alternativas (mercados novos como energia solar, eólica e biomassa), aliadas ao fato do esgotamento dos potenciais hídricos no Brasil e a visão de sustentabilidade no uso da água, certamente acabarão impulsionando revisões nesse modelo energético e, consequentemente, nas formas de comercialização da energia elétrica.

Como bem observado por Mariana Mota Prado, "em virtude das consequências imprevisíveis, evoluções inesperadas ou obstáculos que não estão sob controle dos formuladores de políticas públicas", ainda que se questione se determinada reforma é a melhor

---

59 PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 224.

60 Na discussão sobre se teria a legislação imposto o chamado monopólio do fio, ou seja, a energia comercializada pode não ser da distribuidora estatal, mas o fio pelo qual a energia é transportada é de exclusividade da distribuidora, Carlos Ari Sundfeld e Jacinto Aruda Câmara, Existe monopólio do fio? **Revista do Direito da Energia**, ano II, n. 003, p. 128, jul. 2005, concluem que "o acesso à rede da distribuidora, portanto, é um direito assegurado pela legislação aos consumidores; mas não é um dever. Quem assume um dever em relação a esta matéria são as distribuidoras, que são obrigadas a transportar, por suas redes, a energia comercializada livremente sempre que for esta a alternativa escolhida pelos consumidores livres".

61 Nesse sentido, o Conselho Nacional de Política Energética, por meio da Resolução nº 3, de 06 de março de 2013, disciplinou as diretrizes para a internalização de mecanismos de aversão a risco nos programas computacionais para estudos energéticos e formação de preços. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução nº 3, de 06 de março de 2013**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2013003cnpe.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

a resolver os problemas que se apresentam, “uma resposta positiva não deve impedir-nos de reconhecer que outras reformas provavelmente serão necessárias em um futuro próximo”.[62]

Em razão das necessidades de energia elétrica, ante a permissão legal de constituição de comercializadoras de energia elétrica para negociação em um mercado livre e tomando-se por base que a comercialização desse bem, no Brasil, ainda é um mercado incipiente, com espaço para desenvolvimento e crescimento, já foram constituídas duas bolsas para comercialização de energia elétrica, em plataforma digital, que ainda terão muito que se aprimorar,[63] exigindo do jurista uma adequação dos instrumentos jurídico-legais que permitam disciplinar tal mercado.[64]

Destaquemos, ainda, que, entre as várias necessidades do mercado livre de energia elétrica, há o apontamento para um estudo mais adequado sobre os seus elementos, a fim de se verificar se vale uma padronização nos contratos de comercialização desse bem; uma maior atuação do próprio mercado para a solução de seus problemas, com redução da intervenção estatal; melhoria na regulamentação do setor, com a criação de estratégias que tenham a contribuição maior dos agentes do mercado, a fim de torná-lo mais aberto e acessível, com a manutenção da liberdade de atuação dos agentes.

---

62 PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico:** direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30.

63 Atualmente, tais bolsas agem como meras plataformas, pois não existe a liquidação interna das operações, tanto que os agentes podem negociar a energia elétrica fora desse ambiente. O que os agentes do mercado livre buscam é justamente que haja essa liquidação via bolsa de energia. Para tanto, entendem que é necessária a constituição de *clearing house*, que atua na organização da contabilização dos recebíveis e das indenizações, da entrega e das garantias das transações. Nesse sentido, ver o trabalho desenvolvido pela CCEE, denominado **Bulding a smart Brazilian electricity market**. Disponível em: <www.ccee.org.br/cs/groups/bibpublic_comunicacao/documents/conteudoccee/ccee_062683.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012. Ver, ainda, matéria de Milton Leal, Mercado livre: desafios para o crescimento. **Agência Canal Energia,** Mata de São João (BA), 30 nov. 2012. p. 1-5. Disponível em: <http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/imprimir.asp?id=92734>. Acesso em: 17 dez. 2012.

64 Atualmente, temos (i) a plataforma eletrônica de comercialização de energia BRIX, constituída em julho de 2011, que já negociou, desde então, até meados de fevereiro de 2012, mais de 2 milhões de MWh. JORNAL DA ENERGIA. **BRIX bate novo recorde e supera 2 milhões de MWh negociados**. Disponível em: <http://www.jornaldaenergia.com.br/ler_noticia.php?id_noticia=9054&id_tipo=2&id_secao=13&id_pai=0&titulo_info=Brix%20bate%20novo%20recorde%20e%20supera%202%20milh%26otilde%3Bes%20d...>. Acesso em: 14 fev. 2012; e (ii) o BBCE é “um portal de negócios de comercialização de energia livre, que atua nos processos de comercialização e de *back office* dos Agentes do ACL”, por meio do qual os interessados podem fechar contratos de energia para curto, médio e longo prazos, os quais podem ser negociados “a preço fixo (R$/MWh) ou a preço variável, o chamado preço de liquidação das diferenças (PLD* + prêmio)”. BALCÃO BRASILEIRO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA. **Serviços**. Disponível em: <http://www.bbce.com.br/produtos-e-servicos/servicos.html>. Acesso em: 06 set. 2012. Todos os tipos de energia convencional e incentivada estão disponíveis no Balcão, com entrega em todo o Brasil. Para maiores detalhes, ver matéria: Pátria entra na compra e venda de energia. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 14 fev. 2012. Economia, p. B13.

Ante a estruturação legal e de mercado necessária a uma ampliação da comercialização livre da energia elétrica, não obstante a regulamentação existente, é com olhos nas modificações que se têm operado no mercado, em especial, no surgimento de novas fontes sustentáveis de geração de energia elétrica,[65] que o jurista civilista deve se debruçar para repensar sobre a formação e regulação das relações jurídicas contratuais que se criam ao seu redor, melhorando os padrões contratuais existentes e propondo outros, se necessário e adequado.[66]

Conforme Eros Roberto Grau, "move-se todo o Direito, nos dias que correm, em perseguição do desenvolvimento", o que exige do jurista "o desempenho de um papel ativo, que encaminhe, na busca da realização do desenvolvimento, a conformação dos valores econômicos às motivações éticas da sociedade".[67]

Situado o tema, apontados os principais pontos de diferença entre o mercado cativo ou regulado e o mercado livre, indicada a regulação mínima aplicável e identificados os pontos mais críticos, passemos à análise do bem ou elemento central do trabalho: a energia elétrica.

---

65 O biogás, produzido a partir da digestão anaeróbica, que transforma resíduos sólidos urbanos (localizados em aterros sanitários, por exemplo) em gás composto por 50% de metano e 50% de outros gases e pode ser transformado em energia por meio de motogeradores. Nessa mesma linha, sobre o aproveitamento de resíduos sólidos provenientes de atividades humanas, que podem ter diversas origens, tais como: industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de limpeza de vias públicas, limpeza de rios, entre outras, ver PIRES, Adriano; HOLTZ, Abel. Geração de energia com resíduos sólidos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 24 ago. 2011. Economia, p. B2. Esses pequenos exemplos mostram o futuro de mercado que temos pela frente: unidades fabris ou comerciais e, até mesmo, condomínios poderiam vir a produzir energia elétrica para si (autoprodutores) ou para comercialização do excedente.

66 Conforme aponta Luiz Antonio Ugeda Sanches, **Curso de direito da energia:** da história. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. p. 464, "o futuro aponta para a eletricidade como a força básica do desenvolvimento humano", sendo que há grande chance de que a "astúcia desenvolvida para buscar petróleo no século XIX seja substituída, no século XXI, pela criatividade em identificar diferentes formas de produzir eletricidade com a melhor escala possível", permitindo até mesmo que a "população seja remunerada por essa atividade [de produção de energia elétrica]".

67 GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 13.

2 - O BEM MÓVEL ENERGIA ELÉTRICA

Não há consenso doutrinário a respeito da conceituação de coisa e de bem,[68] sendo que Antônio Chaves afirma que é "muito discutida" a própria "origem etimológica da palavra coisa", sendo que, para alguns, adviria de causa, "que teria assumido a significação de *res*, do radical sânscrito rah", ao passo que, para outros, proviria "do grego oîkos, que significa casa, bens, tudo o mais que existe, pode existir ou imaginar-se",[69]

Diversamente do que ocorre no Código Civil Italiano, cujo art. 810[70] dispõe que "bens são as coisas que podem se constituir em objeto de direito", o Código Civil do Brasil não possui qualquer dispositivo que contenha o conceito de bem, apenas apresenta três divisões – bens considerados em si mesmos, bens reciprocamente considerados e bens públicos –, e, dentro de cada divisão, traz as respectivas nomenclaturas e qualificações, como bens móveis e imóveis, divisíveis, fungíveis e consumíveis, singulares e coletivos, para a

---

68 Nesse sentido, ver VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 321-322; TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 89 et seq.; RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 339-340. Para José Cretella Júnior, **Dos bens públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 12, "costuma-se falar de coisa como objeto de ciência". Nesse sentido, para o direito, "coisa é juridicamente tudo aquilo que constitui ou pode constituir objeto de disciplina jurídica, ou seja, forma a própria substância do direito e da respectiva ciência", sendo "bens as coisas sobre as quais as pessoas podem adquirir direitos" (p. 14). Teresa Negreiros, **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 425 (nota 655), aponta as diferentes significações de "coisa" e "bem", quer em sentidos não jurídicos, quer em sentido jurídico, destacando, neste último, que "coisa" seria "aquilo que for apto a satisfazer interesses humanos e seja suscetível de apropriação individual", sendo "bem" o que "puder ser apropriado para satisfazer necessidades ou interesses humanos, isto é, aquilo que puder ser objeto de uma relação jurídica", sendo certo que a distinção entre ambos se pautaria pela "materialidade ou imaterialidade", com o que não concordamos, visto que a energia elétrica, bem totalmente imaterial, é dotada de valor e, por isso, enquadra-se como um bem, passível de negociação, em âmbito regulado e livre. Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de direito civil**. v. I. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 253-254, ao traçar as distinções entre bem e coisa, afirma que, ao nosso direito, "falta a exatidão científica à nomenclatura legal". Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho, **Direito civil:** questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões. 3. ed. rev. atual. e aum. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 39-40, "bem é gênero e coisa é espécie, sendo certo que no Direito Brasileiro coisa é todo o bem jurídico suscetível de medida de valor, isto é, sujeito à avaliação pecuniária, seja corpórea, semi-corpórea ou incorpórea". Rubens Limongi França, **Manual de direito civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, entende que coisa é gênero e bem é espécie e que não existe uniformidade no uso de tais conceitos. Por isso, divide entre coisas em sentido amplo, como sendo tudo o que se encontra no universo, e coisas no sentido estrito, como bens jurídicos, podendo ser materiais ou corpóreas e imateriais ou incorpóreas (p. 180-181).

69 CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 11. Para esse autor, coisa é gênero do qual bem é espécie.

70 "Art. 810 Nozione. Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti". PROFESSOR LIGIERA. **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

primeira divisão; principal e acessórios, para a segunda; e de uso comum do povo, de uso especial e dominicais, para os da terceira.

Pietro Perlingieri assevera que, apesar das variações de concepções quanto aos dois termos, prevalece na doutrina italiana o entendimento de que coisa e bem não são conceitos intercambiáveis, sendo que bem é a coisa que pode ser objeto de direito e tem valor econômico, podendo ser isolável ou separável de um todo, bem como livremente alienável.[71] Nesse mesmo sentido, podemos destacar Guido Alpa e Mario Bessone, para quem tais conceitos, no sentido jurídico, não são coincidentes.[72]

Aliás, sobre esse tema, Francesco Galgano, ao traçar os estudos sobre os bens, discorre sobre os mesmos tomando por ponto de partida o conceito econômico que define a relação entre o homem e as coisas, sendo aquele o "portador de necessidades e as coisas que ajustadas [servem] para satisfazer as necessidades humanas". Nesse sentido, são bens "os recursos da natureza, como a terra fértil, os minerais do subsolo, as energias ínsitas nos elementos naturais", bem como as outras coisas que "o próprio homem produz, utilizando ou transformando os recursos da natureza", como os produtos da indústria.

E continua o autor entendendo que o conceito de bem é "historicamente relativo", na medida em que depende da evolução humana, da "capacidade tecnológica do homem em saber utilizar os recursos naturais" e das "mudanças e expansão das necessidades humanas".[73]

Esse mesmo autor, citando o Código Civil Italiano, ressalta que são bens apenas as coisas que podem ser objeto de direito, o que vem na linha do quanto tratado por Pontes de Miranda,[74] e completa que são bens em sentido jurídico apenas as coisas suscetíveis de valoração econômica.[75]

Nessa mesma linha, Pasquale Fiore entende que coisa é tudo o que está na natureza, formando ou não parte de nosso patrimônio, possa ou não vir a formar parte de nosso

---

71 PERLINGIERI, Pietro. **Codice Civile annotato com la dottrina e la giurisprudenza**. Libro III. Napoli: Edizioni Scientifiche, 1991. p. 1.

72 ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Elementi di diritto privato**. Roma: GLF Editori Laterza, 2001. p. 177.

73 GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale:** le categorie generali, le persone, la proprietà. v. 1. Padova: CEDAM, 1990. p. 307-308; *Idem*. **Diritto privato**. 15. ed. Padova: CEDAM, 2010. p. 103-104.

74 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** parte geral. Tomo 2. Campinas: Bookseller, 2000. p. 51-52; 57; 80-81, para quem o conceito de bem é mais amplo do que o de coisa.

75 GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 15. ed. Padova: CEDAM, 2010. p. 105.

patrimônio, ao passo que bem é o que necessariamente compõe nosso patrimônio. No entanto, entende esse autor que tal distinção não tem importância jurídica.[76]

Marco Comporti, apesar da disposição do art. 810 do Código Civil Italiano, traz uma explanação interessante: coisa é tradicionalmente entendida como coisa material ou corporal, que ocupa um espaço ou age nesse sentido. No entanto, no contexto da civilização moderna, contrapõem-se coisas materiais com valores e utilidades àquelas de mera existência ideal e, nesse sentido, são denominadas de bens imateriais em contraposição aos materiais.[77]

Em posição similar a respeito de coisas e bens, Alberto Trabucchi doutrina que "o conceito de bem coincide com uma qualificação jurídica do que pode formar objeto de interesse humano e que deve se referir sempre a uma coisa que é parte do mundo", pois esta alberga apenas o que é parte nesse mundo exterior e sensível.[78] Para esse autor, a energia elétrica, ainda que bem imaterial, pode ter proteção possessória,[79] o que analisaremos mais à frente.

Carmelo Scuto esclarece que o critério para a "determinação do conceito de coisa no sentido jurídico é dado pela economia, e o conceito de coisa corresponde ao conceito de bem",[80] sendo este "tudo o que pode dar utilidade ao homem, atendendo ao desejo humano". E conclui alegando que "todos os bens são coisas, mas nem todas as coisas são bens".[81]

No mesmo sentido, Vincenzo Simoncelli afirma que objeto do direito são, em geral, as coisas, mas somente aquelas acessíveis ao homem e as quais se sujeitam ao seu domínio e, para tanto, devemos nos valer do "conceito econômico de riqueza", o qual "influi sobre o conceito jurídico", sendo que da "gestão jurídica são excluídas todas as coisas que são em quantidade superior às necessidades humanas, as ditas coisas comuns".[82]

Giulio Venzi, ao tratar do conceito de coisa, pontua que, sob o conceito comum, é qualquer objeto material existente no mundo, porém, na linguagem jurídica, é o objeto de direito e só pode ser tal se for hábil para satisfazer os desejos dos homens, mas também

---

76 FIORE, Pasquale. **Diritto civile italiano:** secondo la dottrina e la giurisprudenza. v. 3. Napoli: Eugenio Marghieri, 1922. p. 12-13.

77 COMPORTI, Marco. **Instituzioni di diritto privato**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. p. 297.

78 TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. 39. ed. Padova: CEDAM, 1999. p. 409.

79 Ibidem, p. 453.

80 Nessa mesma linha, ver Pietro Rescigno, **Manuale del diritto privato italiano**. 8. ed. Napoli: Jovene Editore, 1988. p. 472, que esclarece ser a noção jurídica de bem estritamente relacionada à de coisa.

81 SCUTO, Carmelo. **Instituzioni di diritto privato**. v. 1. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938. p. 200; 202.

82 SIMONCELLI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto privato italiano**. 8. ed. Roma: Athenaeum, 1929. p. 136.

possuir valor de custo, ou seja, ser valorável em dinheiro e capaz de apropriação por parte de um homem com exclusão dos demais. Nesse sentido, se chamaria bem.[83]

Na linha da utilidade das coisas, seguem Gabriel Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, para os quais "todos os bens são coisas, mas nem todas as coisas são bens, sendo estas as que existem na natureza, entre as quais as passíveis de apropriação são os bens, e que tenham utilidade e valor para o homem".[84]

Contudo, assim como Marco Comporti[85], Andrea Torrente[86] e Pietro Trimarchi[87], Carmelo Scuto, autor igualmente, entende que as forças naturais são coisas corpóreas, dando como exemplo a eletricidade,[88] do que discordamos, pois, como já dito, a energia elétrica, que circula pelos fios, pode ser medida, mas não armazenada e sequer se consegue descobrir de onde provém (qual a usina que gerou qual elétron, já que não se pode marcá-los). Trata-se, portanto, de bem imaterial, não corpóreo, como já apontado por Pontes de Miranda.[89]

O Código Civil Francês usa o termo "bens",[90] sendo certo que, conforme doutrina, estes não são sinônimos de quaisquer coisas, mas apenas de coisas que são passíveis de apropriação e que, por isso, o fenômeno jurídico as torna passíveis de direitos de propriedade. Coisa teria uma significação física, sob o senso comum, de objeto material, ao passo que bem teria uma significação jurídica, da coisa que atende aos interesses humanos, combinando os critérios de utilidade e apropriação.[91]

Apesar de não haver a valoração do bem, é possível afirmarmos que o conceito de apropriação traz em si tal ideia, na medida em que tomar para si, apoderar-se, tomar posse de

---

83 VENZI, Giulio. **Manuale di diritto civile italiano**. 7. ed. Torino: Unione Tipografico; Editrice Torinese, 1933. p. 93.

84 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; CHAUVEAU, M. **Traité théorique et pratique de droit civil:** des biens. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1905. p. 11.

85 COMPORTI, Marco. **Instituzioni di diritto privato**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. p. 297.

86 TORRENTE, Andrea. **Manuale di diritto privato**. 9. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975. p. 114.

87 TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. 9. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1991. p. 106.

88 SCUTO, Carmelo. **Istituzioni di diritto privato**. v. 1. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938. p. 204.

89 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** parte geral. Tomo II - atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 209. No mesmo sentido, GENTILE, Giovanni G. **Lezioni di diritto dell'energia:** le nuove tematiche. Milano: Giuffrè Editore, 1989. p. 4.

90 "Artigo 516. Todos os bens podem ser móveis ou imóveis" (tradução livre). PROFESSOR LIGIERA. **Code Civil Français**. Titre préliminaire: de la publication, des effets et de l'application des lois en général. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_frances_(em_frances).pdf>. Acesso em: 26 abr. 2014.

91 Nesse sentido, ver SCHILLER, Sophie. **Droit des biens**. 6. ed. Paris: Dalloz, 2013. p. 15; DRUFFIN-BRICCA, Sophie; HENRY, Laurence-Caroline. **Droit des biens**. 5. ed. Paris: Gualino Lextenso, 2013. p. 25; REBOUL-MAUPIN, Nadége. **Droit des biens**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2012. p. 7; 12-13.

algo que, em última instância, possui algum valor, ao menos para quem dele se apodera, é concluir a existência de um valor a esse bem, pois, conforme assevera Nadége Reboul-Maupin, são "bens as coisas que possuem valor".[92]

Reforçando que aquilo que configura uma coisa como um bem é mais o seu caráter comercial do que sua natureza, temos as palavras de Jean Carbonnier, posto ser a utilização da coisa para fins de atender aos desejos humanos ao invés de torná-la passível de relações econômicas.[93]

Já no Código Civil Argentino, temos o conceito de coisas como sendo os "objetos materiais suscetíveis de terem valor",[94] sendo certo que "os objetos imateriais suscetíveis de valor e as coisas se chamam bens".[95] Explicando os referidos dispositivos legais, Ricardo Luis Lorenzetti doutrina que "o conceito de coisa é mais restrito do que o de produto, e este é mais do que o de bem"; desse modo, poder-se-ia afirmar que os bens são uma categoria que contém a dos produtos e das coisas (materiais e imateriais, duráveis ou não duráveis), uma vez que "podem ser apreendidos em um sentido econômico mais amplo", tanto que, para a economia, são medidos por sua escassez, ou seja, sua "suscetibilidade de apropriação".[96]

Interessante destacarmos que Augusto Teixeira de Freitas trazia no seu trabalho de Esboço de Código Civil que poderia haver objetos (bens) dotados de valor, mas que, por serem imateriais, não seriam coisas.[97]

Particularmente, quanto às energias naturais, conforme disposto no art. 814 do Código Civil Italiano, Francesco Galgano apenas reforça que há uma integração entre o critério de direito e o critério de troca, na medida em que apenas são considerados bens, em sentido jurídico, aqueles que são suscetíveis de valoração econômica. E, nesse aspecto, dentre

---

92 REBOUL-MAUPIN, Nadége. **Droit des biens**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2012. p. 14.

93 CARBONNIER, Jean. **Droit civil**: les biens. v. 3. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1956. p. 75.

94 "Art. 2.311. Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor". CODIGO CIVIL ONLINE. **Titulo I:** de las cosas consideradas en sí mismas, o en relación a los derechos. Disponível em: <http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_2311_2350.html>. Acesso em: 22 set. 2013.

95 "Art. 2.312. Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman 'bienes'. El conjunto de los bienes de una persona constituye su 'patrimonio'". Ibidem.

96 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 232-233.

97 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço de Código Civil**. v. I. Brasília: Ministério da Justiça; Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 122.

tais energias, destaca a elétrica, pois se "pensa no preço pelo quilowatt/hora da energia elétrica", quando produzida e cedida do produtor ao consumidor.[98]

Já o Código Civil Argentino traz expressamente que "as disposições referentes às coisas são aplicáveis às energias e às forças naturais suscetíveis de apropriação".[99]

O Código Civil Português[100] usa o conceito de coisa que, conforme explica António Menezes Cordeiro, constitui-se "na primeira grande categoria de bens", sendo certo que o seu conceito "não é, de modo algum, unívoco e levanta dificuldades".[101]

E prossegue esse autor apontando que "no conceito jurídico de coisa só devem caber realidades estáticas, delimitadas e autônomas, com utilidade para o homem e susceptíveis de dominação exclusiva por ele", sendo que tal autonomia deve ser entendida como a possibilidade da coisa ser medida, motivo pelo qual "a corrente eléctrica é uma coisa", como entendem jurisprudência e doutrina no direito português.[102]

Luís A. Carvalho Fernandes assevera que "no conceito jurídico de coisa só devem caber realidades estáticas, delimitadas e autónomas, com utilidade para o homem e susceptíveis de dominação exclusiva por ele".[103] Contudo, afirma esse autor que "já não se exige, porém, que a coisa tenha realidade física, material e seja corpórea. Uma coisa imaterial

---

98 GALGANO, Francesco, **Diritto civile e commerciale:** le categorie generali, le persone, la proprietà. v. 1. Padova: CEDAM, 1990. p. 309-310.

99 "Art. 2311 (...) Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación". CODIGO CIVIL ONLINE. **Titulo I:** de las cosas consideradas en sí mismas, o en relación a los derechos. Disponível em: < http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_2311_2350.html>. Acesso em: 22 set. 2013.

100 "ARTIGO 202º (Noção) 1. Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas". CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DE PAIS. **Código Civil Português:** actualizado até à Lei 59/99, de 30/06. Disponível em: <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>. Acesso em: 18 abr. 2014.

101 CORDEIRO, António Menezes. **Teoria geral do direito civil:** introdução. Pressupostos da relação jurídica. v. I. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. p. 645.

102 Ibidem, p. 649. Esse mesmo autor, em **Tratado de direito civil português**: parte geral. Tomo II - coisas. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 146-147, assevera que "a energia não é mera criação do espírito humano. Não sendo um objeto, a energia tem existência objectiva, podendo ser, nalguns casos, apropriada, sendo coisa móvel tanto pela doutrina como pela jurisprudência". Isso pode ser inferido da leitura do art. 509 do Código Civil Português quando dispõe: "(Danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás) 1. Aquele que tiver a direcção efectiva de instalação destinada à condução ou entrega da energia eléctrica ou do gás, e utilizar essa instalação no seu interesse, responde tanto pelo prejuízo que derive da condução ou entrega da electricidade ou do gás, como pelos danos resultantes da própria instalação, excepto se ao tempo do acidente esta estiver de acordo com as regras técnicas em vigor e em perfeito estado de conservação". CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DE PAIS, op cit.

103 FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Teoria geral do direito civil**. v. I. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. p. 649.

ou coisa incorpórea, como uma criação intelectual ou artística, são ainda coisas em sentido jurídico".[104]

Assim, o mesmo cria a noção de coisa como sendo "toda a realidade autónoma, que, não sendo pessoa em sentido jurídico, é dotada de utilidade e susceptível de dominação exclusiva pelo homem".[105]

Para o Código Civil Alemão, a energia não é considerada coisa, pois não é material.[106] ao passo que, no Código Civil Suíço, as forças da natureza suscetíveis de apropriação são consideradas coisas móveis.[107]

Tomando por base o exposto anteriormente e, apesar das divergências quanto ao conceito de bem na doutrina nacional e por não ser este um dos objetivos do presente estudo, utilizaremos a terminologia "bem" como algo diverso do sentido de coisa, valendo-nos da diferenciação feita por Serpa Lopes: coisa é o gênero, do qual bem é espécie.[108] pois, para além de corresponder aos anseios humanos e atender às suas mais diversas necessidades, proporciona-lhe utilidade e pode ser apreendido pelo homem.[109]

Talvez, em virtude dessa atribuição ínsita (de atendimento às necessidades), se possa dizer que o Código Civil não contempla e a doutrina não estuda os bens sob uma divisão quanto à sua utilidade. Não obstante, conforme veremos adiante, entendemos que a divisão

---

104 Ibidem, p. 650.

105 FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Teoria geral do direito civil**. v. I. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. p. 650.

106 "Seção 90 Conceito de coisa. Somente objetos corporais são coisas assim como definido pela lei" (tradução livre da versão em inglês). PROFESSOR LIGIERA. **German Civil Code**. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_(em_ingles).pdf>. Acesso em: 18 abr. 2014.

107 "Art. 713. A propriedade mobiliária tem por objeto as coisas que podem ser transportadas de um lugar ao outro, bem como as forças da natureza que são suscetíveis de apropriação e que não são incluídas como coisas imóveis" (tradução livre). Idem. **Code Civil Suisse**. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_(em_frances).pdf>. Acesso em: 18 abr. 2014.

108 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil:** introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 381. Na verdade, Joaquim Felício dos Santos, **Projecto do Codigo Civil Brazileiro e commmentario**. Tomo I. Rio de Janeiro: Casa dos Editores – proprietários H. Laemmert & C., 1884. p. 134, já trazia esse entendimento de que "bens e cousas não são synonymos; cousa é o gênero, bem é a especie. Tudo o que existe na natureza é cousa, bem é só o que póde ser útil ao homem, e é susceptível de propriedade".

109 José Cretella Júnior, **Dos bens públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 14, entende que, no campo do direito privado, a coisa "é tudo aquilo que pode proporcionar utilidade ao homem" e, portanto, pode ser classificado como um "bem econômico". Nessa linha, mas trazendo uma noção mais ampla de bens, temos a noção traçada por Alex Weill, **Droit civil:** les biens. v. 1. Tome II. 12. ed. Paris: Dalloz, 1974. p. 2, para quem o termo "bens" tem duas acepções. Uma que os considera como as "coisas" que servem para o uso do homem, tendo-lhe, portanto, determinado valor. Essas coisas são os objetos corporais, que podem ser vistos e tocados. Outra, que corresponde aos direitos que se tem sobre tais coisas e que decorre da primeira. De qualquer modo, parece ir no sentido de que coisas é algo mais genérico, desprovido de um sentido mais jurídico, que fica reservado a bens e direitos.

dos bens quanto ao grau de sua funcionalidade para a sociedade – útil, necessário e supérfluo –, conforme preconiza a autora Teresa Negreiros,[110] é de grande importância sob a ótica contratual.

Retomando as palavras de António Menezes Cordeiro, a utilidade é a "ideia central do próprio conceito de bem, em sentido jurídico, pois só os bens aptos a satisfazer as necessidades humanas cabem nessa categoria (realidades úteis para o homem)".[111]

Nesse sentido, é interessante trazer a doutrina de Antônio Chaves, que enumera as qualificações de coisa que a tornam um bem para fins jurídicos: a economicidade, ou valor econômico, na medida em que pode ser expressa em dinheiro; a utilidade para satisfazer às necessidades humanas; sua permutabilidade, podendo ser trocada por outra coisa; a ocupabilidade, pois permanece sob o domínio ou posse exclusiva de uma pessoa; e a exauribilidade ou limitação quantitativa.[112]

Em posição similar, encontramos César Fiuza, para quem a coisa, para o direito, é todo bem econômico (interesse econômico), dotado de existência autônoma, passível de sofrer uma gestão econômica e capaz de ser subordinada aos domínios das pessoas.[113]

Contudo, se olharmos pela ótica econômica, entende-se um bem[114] como econômico se o mesmo for dotado de utilidade e, ao mesmo tempo, se apresentar em quantidade limitada (escassez), sendo aquela "a capacidade de qualquer bem de suprir ou atender a uma necessidade [desejo socialmente manifestado], satisfazendo-a, no todo ou em parte", conforme aponta Fábio Nusdeo.[115] Esse autor evidencia que, para a economia, o que mais importa para a constituição de um bem econômico é a escassez do que a utilidade.[116]

---

110 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 459.

111 CORDEIRO, António Menezes. **Teoria geral do direito civil:** introdução. Pressupostos da relação jurídica. v. I. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. p. 650.

112 CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 12.

113 FIUZA, César. **Direito civil:** curso completo. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 183.

114 Para Fábio Nusdeo, **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 37, "bens [econômicos] são aqueles que, de alguma forma, possuem materialidade", embora excepcione energia elétrica e solar, por exemplo, pois não poderem ser tocados. Esse ponto já estava reforçado a partir do Código Civil de 2002, no inciso I do art. 83, conforme avaliaremos neste trabalho.

115 Ibidem, p. 31.

116 Interessante destacar que, para todos os autores italianos citados até aqui neste capítulo, o bem tem uma conotação utilitária, como bem resume Andrea Torrente, **Manuale di diritto privato**. 9. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975. p. 114, para quem "o conceito de bem é conexo, em substância, com o de utilidade".

Essa informação só reforça o ponto que iremos analisar em tópico distinto sobre o aspecto da valoração econômica, elemento que o legislador utiliza para caracterizar as energias enquanto bens móveis e que, por certo, é um elemento importante quando formos avaliar a modelagem da comercialização da energia elétrica no mercado livre, de forma a definir sua tipificação ou não dentro das figuras contratuais.

Voltando ao aspecto jurídico dos bens, conforme aponta Fábio Konder Comparato, a distinção entre bens móveis e imóveis remonta à época medieval, após a queda do Império Romano. Até a época do surgimento das grandes feiras de comércio, a propriedade de bens imóveis rurais era tida como de grande relevância, por conceder poder político.

O desenvolvimento do "sistema capitalista, primariamente ligado ao comércio, à economia monetária e à vida urbana" acabou por modificar essa visão, pois a "riqueza mobiliária", representada pela titulação de "moedas e metais preciosos", gerou a criação do "sistema de crédito" que, em curto espaço de tempo, "avassalou a economia rural", dando origem e força "ao desenvolvimento da revolução industrial".[117]

Esse desenvolvimento das indústrias deu vista a uma nova divisão de bens entre os de produção e os de consumo, que, apesar da manutenção da dicotomia entre bens móveis e imóveis, serve para reforçar o caráter econômico e funcional dos bens, que será explorado ao longo deste trabalho.

Neste ponto, voltamos às lições de Fábio Nusdeo, que classifica bens econômicos em de produção e de consumo, sendo que os primeiros atendem "de forma indireta ou mediata" as necessidades, pois empregados na "cadeia técnica", ao passo que os últimos as atendem de forma direta e imediata, ressaltando o autor que, como toda classificação, esta não é absoluta, uma vez que o mesmo bem pode, de acordo com "as circunstâncias ou sua destinação, ser visto ora como de produção, ora como de consumo".[118]

E, nessa linha, já antecipando um pouco do que será desenvolvido ao longo deste trabalho, percebemos que a energia elétrica guarda essa bipolaridade de sentido, pois pode ser usada como meio para a cadeia de produção de bens de consumo, ou pode ser diretamente usada como um bem que atende a uma necessidade final humana (lazer, transporte, trabalho,

---

[117] COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXV (nova série), n. 63, p. 72, jul.-set. 1986.

[118] NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 37-38.

consumo de alimentos, entre outras). E até mesmo dentro de uma residência, ela pode ser usada como meio para o processo produtivo (pense-se em um escritor que trabalha usando a Internet e o computador, diariamente).

Sob essa visão é que este trabalho trará à tona a discussão a respeito da temática da comercialização da energia elétrica no ACL, quer para verificar se temos uma típica relação de compra e venda, quer para avaliar se essa modelagem permitirá que, no futuro, esse consumidor possa optar de quem virá a comprar tal insumo ou revender eventuais sobras que possuir, valendo-se das regras e princípios contratuais do direito civil.[119]

Ainda seguindo essa classificação de bens econômicos, o mesmo autor apresenta a divisão de bens em coletivos e exclusivos, sendo estes os "aptos a atenderem, a cada momento, à necessidade de um único indivíduo", ao passo que os primeiros "podem atender concomitantemente à necessidade de um grupo mais ou menos amplo de pessoas e, até mesmo, dos cidadãos de um país".[120]

Mas, como afirma o autor, "todo o bem coletivo pode comportar alguns aspectos ou características de exclusividade", além de muitos bens possuem "uma utilidade muito grande, decorrente da sua simples existência ou disponibilidade ao alcance de todos, muito embora possam ser utilizados em partes perfeitamente individualizadas e com utilidade específica para cada um".[121]

Se pensarmos, avançando pelo tema do trabalho, na energia elétrica, veremos que a mesma possui essa característica polivalente, pois, quando avaliada enquanto serviço público, guarda a característica de coletiva (espraiando-se por entre os usuários), mas, enquanto bem objeto de venda e revenda no ACL, guarda o perfil de bem não público, dentro daquela operação negocial.

---

[119] Nesse aspecto, é interessante trazermos as lições de António Menezes Cordeiro, **Tratado de direito civil português:** parte geral. Tomo II - coisas. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 148, para quem "a energia, mesmo quando natural, não é aproveitável, de modo directo, pelo cidadão comum. Apenas uma teia de actuações e serviços – de produção, de transporte, de distribuição e de venda – permite, a cada um, dispor de energia para consumo. Assim, a energia apresenta-se mais como um produto duma prestação de serviço – o de fornecimento de energia – do que como algo diretamente aproveitável", destacando que "coexistem, lado a lado, elementos públicos e privados", podendo-se considerar que os contratos com os consumidores finais "são considerados contratos privados, de compra e venda", aproximando-se o seu regime do direito das obrigações.

[120] NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 39-40.

[121] Ibidem, p. 40.

De qualquer modo, o aspecto de coletivo não guarda relação com o de público enquanto bem titulado pelo Estado; por isso, ao final deste capítulo, procuraremos, partindo-se do conceito de energia elétrica enquanto um bem móvel, por determinação legal, mostrar ser o mesmo, no âmbito das contratações do mercado livre, um bem não público, mas que pode ter as características de coletividade ou individualidade a depender das relações jurídicas nas quais esteja envolvido.

Assim, não se atendo a essas divisões de caráter mais econômico, que afloram em razão da materialidade, finalidade e necessidade de tais bens, o Código Civil Brasileiro contempla uma classificação não vocacionada à destinação dos bens, que os divide em três grupos: (a) bens considerados em si mesmos, dentro do qual vemos a clássica dicotomia móveis e imóveis, (b) bens reciprocamente considerados e (c) bens públicos. No caso, a análise deste estudo recai sobre os bens considerados em si mesmos, que traz, dentre os dispositivos, os bens móveis por determinação legal, dos quais extraímos as "energias com valor econômico", conforme inciso I do art. 83.

Destaque-se que esse dispositivo não existia no Código Civil anterior,[122] diversamente do que verificamos, por exemplo, no Código Civil Italiano, o qual traz dispositivo expresso a respeito do tema e com o qual o nosso guarda certa similitude, assim redigido: "Art. 814. Energias. Consideram-se bens móveis as energias naturais que tenham valor econômico".[123]

Assim, quando o Código Civil Brasileiro dispõe que se consideram bens as energias naturais com valor econômico, na mesma esteira do quanto dispõe o Código Civil Italiano, o que se quer dizer é que a energia resultante de alguma transformação (energia secundária, conforme já apontamos em capítulo anterior) é bem de valor econômico.

Por isso, a alegação de Paolo Zatti e Vittorio Coluni de que a energia solar "flui sem custo e em quantidade tal que pode ser desfrutada por todos" e, por isso, não é considerada bem[124] está correta se lermos que a energia diretamente gerada pelo Sol não é bem, mas o é

---

[122] Não obstante, Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado:** parte geral. Tomo II - atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 209-210, trouxe em seus estudos o conceito de energia elétrica como coisa "de cuja especificidade resulta ser específico o contrato de energia", que poderia guardar a forma de contrato de compra e venda.

[123] "Art. 814 Energie. Si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore econômico". **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

[124] ZATTI, Paolo; COLUNI, Vittorio. **Lineamenti di diritto privato**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1993. p. 192.

quando transformada em energia elétrica. O mesmo vale para o vento e a água, pois a energia elétrica gerada pelo movimento das pás de um aerogerador, pelo aquecimento das placas solares ou pelo giro de uma turbina em uma usina hidrelétrica deve ser entendida como bem jurídico, posto ter valor econômico, sendo passível de negociação.

De qualquer modo, o dispositivo do Código Civil supracitado já enuncia que, do ponto de vista jurídico, qualquer energia que tenha valor econômico será considerada bem móvel por determinação legal.

Nos dizeres de Paulo Nader, ao comentar o art. 83, inciso I, do Código Civil:

> "mais uma vez o legislador se valeu de uma "ficção" para produzir efeitos jurídicos desejados. Como as energias não são coisas corporais, valeu-se de igual recurso empregado relativamente aos bens que não são imóveis, por natureza. A previsão legal alcança qualquer espécie de energia, como a elétrica, a genética, a mecânica, a técnica e a radioatividade desde que tenha conteúdo econômico. O Código Civil de 2002 inovou, mas o legislador penal antecipou-se a ele, pois previu a figura típica do furto de energia [...] Considerando-se que a energia elétrica não constitui coisa, durante muito tempo a doutrina penal debateu a matéria, pois crime de furto é subtração de coisa alheia móvel".[125]

Mas antes de passarmos a uma análise do que seja propriamente a valoração econômica, é importante entendermos melhor o conceito de energia na visão de ciências como a física ou a engenharia, até porque, conforme afirma Alexandre Santos de Aragão, ante a grande especialização dos diversos setores do conhecimento, é mister que as ciências busquem

---

[125] NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** parte geral. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 281. Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho, **Direito civil:** questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões. 3. ed. rev., atual. e aum. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 40, as energias seriam bens semi-incorpóreos, com o que não concordamos, quer porque tal divisão não existe em nosso Código, quer porque sua natureza é de bem não tangível. Tratando do conceito de energia elétrica, Francesco Carnelutti, **Studi di diritto industriale**, Roma: Athenaeum, 1916. p. 15-16, esclareceu que o problema jurídico de se saber se energia elétrica seria coisa, do ponto de vista jurídico, se desenvolveu no campo do direito civil e do direito penal e por duas razões: para saber se o contrato com quem a adquiriu pagando o preço seria uma compra e venda e se o fato de ser subtraída sem o consentimento do produtor ou fornecedor seria furto. E, apesar de sua posição contrária, elucida que se "fortaleceu o conceito de ser a energia elétrica uma coisa para tais finalidades". Nessa mesma linha de que a posição da energia elétrica como coisa foi se fortalecendo, ver STOLFI, Nicola. **Diritto civile**. v. 1. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1931. p. 447-448. Em sentido contrário, de que a energia elétrica não seria uma coisa, pois não seria passível de apropriação, temos CARBONNIER, Jean. **Droit civil:** les biens. v. 3. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1956. p. 75.

auxílio em outras "áreas do conhecimento para que o saber especializado não fique isolado, sem importância e função prática".[126]

Assim, no tópico a seguir, buscaremos angariar elementos que possam nos nortear na elucidação da tipificação do vínculo contratual que se forma entre o vendedor e o adquirente da energia elétrica no mercado livre, bem como na composição da nova relação entre comercializador varejista e os consumidores livres a ele correlacionados.

2.1. A energia como bem jurídico

Nas palavras do professor José Goldemberg, "energia é usualmente definida como a capacidade de realizar trabalho mecânico, deslocando, por exemplo, um objeto de uma posição para outra por meio da aplicação de uma força", podendo ser entendida, de modo geral, como "a capacidade de produzir transformações [físicas, químicas e biológicas] num sistema".[127]

Esse mesmo autor informa que tal energia pode ter diferentes formas de expressão, tais como "energia de radiação, energia química, energia nuclear, energia térmica, energia mecânica, energia elétrica, energia magnética e energia elástica",[128] as quais podem ser convertidas entre si, umas nas outras, sem perda (princípio da conservação de energia ou primeira lei da termodinâmica).

E, prosseguindo, destaca que "a energia disponível ao homem na superfície da terra" tem origem em "quatro fontes distintas", a saber, solar (origina, por sua vez, os combustíveis fósseis, a biomassa, os ventos e os potenciais hidráulicos), geotérmica, interatividade gravitacional entre Lua e Sol (energia das marés) e nuclear.[129]

Percebemos, portanto, que podemos separar essas energias em dois grandes grupos de fontes: as primárias – fósseis (carvão, petróleo e gás natural), nuclear (urânio), biomassa,

---

[126] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. XI, p. 24-25, 2002.

[127] GOLDEMBERG, José. **Energia e desenvolvimento sustentável**. v. 4. São Paulo: Blucher, 2010. p. 13. (Série Sustentabilidade).

[128] Ibidem, p. 13-14. O autor ainda cita as energias gravitacional, geotérmica e fóssil (petróleo, gás natural e carvão - p. 9). Ver, ainda, GARCIA, Armando Suárez. **Consumo de energia elétrica:** aspectos técnicos, institucionais e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011. p. 29.

[129] GOLDEMBERG, José, op cit., p. 21.

geotérmica, vento, solar, marés, potenciais hidráulicos – e as secundárias, originárias das transformações das fontes primárias e que são, efetivamente, consumidas pelo homem – elétrica, derivados do petróleo (óleo diesel, óleo combustível, gasolina, querosene e gás liquefeito de petróleo), biomassa moderna (biogás e biocombustíveis) e o calor de processo.[130]

Interessante destacar que até mesmo a regulação brasileira faz essa distinção, ainda que de forma não consciente, pois temos a ANP e a ANA, as quais regulam bens que compõem a dita energia primária, quais sejam, fósseis e potenciais hidráulicos, ambos considerados monopólios naturais, e, de outro lado, a ANEEL, que atua no campo de energia secundária, qual seja, a elétrica ou eletricidade.

Por esse prisma, valendo-nos dos conceitos acima e transpondo-os para o inciso I do art. 83 do Código Civil, percebemos que as energias passíveis de valoração para fins de serem objeto de relações obrigacionais entre sujeitos privados são as ditas secundárias, pois serão usadas diretamente pelos seres humanos nas mais variadas atividades que venham a desempenhar, atendendo, dessa forma, às suas necessidades e, enquanto tal, conceituando-se como bens jurídicos.[131]

E, nesse aspecto, andou bem o legislador civilista ao deixar aberto o termo "energias" e não delimitá-lo como "energias naturais", visto que estas correspondem às energias primárias, liberadas pela natureza, em oposição às energias secundárias, geradas pela atividade humana.[132]

Como bem destaca Walter Tolentino Álvares, a transformação de energias primárias em secundárias, a qual denomina de "tecnologia da energia", "necessariamente irrompe uma

---

130 Ibidem, p. 27-28; PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 5. Ver, ainda, Jean-Louis Bobin, **A energia**. Tradução de Nuno Romano. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 47-48, o qual esclarece que o processo de transformação das energias primárias em energias secundárias ou ditas "energias finais" visam tornar a sua utilização mais fácil e, dentre estas últimas, encontramos "o tipo de energia que se extrai da rede eléctrica".

131 TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. In: _____. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 138.

132 O Anteprojeto do Código Civil de 1963, de Orlando Gomes, continha no seu artigo 336 a seguinte redação: "Energia – Consideram-se bens móveis, para todos os efeitos de lei, as energias naturais que tenham valor econômico", com base nos arts. 814 do Código Civil Italiano e 947, § 2º, do Código Civil Grego, sendo que tanto a revisão, feita em 1964, quanto o Projeto de Código Civil de 1965 mantiveram a mesma redação. Cf. RANGEL, Leyla Castello Branco. **Código Civil:** anteprojetos. Brasília: Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989. v. 4, p. 60; v. 5, tomo 1, p. 59; 255. Na mesma linha, seguiu o Anteprojeto do Código Civil de 1972, da comissão elaboradora e de revisão composta por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, em cuja redação do inciso I do art. 82 se lia: "Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – As energias naturais que tenham valor econômico" (v. 5, tomo 1, p. 59).

economia da energia, resultante das repercussões econômicas da sua utilização no meio social".[133]

No caso, a energia elétrica, desde finais do século XIX, veio ganhando cada vez mais espaço, a ponto de ter se transformado em insumo essencial à sobrevivência da sociedade, conforme pontua Armando Suárez Garcia,[134] sendo certo que passou a ser vista como uma *commodity* e não um serviço de infraestrutura, haja vista as próprias especificidades do setor.[135]

Pelo apresentado anteriormente, já percebemos que energia não é sinônimo de eletricidade, uma vez que aquela é a denominação geral, podendo ser entendida como fonte primária de vários outros tipos de energia, passíveis de armazenamento (como a energia hidráulica, a energia química e a contida em combustíveis fósseis, como o petróleo e o carvão, ou físseis, como o urânio), dentre as quais, tem-se a eletricidade (ou energia elétrica), a qual não é armazenada.[136]

Ademais, para fins do quanto iremos estudar neste trabalho, não nos interessa o tipo de fonte da qual será extraída ou gerada a energia elétrica, uma vez que a mesma não tem marcação após entrar no SIN, o que quer dizer que a mercadoria ou bem energia elétrica não é um bem infungível, na medida em que os elétrons não contêm qualquer diferenciação se oriundos de fontes poluidoras ou não, de determinado estado ou município nacional.

O mais interessante, ainda, é que sequer a usina geradora poderá ser determinada, o que será importante deixarmos consignado para quando viermos a estudar, mais à frente, os elementos do modelo de contrato de compra e venda de energia que se usa no mercado livre, a

---

133 ÁLVARES, Walter Tolentino. **Introdução ao direito da energia nuclear**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975. p. 15-16.

134 GARCIA, Armando Suárez. **Consumo de energia elétrica:** aspectos técnicos, institucionais e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 30.

135 Nesse sentido, João Lizardo Rodrigues Hermes de Araújo e Adilson de Oliveira, em **Questões de política energética brasileira para o fim do século**, apontam que foi a visão neoliberal, em razão da falta de boa atuação do Estado, sob a forma de monopólio sobre o setor, que levou a se rever o conceito de energia como sendo uma mercadoria igual a todas as demais. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/eventos/pdfs/seminarios/pesquisa/cap1questoes_de_politica_energetica_brasileira_para_o_fim_do_seculo.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2013. Ver, ainda, Ricardo Gobbi Lima, Comercialização de energia: alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Elena. **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 368, para quem "energia elétrica é uma *commodity*".

136 ÁLVARES, Walter Tolentino, **Curso de direito da energia**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 14; VINHAES, Élbia A. Silva. O novo modelo da indústria de energia elétrica brasileira. In: SCHMIDT, Carlos; CORAZZA, Gentil; MIRANDA, Luiz (Org.). **Energia elétrica em debate:** a experiência brasileira e internacional de regulação. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003. p. 137, sendo que a energia elétrica faz parte de um setor de infraestrutura formado "por rede", onde a oferta ocorre simultaneamente à demanda, "não havendo possibilidade de estocagem do produto".

fim de podermos tecer maiores análises se essa comercialização configura um típico contrato de compra e venda.

Nesse sentido, delimitado o campo de pesquisa sob a visão científica não jurídica e visto que os processos de transformação das energias têm repercussão econômica, importa analisar o sentido dessa valoração econômica, disposta pelo legislador pátrio, a fim de podermos, ao final deste capítulo, extrair e justificar a energia elétrica enquanto bem econômico, objeto de relações privadas obrigacionais, que comporão o mercado de comercialização no qual se inserem as figuras contratuais centrais deste estudo.

Acolhemos o entendimento de que o termo "bem", do ponto de vista jurídico, traz ínsita a noção de valor, na medida em que agrega utilidade àqueles que dele se valem, motivo pelo qual não é nominado simplesmente de coisa, conforme apontamos anteriormente. Mas não se trata apenas do valor econômico ou pecuniário, visto que existem bens que não são dotados de patrimonialidade sob o aspecto financeiro (não são medidos em pecúnia), mas compõem o patrimônio do ser humano, como o nome, o estado de filiação, o poder parental e, como tal, são designados por bens jurídicos, uma vez que são passíveis de serem objeto de direitos.[137]

Neste ponto, é interessante destacarmos o *Esboço do Código Civil*, de Augusto Teixeira de Freitas,[138] que não acolhe essa possibilidade de patrimônio pessoal (sem valor pecuniário) para além do patrimônio econômico.

Após dispor nos arts. 317 a 320 sobre as coisas, objetos e bens, onde encontramos as correlações quer entre objetos materiais e coisas (atestando o seu entendimento de que coisas guardam o sentido da materialidade), quer entre valoração econômica e coisas (trazendo, implicitamente, as noções econômicas de escassez e utilidades, que veremos mais detidamente abaixo), traz o que entende por valor das coisas (arts. 323 a 325), sempre norteado pela "apreciação pecuniária" das mesmas.

Assim, para esse autor, seriam coisas apenas os objetos materiais suscetíveis de uma medida de valor (art. 317).[139] Tanto os que – apesar de necessários ou úteis – não tivessem

---

137 Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de direito civil**. v. I. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 252-253, já apontava que "bem é tudo o que nos agrada", sendo que "nem todos são bens jurídicos", os quais são os desejos e exigências humanos, "amparados pela ordem jurídica". E, nessa linha, divide os bens jurídicos entre os "bens econômicos", que são os de "natureza patrimonial", e os "bens jurídicos sem expressão patrimonial", sem distinguir quanto ao aspecto da materialidade ou imaterialidade.

138 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. Rio de Janeiro: Departamento da Imprensa Nacional, 1952. p. 185-194.

medida de valor, como o ar, o mar, a luz (art. 318),[140] quanto os valorados, mas imateriais (art. 319),[141] não seriam coisas para fins do seu esboço de Código Civil. Não obstante, os objetos imateriais e as coisas (excluídas as *res communes* do art. 318) poderiam ser chamados de bens, visto que "em sua complexidade, formam o patrimônio das pessoas" e, "por isso mesmo têm proprietários", constituindo "toda a riqueza nacional e particular" (art. 320).[142]

Veja-se que Teixeira de Freitas menciona a "luz", o nome vulgar para a "energia elétrica" ou eletricidade, como não sendo coisa e, portanto, não incluída no rol de bens para fins patrimoniais.

No mesmo sentido, Antônio Chaves asseverou que "a eletricidade não é coisa para fins de direito", sendo que coisa para fins jurídicos é o que pode ser apropriado por alguém com exclusão de outrem, para satisfazer às suas necessidades e que seja suscetível de avaliação em dinheiro, inclusive prestações, direitos e efeitos dos atos e fatos jurídicos, assumindo, então, a denominação específica de bem".[143]

É certo que tal entendimento pode guardar correlação com a época em que foi elaborado, visto que a energia elétrica não era vista como algo passível de ser objeto de negociações em mercado, mas como um serviço ou bem colocado à disposição da coletividade, sob a gestão do Poder Público.

Essa interpretação pode ser extraída da própria posição atual de António Menezes Cordeiro, o qual posiciona que as energias podem ser apreendidas pelos sentidos, sendo que não se trata de mera criação do espírito humano, e, apesar de não serem um "objeto", têm existência objetiva, podendo ser, em alguns casos, apropriadas.

E prossegue afirmando que a jurisprudência portuguesa entende que o fornecimento de eletricidade seria um contrato de compra e venda de móvel, apesar de o "regime de direitos reais não lhe ser plenamente aplicável, sendo que a aproximação às coisas deve-se ao facto de,

---

139 "Art. 317. Todos os objetos materiais suscetíveis de uma medida de valor são coisas".

140 "Art. 318. Os objetos materiais que, sendo necessários, ou úteis, não forem suscetíveis de uma medida de valor, como o ar, a luz, o mar, não se reputam coisas no sentido deste Código".

141 "Art. 319. Os objetos que, sendo suscetíveis de uma medida de valor, não forem objetos materiais, também não se reputam coisas no sentido deste Código".

142 "Art. 320. Mas estes outros objetos, e igualmente as coisas, terão o nome de bens. Em seu complexo, os bens formam o patrimônio das pessoas, e constituem tôda a riqueza nacional e particular".

143 CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 12.

no século XIX, quando surgiram meios de captar e usar a energia, se ter recorrido à propriedade para conseguir sua tutela".[144]

Apesar de abordarmos, em tópico específico, a temática da "publicidade" ou sentido social ou coletivo de tal bem, explorando a noção econômica de coisa pública, que não se encaixa na noção jurídica de titularidade ou propriedade não privada, é mister consignar que a concepção da energia elétrica como um bem foi superada e plenamente acolhida, sem qualquer maior discussão jurídica ou econômica a respeito.

Assim, andou bem o legislador ao redigir o inciso I do art. 83 do Código Civil, quer na conceituação das mesmas, quer na adjetivação, valorando-as economicamente. Como se afirma que o legislador não apõe palavras desnecessariamente, acreditamos que a valoração apontada no dispositivo acima deva trazer uma carga maior, que não a mera acepção para se distinguir bem e coisa.

Tal dispositivo buscou tão somente aportar o que se já usava no âmbito do direito econômico, administrativo e penal e foi pinçado para o mercado livre: a energia elétrica é um bem que integra o chamado mercado ou indústria da energia elétrica, haja vista as transformações pelas quais o mesmo passou, permitindo que, a depender da esfera de relações negociais na qual esteja inserida, seja vista como um serviço público ou como um bem não público, passível das negociações regidas puramente pelo âmbito do direito civil.[145]

Ademais, a própria concepção do setor energético já traz, ínsita, a noção econômica do bem energia (em sentido amplo), dada a existência do Balanço Energético, que corresponde a um "quadro contábil" que tem por finalidade "descrever os fluxos energéticos ao longo de um sistema energético", aplicável dentro de um "determinado espaço socioeconômico e para um período de tempo definido, explicitando as relações existentes entre o setor energético e os demais setores da economia".[146]

---

144 CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português:** parte geral. Tomo II - coisas. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 146-147.

145 Élbia A. Silva Vinhaes, O novo modelo da indústria de energia elétrica brasileira. In: SCHMIDT, Carlos; CORAZZA, Gentil; MIRANDA, Luiz (Orgs.). **Energia elétrica em debate:** a experiência brasileira e internacional de regulação. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003. p. 158, destaca que a principal finalidade do setor elétrico era "servir a qualquer custo, sob forma de suprimento, produtos e serviços associados à energia elétrica" e que isso passou a mudar ante os processos de privatizações, em que se introduziu a "competição nos segmentos de geração e comercialização de energia", criando-se um novo modelo, onde "o preço se torna o principal sinalizador para os agentes econômicos", o que é reconhecido, agora, em sede do Código Civil como sua valoração econômica.

146 PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 13.

Como veremos mais à frente, essa característica "matemática" da forma de contabilização das relações comerciais na geração e aquisição da energia elétrica repercutirá na análise desse bem enquanto objeto de um típico contrato de compra e venda, posto ser, além de imaterial e não estocável, um bem que não consegue ser mensurado e valorado senão via práticas de acertos financeiros, gerando diferenças na análise de sua forma de entrega e da avaliação do consequente adimplemento das obrigações das partes no recebimento do preço em contrapartida à entrega do bem.

Jean-Louis Bobin, ao buscar um conceito mais exato da energia, demonstra que os físicos são os "responsáveis pelo conceito de energia", mas, enquanto para estes ela é algo meramente "conservado", para todas as demais pessoas, ela é vista como "uma espécie de mercadoria, produzida, vendida, consumida, dilapidada", sendo certo que, "o dinheiro, tal como a energia, é o objecto de um comércio".[147]

Para Luís A. Carvalho Fernandes, a corrente elétrica é coisa imaterial, porém corpórea, pois entende por material a "realidade do mundo físico que tem existência delimitada" e corpórea a coisa que "pode ser apreendida pelos sentidos".[148]

Quanto ao aspecto do valor, como dissemos, Teixeira de Freitas[149] esclarece que o valor das coisas é medido pela apreciação pecuniária das mesmas, a partir da "relação a uma quantia ou determinada soma em moeda corrente" que vem a ser "o preço das coisas", não incluindo, aqui, qualquer noção de patrimônio pessoal não pecuniário.

Ao excluir, como vimos, a "luz" do conceito de coisas e de bens, o autor sequer permite que a mesma venha a ter valor ou preço, como destaca, ainda que os serviços de energia elétrica, na época, sofressem remuneração via tarifas pagas pelos seus usuários.

Nesse sentido, encaixam-se as palavras de Eroulths Cortiano Junior, para quem "o valor de troca das coisas substitui o seu valor de uso", que seria "seu referencial concreto para

---

147 BOBIN, Jean-Louis. **A energia**. Tradução de Nuno Romano. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 9; 11.

148 FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Teoria geral do direito civil**. v. I. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. p. 650.

149 "Art. 322. O valor das coisas medir-se-á por sua apreciação pecuniária, isto é, em relação a uma quantia ou determinada soma de moeda corrente. Essa quantia vem a ser o preço das coisas".
"Art. 323. O valor das coisas pode ser ordinário, ou extraordinário. O valor ordinário será o venal, isto é, o preço da geral estimação segundo o lugar e tempo em que esta se fizer, ou à que se deva referir.".
"Art. 324. O valor extraordinário será determinado segundo as circunstâncias especiais da coisa, ou pela estimação que der a pessoa a quem o valor da coisa tenha de ser pago. Neste último caso, o valor extraordinário tem o nome de preço de afeição".
"Art. 325. Em todos os casos, as coisas serão avaliadas pelo seu valor ordinário, e segundo o lugar e tempo em que a avaliação se fizer; salvo quando a lei, ou as partes, tenham disposto de outro modo".

o homem", transformando aquelas em "mercadorias", "esvaziadas de seu conteúdo e de suas particularidades", pois o direito, ao "inserir alguma coisa no tráfego jurídico", acaba por desprezar "o seu valor de uso e fixa-se no seu valor de troca".[150]

Atentando sobre o sentido de valor do ponto de vista econômico, Fábio Nusdeo nos indica que temos a noção de que, em um primeiro momento, os bens "valem porque cumprem um papel no mundo", ideia essa que "comporta duas dimensões", uma sob a ótica do indivíduo ou de um pequeno grupo e outra sob uma visão mais ampla, do social ("bem socialmente avaliado"), sob o manto de uma "projeção objetiva e impessoal [...] despido de qualquer subjetivismo". A primeira corresponde ao valor de uso, e a segunda, ao valor de troca. E, para esse autor, ambas se acoplam e se sobrepõem, sendo "dimensões do mesmo fenômeno", pois, ao passo que o valor de uso evoca a utilidade, o valor de troca evoca a escassez dos bens.[151]

Nessa linha, portanto, espraiando-nos para o campo do direito, podemos afirmar que o valor de uso não é desprezado pelo valor de troca. Simplesmente o direito passa a regrar as situações de troca que vão surgindo nas sociedades e exigem um posicionamento jurídico a respeito. Conforme destacou Fábio Nusdeo, com a passagem da organização doméstica (autoconsumo) para uma organização social em que passa a existir a divisão dos trabalhos, surgiu o mercado, onde passou a haver um "fluxo habitual e regular de trocas", de onde "exsurgiu" o valor de troca, "objetivo, despersonalizado e socialmente aceito como tal".[152]

---

150 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (org.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157; 160.

151 NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; p. 43-45; 47. Parecendo seguir em sentido um pouco diverso, Floriano de Azevedo Marques Neto, **Bens públicos:** função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 393, afirma que "quanto mais o Direito criar regras limitadoras da capacidade de o proprietário determinar quanto e como seu bem será fruído, mais perde relevância o valor de troca e mais importância ganha o valor de uso"; para ele, há uma mudança de eixo, deslocando-se do valor de troca para o valor de uso. De qualquer forma, mais à frente, esse mesmo autor posiciona-se no sentido de que "o valor econômico [...] ensejador de que o bem seja entendido como tal, é o valor potencial de uso que se possa auferir com uma ou mais utilidades a que ele pode servir". Assim, permitindo-nos alinhar ambas as posições, entendemos que os dois valores coexistem em um bem, podendo se sobressair a depender da relação ser de puro interesse privado ou puro interesse público. No caso presente, entendemos que existe essa mistura, o que nos leva a uma relativização das regras a serem aplicadas e nos fez trazer para o direito civil a discussão que se restringia ao direito público ou administrativo, qual seja, a da compra e venda da energia elétrica no ambiente livre.

152 NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 46.

Ademais, como visto acima, a valoração dos bens, para efeito de direito, não é apenas pecuniária, mas, também, não econômica, haja vista a proteção que confere aos bens da personalidade.

No caso do atual Código Civil, a nova disposição a respeito dos bens energias, que as torna aptas a serem objetos de relações jurídicas (pois são bens jurídicos e não meras coisas), enfatiza a necessidade da sua valoração econômica, devendo, portanto, ser aferíveis financeiramente. Mas tal fato é exigência da realidade fática e só foi regulado pelo direito dessa maneira, atendendo ao que o mercado de energia elétrica permite e dispõe.

Nesse aspecto, não é correto afirmar que, quer as energias aferíveis pecuniariamente, quer a energia elétrica, objeto deste estudo, por conta de tal valor pecuniário, perderam seu valor de uso, justamente na medida em que continuam a possuir a funcionalidade ou finalidade coletiva, atendendo às necessidades humanas.[153] Ademais, a valoração econômica não extrai esse valor de uso que, como vimos anteriormente, é justamente o elemento que permite atribuir-se a economicidade a um bem, desde que se tome o elemento da escassez como sua medida de valor.

Como visto, não obstante o inciso I do art. 83 do Código Civil dispor sobre o aspecto da valoração do bem energia, a delimitação desse tema não é tarefa inata ao direito (apesar da tentativa de Teixeira de Freitas em ancorar no Código Civil o conceito de "valor das coisas", inclusive dividindo-o em valor ordinário ou venal e valor extraordinário ou de afeição), mas, antes, à economia.[154] Tanto assim que, sob a vigência do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda já afirmava que "para o conceito de coisa, ou de bem, ou de objeto de direito é sem relevância o conceito de valor. O que não tem valor pode ser objeto de direito, inclusive de

---

[153] Neste ponto, discordamos de Eroulths Cortiano Junior, Para além das coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (org.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 159, quando afirma que "o estatuto do valor de uso deixou-se corromper pelo valor de troca das coisas". As necessidades humanas são infinitas e, cada vez mais, com o evoluir dos tempos. Não há como não se atribuir valoração econômica a determinados bens (à grande maioria), sob pena de sucumbirmos a subjetivismos. Assim, a "moeda de troca" que valora tais bens é necessidade da sobrevivência dos mercados (que não têm como se extinguir) e bem viver humano, sem que se apague o valor de uso dos mesmos. Ao contrário. Como vimos, este, por meio da medida da escassez, valora a utilidade dos mesmos, materializada no quanto se pode ou deve pagar pelos mesmos. O direito apenas dispõe sobre o que se lhe apresenta na realidade fática, justamente para se evitar insegurança e contornar-se o caos. Tanto que, a alguns bens, não atribui valor econômico e até penaliza sua possível mercantilização, como ocorre com os órgãos humanos.

[154] Conforme pontua Roger Bowles, **Diritto e economia**. Bologna: Il Mulino, 1985. p. 47, para um melhor entendimento sobre o papel do direito, é importante "o seu inserimento no contexto econômico no qual se opera e, secundariamente, a consciência de que a disciplina econômica fornece os instrumentos que permitem compreender o funcionamento do sistema econômico e o comportamento dos sujeitos que o operam".

direito das coisas [...] O Código Civil (arts. 52 e 53) [de 1916] abstrai do valor, ainda ao tratar do conceito de divisibilidade da coisa".[155]

O Código Civil de 2002, no caso específico dos bens, tratou da valoração econômica dos mesmos no inciso I do art. 83, sendo claro ao dispor que "consideram-se móveis para os efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico", bem como no art. 91, que dispõe: "constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico".

Em obra na qual aborda o direito privado diante da sociedade moderna, Pietro Barcellona[156] afirma que o princípio da patrimonialidade (ou recurso ao critério do "valor econômico") teria o condão de "materializar" coisas que não são corporais, no sentido de se tornar um "índice formal para selecionar o que poderá adquirir relevância jurídica", sendo um "princípio representativo da intenção do ordenamento", de caráter sistemático.

Apesar de concordarmos que essa valoração, quer no Código estrangeiro, quer no nacional não seja, necessariamente, conferida pelo mercado, mas, antes, advenha do próprio sistema jurídico, entendemos que recorrer à análise econômica é um meio de corroborar e fundamentar o que quis dizer o legislador pátrio no inciso I do art. 83 do Código Civil.

Como se sabe, o sistema jurídico é um sistema de segunda ordem[157]: "sua existência está em função do sistema maior, o social", não obstante guardar sua autonomia, na medida em que se constitui em "um campo especial de conhecimento e atividade". Isso vem de longa data. Já em Roma, ele era apartado de outros sistemas, como a política e a economia.[158]

Assim, não obstante a autocriação do direito – os elementos do sistema jurídico se relacionam e se influenciam mutuamente, sempre o criando e o renovando –, não se podem deixar de lado as inter-relações que esses elementos jurídicos guardam com os a eles externos (sociais, políticos, econômicos etc.), pois aquele sistema não está destacado da sociedade.[159]

---

155 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** parte geral. Tomo 2. Campinas: Bookseller, 2000. p. 53.

156 BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 234-235.

157 Gunther Teubner também assim o classifica em **Le droit:** un système autopoïétique. Tradução de Gaby Maier; Nathalie Boucquey. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. p. 43.

158 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª 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. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27.

159 Nesse sentido, ver AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. Palestra realizada no Seminário "EMERJ debate o Novo Código Civil – o Novo Código Civil e o consumidor", realizado no Fórum Central do Tribunal de Justiça do Estado do Rio

Nesse sentido é que discordamos de Pietro Barcellona quando afirma que "o sistema jurídico moderno [...] se constitui como um sistema auto-suficiente, autônomo, portanto, também do econômico", posto que a "autonomia implica que a lógica econômica venha traduzida nos termos da lógica jurídica, o mercado na patrimonialidade"[160] (ou valoração).

Conforme pontua Alexandre Santos de Aragão, "o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e direcionar as atividades econômicas; e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico".[161]

Para Karl Renner, "todos os institutos econômicos são ao mesmo tempo institutos de Direito. E todas as atividades econômicas também, como a compra e venda".[162]

Assim, sob uma necessária análise econômica, conforme já pontuamos anteriormente, atribuir valor a um bem ou serviço implica em estabelecer, "em termos monetários, o valor

---

de Janeiro, em 11 abr. 2003, p. 1-2. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/574/O_Novo_C%C3%B3digo_Civil_e_o_C%C3%B3digo_de_Defesa_do_Consumidor.pdf?sequence=3>. Acesso em: 07 mar. 2012. Ver, ainda, SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e economia:** análise econômica dos direitos e das organizações. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-86; Juarez Freitas, **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31-32; 49, o qual afirma que o mundo jurídico não pode ser entendido "fora do pensamento", no sentido de conceituá-lo como um sistema fechado, "à base de definições alheias ao mundo dos valores materiais e históricos", pois "o direito positivo é aberto" e em hipótese alguma autossuficiente, devendo o sistema jurídico ser visto como "geneticamente aberto". Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 17, asseveram que o "Direito é [...] um indutor de condutas", sendo que a "interseção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve perseguir o mesmo ideal de todas as áreas do conhecimento, qual seja, promover a justiça e a equidade do sistema social como um todo". Conforme Paulo Nalin e Hugo Sirena, Da estrutura à função social do contrato: dez anos de um direito construído. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettor; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 277, antes a realidade social era "emoldurada pelo ordenamento jurídico" e agora "passa, também, a emoldurá-lo, influenciando sobremaneira na construção do Direito e, principalmente, no âmbito de aplicabilidade". Conforme Fernando Rodrigues Martins, **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48, é "quase impossível refutar a interação entre direito e economia", mesmo porque "os respectivos campos do primeiro (como a propriedade, os danos e os contratos) têm bases econômicas".

160 BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 238.

161 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. XI, p. 5, 2002.

162 RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Tradução de Agnes Schwarzschied. London: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949. p. 57. Conforme Eros Roberto Grau, **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 24, existe uma "interação dialética entre o econômico e o jurídico", sendo que o "condicionamento do Direito pela Economia é marcante".

atual das vantagens futuras que poderão derivar de um determinado bem ou de uma dada atividade", nas palavras de Roger Bowles.[163]

E, conforme destacado por Raquel Sztajn e Decio Zylbersztajn, o valor econômico de um bem é direta e proporcionalmente afetado quer pela "possibilidade de transferir os direitos de propriedade" incidentes sobre aquele, quer "pela existência de sistemas de garantia e coerção" para o exercício desses direitos.[164]

Essa dita garantia para o exercício dos direitos de propriedade de bens pode ser conferida pelo Estado – via normas positivadas – ou, então, por meio de "normas sociais não positivadas", que "atuam, muitas vezes, como mecanismo redutor de 'custos de transação'", conforme asseveram tais autores.[165]

Como veremos mais à frente, o atual sistema regulatório elétrico brasileiro, via regras editadas pela ANEEL e CCEE, confere garantia para o exercício do direito de propriedade e, portanto, de transferência do bem energia elétrica, ante sua necessidade ou essencialidade, atestando o seu valor.[166]

A escassez do produto ou bem determinará a dita "demanda por direitos de propriedade" sobre o referido bem e, na medida em que tais direitos passam a ser dotados de segurança (para o pleno exercício de tal direito), o retorno financeiro à aplicação de recursos para a titulação sobre esse bem passa a aumentar. Trata-se de uma análise sobre a dinâmica de como surgem os direitos de propriedade e seu reflexo sobre o comportamento dos agentes,[167] sob a ótica da nova economia institucional, "em que se privilegia os mecanismos privados para o desenho contratual".[168]

---

163 BOWLES, Roger. **Diritto e economia**. Bologna: Il Mulino, 1985. p. 84.

164 ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel. Economia dos direitos de propriedade. Parte I - a economia e o direito de propriedade. In: _____. (Org.). **Direito e economia:** análise econômica dos direitos e das organizações. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 86.

165 Ibidem, p. 87.

166 Veja-se que o legislador penal, ao disciplinar a energia enquanto coisa, lhe assegura a propriedade na tipificação do crime de furto de energia (§ 3º do art. 153 do Código Penal), que será mais bem estudado no tópico 3.3 deste trabalho.

167 Ver a análise feita por Bernardo Muller em Economia dos direitos de propriedade. Parte I - direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e economia:** análise econômica dos direitos e das organizações. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 94-96.

168 Conforme Decio Zylbersztajn e Raquel Sztajn, Economia dos contratos. Parte I - Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas. In: _____. (Org.). **Direito e economia:** análise econômica dos direitos e das organizações. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 109.

Assim, não apenas os critérios de utilidade ou escassez/abundância darão a valoração do bem, mas, antes, o de possibilidade de troca (*scambialità*) ou demanda pelo bem que permite sua caracterização enquanto mercadoria, qualificado pela sua patrimonialidade (ou valoração).[169]

De qualquer modo, há um papel funcional das empresas ou, como prefere Fábio Konder Comparato, a "função social da propriedade dos bens de produção",[170] sendo certo que os bens gerados pela atividade produtiva desempenhada pelas empresas guardam valoração na exata medida em que essa dita atividade é tida e reconhecida, no campo da análise econômica, "pela criação de valor", conforme preceitua o referido jurista.

É nesse sentido que as energias mencionadas pelo legislador civilista enquanto bens móveis podem ser valoradas, com destaque para a elétrica, objeto deste trabalho, posto que sua geração e negociação, no campo do mercado livre, são realizadas e vistas enquanto atividades produtivas. Portanto, são criadoras de valor, no caso, de um bem (ou mercadoria), diretamente consumido (no sentido de extinguir-se) pelos "consumidores livres", atualmente compostos por empresas, que acabam por rotular tal bem como insumo produtivo, uma vez que passa a integrar o ciclo de produção dessas mesmas empresas.

A valoração do bem é, portanto, ofertada pelo mercado, o qual, por meio de suas leis, irá atribuir valores às mercadorias. No caso particular do mercado livre de energia elétrica, as regras de precificação são variadas,[171] mas, de qualquer modo, seguem determinada "lógica" do ACL, conforme já exposto na introdução a este trabalho. Não obstante, pode-se afirmar que existe uma racionalidade maior, que alberga todos os mercados de compra e venda de bens e que condiz com as regras universais da oferta e da procura, puramente quantitativa.

Por isso, a rotulagem do valor econômico encontra-se quer no Código Civil, quer no Código Penal, haja vista que eventuais outras energias, como, por exemplo, a energia

---

[169] Conforme BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 238.

[170] COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro,** São Paulo, ano XXV (nova série), n. 63, p. 71-72, jul.-set. 1986.

[171] Conforme destaca Gerusa de Souza Côrtes Magalhães, **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 95, há diferentes formas de precificação que são usadas em um contrato de compra e venda de energia no ACL, sendo certo que a pactuação entre as partes dar-se-á em razão da conjugação de variados fatores, dentre eles, a época da contratação, os riscos que as partes desejam assumir e quantidades (volumes) contratados.

mecânica, produzida pelos músculos de um cavalo na tração de um arado, ou a que geramos ao carregar materiais, por não possuírem valoração (no sentido de valor de troca, apesar do valor de uso, ínsito e não quantificável), não servem para compor o universo de bens passíveis de proteção jurídica.

O mesmo veremos sob o ponto de vista tributário, onde encontraremos a energia elétrica destacada enquanto bem ou insumo passível de sofrer incidência do ICMS, portanto, uma vez mais analisado e distinguido por uma ótica econômica. Ademais, a valoração da energia elétrica já vinha consagrada, ainda que de maneira ínsita, no campo tributário, visto que o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e alterações posteriores) a dispõe como produto industrializado, para fins de incidência fiscal, portanto, dotado de valor econômico.

E aqui vem o confronto com a ideia desenvolvida por Pontes de Miranda, já transcrita, de que o interesse jurídico por um bem não está atrelado ao seu valor econômico. No caso das energias, em particular da energia elétrica, é essa valoração que importa para o jurista, posto que, sem a mesma, não há que se destacar a mesma como um bem móvel, por determinação legal, passível, inclusive, de compor o tipo de furto, conforme veremos adiante.

Nesse sentido é que a característica da valoração econômica desses bens é tão importante, visto que essa qualificação é que os torna objeto de interesses jurídicos, inclusive para os fins de se formarem as relações contratuais privadas de compra e venda, bem como abrindo espaço para a composição de negociações jurídicas entre a nova figura do comercializador varejista e os seus consumidores livres, ambos centro deste estudo.

Conforme apontou Floriano de Azevedo Marques Neto:

> "não é objeto do CCB tratar dos direitos da coletividade em relação ao bem, o que significaria atribuir-lhe valor em face da relação de uso (utilidade) e não da relação de troca (comutação). Objetiva o Código tratar, isto sim, do direito do proprietário em relação ao bem, inclusive para proteger este direito em face de terceiros (a coletividade)".[172]

Por conta disso é que, ao mesmo tempo em a energia elétrica pode ser um viés de bem público, pode ser estudada sob um enfoque de regime privatista, visto que, ao mesmo tempo em que detém uma conotação de valoração para fins de permitir ser apreendida em uma

[172] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos:** função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 107.

relação negocial de compra e venda, sendo precificada e dotada de transferibilidade de uma pessoa a outra, ela contém a característica da essencialidade na vida humana, o que implica em um regime destacado de gestão pelo Poder Público.

Por isso que, diversamente, é no campo da Constituição Federal, onde o bem energia é trabalhado de outra forma, sem a qualificação do valor econômico. Neste, o impulso que moveu o legislador foi o de um bem de cunho essencial à preservação dos interesses humanos, mais precisamente, um bem que se qualifica por sua imprescindibilidade para a sobrevivência humana. E, sob esse matiz, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, é um bem de interesse social.

Na verdade, quanto ao aspecto constitucional, a energia elétrica é tomada sob o aspecto do serviço público, haja vista a imprescindibilidade de sua existência. Contudo, apesar dessa visão, o legislador constituinte não impediu que ela fosse negociada entre particulares, permitindo a composição de um campo de relações negociais, regidas de perto pelo direito civil, o que será desenvolvido ao longo deste trabalho.

Assim, identificado o conceito de energia – destacando-se a energia elétrica – e fundamentado o valor que a mesma tem, quer econômico, quer de uso ou troca, passaremos, na esfera jurídica, a analisar os campos do direito em que o legislador trabalhou com esse elemento, para que possamos, fazendo uma interpretação conjunta e integrando os vários corpos legislativos que disponham sobre esse bem, capturar aquilo que o legislador civilista quis regrar no inciso I do art. 83 do Código Civil[173] e usá-lo como ponto de partida para a análise dos contratos de comercialização da energia elétrica à luz dos princípios e da teoria dos contratos.

Para tanto, destacamos os dispositivos legais de três diplomas – Constituição Federal, Código Penal e Código Tributário Nacional – que serão a seguir analisados, para, ato contínuo e ao final deste capítulo, passarmos ao melhor entendimento do quanto foi redigido pelo legislador pátrio no supracitado dispositivo civilista, fazendo o recorte vertical e destacando a energia elétrica como objeto de interesse central e bem jurídico não público.

---

[173] Nesse sentido, Juarez Freitas, **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23, afirma que "o Direito legislado afigura-se como uma rede de coordenadas, na qual deve operar o intérprete, perscrutando caminhos e desvendando riquezas, especialmente as ocultas sob a superfície. O texto exige ir além do texto", pois "interpretar é uma tarefa que só se realiza bem quando se conexiona e se relaciona bem".

2.2. Concepção de energia na Constituição Federal

Para uma melhor compreensão do conceito energia no campo jurídico, nada melhor do que iniciarmos a análise do significado que esse termo ganha no contexto da Constituição Federal, uma vez que a interpretação das disposições do direito privado não pode entrar em choque, mas, sim, se conformar às daquele diploma legal.

Conforme aponta Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, o diploma constitucional não apresenta "uma divisão específica para tratar do tema energia", sendo certo que os dispositivos que "se ocupam do assunto encontram-se pulverizados em seu corpo",[174] reconhecendo competir privativamente à União legislar sobre águas e energia (inciso IV do art. 22). De todo os dispositivos, extrairemos os que nos parecem mais relevantes para o presente trabalho.

A Constituição Federal em vigor, assim como as anteriores, desde a de 1934, encarta o fornecimento da energia elétrica dentro do campo do serviço público, o que vem desde o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934),[175] não trazendo um conceito singularizado da mesma enquanto um bem jurídico.

Nesse sentido, a alínea "b" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal dispõe ser de competência da União a exploração, direta ou via autorização, concessão ou permissão dos serviços e instalações de energia elétrica e dos aproveitamentos energéticos dos cursos de água.

Em reforço, destaca, no *caput* do seu art. 178, que os potenciais de energia hidráulica são "propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União", garantindo-se ao "concessionário a propriedade do produto da lavra".

Por esse dispositivo, podemos afirmar que a energia elétrica seria o "produto" da lavra de tais potenciais e, como tal, pertenceria aos seus exploradores (autorizados ou concessionários) enquanto bem distinto e comercializável. Nesse aspecto, a comercialização de tal bem no espaço do mercado livre encontra-se dentro desse campo de visão, qual seja, a negociação do produto "extraído" pelos geradores (concessionários ou autorizados) e intermediado pelos comercializadores para consumidores livres.

---

[174] LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 31.

[175] Ver art. 139 et seq. BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em: 17 jan. 2013.

Nesse aspecto, apenas interessante destacar que, conforme alerta Luiz Gustavo Kaercher Loureiro,[176] a nossa Constituição Federal parece se preocupar apenas com fontes finitas de energia – fósseis, minerais e hidráulicas –, visto que não traz disposições a respeito de fontes eólicas ou de biomassa.

Esse reforço interpretativo é ainda conferido quando o legislador constituinte lista, como bens da União, não a energia elétrica, mas, antes, "os potenciais de energia hidráulica", nos termos do inciso VIII do seu art. 20.

Tal fato é relevante na medida em que, ao não dispor explicitamente sobre a titularidade da energia elétrica, reforça essa abertura legislativa quando não dispõe de tais tipos alternativos de fontes de energia e, portanto, não trata da titularidade da energia elétrica daí advinda.

Não que a origem ou fonte da energia elétrica tenha impacto na análise jurídica que pretendemos fazer sobre os contratos de comercialização de energia elétrica. O que queremos pontuar é que não há, no texto constitucional, qualquer referência à titularidade da energia elétrica, apenas se faz menção à titularidade de alguns potenciais de geração, o que reforça o já pontuado: esse bem poderá integrar relações de cunho privado ou público, como qualquer outro bem móvel.

É importante que esse apontamento, apesar de simplista sob a ótica jurídica, seja aqui consignado, para evitarmos a mínima discussão a respeito da possibilidade de avaliarmos os contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre dentro da visão do direito civil, sem pensarmos na mesma enquanto objeto de um serviço público essencial.

Assim, percebe-se que o legislador constituinte, por certo, olha a energia elétrica apenas sob o caráter público, quer em razão das instalações (usinas, linhas de transmissão),[177] quer em razão do seu fornecimento aos usuários, pessoas físicas ou jurídicas (nesse aspecto, pensando na relação de fornecimento pelas distribuidoras no campo do ACR). Não se enfrentou o tema de uma energia elétrica passível de negociação no âmbito do mercado livre, enquanto mercadoria distinta das suas origens.

---

[176] LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 37.

[177] BERCOVICI, Gilberto. A exploração dos potenciais de energia hidráulica e seu "aproveitamento ótimo". **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 38-41, jul.-set. 2011.

Lembremos que a energia elétrica (ou eletricidade) é gerada e consumida continuamente, tão logo injetada no fio (conforme jargão da área), sem armazenamento e distinção de suas fontes de geração.

É sob esse enfoque que o inciso I do art. 83 do Código Civil só trouxe o que já se sabia e estava "implícito" no texto constitucional: ser a energia elétrica um bem móvel passível de negociação em ambiente privado, ainda que seguindo um mínimo de regras apresentadas pela regulação setorial.

Conforme destaca o art. 6º da Lei nº 8.987, de 13 de março de 1995, o serviço público de energia elétrica é aquele prestado de forma a satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária, situações que não se enquadram no universo das relações de comercialização desse bem no mercado livre, onde existe espaço de negociação para aquisição de uma mercadoria entre particulares, mas, antes, no das relações do ambiente regulado.

Tanto isso é verdade que, conforme destaca Dinorá Adelaide Musetti Grotti,[178] a legislação infralegal "prevê a coexistência de dois tipos diferentes de regimes jurídicos para a prestação" do serviço de geração, quais sejam, o público, via concessão, e outro, enquanto atividade privada, "submetida ao princípio da livre iniciativa", que só exige a "concessão de uso de bem público", qual seja, o potencial hidráulico, para a geração. Este último regime é realizado pelo produtor independente de energia elétrica, introduzido pela Lei nº 9.074/95 (art. 6º), conforme já destacamos na introdução deste trabalho, que gera a energia para suas próprias finalidades, inclusive a de poder vendê-la no mercado livre.

Apesar de haver certa divergência doutrinária, quer quanto à qualificação dos serviços de geração de energia – serviço público ou atividade econômica –, quer quanto às próprias atividades do produtor independente – se passíveis ou não de estarem em um mercado competitivo[179] –, para os propósitos deste trabalho, nos filiamos à corrente de que a energia

---

[178] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180.

[179] Para maiores detalhes a respeito das controvérsias sobre a natureza jurídica do produtor independente (prestador de serviços públicos ou atividade econômica) e sobre a geração de energia elétrica ser ou não serviço público, ver os levantamentos feitos por Alexandre Santos de Aragão, **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 276-279; Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra Fagundes, Os novos rumos do direito da eletricidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 14-15, abr.-jun. 2001; Elena Landau, Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, p. 112-133, set.-dez. 2007.

elétrica é uma mercadoria, um bem não público por natureza, passível de ampla negociação entre particulares, dentro dos regulamentos aplicáveis.

Assim, por permissão legal constitucional, agora reforçada pelo Código Civil, o bem energia elétrica está inserido no campo da iniciativa ou liberdade de negociação para fins de ser objeto jurídico de comercialização entre particulares, o que, em certa medida, pode-se afirmar, veio em boa hora, haja vista a legislação que regula a comercialização no ACL, a criação das Bolsas de Energia Elétrica e a nova figura contratual que se formará entre o comercializador varejista e os consumidores livres a ele vinculados, que exigirão grande atuação dos juristas civilistas para melhor definição dos padrões e elementos desses tipos contratuais.

Existe a relação entre o gerador de energia elétrica que pode revendê-la (produtor independente) e as distribuidoras (pública) e outra entre aquele e o consumidor livre (privada, no âmbito do mercado livre). Este, por sua vez, também mantém relação jurídica distinta (esta de natureza de serviço público) com a própria distribuidora, a qual se responsabiliza por permitir a entrega da energia elétrica adquirida pelo consumidor livre.

Os geradores (ainda que produtores independentes) que revendem a energia elétrica para as concessionárias distribuidoras mantêm com estas relações de cunho público, responsabilizando-se, no âmbito do mercado cativo, pela entrega da mesma na rede da distribuidora.

Por isso que buscamos avaliar a comercialização da energia elétrica no ACL sob a ótica do direito civil, haja vista que está arraigada a visão de que a mesma se submeteria às normas de direito público, posto ser objeto de fornecimento de um serviço público.

Nesse aspecto, em que estamos abordando as atividades relacionadas à energia elétrica, importante reforço em prol da nossa posição diz respeito à expressão “serviços de energia elétrica”, usado na alínea “b” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

Não iremos aqui repetir, até porque os limites e escopo deste trabalho não nos permitem, mas apenas apresentar a conclusão de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro,[180] no sentido de que as atividades de comercialização de energia elétrica, a princípio, não se

[180] LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 104.

enquadram como tais serviços, dependendo de disposição do legislador ordinário nesse sentido.

Em reforço ao quanto já foi regulado em matéria do mercado livre, é factível e tem respaldo legal a assertiva de que as atividades de comercialização de energia elétrica nesse mercado não se enquadram naquelas ditas como serviços públicos[181] e, portanto, é plenamente possível inserir o estudo do CCVEE no campo do direito civil sob a égide de seus princípios contratuais, ainda que guarde certa observância às regras mínimas da regulação setorial. Veremos que esse estudo em nada desnatura o referido tipo contratual e seu enquadramento legal.

Ademais, em certa medida, essa visão de energia elétrica enquanto um bem passível de negociação pode ser extraída de uma interpretação literal do tipo penal do furto, descrita no § 3º do art. 153 do Código Penal, cujo bem jurídico tutelado é o patrimônio. Contudo, como veremos a seguir, tal dispositivo contém, em suas bases originais, a visão do mesmo enquanto um bem de domínio público, visto que a jurisprudência existente sempre tratou do furto de energia elétrica pelos usuários não pagantes ("gatos") das concessionárias distribuidoras.

Nesse sentido, ao efetuarmos a análise desse dispositivo penal, demonstraremos que é possível ampliar as possibilidades de sua aplicação, trazendo-lhe a possibilidade de uma roupagem da energia elétrica enquanto bem não público, deixando o simples campo dos furtos entre usuários não pagantes e as distribuidoras e ampliando-se para uma análise sob a ótica de uma mercadoria que pode ser furtada de consumidores livres enquanto titulares desse bem.

2.3. A contribuição do direito penal e do direito tributário para a análise e conceituação do tema

No campo penal, existe uma linha de estudos sobre os chamados "bens jurídicos" que são objeto da tutela desse ramo do direito. Nesse sentido, o uso do vocábulo "bem", fora da

[181] Marcelo Costa Fadel, **O direito da energia elétrica sob a ótica do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113, afirma ser a comercialização de energia elétrica um "segmento autônomo do setor" e deve ser entendida como "atividade econômica em sentido estrito", com o que estamos de acordo, desde que se anote que usamos e aceitamos tal expressão sob o quanto é doutrinado por Eros Roberto Grau, **A ordem econômica na constituição de 1988:** interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 144, para quem se trata de espécie do gênero atividade econômica (esta engloba serviço público), sendo que a ela estão reservadas "todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa".

roupagem jurídica, pode nos levar a buscar uma conceituação do seu mero significado (definição semântica), ou defini-lo idealmente ou, ainda, de forma material, trazendo-o para a realidade, sendo que, a partir dessa visão realista, podemos identificar nos bens interesses ou valores do ser humano.

Como afirma Francisco de Assis Toledo, "*bem*, em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso", concluindo que são "coisas reais ou objetos ideais dotados de 'valor', isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, 'valem'".[182]

Dessa visão ampla de bem, para fins de tutela do direito penal, extrai-se e se utiliza o conceito de "bem jurídico", conforme afirma Luiz Regis Prado.[183] E como prossegue esse mesmo autor, tal noção é "de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica, nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permite a crítica do direito positivo".[184]

O conceito de bem jurídico, na esfera penal, veio sendo talhado ou trabalhado em uma longa evolução doutrinária, resultado de várias transformações político-sociais e filosóficas; portanto, a depender da época, da forma de Estado e da posição da sociedade civil, ele adquiria "conceituação" particular àquele período, para fins de se poder dar um conteúdo material ao delito.

Assim, o tema bem jurídico, dentro do direito penal, sempre foi e continua sendo controvertido até os dias atuais[185] e, pelo que se vislumbra das mudanças sociais, ainda poderá ser objeto de reanálises e discussões por tantas outras vezes, até porque guarda, ou deveria guardar, total e estreita ligação com a definição sobre política-criminal e, então, com a questão maior a respeito de quais critérios devem ser usados para se chegar à definição e delimitação dos bens vitais para a sociedade que devem ser objeto de tutela por parte do direito penal.

Se as divergências de concepções a respeito do bem jurídico guardam relação e ganham força por conta das mutações que ocorrem na sociedade civil, fato é que o direito, em

---

[182] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal:** de acordo com a Lei nº 7.209, de 11.07.1984, e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 15.

[183] PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 18.

[184] Ibidem, p. 19.

[185] FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito:** un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: Editorial B de F; Buenos Aires: Euros Editores, 2004. p. 3-4.

virtude de ser um sistema complexo e aberto (não se trata de um mero ordenamento jurídico estático, mas, antes, um conjunto de elementos dinâmicos, que mantêm relações entre si),[186] acaba por responder a tais modificações, permitindo que o legislador pátrio, mediante o uso de políticas criminais, criminalize ou descriminalize condutas de acordo com os bens jurídicos (aqui usados como interesses/valores) que a sociedade considere devam ser penalmente tutelados.

Pode-se asseverar que existe uma autocriação do direito, em particular, do direito penal, na medida em que os elementos do sistema jurídico se relacionam e se influenciam mutuamente, sempre o criando e renovando. A dinamicidade nas ligações entre os elementos e a retroalimentação entre eles é a característica essencial e fundamental ao sistema jurídico.

No entanto, conforme já destacamos, há as inter-relações que tais elementos jurídicos guardam com os a eles externos (sociais, políticos, econômicos, entre outros), posto estar o sistema jurídico inserido em um contexto social maior.[187]

Fazendo-se, então, o recorte jurídico no campo do direito penal, nunca é demais ratificar que esse ramo do direito é fruto das escolhas políticas advindas do tipo de Estado no qual se insere a sociedade civil, ainda que seja nesta que se originem os valores ou interesses relevantes ou vitais que devam ser resguardados pelo legislador penal.

Assim, não obstante serem as decisões político-criminais que formalizam os tipos e, portanto, materializam os bens jurídicos tutelados sob a defensa criminal, essa decisão política, em um Estado de direito, como o brasileiro, não pode tornar, arbitrariamente, qualquer conduta que exponha a perigo ou lesione bens jurídicos como objeto de um delito, sob pena de se estar praticando arbitrariedades em nome de uma pretensa defesa da segurança pública. Lembremos o que ocorreu na época do nazismo.

Apenas aqueles bens (valores ou interesses) que a sociedade civil considere relevantes e vitais para a existência e manutenção da própria sociedade, a ponto de serem resguardados pelo direito penal, enquanto última instância protetiva, serão guindados à

---

[186] Antonio Junqueira de Azevedo, O direito como sistema complexo e de 2ª 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. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26, esclarece que os elementos jurídicos não são apenas as normas (Constituição Federal e todas as demais leis), pois incluem também as instituições (tribunais, assembleias e câmaras legislativas), os operadores (advogados, juízes e promotores), a doutrina e a jurisprudência. A interligação que existe entre tais componentes e que gera a sua dinamicidade e complexidade pode ser entendida como uma retroalimentação ou *feed-back*, na medida em que uns influenciam os outros.

[187] Ver nota 157.

condição de bens jurídicos que, uma vez lesados, permitirão ao Estado o exercício do seu poder punitivo.

Neste ponto, é importante relembrarmos as palavras de Eros Roberto Grau sobre o direito:

> "O Direito não é resultado de nenhuma vontade, é uma invenção do homem. Invenção, contudo, produto cultural, resultante da atuação das forças sociais – ou de uma delas, com poder de dominação sobre as demais. Por isso que o Direito legítimo não é somente poder e não deve nem pode a vontade do estado ser considerada a fonte do Direito legítimo. Enquanto produto cultural, o Direito é inicialmente conjunto de sentidos e princípios forjados pela sociedade, sob seus padrões de cultura".[188]

Essa função de limitar a atividade legiferante do Estado na produção de "normas" que contenham tipos penais e, consequentemente, restringir o poder estatal de aplicar a sanção penal é usada como argumentação para o desenvolvimento e utilização da teoria do bem jurídico penal e, como tal, seria garantia fundamental dos cidadãos.[189]

Ocorre que, ante a profusão legislativa brasileira, na tentativa de resguardar os supostos "direitos dos cidadãos", justamente sob a ótica de que estão protegendo os bens jurídicos socialmente relevantes a essa sociedade, o direito penal se conduz para um caminho de "ciência socializadora" ou "ciência apaziguadora dos males sociais", papel que não lhe cabe.

De qualquer modo, é importante que se façam exercícios acadêmicos de se pensar e repensar a teoria do bem jurídico, com a intenção de verificar se possui aquela funcionalidade limitadora, o que exigirá que os olhos dos juristas estejam bem abertos e direcionados para as mudanças sociais e quaisquer descaminhos políticos do direito penal, na tentativa de usá-lo como meio de manipulação.

Conforme assevera Fábio Romeu Canton Filho, quando se elege determinado

> "valor pela sociedade para ser plasmado na forma de bem jurídico, havemos sempre de pensar que por trás desta escolha coletiva há a opção de determinada "visão de

---

188 GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceito e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 21.

189 Nesse sentido, ver PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 21-23.

> mundo", sustentada por um grupo *particular* de indivíduos que de alguma forma foi vitorioso na tentativa de fazer de seus valores aqueles representativos de toda uma sociedade numa dada época".[190]

Nessa mesma linha, Ana Elisa Bechara destaca que

> "o bem jurídico apenas adquire uma função limitadora, do ponto de vista político-criminal, se for submetido a valorações jurídico-penais que permitam selecionar com critérios específicos os objetos dignos de amparo na esfera penal. Assim, a fim de que um bem jurídico possa ser considerado um bem jurídico-penal, cabe exigir-lhe suficiente importância social e necessidade de proteção pelo direito penal".[191]

Sob essa ótica de incertezas quanto ao uso da teoria do bem jurídico, indefinição sobre seu conteúdo e aplicabilidade da mesma para limitar a atuação do poder punitivo estatal, é que passamos a analisar o objeto jurídico do crime de furto de energia elétrica, sempre à luz das mudanças já ocorridas e das que se programam para a área da energia, basicamente da energia elétrica, em conjunto com a atual regulamentação da área, a fim de capturarmos mais informações que nos auxiliem na delimitação do tema energia elétrica à luz do presente trabalho.

Tomando por base o quanto já foi trazido no item 3.1 deste capítulo, podemos definir energia, segundo a Física, como a capacidade de realizar trabalho, que significa, basicamente, forçar algo a se movimentar. Tal capacidade assume diversas formas que correspondem aos diferentes tipos de energia: cinética, química (armazenada nos combustíveis), gravitacional, elétrica e radioativa. A energia não é criada ou destruída, mas, sim, transformada, convertida ou redistribuída.[192]

---

190 CANTON FILHO, Fábio Romeu. **A valoração do bem jurídico penal e a Constituição Federal de 1988:** a evolução histórica das criminalizações no direito penal brasileiro. 2009. 279 p. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, mimeo. p. 4.

191 BECHARA, Ana Elisa. **Da teoria do bem jurídico:** como critério de legitimidade do direito penal. 464 f. 2010. Tese (Concurso de Livre-Docente para o Departamento de direito penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 117.

192 Ver FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. p. 347-348.

O Código Penal de 1940 passou a equiparar à coisa móvel, para fins do crime de furto, a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico[193] (objeto material do tipo). Nesse sentido, a relação ou interesse que o legislador quis proteger foi o patrimonial: "é a tutela da posse. De forma mediata, é também protegida a propriedade. Ambos, possuidor e proprietário, merecem a tutela penal", conforme destacado por Paulo José da Costa Júnior.[194]

Veja-se que o interesse do legislador penal foi proteger as energias, com destaque para a elétrica, e não as fontes de sua geração, visto que a maior parte das mesmas corresponde a bens materiais (carvão, óleo, gasolina, gás natural, petróleo e lenha) e, portanto, já estaria resguardada por meio do crime de furto simples, descrito no *caput* do art. 155 daquele diploma legal.

Contudo, a maioria dos julgados, senão a totalidade, refere-se ao furto de energia elétrica, não importando sua fonte (hidráulica, solar, eólica, biomassa, fissão nuclear do urânio etc.).

O tipo furto de energia foi inovação trazida pelo Código Penal de 1940, conforme item 56 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal:

> "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".

A entrada desse novo objeto material – energia – no crime de furto foi, por certo, fruto de certa pressão político-econômica, quer porque nenhum outro diploma legal o tratava como bem móvel, não obstante as características "físicas" de tal objeto já permitirem o

---

193 "Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: [...] § 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico". O Código Penal Italiano possui dispositivo no mesmo sentido: "624. Furto. [...] Para os efeitos da lei penal, se considera coisa móvel também a energia elétrica e qualquer outra energia que tenha valor econômico" (tradução livre). FREENFO.NET. **Codice Penale**. Libro II. Disponível em: <http://libri.freenfo.net/D/D0000402.html#524>. Acesso em: 29 jan. 2013.

194 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal objetivo:** breves comentários ao Código. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 277.

entendimento de ser o mesmo um bem móvel,[195] quer porque havia um "monopólio" na distribuição da energia, destacando-se que, na década de 1920, a Light e a AMFORP dominavam o setor no Brasil, chegando a responder por dois terços do suprimento de energia elétrica no país.[196]

O mercado de distribuição sempre foi um monopólio natural, não permitindo a competição entre as empresas. Olhando-se para a época de 1940, quando entrou em vigor esse novo Código Penal, é visível o peso daquela espécie de monopólio[197] em favor da decisão de se tipificar a conduta do desvio de energia elétrica, via ligação clandestina de fios condutores dos consumidores diretamente na rede da distribuidora, posto ser tal prática geradora de enormes prejuízos para essas distribuidoras.[198]

Alie-se a esse fato o de que havia enormes potenciais hidráulicos geradores a serem explorados, o mercado ainda estava se organizando e a população não era tão grande assim, o que implica afirmar que o foco maior estava na perda da energia elétrica, ou na não geração de caixa decorrente dos desvios, em nada guardando relevância com a relação escassez e demanda por tal produto.

Era uma visão estreita, econômica, que se comprazia do fato de que não havia uma forte regulação do setor capaz de impor obrigações aos geradores e, em especial, aos distribuidores, de modo que se responsabilizassem por essas "perdas" de energia de modo mais contundente.

---

[195] Não obstante qualquer pessoa poder compreender, de modo simplista, que a energia elétrica seria um "bem móvel", para fins legais, é necessária a disposição expressa, o que foi feito no Código Penal de 1940 e, tardiamente, no Código Civil de 2002, que a incorporou ao rol de bens móveis "para efeitos legais": "Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico".

[196] Conforme Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra Fagundes, Evolução da regulação nos contratos de energia elétrica, **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano VII, n. 010, p. 12, dez. 2010. Veja-se que ainda hoje se discute sobre o monopólio que as distribuidoras de energia exercem. Sobre esse tópico, leia-se SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Existe monopólio do fio? **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano II, n. 003, p. 102-129, jul. 2005, interessante estudo em que se discute a possibilidade real de se romper com dito monopólio, posição que defendemos.

[197] "O ambiente regulatório estabelecido refletia e adequava-se aos objetivos ideológicos da Nação, marcadamente intervenção e nacionalização", como bem destaca Maria João Pereira Rolim, Tributação e financiamento de obrigações públicas no setor elétrico. In: LANDAU, Elena. **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 394.

[198] Conforme esclarece Magalhães Noronha (1984) *apud* FRANCO, Alberto Silva. Título II – Dos crimes contra o patrimônio. In: _____. et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 1928: "se o consumidor desvia a corrente de energia antes que ela passe pelo registro, dá-se a subtração, pois não se pode falar em entrega, em *traditio* da energia, senão depois que se dá o registro do consumo. Opera-se, então, a subtração dessa quantidade de energia, que se achava na posse do fornecedor". Ver, ainda, CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte especial. v. 2. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 367-368.

No entanto, como se sabe, a "energia elétrica, uma vez produzida, é um bem absolutamente homogêneo e insuscetível de ser estocado em grandes quantidades, de maneira economicamente viável", sendo que a maior parte dessa energia consumida no Brasil advém de fontes hidráulicas, caracterizadas pela "sazonalidade", o que exigiu do administrador público a adoção de um SIN, a fim de impor um uso mais racional daquela.[199]

Assim, essas mudanças comportamentais do próprio mercado já sinalizavam para o conflito produção *versus* demanda[200] da energia elétrica que acabaram implicando, anos depois, nas necessárias políticas ambientais para proteção das fontes de recursos hídricos. Essas preocupações ambientais deslocaram o bem energia elétrica para a categoria de ambientalmente tutelado, na medida em que protegidas são as fontes de sua geração (em especial, a hidráulica, conforme Leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e nº 9.985, de 18 de julho de 2000).

Ademais, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, atualizada pela Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a política energética nacional,[201] as atividades relativas ao monopólio do petróleo e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a ANP, regula que, entre os princípios e objetivos dessa política, estão: (a) a valorização dos recursos energéticos, (b) a promoção do meio ambiente, promovendo a conservação da energia, (c) a busca de soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do país e (d) o uso de fontes alternativas de energia.[202]

Nessa linha é que novos potenciais têm sido explorados – eólico, solar, biomassa – na tentativa de se tornarem fontes de produção de energia elétrica em períodos alternados das baixas hídricas, a fim de se manter a geração condizente com a demanda.

---

199 Para maior aprofundamento, ver 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.

200 Sobre a demanda crescente por energia e a falta de políticas públicas voltadas para o devido aproveitamento das fontes primárias das mesmas (e fontes renováveis), ver PIRES, Adriano; HOLTZ, Abel. Setor elétrico ante a demanda crescente. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 01 fev. 2012. Economia, p. B2.

201 Conforme Maria João Rolim, **Direito econômico da energia elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 241; 262, a eficiência no uso da energia é um importante elemento de qualquer política energética, sempre destacada quando se está em jogo a situação de escassez, sendo certo que, no caso brasileiro, a percepção de escassez materializou-se nas épocas do choque do petróleo de 1973-1974 e 1979-1981. Para um entendimento maior a respeito de política e eficiência energética, ver o trabalho na íntegra (p. 221-277).

202 Ver FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Curso de direito da energia:** tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69-74.

Para se conseguir tal proteção (conservação da energia), além de diversos mecanismos regulatórios (via ANEEL),[203] logicamente a tipificação do delito de furto de energia foi e continua sendo um dos caminhos.

Contudo, verificamos e podemos destacar que a visão penalista tem um cunho social, baseado nas relações entre agentes públicos (distribuidoras de energia) e os consumidores ou usuários desses serviços.

Trata-se de uma linha, logicamente, distinta da do legislador civilista, que traz a figura da energia valorável, com destaque para a energia elétrica, para o campo das relações negociais entre particulares, tendo por respaldo regulatório a figura do consumidor livre, que pode adquirir tal bem de quem julgar adequado.

Nesse sentido, tal proteção assenta-se justamente no caráter da essencialidade desse bem, enquanto indispensável para a própria sobrevivência, preservando-se, desse modo, a dignidade da pessoa humana.

O direito penal busca proteger, por meio dos tipos, as relações de valor ou de interesse entre: indivíduos (sujeitos de direito) e objetos; aqueles e outros sujeitos; os sujeitos e o sistema social; ou valores e interesses no âmbito público, entre outros, conforme Gonzalo Fernández.[204]

E é nessa linha que esse autor trata da teoria humanista do bem jurídico penal, na qual tem destaque esse valor social ou a relação social que está no centro (substrato) do referido conceito de bem jurídico e que, portanto, guarda estreita relação com o princípio da dignidade humana.

E foi com esse enfoque, para alinhar o Código Civil a essa visão, que o nosso legislador introduziu a disposição do inciso I do art. 83 nesse diploma, a qual, por sua vez, guarda total relevância para a interpretação e aplicação das regras sobre as relações negociais no campo do mercado livre de energia elétrica, para além da noção de serviço público que resta protegida sob o manto penalista.

Assim, vemos que, a par de a energia, no campo do direito penal, ser tratada como um bem móvel, valorável, no campo jurisprudencial encontramos apenas a visão da mesma enquanto um "serviço público", visto que se refere às relações entre distribuidores e usuários

---

[203] Ver ROLIM, Maria João, op cit., 260-270.

[204] FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito:** un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: Editorial B de F; Buenos Aires: Euros Editores, 2004. p. 126-127.

desse serviço diante de terceiros “não usuários” (autores do furto) que transferem energia elétrica dessa rede para seu consumo, sem qualquer contraprestação aos primeiros.

Contudo, em razão do ajustado disciplinamento civil da energia elétrica, ancorado nas relações negociais entre particulares que se formam no mercado livre, e em razão de o tipo penal do furto de energia elétrica ser amplo, novas demandas penais poderão chegar aos nossos juízes e tribunais, para além da mera relação de furto no campo das relações públicas, visto que a negociação desse bem sob o aspecto privado, com respaldo nas normas de direito civil e na regulação mínima sobre o tema da sua comercialização no ACL, certamente dará vida a novas situações que não eram imaginadas quando da criação do supracitado dispositivo penal.

Pontuado o interesse mais amplo que a visão da energia elétrica como uma mercadoria pode ter no campo do direito penal, vejamos, por fim, no campo do direito tributário, como a figura da energia elétrica é tratada e se o interesse do entre tributante sobre esse bem pode trazer alguma nova visão no campo do direito civil ou se, ao contrário, este ajudará aquele.

O Código Tributário Nacional dispõe apenas sobre a energia elétrica enquanto bem, conceituando-a como um produto industrializado, nos termos do § 1º ao seu art. 74.[205]

Nesse aspecto, é interessante destacarmos que o setor elétrico também é visto ou conceituado como a “indústria elétrica”, pois, no seu ciclo dinâmico (ou de produção), é composto por várias etapas: geração, transmissão e distribuição, formando o que Walter Tolentino Álvares designa por “organismo elétrico”.[206] Este, no fundo, compreende a conversão de fontes primárias em energia mecânica, a qual, por sua vez, produz a energia elétrica.

Contudo, para fins de incidência tributária, apenas incide sobre tal mercadoria o ICMS e os impostos de importação e exportação, não havendo aplicação do IPI, nos termos do

---

[205] BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 07 fev. 2013.

[206] ÁLVARES, Walter Tolentino. **Curso de direito da energia**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 107. A atividade de comercialização da energia elétrica é distinta dessas outras três que compõem a “função elétrica”, pois o agente dela incumbido atua como um operador de mercado, quer vendendo para os distribuidores, quer negociando a venda para os consumidores livres. E é nessa atividade que buscamos enquadrar, estudar e analisar o bem energia elétrica, dotado de valor, sendo, nesse aspecto, um bem não público.

quanto disposto no § 3º do art. 155 da Constituição Federal e § 9º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Não iremos aqui fazer análises tributárias sobre a incidência ou não do ICMS em determinadas etapas da cadeia de transmissão da energia elétrica. Apenas destacamos que a incidência de tal tributo na ponta, para fins de recolhimento pelo consumidor livre, reforça o conceito da energia elétrica como um bem móvel ou mercadoria real, ainda que imaterial ou intangível (não armazenável), que consta do novo dispositivo do Código Civil (inciso I do art. 83), passível de ser objeto de relações de cunho privado ou público.

Após as análises de tais dispositivos legais, passaremos a explorar tal bem e suas características, fechando este capítulo.

2.4. Identificação da energia elétrica como bem móvel e suas características

Conforme já destacado, o Código Civil de 1916 não trazia dispositivo que conceituasse a energia como um bem,[207] mas a mesma já o era reconhecida como tal por meio das disposições do Código Penal e Tributário, conforme já verificamos anteriormente.

O legislador do Código Civil em vigor, apesar de não listar, nominalmente, todas as energias que tenham valor econômico, no quanto disposto no inciso I do seu art. 83, por certo e primordialmente deve ter pensado na energia elétrica enquanto bem indispensável ao ser humano, a qual, por possuir repercussão e efeitos econômicos, inevitavelmente torna-se objeto de foco, análise e regramento pelo direito.

Nesse sentido é que destacamos, desse rol aberto de energias valoráveis, a elétrica, até mesmo por conta do livre mercado que foi instituído e segue sendo desenvolvido para permitir a negociação desse bem entre particulares, sob uma ótica de regulação mínima.

É certo que a vagueza constante da expressão "as energias que tenham valor econômico", mais do que permitir, exige do jurista uma interpretação com base nas situações fáticas, haja vista que, conforme nos posiciona Fábio Konder Comparato, o ato de interpretar

[207] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado:** parte geral. Tomo 2. Campinas: Bookseller, 2000. p. 179-180, inclusive, traz um breve histórico sobre a perplexidade que os juristas tinham em aceitar a energia elétrica até mesmo como "coisa", destacando os autores alemães que ousaram apresentar o conceito de energia elétrica enquanto "objeto de negócio jurídico" ou, mesmo, "mercadoria, suscetível de venda e compra", sendo certo que esse autor a tratou como "coisa, cuja especificidade resulta ser específico o contrato de energia".

corresponde ao “abrir metodologicamente o texto normativo à luz dos fatos apresentados, num processo dialético de sucessivas aproximações entre a norma jurídica e a vida social”, uma vez que “o sentido da norma só se ilumina quando o seu texto é posto em contato com um problema social concreto”.[208]

Como já visto anteriormente, variados são os tipos de energia, sendo certo que, em alguma medida, as mesmas acabam apresentando valor econômico, quer porque podem ser diretamente negociadas, como é o caso da energia elétrica, quer porque fazem parte de alguma cadeia produtiva e, nesse sentido, agregam valor a esse processo, como é o caso da energia térmica ou a gerada pela combustão de derivados do petróleo, como gasolina e diesel, que podem movimentar motores e equipamentos de uma indústria.

Tendo restringido o escopo de estudo deste trabalho para a negociação da energia elétrica no mercado livre, podemos facilmente enquadrá-la como um dos bens móveis por determinação legal que o legislador pátrio teve em seu campo de pensamento ao elaborar o supracitado dispositivo.

O bem energia elétrica pode ser entendido como um bem jurídico, na medida em que a visão jurídica fará uma imersão no fenômeno físico de sua geração, o qual visa a atender às necessidades humanas, quer individuais, quer coletivas (sociedade), em diferentes situações de tempo e espaço, de onde extrairá os elementos necessários para compor as regras jurídicas que irão disciplinar sua utilização e negociação, ambas com repercussões econômicas.

O direito não disciplina o fenômeno físico, mas, após avaliá-lo, confere-lhe disciplina jurídica, criando um conceito jurídico da energia elétrica que possa ser utilizado no meio social. É essa a intenção trazida pelo legislador civilista.

Assim, a par de enquadrá-la enquanto bem móvel, é mister destacarmos que, como estamos a tratar do mercado livre de energia elétrica, onde a liberdade negocial é grande e representa a transferência de atividade do setor público para o privado, ela será aqui enquadrada como bem não público.

---

[208] COMPARATO, Fábio Konder. O papel do jurista no mundo em crise de valores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, v. 713, p. 280-281, mar. 1995.

Esse enfoque é reforçado até mesmo pela visão de que a própria geração de energia elétrica – origem desse bem – é entendida não como um serviço público, mas, antes, como atividade econômica ou "industrial".[209]

A própria visão econômica igualmente nos favorece nesse ponto, ao atestar que a energia elétrica não seria um bem público, na medida em que, para a economia, um bem é considerado público quando dotado das características da não excludência e não rivalidade, aquela dizendo respeito a um bem que não pode ser excluído de qualquer consumidor e a segunda no sentido de que o consumo por parte de um ou mais indivíduos diminui a quantidade a ser consumida pelos demais.

Nesse aspecto, podemos até afirmar que a primeira característica pode ser aplicada à energia elétrica, contudo, não a segunda, pois a mesma é colocada "no fio", sem marcação, e distribuída, aleatoriamente, não havendo controle de consumo entre os seus adquirentes, até porque o seu consumo é imediato.

Salvo se por motivos de redução de custos, um consumidor de energia elétrica não costuma verificar se o seu vizinho consome mais ou menos energia, visto que tal variação não o impedirá de utilizar-se da sua energia, salvo se não tiver quitado a conta. Apenas em situações como a do racionamento de energia elétrica pleiteada pelo Governo na primeira década deste século XXI, quando a geração da mesma foi abalada, é que poderemos avaliar uma situação de controle do consumo de tal mercadoria pela importância da mesma para a sociedade e não porque a mesma seja um bem público.[210]

Aliás, sob esse enfoque, destaquemos que, quer no campo da geração, quer no da comercialização, no geral, as empresas privadas recebem autorizações por parte do Poder Público (ANEEL),[211] outorgadas a título precário, via ato unilateral da Administração Pública, o que se mostra como "um regime de outorga plenamente aplicável e legal", conforme aponta

---

[209] Ver nota 86, aqui reforçada pela posição de Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra Fagundes, Os novos rumos do direito da eletricidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 4, abr.-jun. 2001.

[210] Nesse sentido, ver ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Macroeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 104-105.

[211] "As autorizações são concedidas a determinadas empresas ou consórcios, cujas características e capacidade foram devidamente apreciadas caso a caso pelo Poder Público, o que caracteriza a discricionariedade do ato autorizativo em oposição à delegação via concessão, que obrigatoriamente deve ser precedida de uma licitação, sem espaço maior para discricionariedade por parte da Administração", conforme nos posiciona Elena Landau, Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, p. 118, set.-dez. 2007.

Elena Landau,[212] visto que tanto a Lei nº 9.648/98 quanto o Decreto nº 2.655, de 02 de julho de 1998, delinearam caráter competitivo às atividades citadas, sem que isso implique em afirmarmos que o bem negociado é público.

Floriano de Azevedo Marques Neto esclareceu que, atualmente, se mostra "absolutamente insuficiente" definir o regime jurídico "apenas pela verificação da natureza de seu titular [do bem]", sendo necessário avaliar a "utilidade ou utilidades a que o bem se presta", o que, conclui o autor, significa dizer que "o regime jurídico a que se submete um bem é diretamente relacionado à sua função para a coletividade, tornando menos relevante a pessoa titular do direito de propriedade sobre o bem".[213]

Não obstante, o que propomos aqui é justamente o fato de que, por ser a energia elétrica um bem que tem utilidade coletiva – dotada de essencialidade mas olhada e analisada sob o enfoque de um mercado livre, em que há a prevalência de regras negociais formadoras de contratos em que predomina a liberdade entre as partes –, não estejamos olhando o lado da titularidade de quem a gera ou vende, mas, sim, a sua função dentro da sociedade.

Nesse sentido é que, no campo restrito do estudo a que nos propomos, tal bem ocupa um espaço que não é público nem privado, mas, antes, um equilíbrio entre ambos, com derrogações de regras de direito privado e de regras de direito público.

Esse é o campo de atuação do produtor independente, visto que mantém relações negociais com os consumidores livres, os quais não se localizam no espaço da prestação de serviço público, posto que não são dirigidas para atender a interesses da coletividade, mas, antes, a interesses de grupos privados (dos tais consumidores livres).

Floriano conclui afirmando que o simples fato de os CCVEEs serem homologados pelo Poder Público corresponde a um ato de fiscalização, sem qualquer ingerência nas negociações e no contrato, visto que o contrário corresponderia a uma "vulneração dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade",[214] posto tais contratos estarem aninhados no campo do direito privado.

---

[212] LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, p. 122, set.-dez. 2007.

[213] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos:** função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 390-392.

[214] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos:** função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 127.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que não é só o fato de a energia elétrica, em última instância, atender ou suprir utilidade social que a pode configurar como bem de natureza pública, em especial em um campo no qual as relações negociais firmadas, conforme já destacado, são de cunho privatístico.

Tais especulação e pontuação já foram feitas por Thiago Marrara, quando explora os critérios que podem definir um bem como público. Afirma esse autor, com razão, que as expressões "utilidade pública ou interesse público" são indeterminadas e, por esse motivo, não podem ser usadas para a categorização de um bem enquanto público, quer por conta "da impossibilidade fática e jurídica" em se "afirmar que os bens particulares não gerariam utilidades públicas",[215] quer por não se poder generalizar que todos os bens públicos assim o são por sempre atenderem a utilidades públicas.[216]

Ademais, de acordo com o Código Civil, bens públicos são aqueles sob a titularidade do Estado, pela Administração direta ou indireta, o que não se mostra no caso em tela, haja vista que as empresas que podem participar da negociação da energia elétrica no mercado livre guardam a natureza de privadas.

Apesar de não ser a mera titulação sobre o bem um fator determinante para se tomar por base ser o mesmo um bem público ou não, visto que o mais relevante é levarmos em consideração a funcionalidade desse bem (noção atrelada à de afetação do bem), conforme asseverou Floriano de Azevedo Marques Neto,[217] e não obstante a essencialidade da energia elétrica, entendemos que a mesma, na relação de mercado livre existente, não pode ser tomada como um bem público.

Ela pode e deve ser tratada como uma mercadoria passível de precificação e negociabilidade, via formalização de possível contrato de comercialização, no qual as partes pactuam as suas cláusulas de forma o mais ampla possível, dentro dos limites da regulação mínima existente para o mercado livre.

Assim, ainda que negociado entre uma comercializadora de energia elétrica (que recebe autorização governamental para tanto) e um consumidor livre (no geral, uma grande

---

[215] MARRARA, Thiago. **Bens públicos:** domínio urbano, infraestruturas. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 49.

[216] Ibidem, p. 65. O próprio autor, ao tratar dos bens dominicais, reforça a ideia de que não se pode usar o critério da finalidade para distinguir os bens públicos, haja vista que, no caso daqueles, apesar de não existir uma destinação concreta, existe a possibilidade de virem a ser usados para atender a finalidades públicas..

[217] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, op cit., p. 110-128. Contudo, conforme afirma esse autor, o critério funcional é mais encontrado na doutrina e na jurisprudência, tendo alguns reflexos no direito positivo (p. 157).

empresa que usará a energia elétrica como um insumo, normalmente), não é pelo fato de ter sido vendido por aquela que a energia adquiriu o *status* de um bem público, posto que sua negociação se dará em um ambiente de regulação mínima e no qual as regras contratuais são pactuadas entre as partes, seguindo o bem para uma destinação privada, em sentido estrito, além do fato de que a autorizatária usufrui dos bens sob um regime privado, uma vez que não há uma delegação de prestação de serviço público, quer pelo critério da titulação do bem (subjetivo), quer pelo da sua funcionalidade, conforme aponta Floriano de Azevedo Marques Neto.[218]

Até porque, ainda que se venha alegar serem os aproveitamentos potenciais hidráulicos (ou potenciais de geração hidráulica) bens de titularidade da União, conforme inciso I do art. 26 da Constituição Federal, e, portanto, a energia elétrica daí advinda, deveria ser um bem público, o que dizer da energia elétrica gerada por fontes de biomassa (queima de lixo orgânico, por exemplo) ou fontes eólicas (em que o vento não é um bem legalmente público), haja vista que, no nosso sistema elétrico, o elétron que entra no fio não tem marcação para se saber a sua origem?

Não há, portanto, sentido em pensarmos estritamente sob essa visão da titulação da fonte de geração da energia elétrica para atribuirmos a esta última a designação de bem público.

Também não entendemos esse bem como de domínio público impróprio, uma vez que não é empregado na prestação de serviço público, mas, antes, é o próprio bem gerado e entregue e, como visto, que pode ser objeto de negociação em um ambiente de livre mercado.[219]

Reforçando essa visão não pública do bem energia elétrica enquanto objeto das relações comerciais nos contratos de compra e venda do ambiente livre, em julgamento de Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado que a arbitragem poderia ser usada para decidir questões envolvendo a energia elétrica, visto que esta seria um bem disponível quando sua comercialização vincula-se à atividade econômica desempenhada por sociedade de economia mista.

---

[218] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos:** função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 188. Trata-se, conforme afirma o autor, de "uma mera exploração de atividade econômica em sentido estrito" (p. 239).

[219] Para maiores detalhes sobre os bens do domínio público impróprio, ver MARRARA, Thiago. **Bens públicos:** domínio urbano, infraestruturas. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 98-101; 124-130.

E, no voto do eminente Relator, Ministro João Otávio de Noronha, encontramos o seguinte trecho, abaixo extraído:

> "Note-se que, em se tratando a energia elétrica de commodity de tamanha importância para o País, sobretudo a partir da desregulamentação do setor promovida a partir dos anos 90, cumpre assegurar às empresas que se dedicam a sua comercialização e o seu fornecimento, sejam elas privadas ou estatais, mecanismos ágeis, seguros e eficientes na gestão desses negócios, que possam, efetivamente, contribuir para o aprimoramento desses serviços, com reflexos positivos para o consumidor. Nesse contexto, não resta dúvida de que, sob o ponto de vista jurídico, a cláusula compromissória constitui um desses mecanismos".[220]

Se aplicável com essa visão para empresas de economia mista, mais ainda para situações em que estamos diante de empresas de natureza privada, que geram ou comercializam energia no ACL, em que esse bem pode e deve ser analisado sob uma visão de bem não público, passível de negociação e contratação enquanto bem móvel, de valor econômico, conforme dispõe o inciso I do art. 83 do Código Civil.

Assim, não obstante a natureza de bem não público que aqui estamos apresentando à energia elétrica, a regulação legal existente sobre sua comercialização, a par da sua funcionalidade, conforme já destacamos anteriormente, pode e deve ser entendida como certa aplicação de regime de direito público, justamente na medida em que se visa resguardar as peculiaridades desse bem, que possui utilidade ou interesse público,[221] não obstante sua mercantilização a partir da década de 1990[222], quando se operou a privatização das empresas que atuavam no setor elétrico e que estavam sob controle da União ou dos Estados,[223] em razão da ideia de um Estado mínimo.

---

[220] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 612.439**. 2ª T., STJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, unanimidade. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=589042&sReg=200302124603&sData=20060914&formato=PDF>. Acesso em: 04 ago. 2013.

[221] Conforme Thiago Marrara, **Bens públicos:** domínio urbano, infraestruturas. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 103, os bens de domínio privado não são imunes às normas públicas, até porque não podem ser vistos como bens "que não possam produzir utilidades públicas e benefícios sociais".

[222] LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, p. 128, set.-dez. 2007.

[223] Nesse sentido, cf. VIEIRA, José Paulo. **Antivalor:** um estudo da energia elétrica construída como antimercadoria e reformada pelo mercado nos anos 1990. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 85; 92; 98.

Poderíamos afirmar, então, ser o mercado livre de energia uma hipótese da interpenetração entre direito público e direito privado, enquanto superação de tal dicotomia? Entendemos que sim, visto que, nessa seara, o bem energia elétrica, além de poder ser qualificado enquanto privado, quando negociado entre os agentes no mercado de contratação livre, guarda sua essencialidade, espraiada na necessidade social do mesmo para uma plena e digna vivência. Deixa de haver separação entre as esferas econômica (demandas econômicas) e social (exigências sociais), sob uma ótica de espaços de atuação (público ou privado) distintos e se vislumbra um campo de atuação misto, em que o bem negociado entre os privados repercute sobre as relações sociais.

Trata-se de um bem que se encontra no limite – se é que se pode falar em zona limítrofe – entre os dois campos de atuação do direito e, como tal, deixa de ter o matiz subjetivista, egoístico e individualista da propriedade, tanto que não compõe o patrimônio da pessoa que a adquire e passa a ter uma concepção pública, não no sentido de sua titularidade ou mera afetação (pois, igualmente, não compõe o patrimônio da pessoa de direito público), mas, antes, de sua protetividade, o que nos leva às preocupações que teceremos, mais adiante, ao explicitar determinados princípios que, entendemos, precisam ser aplicados quando da análise de um contrato de comercialização de energia elétrica no ACL.

Nesse sentido, melhor do que nomear a energia elétrica como um bem privado, o que daria a conotação de algo que sempre estaria sob o jugo da liberdade das negociações, podendo ou não ser objeto das mesmas e, portanto, até mesmo vir a ser limitado, controlado ou não entregue, o que vemos não ser possível, seria mais prudente a nomenclatura de bem não público, expressando-se que não é de titularidade do Estado, mas também não o é exclusivamente particular, pois materializa interesse social, como veremos mais adiante, mas que pode ser negociado entre particulares, ainda que sob um mínimo de controle regulador.

Assim, compatibilizamos a mercantilização da energia elétrica com a "afetação pública do serviço de energia elétrica",[224] nos termos do quanto pactuado na Constituição Federal, conforme visto anteriormente, permitindo e encaixando tal bem móvel dentro da

[224] LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, p. 134, set.-dez. 2007.

esfera de negociações privadas, reguladas pelo direito civil, ainda que, em paralelo, tenhamos a regulação setorial que se reflete sobre tal campo negocial privado.[225]

Nesse aspecto, é interessante pontuar que, não obstante ser foco central deste trabalho o estudo do bem energia elétrica enquanto objeto de contratos de sua comercialização no ambiente livre e, portanto, analisando apenas a ponta negocial desse bem, a par dessa relação, o consumidor livre mantém, com a rede de distribuição local e com a rede de transmissão, relações de uso, configurando, portanto, uma ambientação híbrida: privada e pública em dois extremos.[226]

De qualquer modo, a nova disposição trazida pelo Código Civil, dentro de tudo o quanto explorado anteriormente, faz deitar por terra argumentos de que a energia elétrica estaria fora do campo dos bens, afastada de qualquer categorização econômica, inserindo-se como uma "relação de direito" e assumindo uma posição única de serviço público.[227]

Após a privatização do setor elétrico brasileiro, pode-se afirmar que parte da atividade de comercialização de energia – a desempenhada no e pelo mercado livre de contratações – deixou de ser serviço público e passou a ser assumido e desempenhado pela iniciativa privada, o que também ocorreu no setor de geração, na medida em que tal bem

---

[225] Nesse aspecto, Clever Mazzoni Campos, **Curso básico de direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p. 133, ressalta que, no contrato firmado entre uma geradora e o consumidor livre, estamos diante de "uma relação mercantil, regulada pela teoria das obrigações, comum ao Direito Privado, porém sob forte influência da regulamentação que particulariza o objeto contratual da energia elétrica", sendo certo que, nesse aspecto, devemos aplicar as "disposições exclusivas de Direito Privado". Diversamente, na relação entre concessionária distribuidora e seus "milhares de consumidores", em qualquer categoria – residencial, comercial, industrial –, aplicam-se as regras de Direito Público, "por tratar-se de um serviço público", onde se forma um contrato de adesão, nos termos do art. 60 da Resolução ANEEL nº 414, de 09 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2010414.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2013. Nesse sentido, ver GARCIA, Armando Suárez. **Consumo de energia elétrica:** aspectos técnicos, institucionais e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011. p. 134.

[226] Eros Roberto Grau, **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 91, afirma que "se, por um lado, o serviço público já não pode ser referido como atividade sujeita a regime exclusivo de direito público, também a iniciativa econômica – do setor privado – é inadequadamente referida quando a ela aludimos como atividade sujeita exclusivamente a regime de direito privado".

[227] Essa posição é defendida por Walter Tolentino Álvares, **Curso de direito da energia**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, e Maria João Rolim, **Direito econômico da energia elétrica**. Rio de Janeiro; Forense, 2002. p. 100, apesar de esta autora, mais à frente, acabar assinalando a "eletricidade" como um "bem econômico", pois satisfaz necessidades humanas, existindo em certa quantidade e podendo ser "trocado no mercado por um certo preço", de produção, de caráter público (p. 103), aceitando que haja "utilizações privadas" das funções elétricas, em razão "do novo quadro do setor brasileiro" (onde temos as atividades de comercialização de energia elétrica no ACL), que atuam "integradas à primordial função pública da atividade econômica de produção de energia elétrica" (p. 111).

passou a ser entendido como da espécie dos que se pode produzir e vender por preço de mercado, ou seja, bem comercializável.[228]

Nessa linha, tornou-se mais nítida a visão e a interpretação de que a energia elétrica é um bem móvel, ainda que imaterial (sendo, no gênero, uma coisa), que possui reflexos no mundo jurídico e que, a depender das relações jurídicas que decorrem ou giram em razão dele, pode ser visto como público ou não público, na medida em que passível de negociação.

Desse modo, falar em relações de natureza privada e relações de natureza pública nos permite absorver melhor a concepção capitalista ou mercantilista sobre tal bem quando inserido em um mercado livre, em que se pratica a lei da oferta e da procura, portanto, permitindo que o mesmo guarde uma função capitalista, mas sem perder sua função social, o que veremos melhor quando explorarmos os princípios contratuais.

Podemos, portanto, destacar que a energia elétrica possui ambas as funções – social, no sentido de servir e ser necessária à coletividade, e capitalista, no sentido de que pode ser uma *commodity*, a qual possui mercado próprio (veja-se a instalação das Bolsas de Energia Elétrica, que será tratada em tópico específico deste trabalho), com cotação diária e possibilidade de ser negociada em um ambiente com poucas regras, no que se refere apenas a monitorar ou manter o equilíbrio regulatório necessário para a própria manutenção do sistema elétrico.

Essa variação da análise das funções, por conta das relações que se formam em razão de tal bem, pode ser enquadrada na concepção trazida por Karl Renner de que "a propriedade econômica, essência da função capitalista, não necessariamente precisa coincidir com a propriedade legal", até porque "as funções de um objeto se espraiam de acordo com as diferentes pessoas que, em razão dos diferentes institutos complementares à propriedade, se relacionam com ele".[229]

A par dessa funcionalidade da energia elétrica, podemos identificar a característica da essencialidade.

---

[228] Nesse sentido, John Kenneth Galbraith, **A sociedade afluente**. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1987. p. 232, assevera que "a linha divisória entre atividade pública e privada", em determinado momento histórico, "é o produto de muitas forças: tradição, preferências ideológicas, urgência social e conveniência política", sendo certo que podemos afirmar que essa conjugação de elementos estava presente quando do período de privatização do setor elétrico nacional.

[229] RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Tradução de Agnes Schwarzschied. London: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949. p. 198; 278.

É certo que o Código Civil de 2002, ao dispor sobre os bens, não os retrata sob a ótica da sua necessidade ou essencialidade.[230] Contudo, ao analisarmos mais detidamente o inciso I do art. 83, podemos interpretar a qualificação valorativa concedida às energias como característica de sua necessidade, na medida em que atribuir valor implica na mensuração da importância desse bem em uma sociedade em determinada época, conforme já visto no capítulo anterior.

Essa análise é interessante, pois, caracterizando a essencialidade ou utilidade social do bem energia elétrica quando do estudo dos elementos do contrato de compra e venda, poderemos reforçar a defesa de que a real abertura do mercado de energia elétrica, antevista pela criação das Bolsas de Energia Elétrica e, mais à frente, com a desregulamentação e redução de limites sobre quem pode ser a parte contratante, mais do que viável, atende aos princípios da solidariedade e dignidade da pessoa humana lançados na Constituição Federal, pois amplia o leque de meios de disponibilidade desse bem e, em certa medida, a universalização do mesmo.

A negociação da energia elétrica em um amplo mercado livre atende ao ideal de equilíbrio entre liberdade contratual e solidariedade,[231] dando concretude à intenção do legislador civil que se encontra por detrás da letra do supracitado dispositivo legal.

Nessa linha de raciocínio, ao tentar trazer novas luzes no campo da interpretação e classificação dos contratos, a fim de permitir a "composição dos princípios aplicáveis a essas diferentes espécies contratuais", Teresa Negreiros faz uma longa análise sobre as mudanças sociais que implicaram em mudanças de mentalidade e, por conseguinte, na doutrina sobre os contratos.

---

[230] Conforme Teresa Negreiros, **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 34, a qual afirma que o Código Civil, em sua Parte Geral, na classificação dos bens, "não adota como critério genérico de diferenciação a medida da utilidade existencial".

[231] Sobre esse equilíbrio entre o direito de liberdade e o dever de solidariedade, ver o pensamento objetivo de Teresa Negreiros. Ibidem, p. 35-41.

A autora explora, então, o denominado "paradigma da essencialidade",[232] na busca por essa nova visão quanto à classificação dos contratos, evidenciando que o mesmo "consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado", consignando que, para tanto, os bens se dividiriam em "essenciais, úteis e supérfluos", de acordo com a "destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado".[233]

O estudo desenvolvido por Teresa Negreiros visa, a partir dessa classificação dos bens, alcançar as classificações contratuais, inter-relacionando ambas de modo a levantar fundamentos que sirvam de critérios de interpretação e julgamento em questões envolvendo as partes contratuais. Nas suas palavras: "trata-se de uma proposta que visa preencher os esquemas classificatórios com valores constitucionais".[234]

Aproveitando-nos desse conceito, estendemos um pouco o campo de atuação desse paradigma para além das meras partes contratantes – que, no caso do contrato de compra e venda de energia elétrica atual, guardam intuito lucrativo (vendedor) e de necessidade (comprador) sobre a negociação desse bem –, vindo a alcançar a sociedade como um todo, visto o extremo valor e interesse sobre esse bem.

Como se pode perceber por meio da própria legislação a respeito da comercialização de energia (Lei nº 10.848/04), atualmente, esse mercado livre de negociação é realizado entre geradores e/ou comercializadores e "grandes consumidores" (acima de 3.000 MW), o que implica dizer que a essencialidade do bem, sob uma visão social, não se coaduna com a relação interpartes que se forma em citado negócio jurídico.

---

[232] A autora afirma que buscou essa construção hermenêutica em razão da incipiente abordagem quanto à influência que o bem contratado possui sobre a caracterização do contrato e do seu regime jurídico, quando enfocado sob o princípio da dignidade da pessoa humana. E é por esse motivo que o presente trabalho buscou, inicialmente, abordar a energia elétrica sob a ótica dos princípios, constitucionais e contratuais, para, posteriormente, passarmos à análise do contrato de compra e venda de energia elétrica e da nova figura contratual do comercializador varejista, enfatizando, com isso, que a possibilidade de mercantilização desse bem, à luz do inciso I do art. 83 do Código Civil, não conflita com as disposições sociais do serviço público de fornecimento desse bem sob o olhar da Constituição Federal.

[233] NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342. Importante deixar registrado que a autora usa a "expressão 'objeto do contrato' para identificar o bem – produto ou serviço – sobre o qual recaia o direito constituído ou transmitido pelo contrato". Conforme afirma, "os contratos que temos em mira são aqueles cujas obrigações se materializam ou se concretizam num bem (um produto ou um serviço)" (p. 343). Usaremos neste trabalho esse mesmo sentido de bem enquanto objeto do contrato de compra e venda de energia elétrica.

[234] Ibidem, p. 348.

Contudo, sob o prisma atual dessa relação negocial, temos de vislumbrar que o bem energia elétrica, em si, possui ínsita a natureza de utilidade social, visto que qualquer movimento regulatório agressivo o qual dificulte ou interrompa as negociações no mercado livre certamente trará consequências no mercado cativo (regulado) e vice-versa. Por isso, a defesa da essencialidade desse bem, neste estudo, extrapola o limite das partes contratantes e incide sobre a visão da sociedade.

Após análise dos contratos de comercialização de energia elétrica no mercado livre, é importante pensar em um futuro no qual seja possível aos cidadãos firmar relações negociais de comercialização de energia elétrica, em situações como um condomínio gerando energia para seus condôminos, ou mesmo dos indivíduos, em suas residências, revendendo o excedente do que viessem a produzir.[235] Nessa hipótese, sim, a essencialidade do bem negociado será encarada sob a ótica das partes contratantes.

Em qualquer dos modelos contratuais anteriormente citados, não obstante o princípio da livre concorrência, haverá sempre um limitador ínsito a essa atuação do mercado – o interesse social –, que conduz ao conceito da autorregulação, base para o disciplinamento e instalação das Bolsas de Energia Elétrica.

Por não vermos, no direito e, em particular, no direito civil, o desenvolvimento do conceito da essencialidade do bem energia elétrica, é na economia[236] que poderemos buscá-lo, transpondo, na medida do possível, a concepção dessa ciência quanto a esse aspecto que, no nosso sentir, é de grande relevância para conseguirmos melhor identificar o objeto que será, mais à frente, analisado enquanto objeto de um contrato de compra e venda.

Dentro de uma concepção econômica, José Paulo Vieira destaca o papel da energia elétrica no período entre 1930 e 1990, ressaltando que a mesma seria essencial para um "adequado funcionamento do sistema produtivo (indústria, comércio, serviços, agricultura

---

[235] Nesse aspecto, existe a proposta do sistema denominado de rede inteligente ou *Smart Grid* (ainda em estudos junto à ANEEL), que permite o compartilhamento da rede de infraestrutura das distribuidoras, acolhendo e materializando a possibilidade de que a energia elétrica gerada em uma residência possa ser transferida ao SIN e permitindo que tais pequenos geradores venham a "faturar essa energia que disponibilizam no sistema elétrico nacional junto às distribuidoras", conforme aponta Luiz Antonio Ugeda Sanches, **Curso de direito da energia:** da história. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. p. 433.

[236] Conforme Lafayete Josué Petter, **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 29, em razão de a economia ter sido "concebida como algo a ser posto a serviço do homem, otimizando recursos e disponibilidades, para o bem de todos, da coletividade", passou a mesma a ter um "conteúdo normativo", o que a aproximou da ciência do direito.

etc.) e social", permitindo que a sociedade atingisse, em termos de bens e serviços, "níveis de atualização tecnológica, eficiência e competitividade" que promovessem a "incorporação produtiva de todos os seres humanos na sociedade".[237]

Essa característica da essencialidade da energia elétrica tem plena vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana[238] e, por conta disso, guarda correlação com a função social do contrato, o que será mais bem explorado no capítulo seguinte.

Nesse sentido, é interessante o artigo da lavra de Dalmo de Abreu Dallari, que pondera ser necessária uma revisão do pensar político sobre o tema energia, visto que existe um "aspecto humano e social do uso da energia, que é, obviamente, uma necessidade essencial da humanidade, tendo implicações graves sobre a vida, a saúde, o bem estar e a dignidade da pessoa humana".[239]

E, ainda, conforme Henry Tilbery, "o conceito de essencialidade de produtos [bens] vincula-se a *um padrão mínimo de vida* não devendo ninguém ficar abaixo de tal padrão, o qual, evidentemente, varia conforme a época e lugar".[240]

Contudo, na medida em que a energia elétrica busca a suprir as necessidades humanas, ela é um bem "distinto das coisas comuns", pois é uma coisa "sem forma, sem dimensões, não obstante seja mensurável, transportável por certo, mas sem que seu transporte implique deslocamento material, suscetível de furto, mas não de apropriação", conforme Armando Suárez Garcia.[241]

Como decorrência, é certo afirmar que a mesma é dotada de consuntibilidade imediata, pois é, por essência, um bem móvel não estocável, não obstante ser viável o

---

237 VIEIRA, José Paulo. **Antivalor:** um estudo da energia elétrica construída como antimercadoria e reformada pelo mercado nos anos 1990. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 51.

238 Conforme destaca Dalmo de Abreu Dallari, Energia e direitos humanos. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 mai. 2006. Opinião, p. 13, "a energia elétrica é necessidade essencial da pessoa humana no mundo contemporâneo, pois sem ela não existirá a possibilidade de acesso a direitos fundamentais", pelo que, ante esse "aspecto humano e social do uso da energia", adverte: "é preciso encontrar soluções para que todas as pessoas possam satisfazer suas necessidades essenciais entre as quais se coloca hoje o acesso à energia elétrica".

239 DALLARI, Dalmo de Abreu. Energia e direitos humanos. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 mai. 2006. Opinião, p. 13.

240 TILBERY, Henry. O conceito de essencialidade como critério tributário. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). **Estudos tributários**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. p. 326.

241 GARCIA, Armando Suárez. **Consumo de energia elétrica:** aspectos técnicos, institucionais e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011. p. 31.

armazenamento de outras formas de energia que venham a se converter, posteriormente, em energia elétrica. Como se afirma, não há geração de energia elétrica sem consumo.[242]

Assim é que funcionam, grosso modo, baterias e capacitores, sendo certo que novos estudos têm sido desenvolvidos para a criação de outros equipamentos ou materiais que possam fazer às vezes daqueles, armazenando energia a ser consumida posteriormente em veículos elétricos, por exemplo.

De qualquer modo, essa característica da instantaneidade no consumo da energia elétrica é regra que compreende o equilíbrio estático e dinâmico que deve reger o sistema elétrico, na medida em que não basta que a "carga (potência) demandada em um determinado momento seja igual à ofertada", posto ser "necessário que [...] ele apresente um equilíbrio dinâmico", a fim de "que o sistema seja capaz de acompanhar as variações de demanda de carga ao longo do tempo".[243]

Em suma, o "fluxo total demandado em um determinado momento – fruto da utilização de energia do conjunto de consumidores – tem que ser igual ao fluxo ofertado, no mesmo momento – fruto da geração de energia do conjunto de geradores, menos as perdas do sistema".[244]

Essa característica, nas palavras de Clever Mazzoni Campos, explica o fato de que, nas relações jurídicas de comercialização da energia elétrica (em ambiente livre ou cativo), a comprovação da entrega do bem negociado pelo vendedor (que pode ser gerador, comercializador ou importador) ao comprador (distribuidores ou consumidores livres ou especiais), via "injeção" no SIN (instalações de linhas de transmissão e distribuição e conexões dos consumidores), deve ser realizada por meio de um procedimento de contabilização inicial e posterior liquidação (sistema de entradas e saídas).[245]

---

[242] Ibidem, p. 30. "Na essência, a eletricidade é um sistema composto por processos de geração e utilização, mais o fluxo que os integra no tempo e no espaço", conforme Helder Queiroz Pinto Junior. **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 129.

[243] PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 141.

[244] Ibidem.

[245] CAMPOS, Clever Mazzoni. **Curso básico de direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p. 12. Sem ser explícitos a respeito, mas trazendo uma posição que nos remete a essa característica da instantaneidade, ditada pela imaterialidade da energia elétrica, Giogio Cian e Alberto Trabucchi, **Commentario breve al codice civile**. Milano: CEDAM, 1992. p. 617, asseveram que a mesma não pode ser objeto de direito de usufruto, porque o seu uso não permite a conservação de sua substância, sendo que

A consuntibilidade vem ao encontro do real objeto contratado nessas negociações de compra e venda de energia elétrica. É certo que o bem "físico" (no sentido de atendimento das necessidades materiais do consumidor) é a energia elétrica. Contudo, o que as partes pactuam enquanto objeto negocial (ou bem jurídico) é a demanda contratada, que corresponde à disponibilidade de certa potência elétrica por parte do vendedor ao comprador, possibilitando a este, posteriormente, o consumo de certa quantidade de energia.

Nessa linha, fica mais ainda ratificada a característica do vínculo obrigacional que se forma entre as partes, na medida em que o vendedor se obriga a dispor de certa potência elétrica ao comprador, em determinado período de tempo, o qual poderá ou não consumir o total de referida disponibilidade. É a chamada "demanda reservada de potência".

Importante destacar que, não obstante nos contratos de comercialização de energia elétrica no mercado livre haver a contratação de demanda, a tradição da mesma só se operará com a efetiva consumação daquele bem por parte do consumidor livre, o que ocorre, em uma segunda etapa, via contratos de transmissão e distribuição de energia elétrica, quando haverá igualmente a medição do quanto foi efetivamente consumido, ensejando a incidência do tributo estadual sobre a circulação de mercadorias,[246] o que será mais bem analisado no capítulo seguinte.

---

apenas sobre a fonte de energia elétrica é que seria possível o exercício de tal direito. Eles a categorizam como coisa, mas enquanto "fenômeno exterior" (p. 1.140).

[246] A jurisprudência paulista não é pródiga em decisões envolvendo a contratação da energia elétrica, mas localizamos, dentre alguns julgados que bem evidenciam a diferenciação entre demanda contratada e consumida, o seguinte: "AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO HÁ INCIDÊNCIA. É pacífica a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte no sentido de que não incide o tributo sobre tarifa calculada com base em demanda contratada e não utilizada". Recurso voluntário e reexame necessário não providos. Apel. Cível 0034259-76.2011.8.26.0053/SP, 3ª Câmara de Direito Público, TJ, rel. Des. Camargo Pereira, j. 01.04.2014, v.u. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Registro: 2014.0000197997. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7474102&cdForo=0>. Acesso em: 25 mai. 2014. Essa posição já foi consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 391: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada". No mesmo sentido, ver Apel. Cível 0035083-69.2010.8.26.0053/SP, 5ª Câmara de Direito Público, TJ, rel. Des. Maria Laura Tavares, j. 16.12.2013, v. u. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Registro: 2013.0000791110. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7270571&cdForo=0>. Acesso em: 25 mai. 2014; Apel. Cível 0605976-96.2008.8.26.0053/SP, 4ª Câmara de Direito Público, TJ, rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. 11.11.2013, v.u. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Registro: 2013.0000697374. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7164473&cdForo=0>. Acesso em: 25 mai. 2014; Apel. / Reexame Necessário nº 0001988-97.2010.8.26.0554/Santo André, 5ª Câmara de Direito Público, TJ, rel. Des. Nogueira Diefenthäler, j. 15.08.2011, v. u. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de

De qualquer forma, apesar de o sistema elétrico, como um todo, exigir o equilíbrio dinâmico conforme já explicitado, pode haver certo "desequilíbrio natural" ou ínsito nas relações contratuais de compra e venda de energia elétrica. Assim, apesar de terem pactuado certa quantidade de energia, pode ocorrer uma situação em que o comprador venha a realmente consumir volume maior ou menor de energia elétrica, o que será apurado pela liquidação feita junto à CCEE, conforme já apontado. E, em hipótese de sobra ou falta, de acordo com o quanto pactuado no contrato de compra e venda, poderá o consumidor incorrer em necessidade de compra ou venda do chamado "excedente", recorrendo ao mercado *spot*.

O que se vê, portanto, é que a referida característica molda todo o sistema elétrico e acaba por introduzir "de forma incontornável o tempo e suas consequências nas decisões dos agentes"[247] envolvidos no referido sistema, o que implica dizer que as decisões que tomarmos atualmente quanto ao tema da geração-consumo – e, portanto, capacidade instalada – refletirão no futuro do sistema elétrico.

É por esse motivo que a avaliação da compra e venda da energia elétrica não pode ser um tema adstrito aos ambientes econômico e administrativo, exigindo que o jurista civilista se debruce sobre tal relação, a fim de conseguir avaliar as brechas, as necessidades e os riscos da relação e, assim, poder formatar um padrão de contrato que tenha uma visão real mas futura das mudanças que se exigirão no sistema elétrico.

Em suma, a energia elétrica, apesar das suas características peculiares (imaterialidade, consumo imediato, impossibilidade se ser entregue em garantia, não haver sua tradição física no ato da compra), é um bem móvel juridicamente regulado (bem jurídico), porque é objeto de necessidades humanas que demandam um regramento jurídico específico, o qual, em última instância, envolve a demanda contratada e consumida, cuja apuração não é feita de forma tradicional – contagem material do bem –, mas, sim, mediante sua contabilização financeira. Como veremos, tais distinções trarão particularidades ao contrato de sua comercialização, mas, não obstante, permitirão mantê-lo como um contrato de direito privado e, portanto, estudá-lo sob a visão civilista.

São Paulo. Registro: 2011.0000143821. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5334509&cdForo=0>. Acesso em: 31 mai. 2014.

[247] PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 146.

Com base em tal explanação, verificaremos, por exemplo, a impossibilidade de se aplicar, de forma genérica, o princípio do equilíbrio contratual à relação de comercialização da energia elétrica no mercado livre, sob a alegação de que há tal disparidade entre oferta e consumo em determinado contrato e, portanto, o comprador não deveria pagar pelo que foi ajustado no contrato em razão de não ter consumido toda a energia a ele disponibilizada. É o que será avaliado no capítulo seguinte, dentro do contexto da análise dos princípios jurídicos aplicáveis à referida contratação.

3 - ANÁLISE DA COMERCIALIZAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA À LUZ DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS CONTRATUAIS

Após delimitarmos a energia elétrica como objeto dos estudos sobre contratos que aqui serão desenvolvidos, é mister passarmos à interpretação desse bem à luz dos princípios contratuais,[248] visto que a estruturação negocial da qual se valem os agentes desse mercado para efetivar a comercialização de referido bem consubstanciará o ponto central das análises que faremos sobre as duas formas contratuais existentes.

Tais avaliações servirão para trazermos apontamentos aos juristas civilistas que queiram se debruçar sobre os mesmos, bem como ponderações a respeito da sua tipologia: se contrato de compra e venda ou algum outro modelo típico ou, ainda, criações contratuais atípicas, o que será feito nos capítulos seguintes.

Qualquer interpretação que venha a ser realizada sobre um texto legal não pode prescindir da sua análise pelo olhar dos princípios, entendidos aqui como normas dotadas de elevado grau de abstração, que carregam um valor,[249] de caráter genérico, e que aceitam gradação, pois na sua aplicação, em havendo o conflito entre dois ou mais princípios, ocorrerá a escolha por um deles em virtude da ponderação dos bens ou interesses envolvidos, sem que isso implique em revogação do princípio não aplicado.

---

[248] A importância da imersão do intérprete no sistema de princípios subjacente ao ordenamento jurídico já foi bem destacada e ponderada por Eros Roberto Grau e Paula Andréa Forgioni, **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 190-191.

[249] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor:** pontos de convergência. Palestra realizada no Seminário "EMERJ debate o Novo Código Civil – o Novo Código Civil e o consumidor", realizado no Fórum Central do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 11 abr. 2003, p. 3. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/574/O_Novo_C%C3%B3digo_Civil_e_o_C%C3%B3digo_de_Defesa_do_Consumidor.pdf?sequence=3>. Acesso em: 07 mar. 2012. Já é bem conhecida a definição de princípio ofertada por Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 22: trata-se de um "*standard* que traduz os sentimentos de justiça ou imparcialidade ou outra dimensão de moralidade". Interessante deixar cosignado, contudo, que a acepção de princípios, no campo jurídico, é variada, visto que esse termo pode ser empregado "como elemento da disciplina (princípios de direito privado), como valores (princípio da lealdade), como instrumento (princípio do contraditório), mas, sobretudo, como regra abstrata aplicável a mais de um fator gerador concreto", conforme aponta Renan Lotufo, Teoria geral dos contratos. In: _____.; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10.

Como bem observa Gustavo Kloh Muller Neves, “uma sociedade cujos patamares jurídicos contemplem o pluralismo não pode prescindir dos princípios”, haja vista serem eles elementos importantes para se resguardar a necessária “flexibilidade” do sistema.[250]

O trabalho de qualquer julgador deve sempre deitar olhos por sobre o ordenamento jurídico, extraindo dele não apenas as regras de aplicação imediata, mas, acima de tudo, os princípios que devem ser ponderados entre si em prol da melhor decisão ao caso concreto; portanto, será “o melhor [naquele momento] para atender ao espírito de unidade do sistema”, como esclarece Ruy Rosado de Aguiar Júnior.[251]

Ademais, ainda que não se referindo diretamente à terminologia “princípios”, Fábio Konder Comparato evidencia a importância de seus conteúdos valorativos no trabalho do intérprete na medida em que afirma que “é sob o influxo dessa tríade [valores fundamentais de liberdade, igualdade e solidariedade] que o jurista deve exercer a sua função hermenêutica e criadora na vida social”.[252]

Em particular no campo do direito dos contratos, o novo modelo contratual passa a “refletir os princípios constitucionais, servindo como instrumento para a consecução das metas sociais impostas constitucionalmente”, conforme afirma Teresa Negreiros.[253]

Desde as últimas guerras mundiais, tem sido cada vez maior a inserção do Estado na economia, o qual passou a regular uma série de setores tomados como de grande relevância ou interesse público ou social, inclusive com forte ingerência em negócios privados, em especial, os contratos.[254]

---

250 NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 14. Conforme Lafayete Josué Petter, **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 187-188, “os princípios presidem a intelecção das diferentes partes do ordenamento jurídico”, correspondendo a “vetores reguladores da exegese das normas estritas, difundindo-se para todo o sistema normativo”.

251 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). **Responsabilidade civil:** estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 382-408.

252 COMPARATO, Fábio Konder. O papel do jurista no mundo em crise de valores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, v. 713, p. 283, mar. 1995.

253 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31.

254 No Brasil, temos a ANAC, ANATEL, ANEEL, ANA etc. Nesse sentido, ver VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 55-56; BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 49-58; MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 80-81; GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

Conforme Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa afirma, a liberdade negocial das partes passa a ser exercida dentro de "limites estabelecidos" pela regulação estatal, havendo mera "mudança de grau e não de natureza".[255].

Nessa mesma linha, Orlando Gomes bem destacou o papel de agente regulador do Estado na vida econômica, na qual o contrato também passa a exercer, a partir da Segunda Guerra Mundial, a função de criar riquezas (antes era considerado mero instrumento para transferir a propriedade) mediante a atuação das empresas ("fenômeno da emersão da empresa").[256]

Por conta dessa imersão estatal em áreas privadas, para além dos princípios tradicionais que regem os contratos – liberdade contratual *lato sensu*, obrigatoriedade dos efeitos do contrato e relatividade dos efeitos contratuais –, outros três foram formalmente inseridos no Código Civil de 2002 – boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social,[257] compondo o arcabouço principiológico que rege a teoria geral do contrato.

Assim, ao deixar para trás o mero papel de transferir a propriedade e passar a ser instrumento de geração e circulação de riquezas, o contrato passou a ter que se guiar por tais princípios de características mais sociais, colocando "termo ao isolamento da Ciência Jurídica de seu próprio objeto de estudo, a realidade social".[258]

Tratando do tema da influência do direito público sobre o direito privado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma ter, "a partir da segunda metade do século XIX", se iniciado uma grande "reação contra o individualismo exacerbado da Revolução Francesa", com o

---

[255] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 23.

[256] Ver GOMES, Orlando, **Novos Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 108.

[257] Antonio Junqueira de Azevedo, Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140-141, detalha tais princípios. Ver, ainda, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47; MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 81; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 30.

[258] SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 254.

aparecimento, na esfera constitucional, de "novos princípios que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade."[259]

E prossegue afirmando que, em particular, no campo do direito dos contratos, o princípio da autonomia da vontade "foi em grande parte afetado pelo direito público",[260] com o intuito de atuação do Estado para a proteção do interesse e do direito dos mais fracos.

Essa mudança de rumos no campo do direito dos contratos, na esfera do direito privado, foi refletida no nosso atual Código Civil, como se pode depreender da introdução dos novos princípios contratuais – boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico dos contratos[261] –, os quais serão mais bem esmiuçados a seguir, sob a visão das relações contratuais que envolvam a energia elétrica, particularmente, da sua compra e venda no ambiente livre.

De qualquer modo, apesar da influência que o direito público passou a ter sobre o direito privado, em um fenômeno que se cunhou de "publicização do direito civil"[262] e que redundou em alterações de grande valia, como veremos a seguir, é certo que precisamos pensar e repensar se ainda é crescente e forte a atuação e intervenção do Estado no âmbito de atividades privadas, em especial e justamente, no campo das negociações de energia elétrica. Isso, pois tais negociações já vêm tomando um desenho de mercado financeiro e de *commodities*, ante a criação das duas Bolsas de Energia brasileiras e, portanto, precisam de uma melhor definição de campo e forma de atuação, para que evitemos armadilhas de regulação como a da Portaria nº 455/12, do MME, que acabou por surpreender os próprios agentes reguladores e dos partícipes das compras e vendas quotidianas.

Para tanto, a intenção é usarmos os princípios não para solucionar questões envolvendo as relações instauradas no que concerne à comercialização da energia elétrica no ambiente livre, mas, antes, para dar substrato normativo para além das regras existentes e

---

[259] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 39.

[260] Ibidem, p. 41.

[261] Conforme bem pontuou Antonio Junqueira de Azevedo, Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140, "houve uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual" e, "aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade", afirma, vieram se somar outros três.

[262] Para maiores informações sobre essa dicotomia, sem tendências para o público ou o privado, ver BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** por uma teoria geral da política. 2. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 20-25.

dispostas, no mais das vezes, pelo Poder Regulador, na tentativa de trazer luzes ou novos olhares sobre tal tema, ainda pouco discutido em termos jurídicos, mas que guarda enorme relevância nos aspectos sociais econômicos.

Como o Estado se vale de princípios gerais para trazer disciplinamento normativo singular aos mercados, pode-se afirmar que os princípios destacados em sede da Carta Constitucional compõem a "constituição econômica" (que não se aparta da "unidade complexiva da Constituição") enquanto "síntese normativa" de tais princípios e demais regras[263] e, em certa medida, encontram-se refletidos nos princípios usados na esfera contratual.

Assim, os princípios listados e analisados a seguir trarão um embasamento normativo superior e inafastável, servindo de norte para o jurista que se vir em meio a discussões sobre os limites do mercado livre de energia elétrica e o posicionamento do ente regulador (diante de possíveis alterações ou adaptações na regulação que, por certo, terão de ser feitas e que demandam uma análise pela ótica dos princípios),[264] bem como poderão ser utilizados pelas partes contratantes quando da pactuação dos elementos negociais dos seus contratos de comercialização de energia elétrica, no âmbito do livre mercado e, eventualmente, pelos julgadores (juízes togados ou árbitros) em situações que lhe venham a ser apresentadas.[265]

Isso, pois, conforme bem destaca Elena Landau, apesar de o CCVEE ser "um contrato privado", não "é pacífica a conclusão de que não possa haver ingerência do Poder Público nas suas condições", visto que, em virtude da essencialidade da energia elétrica, tal

---

263 Nesse sentido, ver IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 4. ed. Roma: Editori Laterza, 2001. p. 14-15; 17. Ademais, o autor evidencia que a Constituição "não exaure a ordem econômica", apenas "se limita a enunciar critérios diretivos e programáticos".

264 Nesse sentido, ver Alexandre Santos de Aragão, Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. XI, p. 37-38, 2002, para quem "a complexidade, pluralismo e especialização da sociedade contemporânea, somados aos princípios equanimizadores do Estado Democrático de Direito, levam, desta forma, à multiplicação do número de medidas regulatório-estatais legítimas para a consecução concreta de seus objetivos". Como destaca Ronaldo Porto Macedo Junior, **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 102, "a forma de institucionalização do direito e do mercado, apesar de estar parcialmente condicionada pelas transformações econômicas do capitalismo, é em boa medida produto de arranjos contingentes e/ou derivados da imaginação e ação dos atores sociais e econômicos".

265 A aplicação dos princípios, no presente estudo, se debruça sobre sua função delimitadora, que não compreende a "tarefa criativa e dinâmica do Direito", mas, sim, corresponde à composição de "lineamentos básicos", os quais funcionam como limites para as atividades legislativa, judicial e negocial, em atenção ao quanto doutrina Ricardo Luis Lorenzetti, **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 319.

intervenção se justificaria em razão "de princípios como modicidade tarifária, dignidade da pessoa humana e supremacia do interesse público".[266]

De qualquer forma, justamente por ser um contrato de comercialização de um bem em um ambiente de livre negociação, devem prevalecer, na base, as regras de direito privado, posto estarmos tratando de um universo empresarial, negocial, de transferência de propriedade, apesar da regulamentação mínima que é utilizada, apenas para efeitos de formalismos junto ao ente que gere os contratos firmados (a CCEE). Não há que se falar de protecionismo ao consumidor livre, sequer ao que vende ou revende a energia elétrica e, portanto, não há que se fazer prevalecer regras ou princípios de direito público.[267]

Reiteramos, o contrato de comercialização de energia elétrica no mercado livre deve ser estudado sob a visão do direito civil, pois guarda conexão com suas regras, quer na sua composição, quer na sua execução, em especial, quando houver necessidade de imposições de penalidades.

Após esta introdução, passemos à análise de cada um dos princípios da esfera contratual, para podermos olhar a comercialização da energia elétrica e melhor entendê-la, de modo a tipificar, ou não, as figuras contratualmente utilizadas no mercado livre.

3.1. Autonomia privada [268]

Teresa Ancona Lopez aponta que "o princípio da autonomia privada ou autonomia da vontade[269] é a liberdade de contratar", sendo "o mais importante princípio do direito

---

266 LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, p. 131, set.-dez. 2007.

267 Conforme Otavio Luiz Rodrigues Junior, Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 34, jul.-dez.2010, "a autonomia privada não se ressente da regulação *ex ante*. Ela é mais do que necessária, porque define as regras do jogo antes de seu início". O que não se pode é deixar de usar as regras de direito privado para as soluções aos problemas endêmicos às relações de tal natureza, transpondo-se, inadvertidamente, as regras de direito público.

268 Essa liberdade, entendida em sentido amplo, corresponde "à liberdade de contratar ou não, de fixar o conteúdo do contrato, determinando suas cláusulas, de escolher com quem contratar e sob que forma contratar", conforme bem destaca Antonio Junqueira de Azevedo, Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 47.

269 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140. O autor concebe a autonomia da vontade como o centro em volta do qual gravitam os "três princípios do direito contratual que vêm do século

contratual, pois sem ele não há criação dos negócios e o desenvolvimento da economia”[270] e, nessa mesma linha, Joaquim de Sousa Ribeiro defende que “a autonomia privada, de que a liberdade contratual é uma componente e a mais relevante manifestação, é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam”.[271]

Discorrendo sobre o tema da autonomia da vontade, Claudio Luiz Bueno de Godoy destaca que o mesmo sempre foi definido como “o poder às partes reconhecido de regrar suas relações jurídicas” para a satisfação de seus próprios interesses, sendo certo que foi um dos direitos das partes, consubstanciado na liberdade de contratar, que “tradicionalmente deu conteúdo à autonomia da vontade”.[272]

Na mesma linha, João de Matos Antunes Varela assevera que “o princípio da autonomia privada reveste, na área específica dos negócios bilaterais ou plurilaterais, a forma da liberdade contratual”.[273]

Claudio Luiz Bueno de Godoy entende que autonomia privada é o que garante, pelo paradigma do Estado Social, um poder normativo às partes para que possam criar certa normativa na relação negocial firmada.[274]

Orlando Gomes doutrina que a “autonomia da vontade é, em sentido lato, o poder atribuído à vontade individual de participar de relações jurídicas concretas, admitidas e previstas, reguladas *in* abstrato na lei”, mas, em outro sentido,

> “encontra-se ancorada como substrato do negócio jurídico cujo fundamento prático se encontra na propriedade privada e cuja “ratio” está na necessidade de circulação

---

passado”, dos quais temos o da “liberdade contratual *lato sensu*”, sendo o princípio da liberdade contratual o primeiro dentre aqueles que valorizam a autonomia da vontade.

[270] LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais:** fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10; 68.

[271] RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato:** as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 21.

[272] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29-30.

[273] VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Edições Almedina, 2011. p. 226.

[274] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

> dos bens e resolve-se na chamada liberdade de contratar, que no sistema corresponde à liberdade de iniciativa econômica".[275]

Para Pietro Barcellona, a autonomia privada é o poder de constituir uma *fattispecie* jurídica, que equivale, em realidade, ao reconhecimento ao sujeito privado de uma posição excepcional, quase correspondente a uma prerrogativa típica do legislador.[276]

Luigi Ferri entende que a autonomia privada é mais do que agir licitamente e segundo o direito, pois um negócio jurídico é, acima de tudo, o resultado do exercício de um poder ou de uma potestade.

E prossegue concluindo que a autonomia privada se identifica com um poder de produzir alterações jurídicas de acordo com a posição de uma norma jurídica. Assim, os negócios jurídicos são sempre atos de exercício de poder. No entanto, essa autonomia privada não significa poder originário independente, tanto que a vontade privada não cria direito por si só ou por força própria, pois é decorrente de norma superior, que deriva do Estado.[277]

Jacques Ghestin afirma que é com Grotius e seus sucessores que se tem a origem e o desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade, no qual os direitos naturais dos homens não se originam de um direito objetivo primordial, mas da própria existência humana, sendo certo que é com o desenvolvimento do comércio e da indústria, a divisão do trabalho e a especialização que se multiplicam as necessárias mudanças e, com isso, o contrato passa a ter uma utilidade social.[278]

Pontes de Miranda denomina a autonomia da vontade de "auto-regramento da vontade", definindo que, com ele, se quer que a manifestação da vontade entre no mundo jurídico e, para tanto, deve-se observar a lei aplicável.[279]

Karl Larenz define a autonomia privada como "a possibilidade oferecida e assegurada aos particulares, pelo ordenamento jurídico, de regular suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos", em que

---

[275] GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 81. Para esse autor, a essência da autonomia privada reside na liberdade de autorregular os próprios interesses sem que haja obrigação de se usar um dos tipos contratuais previstos e disciplinados em lei.

[276] BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 327.

[277] FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 32-33; 39.

[278] GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980. p. 19.

[279] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** parte especial. Tomo XXIII, atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 61-62.

a “regulação estabelecida de mútuo acordo em um contrato pelas partes – a *lex contractus* – é vinculante para ambas”, sendo “um dos princípios capitais e fundamentais do direito privado”, mas que “não pode ser ilimitada”.[280]

Ante tais visões, o que se vislumbra é: ainda que exista a autonomia da vontade sob um prisma orgânico e inato à natureza humana, é sob o viés da autonomia privada que encontramos a entrada da vontade no mundo jurídico expressa por meio da formalização de um ato ou negócio jurídico, pois aquela deve atender aos parâmetros legais mínimos que torne o ato decorrente dessa autonomia da vontade humana um ato com eficácia jurídica.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a autonomia privada é o princípio geral do qual a autonomia “contratual” decorre como princípio específico e no qual encontramos a liberdade das partes, motivo por que optamos por usar a terminologia princípio da liberdade contratual, até mesmo para evitar eventuais discussões terminológicas sobre os conceitos de autonomia privada e autonomia da vontade.[281]

Na linha do que esclarece Orlando Gomes, “a liberdade de contratar (que particulariza o princípio da autonomia da vontade) abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade”;[282] portanto, manifesta-se sob a tríade das liberdades: de contratar, de estipular o contrato e de determinar o conteúdo contratual.

Já o professor Antonio Junqueira de Azevedo, em aulas ministradas na pós-graduação, na matéria Nova Dogmática Contratual, no 1º semestre de 2006, na Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, lecionava que a liberdade de contratar poderia ser analisada sob seis diferentes enfoques: de contratar ou de não contratar, de plasmar o conteúdo

---

[280] LARENZ, Karl. **Derecho civil:** parte general. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: EDERSA, 1978. p. 55-56.

[281] O professor Antonio Junqueira de Azevedo, em aulas ministradas na pós-graduação, na matéria Nova Dogmática Contratual, no 1º semestre de 2006, na Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, afirmava que a autonomia da vontade seria um conceito meta-jurídico, advindo da ética e da filosofia, e que significa a possibilidade de o indivíduo tomar suas decisões, inclusive escolher se quer ou não contratar, ao passo que a autonomia privada seria o poder de realizar negócios jurídicos, mas outorgado pelo Estado. Entendia o professor, contudo, que ambas tinham problemas, pois a autonomia da vontade não explica a introdução no ordenamento jurídico das normas geradas pelo negócio jurídico, enquanto a privada é artificial, pois não existe outorga de poderes pelo Estado, uma vez que os indivíduos fazem negócios porque a sociedade permite. Para esse professor, o melhor seria denominarmos de autonomia social, na medida em que as sociedades criam modelos de negócios que vinculam.

[282] GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 22.

do contrato, de escolher com quem contratar, de escolher a forma pela qual se contrata, de escolher o momento de se contratar e de escolher o tipo de contrato ou criar um novo.

Em linha anterior e similar, encontramos nos estudos de Orlando Gomes o seguinte "elenco" para o princípio da liberdade contratual: "liberdade de contatar ou direito de contratar; liberdade de negociar e determinar o conteúdo do contrato; liberdade de celebrar contratos atípicos; liberdade de escolher o outro contratante; liberdade de modificar o esquema legal do contrato; liberdade de agir por meio de substituto; liberdade de forma".[283]

Todas essas vertentes da liberdade contratual encaixam-se numa visão maior que condiz com o contexto social, político e econômico de uma sociedade. Assim, ainda que a liberdade contratual exista, ínsita ou não (a depender, se formos analisar pelos conceitos da autonomia da vontade ou autonomia privada trazidos por Antonio Junqueira), será esse cenário que, de certa forma, acabará por despertar ou conduzir essa liberdade negocial nos cidadãos.

E é esse sentido de necessidade ou não de se contratar que guarda relação direta com o meio no qual as possíveis partes contratantes se inserem que, em certa medida, nos permite levar em consideração que a autonomia social do professor Antonio Junqueira teria melhor sentido e aplicabilidade, visto que é a sociedade, em última instância, que molda os interesses e necessidades humanas, os quais não podem mais ficar adstritos a um ambiente individualista, na medida em que o homem é um ser social e, portanto, sua vontade deve ser relativizada de acordo com as consequências sociais que da sua execução possam advir.

Nessa linha, a função social dos contratos é um limitador dessa liberdade, a fim de que as contratações, ainda que "individualizadas", tenham um escopo e encaixe ambientado nos interesses de uma dada sociedade em determinado tempo.

Não estamos aqui desmerecendo ou restringindo a liberdade contratual, até porque "a necessidade de subordinar o exercício da liberdade de contratar aos interesses maiores da sociedade não pode pôr em dúvida o princípio de que as pessoas são livres para regular os próprios interesses. A função social é limite e não razão de ser do contrato", sendo certo que "no direito civil a liberdade [contratual] é a regra".[284]

---

[283] Idem, **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 81-82.

[284] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo:** a liberdade contratual e sua fragmentação. v. 5. São Paulo: Método, 2008. p. 199; 277.

A liberdade contratual é realmente o mote impulsionador da formação dos contratos[285] e, portanto, motivação suficiente até mesmo para se concluir contratos atípicos, dentro de um contexto mercadológico exigente, como, por exemplo, o da comercialização de energia elétrica.

Apesar de ser a mola propulsora, a vontade das partes não pode ser "cegamente" observada, pois,

> "negócio jurídico, sobretudo quando em veste contratual, é também uma forma de organização de relações econômicas e sociais, o que levanta exigências de regulamentação que muitas vezes não se compadecem com um acolhimento absoluto da vontade real de um dos participantes".[286]

De qualquer forma, entendemos que esse princípio contratual possui, ainda, uma faceta sob o aspecto da parte contratante e que se encaixa no conceito da liberdade no exercício de atividades.

A liberdade no exercício de atividades encontra-se positivada na Constituição Federal em seu art. 1º, inciso IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, e no *caput* do art. 170, como princípio da atividade econômica.[287] Assenta-se na ideia de que, para o crescimento de uma sociedade livre, que visa ao desenvolvimento pleno, justo e solidário, nada mais natural do que permitir o pleno desempenho de atividades lícitas, o que implicará na redução de desigualdades e da pobreza, objetivos constitucionalmente delimitados.[288]

Essa noção decorre da visão do Estado moderno, na qual o capitalismo é o elo que liga Estado e direito, no qual se exige valoração à propriedade privada sobre os bens e "ampla liberdade de participação no mercado", conforme descreve Luiz Fernando de Camargo

---

[285] João de Matos Antunes Varela, **Das obrigações em geral**. v. I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Edições Almedina, 2011. p. 230, reforça que tal princípio "continua a servir de trave-mestra da teoria dos contratos". Conforme Pietro Barcellona, **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 326, a "autonomia contratual privada é o princípio que confere o poder de autodeterminação dos particulares; o contrato é o instrumento através do qual esse poder se exercita".

[286] RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato:** as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 47.

[287] Conforme José Afonso da Silva, **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 773, a liberdade de iniciativa econômica "envolve a liberdade de indústria e comércio ou a liberdade de empresa e a liberdade de contrato", sendo o "princípio básico do liberalismo econômico".

[288] Ver art. 3º da Constituição Federal.

Prudente do Amaral.[289] Nada mais do que uma concepção de mercado, neste caso, traçada normativamente, conforme aponta Judith Martins-Costa[290], uma vez que construída, regida e controlada pelo direito.

Ademais, como bem salienta Lafayete Josué Petter,[291] a liberdade de iniciativa, além de ser "alicerce e fundamento da ordem econômica [...] deita raízes nos direitos fundamentais", conforme a garantia do direito à liberdade e do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, assegurados no *caput* e inciso XIII, respectivamente, ambos do art. 5º da Constituição Federal.

Verificamos, portanto, que a noção de autonomia privada no campo da liberdade contratual ou de iniciativa ou no exercício de atividade econômica "pressupõe a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e propriedades na consecução dos seus objetivos e de fazer circular a riqueza", conforme destacado por Daniel Sarmento.[292]

Olhando sob o prisma dos nossos estudos, restrito ao campo do mercado livre da comercialização da energia elétrica, onde existe a real liberdade contratual e de desempenho de atividade econômica, verificamos que uma possível maior abertura – com ampliação do rol de consumidores livres, até possivelmente estendendo para os consumidores finais, propostas como a da CCEE para implantação de um índice de referência de preço do mercado livre[293] – será importante para fazer trilhar a expansão desse mercado, sob um limite mínimo da regulação estatal, garantindo-se o pleno exercício das liberdades contratuais e, por

---

[289] AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008. p. 19-20.

[290] MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 619. Natalino Irti, **L'ordine giuridico del mercato**. 4. ed. Roma: Editori Laterza, 2001. p. 95, destaca que a liberdade de atividade (ou de iniciativa econômica) corresponde a uma "figura vertical", que "indica a esfera de ação protegida contra o Estado".

[291] PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 163.

[292] SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 332.

[293] Nesse sentido, ver matéria de Alexandre Canazio: **CCEE quer implantar índice de referência de preço do mercado livre em 2013**. Disponível em: <www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Mercado_Livre.asp?id=87762#>. Acesso em: 14 fev. 2012.

decorrência, da amplitude de acesso ao bem envolvido em tais relações, o qual, como já visto, se mostra inserido no rol dos essenciais à existência humana.[294]

Nesse aspecto, discordamos de Daniel Sarmento quando afirma que as liberdades econômicas só beneficiam diretamente uma minoria[295], em especial, no que tange às contratações de energia elétrica na ambientação livre, pois as atividades desenvolvidas pelas empresas não podem ser vistas apenas sob o enfoque da geração de lucros, mas, antes, sob o da geração de valores e riquezas sociais.

E, nessa mesma medida, a negociação da energia elétrica enquanto um bem passível de comercialização entre particulares permite que melhor se possa pensar em uma geração ampliada, atendendo a um maior número de consumidores, que terão opção na aquisição da energia elétrica inclusive de fontes limpas, caso assim prefiram. É a aplicação prática do princípio da função social do contato, que não se pode prestar a atender interesses egoísticos.

E é sob esse enfoque que defenderemos, no capítulo seguinte, que os contratos firmados no mercado livre se destacam pela característica da cooperação, dentro da noção propugnada por Antonio Junqueira de Azevedo, em aulas ministradas na pós-graduação, na matéria Nova Dogmática Contratual, no 1º semestre de 2006, na Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, de que o contrato é união de valores.

No caso em análise, temos valores financeiros e sociais sendo igualmente disseminados quando pensamos e propugnamos por uma ampliação no uso de contratos de comercialização da energia elétrica para os consumidores finais, podendo realmente ter a aplicação real desse bem em um ambiente de menor regulação e mais aproximado do campo das negociações privadas.

Ademais, o fato físico de a energia elétrica não ser um bem armazenável, sobre o qual possam recair regras de direito real, como proteção da posse e da titularidade, sequer ser objeto de alegação de vício redibitório, torna mais apropriável e aplicável a ideia de

---

[294] Como bem destaca Leonardo de Andrade Mattietto, O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 31, apesar de o mercado querer "impor suas escolhas ao legislador e ao juiz, a aceitação do mercado como princípio diretivo da ordem jurídica é uma ideia inadmissível", pois "não o mercado, mas a pessoa é o valor de vértice do sistema jurídico. Como expressão de uma lógica econômica e patrimonial, o mercado deve ficar em posição subordinada e funcionalizada ao respeito pela dignidade da pessoa humana e pelas situações jurídicas não-patrimoniais".

[295] SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 335.

funcionalidade social da sua contratação no ambiente de negociação livre, pois deve-se preservar e instigar a sua disseminação para o maior número de pessoas, por ser um bem imprescindível, mas de uma forma simples e ajustada às relações negociais do mundo atual: rápidas, ágeis e sem a centralização imposta pelo Poder Público; apenas o mínimo de regulação necessária à preservação e aplicação das próprias regras de direito civil.

Retomando a análise do princípio da liberdade contratual, nos valeremos da divisão de enfoques feita por Antonio Junqueira para verificarmos até que ponto esse princípio é realmente aplicado ou aplicável no ACL de energia elétrica, no qual as partes têm como dispor de regras contratuais, como veremos no capítulo seguinte, que lhe permitem ajustar o contrato às suas necessidades e interesses, mas tendo por fundo a problemática de que a energia elétrica ainda é um bem que demanda, para sua geração e comercialização, instrumentos públicos mediadores, basicamente, a rede de distribuição e a rede de transmissão.

Durante a explanação, lançaremos mão de comparações entre os ambientes de contratação regulada e livre, visto que é este último o que nos interessa analisar sob a visão do direito civil, visto que, naquele, os contratos já são moldados pela Administração Pública e simplesmente a eles aderem os participantes (geralmente, distribuidoras de energia elétrica).

3.1.1. Liberdade de contratar ou de não contratar

Tal aspecto do princípio da liberdade contratual diz respeito à faculdade conferida às pessoas de criarem entre si, em razão de seus interesses, acordos formais que têm por escopo regular os diretos e deveres de cada parte na referida relação contratual.

Os participantes do mercado de comercialização de energia elétrica, seja regulado ou livre, não possuem essa liberdade de forma ampla, na medida em que, para fazerem frente às suas necessidades desse bem, sejam as geradoras – para atender a entrega da energia elétrica que contrataram com as distribuidoras ou com os consumidores livres –, sejam as distribuidoras – para atender ao mercado cativo –, não existe outra forma de obtenção da mesma energia senão por meio da formalização de contratações.

Trata-se de uma exigência mais do que social (como poderia se afirmar nas situações de contratos de seguro, nas quais essa liberdade – opção de contratar ou não – é restringida pelas amplitudes sociais), visto que estamos em uma seara de interesses públicos e sociais. A

regulamentação existente não permite brechas nos sistemas de entrega da energia elétrica, sob pena de pesadas penalidades pecuniárias e regulatórias, como a perda de uma autorização ou concessão.

E não só a aquisição ou a negociação da energia elétrica são objeto de relações contatuais. A distribuição e a transmissão igualmente dependem de formalização de contratos, pelos quais se pagarão tarifas de uso de tais sistemas para que aquele bem possa circular e chegar ao local de uso.

Assim, sob o enfoque estrito desse aspecto do princípio da liberdade de contratar, não existe autonomia, o que dificulta argumentar e comprovar que o princípio maior da liberdade contratual existe plenamente na comercialização da energia elétrica.

Por certo, não podemos duvidar de que existe, na comercialização da energia elétrica, a livre criação de um ato vinculativo entre as partes, o qual vale para cada parte na exata medida das obrigações e direitos que nele são imputados e que, na linha do *pacta sunt servanda*, devem ser observados.

É um negócio jurídico válido, na medida em que possui agentes capazes – a comercializadora e/ou geradora devidamente autorizadas e o consumidor livre, atualmente configurado pela regulamentação aplicável como empresas –, objeto lícito, possível e determinado – conhece-se qual o objeto mediato da comercialização ainda que sua geração e/ou entrega se dê posteriormente, sendo legalmente possível sua negociabilidade (visto o inciso I do art. 83 do Código Civil) – e forma não defesa em lei e prescrita em legislação – no caso, a comercialização deve ser feita sob o comando e no âmbito da CCEE, sob uma forma de liquidação financeira, justamente na medida em que não existe a figura da entrega física (esta é medida) e transferência material da propriedade da energia elétrica.

Nesse contexto, podemos afirmar que esse negócio jurídico é um contrato, pois contém os elementos básicos à formação de um, enquanto modalidade de negócio jurídico. Inclusive, a própria ANEEL, por meio da Resolução Normativa nº 570, de 23 de julho de 2013, inova com a introdução da figura do comercializador varejista, que atuará como representante de um conjunto de geradores e/ou consumidores livres, assumindo os riscos do negócio de comercialização da energia elétrica no mercado livre, aportando as garantias necessárias, ficando responsável pela contabilização desse bem e a ele sendo imputada e

efetivada a liquidação financeira da operação junto à CCEE, em especial, a apuração de lastro e o adimplemento das demais obrigações associadas aos entes que ele vier a representar.

E não se trata de um contrato de adesão, diversamente do contrato firmado no mercado cativo de energia elétrica, apesar de o aspecto da liberdade de contratar ou não ainda se mostrar restrito a elementos como preço e quantidade contratada.

Há, por exemplo, a liberdade de escolha por parte do futuro consumidor livre que pode se manter como um consumidor cativo ao mercado regulado ou pode se voltar para adquirir energia elétrica no mercado livre, o que já condiz com uma liberdade de contratar.

O que permitiria uma maior e mais real liberdade de contratar seria a possibilidade de os consumidores finais (pessoas físicas e pequenos comerciantes) poderem optar de quem, quanto, de que tipo e como adquirir energia elétrica, inclusive por meio de negociações em uma real bolsa de energia elétrica, apesar de não ser um bem estocável, sem entrega física e consumível de imediato.

Poderíamos, usando-se a figura dos títulos de crédito, cartularizar a circulação da energia elétrica, permitindo que as pessoas negociassem esse bem de forma independente, dentro de certas regras atinentes às peculiaridades do mercado, mas dando mais ampla vazão à sua livre circulação, cuidando-se das possíveis especulações (uma espécie de controle da concorrência).

Assim, ao se permitir que os consumidores finais tenham acesso a esse mercado, a liberdade de contratar ou não será ampliada.

De modo a dar suporte ao quanto aqui apresentamos, prosseguimos com os desdobramentos dos demais aspectos do princípio da liberdade contratual, por meio dos quais poderemos avaliar e demonstrar que ele tem aplicação, ainda que relativa, nessa espécie de negociação de bem. Seguiremos com a liberdade de delimitar o conteúdo contratual.

3.1.2. Liberdade de plasmar o conteúdo do contrato

Essa parte do princípio tem por objetivo permitir que as partes ajustem o contrato, adotando, para tanto, conteúdos de contratos típicos distintos, alterando parte das regras dos mesmos ou criando uma figura atípica, que poderá englobar características de vários contratos típicos.

No nosso sentir, é a esfera ou ponto de avaliação do princípio da liberdade contratual que melhor o define, visto que permite aos contratantes ajustarem a redação contratual aos interesses que visam a resguardar com a formalização do referido instrumento.

Nos dizeres de Fernando Rodrigues Martins, "a liberdade desempenha a função extraordinária de habilitar as partes na estruturação da regra contratual e na própria capacidade de autorregulação", em razão do que, "entre os contratantes surgirá uma norma individual que deve ser cumprida".[296]

Sob essa ótica, já antecipando o que melhor iremos tratar no capítulo seguinte, entendemos que os contratos no campo da comercialização da energia elétrica, seja no mercado regulado, seja no livre, não compõem um típico contrato de compra e venda, visto que trazem características de outros contratos, tais como os financeiros, com o controle e agendamento de eventos que desencadeiam os pagamentos; o de fornecimento, visto que pode haver uma certa continuidade de entrega do bem no tempo; e o de compra e venda, ante a contraprestação de pagamento diante da entrega de um bem.

Não nos ateremos aqui a esmiuçar tais características mistas, mas é interessante consignar que, nos contratos de comercialização, em ambos os mercados, existe a mistura de elementos de outros contratos, sendo que, apenas no que tange ao ACL, existe a real liberdade de as partes revisarem ou realinharem novas cláusulas, as quais manterão a natureza atípica e plasmada do contrato, contudo, exercendo a liberdade de poderem reescrever as cláusulas que melhor atendam aos seus interesses.

Nos contratos firmados no ambiente regulado ou cativo, toda a redação do contrato já vem pronta e a ele aderem as partes, sem opção de escolha no que tange à redação das cláusulas contratuais. Não há liberdade de plasmar o contrato, visto que o mesmo já vem pronto, apesar de em um formato atípico.

Como bem doutrina Orlando Gomes, esses contratos no mercado cativo podem ser definidos como contratos necessários, os quais decorrem do "permanente estado de oferta contratual"[297] ao qual estão sujeitas as concessionárias de serviços públicos, uma vez que, nesse tipo de relação contratual, a aquisição da energia elétrica é feita justamente para atendimentos aos consumidores finais, numa relação estrita de prestação de serviço público.

---

[296] MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 185.
[297] GOMES, Orlando, **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 29.

Já no que se refere aos contratos de comercialização no mercado livre, há um modelo sugerido pela ABRACEEL, o qual será objeto de análise no capítulo seguinte, mas que, apesar disso, permite às partes ajustarem as regras de acordo com os seus interesses.

É certo que, por ser uma contratação de comercialização de um bem, possui os elementos básicos de uma compra e venda, quais sejam, a coisa, o preço e o consenso, mas, conforme verificaremos, há peculiaridades nessa negociação as quais permitem dizer que há modificações ou diferenciações do padrão típico desse contrato, restando a possibilidade de configurá-lo como um contrato misto.

Não obstante, a liberdade de plasmar o conteúdo desse contrato com tantas regras de outros quaisquer modelos é relativa ao objeto da negociação – comercializar a energia elétrica –, pois as partes podem modificar regras de responsabilidade, ponto de entrega, preço, forma de revisão e correção do preço, mas, por óbvio, não conseguem mexer na espinha dorsal do mesmo, que condiz com a não entrega física desse bem (feita via formalização de outros contratos – distribuição e transmissão), a necessidade de garantias financeiras e lastro para liquidação junto à CCEE, assim como a necessidade de se entregar o bem (uso do mercado *spot*), não havendo alegação de evicção nem vícios redibitórios, sequer o uso de mecanismos de proteção da posse.

É, pois, uma liberdade de conteúdo alinhada a um tipo ou uma mistura de tipos contratuais pela sua própria natureza, o que, se pensarmos sob o enfoque da ampla liberdade, não existe. Quem quer negociar nesse mercado tem de se ater às regras existentes e, aqui, localizamos um limite de tensão entre o direito privado e o direito público.

A regulamentação existente é a mínima necessária para permitir que esse bem essencial seja negociado, mas entregue à parte adquirente, sob regras de cunho financeiro, em especial, por conta das garantias e lastros imprescindíveis, o que parece nos conduzir a uma análise do bem sob a ótica de bem essencial a ser entregue por conta de uma prestação de serviço público, o que entendemos não ser verdadeiro.

O consumidor livre, atualmente o empresário, usa desse bem para sua atividade negocial enquanto um insumo que comporá os bens ou serviços os quais irá negociar e a margem de lucro e rentabilidade que terá. É essencial para tais atividades, mas não pode ser visto sob a ótica de serviço público, por não compor o campo de contratos de um mercado estritamente regulado. Há liberdades.

E, caso se venha a abrir tal mercado para os consumidores finais, ainda assim entendemos que igualmente deverá ser visto sob a visão de aquisição de um outro bem qualquer, pois se àquele se der a opção de como e de quem adquirir a energia elétrica, inclusive podendo vender as sobras que se vier a ter, não estaremos diante de uma prestação de serviço público, mas no âmbito de livre negociação.

Assim, a possibilidade de plasmar o conteúdo do contrato decorre das próprias regras do setor, o que, por si, gera a tensão entre os aspectos de direito público e privado que acabamos de anotar, mas que, em resumo, não desnaturam a natureza mista dessa espécie contratual e acentuam a liberdade das partes, justamente ao optarem por essa forma de contratação.

O aspecto seguinte condiz com a liberdade de se optar por quem contratar.

3.1.3. Liberdade de escolher com quem negociar e quem contratar

Essa faceta que compõe o princípio da liberdade contratual é o que se pode chamar de lado pessoal da liberdade, visto que condiz com a opção pessoal (podendo ser jurídica ou individual) daquele que irá compartilhar o outro polo da relação negocial. Esse princípio guarda relação com uma série de fatores que não nos interessa discorrer aqui, mas, no mínimo, guarda relação com os interesses dos contratantes, visto que só iremos firmar contrato com aquele que poderá nos entregar ou oferecer algo que não temos e de que precisamos.

Nessa linha de sentido, como em todos os segmentos de mercado, não há uma amplitude de opções para o mercado de comercialização de energia elétrica, em ambos os modelos, pois apenas comercializadores autorizados podem intermediar tal negociação, além de que apenas entes regulados – geradores e distribuidores – podem participar como pessoas jurídicas aptas a entregar ou fornecer o referido bem.

De qualquer forma, é possível, no ACL, optar de quem ou por meio de quem adquirir o citado bem, dentro do leque de opções que existem no mercado, tais como agentes comercializadores e agentes geradores com excesso de energia elétrica – diferentemente do mercado cativo, onde são feitos leilões de energia elétrica aos quais as partes interessadas aderem ou não. Aqui, a opção que existe é contratar ou não e não com quem.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, no mercado de comercialização, esse aspecto do princípio da liberdade contratual sofre certa erosão, visto que, no mercado cativo, não se pode vislumbrá-lo e, no mercado livre, apesar das opções, elas se mostram mais restritas e, em certa medida, guardam limitações em prol de opções de preços *versus* leque de agentes atuantes.

Assim, a tensão aparentemente existente entre o direito público e o direito privado condiz com a antiga discussão se, ao termos partes que são autorizadas do Poder Público, estaremos diante, obrigatoriamente, de um campo ou objeto de negociação que deve seguir as regras de direito público e, portanto, estaria fora das avaliações do direito civil.

No caso, a resposta é negativa, pois, no contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente livre, não existem cláusulas exorbitantes ou de prerrogativa ou de privilégio, que são aquelas que marcam os contratos firmados pela Administração Pública.[298] As partes são iguais em termos de cláusulas e obrigações, devendo apenas se ater às regras aplicáveis ao mercado, mas o que não foge às relações privadas que igualmente não podem afrontar a legislação.

A liberdade de com quem contratar poderá ser ampliada se as regras do mercado livre forem estendidas para consumidores finais e se estabelecerem regras de revenda de sobra de energia elétrica pelos mesmos e de negociações em bolsa de mercadoria de energia elétrica.

A par da faceta subjetiva, vejamos se existe liberdade na formatação do contrato.

3.1.4. Liberdade de escolher a forma contratual

Esse aspecto do princípio da liberdade contratual propugnado por Antonio Junqueira guarda vinculação, em certa medida, com a possibilidade de se plasmar o contrato, na medida em que, a depender do tipo contratual do qual se retirará características que poderão compor um novo modelo de contrato, junto virão conformações negociais próprias que precisarão ser mantidas para se alcançar o conteúdo pactuado.

Assim, conforme já apontamos anteriormente, na mistura de elementos de contratos financeiros, de fornecimento e de compra e venda, por certo, a forma escrita é exigida. Além disso, formalidades específicas, tais como registro e realização de auditorias, guardam

[298] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 246.

correlação com o formato de contratos financeiros e são exigências da regulamentação aplicável pela CCEE.

De qualquer modo, entendemos que este lado da liberdade não é ajustável aos contratos de comercialização de energia elétrica, no mercado livre e no cativo, pois, em ambos, os contratos precisam ser escritos e passar por um controle na CCEE, onde serão registrados e sofrerão auditorias financeiras, para se apurar débitos ou créditos, não havendo espaço para as partes negociarem a forma que lhes desejam impor.

Assim, a forma é essencial e marcada por regras pontuais, o que pode nos levar a uma alegação de que, nesse aspecto, a regulamentação prevalece em prol dos interesses das partes. Pode-se afirmar que se trata de medidas de segurança para uma plena negociação em um mercado no qual o bem negociado possui características peculiares, exigindo controles mais rígidos.

Por certo, tais medidas compõem um elemento que traz um ponto de confrontação entre o direito público e o privado, mas que, ainda assim, não torna a relação negocial estudada um tipo que se possa tratar como de direito público.

A forma é essencial mesmo nas regras de direito privado e deve ser observada como elemento de qualquer negócio jurídico. O fato de, no caso em específico, haver formas mais restritivas advindas da regulamentação de ordem pública para a negociação da energia elétrica no mercado livre não as torna uma relação essencialmente pública.

Assim como para a compra e venda de bem imóvel há regras e forma específica, para a compra e venda da energia elétrica no ACL temos a mesma linha de raciocínio. Nesse aspecto, entendemos que a liberdade negocial se mantém, apesar de regras pontuais exigirem forma legal própria.

Para além da forma, existe a possibilidade de se escolher o tempo de quando se contratar.

3.1.5. Liberdade de escolher o momento de contratar

Nesse aspecto do princípio da liberdade contratual, temos a opção de os contratantes escolherem qual o melhor período temporal para firmarem a relação, por qualquer motivo que possa fundamentar tal decisão.

No campo da comercialização da energia elétrica, para ambos os mercados, é certo que a necessidade da energia elétrica irá gerir as contratações, de acordo com o que os consumidores livres precisarem para atender às suas atividades, mas existem definições regulatórias ou situações fáticas a estas relacionadas ou mesmo conectadas às situações climáticas (reservatórios cheios nas usinas hidrelétricas; regime de ventos elevado, para as eólicas; reservas suficientes de fontes não renováveis, entre outras) que imporão aos agentes e partes contratantes as melhores ou necessárias oportunidades temporais para firmarem os contratos de aquisição da energia elétrica.

É a conjugação de tais fatores de interesse pessoal e possibilidade de mercado que irão compor as mutações dos consumidores do mercado cativo para o livre ou vice-versa, já que a aquisição da energia elétrica segue regras atreladas às peculiaridades de sua geração e consumo.

Mesmo assim, vemos presente tal faceta da liberdade contratual, ajustada ao que as próprias regras do setor permitem. Veremos no capítulo seguinte que essas possíveis mutações de mercado impulsionarão situações de elevação de preços que, por vezes, podem parecer criar desequilíbrio entre as partes, mas que não passam de reflexos naturais da sazonalidade desse mercado nos quais as partes atuantes já conhecem as situações de desigualdades e das quais não podem se desvencilhar ou blindar, muito menos alegando quebra do princípio do equilíbrio econômico, o qual avaliaremos ainda neste capítulo.

Assim, é possível afirmar que existe a possibilidade de se optar pelo momento de contratar a energia elétrica no mercado livre, sendo certo que essa é uma das próprias tarefas afetas às atividades das comercializadoras de energia elétrica, que detêm competência para assessorar àquelas que desejam migrar para o mercado livre.

Inclusive, a criação do comercializador varejista vai justamente nessa linha, pois essa figura, que nada mais corresponde, na esfera civilista, a uma representação da parte que deseja adquirir energia elétrica no ACL (como visto, liga-se à questão da legitimidade da parte capaz), foi criada justamente para minimizar os impactos que as regras da CCEE impõem aos consumidores livres, dentre as quais as de registro naquela entidade e observância de cumprimento de obrigações acessórias para além das principais de pagamento pela energia adquirida (garantias, lastros, registros).

Nesse sentido, os consumidores livres ficam mais seguros por estarem se envolvendo em negócios nos momentos que lhes interessam, mas sem grandes exigências formais e controles que lhes tomam tempo e dinheiro, bem como retiram o foco da própria negociação.

Partindo de todos os aspectos analisados sobre a liberdade contratual e, diante da atual situação e regulamentação que temos para os contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre, podemos asseverar que a liberdade contratual existe, apesar de ser restrita e relacionada ao modelo contratual adotado, visto que ainda se trata de um mercado que usa das regras afetas ao mercado cativo até mesmo para fixar os preços balizadores da energia elétrica.

Podemos pensar em uma situação diferenciada, na qual temos a opção de o consumidor empresarial seguir ou não adquirindo energia no mercado cativo ou passar para o mercado livre. Essa é uma liberdade real, que, em certa medida, alinha-se com uma liberdade de contratar ou não.

Em um segundo estágio, tendo optado, seguirá as regras da CCEE quanto a registro do contrato, garantias e lastro, que se referem aos aspectos econômicos e financeiros da operação e diretamente atingem a coisa e o preço, sem mexer na figura do consenso, que já foi previamente externado, salvo se deixar a aquisição diretamente nas mãos de um representante cadastrado para tanto como comercializador varejista, o qual assumirá diretamente as obrigações acessórias junto à CCEE.

Assim, do ponto de vista do consumidor empresarial, a opção ou liberdade existe, sob os enfoques apontados. O que imaginamos que possa ocorrer em futuro próximo será essa mesma liberdade ao consumidor final, ampliando-se os aspectos tratados.

Mas, já sob a atuação do comercializador ou da geradora, ambos sempre terão o dever de entregar a energia elétrica, não havendo qualquer tipo de argumentação que possa elidi-los de tal entrega, salvo força maior ou caso fortuito que, como veremos a seguir, são muito limitados.

Neste ponto, sob a ótica do entregador da energia elétrica, podemos aceitar que existe o dever de contratar, na medida em que não podem se recusar a negociar esse bem, o qual, como visto, é essencial aos interesses sociais. Contudo, o só ato de haver tal dever não implica na afirmação de que não haja a necessidade de se recorrer à teoria dos contratos. Muito ao contrário. Devem-se observar as regras gerais e as específicas do tipo ou tipos contratuais

usados, haja vista que houve o consenso entre as partes e a liberdade de opção do consumidor em adquirir o bem de terceiro (poderia se tornar um autoprodutor e gerar sua própria energia elétrica).

A par dessas limitações, em âmbito geral, o princípio da liberdade contratual tem suas limitações, que eram naturais e agora são legais, nos princípios da função social e da boa-fé objetiva, o que já vem expresso na própria Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil (atual), conforme se verifica pelo seguinte trecho:

> "22. Nesse contexto, bastará, por conseguinte, lembrar alguns outros pontos fundamentais, a saber: [...] c) Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade".[299]

Contudo, antes de adentrarmos em tais novos princípios contratuais, apesar da liberdade relativa, o contrato firmado entre as partes no mercado livre faz força entre ambos, e, por conta disso, teremos de verificar o mais basilar de todos e em qual medida que o mesmo está presente na relação contratual formada entre as partes do negócio de comercialização de energia elétrica no mercado livre. Vejamos, então, a força vinculativa desse contrato.

3.2. Força obrigatória dos contratos

Trata-se de princípio que buscava resguardar a segurança na relação contratual, na medida em que seu centro é compelir os contratantes a cumprirem o quanto foi pactuado, sob pena de dar-se por finda. Como afirma Orlando Gomes, é a "regra de que o contrato é lei entre as partes", sendo a "pedra angular da segurança do comércio jurídico".[300]

Como aponta Tereza Ancona Lopez, tal princípio não está escrito, mas "é princípio consagrado por nosso sistema jurídico que podemos afirmar positivado" e que guarda estreita

---

[299] REALE, Miguel. História do novo código civil. In: _____.; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Biblioteca de direito civil:** estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 93. João de Matos Antunes Varela, **Das obrigações em geral**. v. I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Edições Almedina, 2011. p. 227, o conceitua como "princípio da confiança", pois visa a resguardar a "legítima expectativa criada pelo recebimento da proposta contratual no espírito do destinatário".

[300] GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 36.

e direta relação com a autonomia da vontade, pois esta "de nada valeria [...] se não tivesse força vinculativa e obrigatória entre as partes".[301]

E prossegue a autora completando que tal princípio tem por "corolários a pontualidade no cumprimento das obrigações criadas do vínculo negocial, a irrevogabilidade do vínculo e a intangibilidade de seu conteúdo".[302]

Quanto à pontualidade, por certo quando as partes ajustam os termos e condições de um contrato, o fazem sempre tendo em mira que as obrigações pactuadas entre elas sejam adimplidas na forma do quanto foi formalizado, sob pena de buscarem o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos de recebimento da contraprestação na forma e nos prazos avençados.

De qualquer modo, ainda que para se manter a pontualidade, pode uma das partes procurar alterar a data de vencimento de determinada obrigação em razão de fatos supervenientes que afetem o cumprimento da mesma sob a forma pactuada, o que poderá ser feito por acordo entre as partes ou por determinação judicial.

Relativamente à irrevogabilidade ou irretratabilidade do vínculo contratual ou da declaração jurídico-negocial emitida, o que se busca é evitar que o contrato seja desconstituído por apenas uma das partes, salvo as possibilidades legais de revogação, rescisão, resolução ou resilição unilateral, pois o que se busca é não permitir que o contrato fique nas mãos de uma única parte, haja vista a relevância social do mesmo.

No que tange à intangibilidade do conteúdo, significa que até mesmo o próprio Poder Judiciário não pode alterar o conteúdo do quanto foi ajustado entre as partes, nem exonerar as partes de suas obrigações, mas, em situações legalmente possíveis, tais como de resolução por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480 do Código Civil) ou aplicação da teoria da imprevisão, poderá o juiz decidir em prol do pleito de uma das partes para, justamente, restabelecer o equilíbrio que existia quando da formação do vínculo, mantendo o contrato como um artefato útil na vida em comunidade. Esses dois serão mais bem explorados quando da análise do princípio do equilíbrio contratual.

Sob esses aspectos, é possível verificarmos que, para os contratos de comercialização de energia elétrica, em bases negociais livres ou reguladas, o princípio da vinculação obrigatória dos contratos guarda correlações distintas.

---

[301] LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais:** fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16-17.

[302] Ibidem, p. 17.

Para os contratos firmados no mercado cativo, esse princípio é firme e indiscutível, visto que estamos diante de um mercado altamente regulado, onde a margem de liberdade entre as partes é tendente a zero e no qual o quanto ajustado rege-se pelas regras de direito administrativo, as quais se pautam no interesse público e, portanto, tornam os contratos instrumentos tais que e visam à proteção de tal interesse, declinando da aplicação de regras que possam tender ao resguardo de interesses e direitos particulares.

Já para os contratos firmados no âmbito do mercado livre, como já posicionamos linhas atrás, apesar de aceitar a liberdade contratual, na maioria de suas facetas, em razão das naturais vicissitudes do mercado, basicamente a sazonalidade, verificamos que o *pacta sunt servanda* goza de eficácia, sendo que os limites impostos por conta do princípio do equilíbrio contratual, conforme veremos mais adiante, só se fazem sentir na exata medida em que as próprias partes resolvam trazer ajustes ao contrato em virtude de mudanças no meio. Não há que se falar em aplicação por imposição judicial desse último princípio, justamente pelas particularidades do mercado que precisam ser mantidas, sob pena de desestruturação do mesmo.

Conforme aponta Orlando Gomes, para que esse princípio seja afastado, "o acontecimento" deve ser "extraordinário e imprevisível", pois, se traz apenas maior onerosidade "mas que podia ser razoavelmente prevista", não se pode "pretender a resolução ou alteração do conteúdo do contrato".[303]

Ademais, como bem observa Fernando Rodrigues Martins, "a obrigatoriedade do contrato se promana ilesa se há harmonia recíproca entre os princípios da justiça contratual, da boa-fé, da autonomia privada, todos adornados pela confiança"[304] e, como vimos anteriormente e veremos adiante, a comercialização de energia elétrica, em virtude das características do bem negociado e da regulação feita via CCEE sobre o mecanismo de controle de garantias nas prestações e contraprestações desse contrato, guarda observância a tais outros princípios.

Assim, diante das características do contrato de comercialização de energia elétrica, já reconhecidas, aceitas e aplicadas no mercado livre, conforme verificaremos pela análise mais detida de tal relação contratual, a ser feita no capítulo seguinte, é certo que as regras

---

[303] GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 39.
[304] MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 364.

pactuadas entre as partes contratantes, desde que respeitem a mínima regulamentação existente e as normas de direito civil que aqui trataremos, devem ser mantidas e respeitadas, haja vista que a flexibilização que se faz ao *pacta sunt servanda* não pode chegar ao extremo de torná-lo um "anátema", tornando a intervenção judicial a regra nas relações contratuais, conforme bem apontado por Otavio Luiz Rodrigues Junior.[305]

Nessa linha de ser a contratação no ambiente livre forte no princípio de que o contrato faz regra entre as partes, vemos um dos poucos julgados sobre o tema, do qual transcrevemos o seguinte trecho elucidativo e ratificador do quanto apontamos:

> "Nos termos da Lei n. 10.848/2004 e Resoluções normativas 109 e 348 da ANEEL, cabe à agência reguladora ANEEL a aprovação das Regras de Comercialização, cabendo à CCEE a contabilização, liquidação, leilões e administração dos contratos, assegurando o cumprimento pelos agentes das regras de comercialização, além de impor penalidades aos agentes em caso de falta de garantia física, insuficiência de lastro para venda de energia elétrica, insuficiência de cobertura contratual, etc. [...] Também não há que se falar que as multas impostas são abusivas, desproporcionais ou arbitrárias, posto que estas são calculadas no mercado ao preço de liquidação das diferenças PLD, havendo reconhecimento da dívida pela associada, tanto que efetuou proposição para liquidação dos débitos pendentes (fls. 241).
>
> [...] Havendo contratação regular através de adesão da associada CCEE, deve prevalecer a observância do princípio "pacta sunt servanda", ou seja, o contrato faz lei entre as partes, havendo impeço do inadimplente à "exceptio non adimpleti contractus", motivo pelo qual não se afigura presente o "fumus bonis iuris" a amparar o direito do apelante".[306]

Contudo, o que veremos quando formos tratar do modelo de CCVEE é que existe, sim, certa flexibilização dentro do quanto foi ajustado entre as próprias partes contratantes, o que, no nosso sentir, não implica dizer que não se aplica o princípio da força vinculante do contrato.

---

[305] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 19, jul.-dez. 2010.

[306] Apel. Cível 0214360-35.2009.8.26.0100/SP, 35ª Câmara de Direito Público, TJ, rel. Des. Clóvis Castelo, j. 26.03.2012, v. u. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Registro: 2012.0000121836. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5785163&cdForo=0>. Acesso em: 31 mai. 2014.

Na verdade, apesar de as partes "desejarem força obrigatória dos contratos", acabam reconhecendo sua "incompletude" e, nesse sentido, permitem revisões de preços em razão de alterações de encargos legais ou setoriais, até porque, como visto, a imprevisibilidade do mercado e até mesmo os riscos quanto à disponibilidade da energia elétrica podem trazer discussões quanto à força obrigatória do quanto foi pactuado.[307]

De qualquer forma, apesar de o bem jurídico ser a energia elétrica – conforme estudaremos mais à frente –, o que se coloca em foco nos contratos de comercialização de tal bem é a demanda contratada. É esta que deve ser atendida – a demanda ou necessidade de energia elétrica contratada pelo consumidor livre e que, impreterivelmente, tem de ser suprida, nem que seja para que o vendedor do bem tenha de se socorrer do mercado *spot* ou flutuante.

É essa particularidade que torna a aplicação da força obrigatória do contrato tão carregada e pouco flexível diante da alegação de desequilíbrio contratual por motivos financeiros e de precificação do bem energia elétrica, tendo em vista todas as suas particularidades e, por decorrência, do mercado no qual está inserida.

De qualquer modo, como as partes têm plena ciência sobre as externalidades do mercado que possam afetar o quanto foi pactuado, ela mesmas acabam revisitando o contrato sob a visão do que tenha se alterado no meio e que exija eventuais mudanças contratuais.

Como reflexo, a relatividade dos efeitos contratuais tem total aplicabilidade e pertinência à matéria estudada, sendo o mercado livre de energia elétrica dotado de instabilidades que refletem no instrumento pactuado entre as partes, conforme veremos a seguir.

3.3. Relatividade dos efeitos dos contratos

Pelo princípio da relatividade dos efeitos do contrato os mesmos atingiriam apenas aos que o celebraram, "sem produção de benefícios ou danos aos estranhos ao vínculo", conforme pontua Roberto Senise Lisboa.[308]

---

[307] Para maiores detalhes, ver MAGALHÃES, Gerusa de Souza Côrtes. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 118-119.

[308] LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos:** a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114-115.

A priori, as regras, deveres e obrigações criadas e formatadas no corpo de um contrato visam atingir as partes[309] dessa relação, o que implica em uma "relatividade estrita do contrato", conforme aponta Teresa Ancona Lopez.[310] Trata-se da eficácia interna dos contratos, relativa apenas às partes contratantes.

Contudo, a eficácia do contrato para além das partes contratantes encontra fundamento maior na própria função do mesmo como meio de circulação de riquezas e, portanto, de utilidade ou funcionalidade social. Há uma mitigação em tal princípio que permite que sua eficácia se estenda para terceiros, entendidos estes como "quem quer que seja totalmente estranho ao contrato ou à relação sobre a qual ele estende os seus efeitos" e divididos em três categorias: os estranhos ao contrato "mas participantes do interesse, subordinada à da parte"; "os que são interessados, mas têm posição independente e incompatível com os efeitos do contrato" e os "normalmente indiferentes ao contrato", mas que podem ter "legitimidade para reagir caso venham a sofrer prejuízos".[311]

No caso da relação contratual de comercialização de energia elétrica no mercado livre, as negociações realizadas, quer no mercado livre, quer no mercado cativo, repercutem nas práticas de preço e ajustes de cláusulas contratuais firmadas em cada caso, pois, apesar de cada relação contratual ser individualizada, para fim do atendimento de uma demanda por energia elétrica, por ser este um bem cujo mercado livre ainda é restrito, o que se faz em um afeta todos os demais agentes envolvidos.

E isso ainda mais em especial porque as compras e vendas desse bem em tal mercado ocorrem sob a forma de liquidações financeiras junto à CCEE, onde até mesmo o preço praticado no mercado cativo irá repercutir por sobre as mecânicas usadas para se apurar saldos positivos ou negativos de energia elétrica a ser paga ou recebida.

A relatividade dos efeitos das contratações de comercialização de energia elétrica no mercado livre não é, portanto, adstrita aos entes participantes da própria relação, motivo pelo qual podemos asseverar que não há perfeita aplicação do princípio da relatividade dos

---

309 Conforme Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 373-374, "parte contratual [é] aquele que estipulou diretamente o contrato, esteja ligado ao vínculo negocial emergente e seja destinatário de seus efeitos finais".

310 LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 69.

311 GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 43-44. Conforme aponta Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 374, o contrato é "bem tangível" que possui "repercussões reflexas, as quais, ainda que indiretamente, tocam terceiros".

contratos, que é plenamente mitigada ante a forte interligação que existe entre os agentes e suas práticas e os dois campos de atuação – cativo e livre –, ainda mais porque, como veremos mais à frente, o contrato de comercialização de energia elétrica não é perfeito e acabado para definir a entrega desse bem, sendo imprescindível a sua conexão com os contratos de distribuição e/ou transmissão, os quais respondem, sim, pela efetiva entrega da energia elétrica aos adquirentes da mesma.

Aqui podemos asseverar que existe uma tensão entre o privado dessa relação contratual e o ambiente público originário do fornecimento da energia elétrica, posto que, quando se está falando dos contratos de distribuição de energia elétrica pelos quais os consumidores cativos e finais recebem esse bem das concessionárias, o princípio da publicidade e, portanto, da eficácia pública dos mesmos, é a regra. Já para os contratos de comercialização de energia no ambiente livre, apesar da liberdade contratual das partes (que já se viu igualmente relativizada) que albergaria a possibilidade de relatividade dos efeitos dos contatos, é fato que, tendo em vista a peculiaridade da socialidade e essencialidade da energia elétrica e a interligação dos mercados em termos de reflexos financeiros, é impraticável afirmar-se que esse princípio contratual se aplica amplamente.

Na verdade, ele sofrerá mitigação pelo princípio da função social, como se verá mais adiante, o que é natural às regras do Código Civil vigente e com base no qual poderemos afirmar que a aparente tensão anteriormente citada acaba se esvanecendo e voltando ao quanto já asseveramos, no sentido de que a comercialização da energia elétrica no ambiente livre está, na verdade, em um ponto de equilíbrio entre os dois lados – público e privado –, mas que tende ao privado, em especial, pelas expectativas futuras de se negociar a energia elétrica como uma mercadoria qualquer, quer via bolsa de energia, quer via contratações entre consumidores finais e, até mesmo, negociações dos excedentes pelos consumidores finais e/ou livres.

Assim, tendo-se olhado, analisado e refletido sobre a negociação da energia elétrica no mercado livre à luz de princípios tradicionais do direito, passemos a olhar esse mesmo bem e sua comercialização diante dos novos princípios contratuais que surgiram para mitigar a plena eficácia dos anteriores e repor as situações fáticas em posições mais realísticas do que o eram quando se aplicava indiscriminadamente aqueles três originários princípios.

3.4. Boa-fé objetiva

É aceito que esse princípio exerce diferentes funções no espaço do direito privado contratual.[312] Uma função é a interpretativa, de modo que as cláusulas contratuais sejam analisadas e aplicadas de forma mais próxima possível do objetivo ajustado em comum entre as partes. Outra é a função restritiva, no sentido de estabelecer limites ao exercício dos direitos das partes, conforme se depreende da leitura do art. 187 do Código Civil.[313]

Possui, ainda, uma função geradora dos chamados deveres anexos à prestação principal,[314] que correspondem aos deveres de prestar informações, agir com lealdade e atuar de forma transparente, sempre de modo ajustado e consentâneo ao quanto foi pactuado no contrato e ao escopo almejado entre e pelas partes.[315]

Emilio Betti, ao analisar as prestações nas relações obrigacionais, destaca que há um momento subjetivo, que corresponde a uma conduta cooperativa entre as partes, e outro objetivo, o qual se vincula à finalidade colimada ou à chamada "causa objetiva do ajuste".[316]

---

[312] Paulo Nalin, Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 124-125, destaca algumas das funções da boa-fé objetiva, "sem prejuízo de tantas outras serem relacionadas": a interpretativa; a integrativa e correção da base econômica do contrato; a de limitação do exercício de direitos subjetivos; a de criação de deveres aos contratantes. Já Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 199, destacam as funções "de otimização do comportamento contratual": a de "reequilíbrio" e a de "limite no exercício de direitos subjetivos".

[313] Nesse sentido, Emilio Betti, **Teoria generale delle obbligazioni**. v. 1. Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 1953, p. 89, doutrina serem as funções interpretativa (hermenêutica) e de adimplemento das obrigações atinentes à boa-fé as de maior importância no campo da teoria das obrigações e dos contratos. Para Antonio Junqueira de Azevedo, Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 141, esse princípio se "estende da fase pré-contratual à pós-contratual, criando deveres entre as partes".

[314] Nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 141, tais deveres "passam a existir paralelamente ao vínculo contratual".

[315] Esclarecendo tais funções, Gustavo Tepedino, Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the Best knowledge of the Sellers*. In: _____. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 252-253, acaba por concluir que tal princípio diz respeito "à preservação do conteúdo econômico do negócio", que, no final, é o objetivo macro por detrás das relações negociais de cunho patrimonial.

[316] BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. v. 1. Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 1953. p. 39. Judith Martins-Costa, Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 632, reforça, ainda, a concepção de que a utilidade objetiva corresponde ao "programa econômico contratual".

Dessa forma, para esse autor, o empenho de cooperação, no sentido de se atingir o interesse do outro, na relação contratual, está atrelado ao conceito de boa-fé,[317] a qual impõe a observância de "deveres de caráter positivo", enquanto "critérios de conduta" que as partes devem observar.[318]

Assim, os deveres anexos ou "instrumentais"[319] atuam como elementos necessários para que o campo de cooperação formado entre as partes, na exata medida para que o contrato se torne eficaz, atingindo o escopo ao qual foi desenhado, e permitem que esse princípio contratual, da boa-fé objetiva, se aproxime do princípio da solidariedade social, constitucionalmente descrito.

Essa linha de raciocínio é desenvolvida por Giovanni Maria Uda, para quem o princípio da boa-fé atua na linha de conservação do contrato, na medida em que permite a manutenção do "programa econômico" ajustado entre as partes, o que se alinha com o princípio da solidariedade. E, em consequência, temos a realização dos "interesses públicos à produção e circulação da riqueza", superando-se o "âmbito meramente egoístico" do contrato.[320]

Teresa Negreiros resume o princípio da boa-fé contratual sob uma concepção de "eticização", pois ela "corresponde à lealdade, à correção e à veracidade nas relações contratuais", sendo certo que essa boa-fé objetiva atua como "embasamento dogmático de teorias inovadoras", as quais se relacionam "à formulação de critérios de interpretação-integração do contrato; à criação e à imposição de deveres instrumentais e à limitação ao exercício de direitos", tornando a relação contratual um meio de "cooperação" entre as partes para que atinjam o "programa econômico por elas estabelecido".[321]

---

317 BETTI, Emilio, op cit., p. 65; 93.

318 Ibidem, p. 68.

319 Judith Martins-Costa, Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 632; 634, assim os denomina, pois, ao direcionarem "o contrato à sua função, operacionalizam a diretriz da solidariedade".

320 UDA, Giovanni Maria. **La buona fede nell'esecuzione del contratto**. Torino: G. Giappicheli Editore, 2004. p. 88-89.

321 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 508-509. Nesse sentido de função interpretativa e integradora, ver FRANCO, Vera Helena de Mello. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLVIII (Nova Série), n. 151-152, p. 32-35, jan.-dez. 2009.

Como ressalta essa mesma autora em outro texto, a boa-fé objetiva não se confunde com a boa-fé subjetiva e dela afasta-se, na medida em que corresponde a um "dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico", obrigando a determinado comportamento e à colaboração, em suma, impondo "um padrão de conduta a ambos os contratantes", a fim de que, em real colaboração, atinjam o "efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado".[322]

De qualquer modo, Antonio Junqueira de Azevedo destaca que a boa-fé objetiva "tem um primeiro nível, negativo e elementar, consistente em não agir com má-fé, e um segundo nível, positivo, de cooperação", sendo que, para este último, "compõe-se de diversos deveres (deveres positivos)", sendo que aqui "varia conforme o contrato",[323] o que permite a esse autor concluir que se trata de um "conceito jurídico indeterminado", pois o juiz possui certa liberdade de decidir quando se coloca em discussão a aplicação ou não de tal princípio. Até mesmo porque, como bem pondera esse jurista, pela atual redação do art. 421 do Código Civil, não se pode afirmar se tratar de uma norma cogente ou dispositiva.[324]

Acreditamos que a posição de Eduardo Tomasevicius Filho é bem esclarecedora ao pontuar que se trata de um princípio "cuja finalidade é proporcionar o bom andamento das relações jurídicas, que serve de fonte para a elaboração de regras jurídicas, tal como as cláusulas gerais sobre a boa-fé", sendo certo que o mesmo possui funções típicas – "proteção da crença e confiança legítimas, em consideração à pessoa da contraparte, e a disciplina da boa formação e execução das obrigações" – e atípicas – "imposição de deveres de proteção às partes, repressão aos abuso de direito e reequilíbrio das prestações contratuais", enquanto critério de interpretação dos atos jurídicos.[325]

No caso particular do contrato de comercialização de energia elétrica, o princípio da boa-fé é por demais importante, em especial, por conta dos deveres anexos que se encontram

---

322 NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 227.

323 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer) Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: _____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

324 Idem, Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, ano 89, p. 12, mai. 2000.

325 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé**. 2007. 495 f. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de direito civil da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, mimeo. f. 85-86; 89.

na real e efetiva observância, pelas partes, das regras específicas – dispositivas ou não – aplicáveis ao mercado livre em cotejo com as características e especificidades do bem contratado, como veremos, mais detidamente, no capítulo próprio.

Assim, nessa expectativa de colaboração para a consecução das finalidades contratuais – a qual, em última instância, apesar de prestações distintas para cada parte (uma recebendo o bem; outra, a contraprestação econômica), guarda univocidade no que se refere à eficácia do quanto foi pactuado, dentro do ditado pelas regras internas e externas –, podemos afirmar que as peculiaridades da "ordem jurídico-econômica",[326] do ACL exigem a maximização no implemento desse princípio contratual, em colateralidade com o da solidariedade.

Até mesmo porque, na prática, há um robusto ambiente de negociações prévias[327] à formalização desse contrato, em especial, por conta de preços, quantidade do bem para atendimento à demanda a ser contratada e periodicidade quanto à sua entrega, no qual se discutem amplamente todas as variáveis do mercado, a fim de deixar ambas as partes cientes e aquiescentes no que tange às regras do setor e às suas possíveis externalidades.[328]

O comprador da energia elétrica é o ponto referencial e central da negociação, pois é a sua demanda que deverá ser atendida, gerando a expectativa de recebimento, pelo comprador, do preço como equivalente ao que deve ser entregue.

Em razão da sistemática de contabilização e registro que é feita na CCEE, as contratações devem ser atendidas, até porque os contratos serão registrados semanalmente, e

---

[326] Usamos essa expressão no sentido tomado por Eros Roberto Grau, **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 63; 72, de que a ordem econômica é uma parcela da ordem jurídica, esta enquanto "sistema de princípios e regras jurídicas" composto por uma "ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social", sendo que tal "ordem econômica" é a do "mundo do dever ser". Nesse particular, entendemos que a energia elétrica, enquanto bem de valor econômico, passível de ser objeto de negociações no mundo jurídico, é normatizada por regras específicas de um aparato regulatório, que compõe a referida "ordem econômica" à qual se refere Eros Grau.

[327] E, conforme afirma o autor Eduardo Tomasevicius Filho, op cit., f. 352, essa fase de negociações é importante e, durante a mesma, "informações são produzidas e obtidas sobre os pontos essenciais de um possível contrato. Prestam-se esclarecimentos, fazem-se revelações, formulam-se perguntas, tudo com o objetivo de saber se vale a pena contratar. É o período em que se conhecem os bens que serão objeto da prestação do futuro contrato, as condições de pagamento, e as demais questões relativas à relação contratual". Esses elementos "permitem às partes conhecerem o que pretendem obter da parte contrária, bem como aquilo que podem obter da parte contrária, ao celebrarem o contrato".

[328] Conforme aponta Helder Queiroz Pinto Junior, **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 6, "externalidades podem ser definidas como um efeito da ação de um agente econômico sobre um outro, que ocorre fora do mercado. Ou seja, as externalidades não estão submetidas às forças do mercado. Por esta razão, implicam uma alocação não ótima dos recursos".

os seus montantes só poderão ser alterados antes do início da semana de entrega da energia. Depois disso, os consumidores livres são obrigados a contratar 100% da energia elétrica demandada, não podendo alegar mudanças no mercado quanto a preços e quantidade de energia gerada para implicar em alterações na contratação.

Como não existe previsão legal de os consumidores livres venderem os excedentes de energia elétrica adquirida, os mesmos não possuem mecanismos para se desfazer de eventuais sobras, devendo liquidar o excedente na CCEE, pelo PLD.

Tal mecanismo faz com que esse consumidor se torne credor de um excedente junto à CCEE, exposto à possível inadimplência de outros agentes que tenham consumido mais energia do que a contratada.

Para evitar tal exposição, os consumidores livres ou especiais devem prever, da forma mais precisa possível, a sua demanda contratada (ou demanda contratada de potência) de energia elétrica, de modo a evitar falta ou sobra da mesma, o que acarreta a imposição de penalidades pela CCEE.

Assim, a depender da forma de atuação do consumidor livre, ele gerará expectativas no mercado como um todo (que é conectado), e qualquer tentativa de alteração na mesma não lhe será permitida caso ultrapasse o prazo citado, podendo ser tomada como violadora da boa-fé negocial envolvida.

Nessa linha, qualquer argumentação do comprador, por exemplo, sobre variações ou sazonalidades de preços ou quantidade do bem a ser entregue que possam implicar em tentativa de modificar o quanto foi pactuado, por conta da variação natural a essa modalidade contratual, pode muito bem caracterizar o *venire contra factum proprium*, posto estar o comprador exercendo uma posição jurídica em contradição ao comportamento exercido anteriormente, a saber, o fechamento do negócio sob condições que sabe serem flutuantes em virtude das incertezas do mercado.

Trata-se da figura da lealdade dos contratantes às regras da relação jurídica contratual firmada.

Contudo, se, por conta de ser um mercado livre de comercialização de energia elétrica, onde a contratação é feita sob bases privatísticas, a boa-fé seria um princípio norteador natural desse contrato, sob o enfoque das regras de regulação mínimas, acaba-se verificando um desvio, pois o que se exige das partes é, na verdade, um respeito à legalidade

estrita, princípio de cunho publicístico, que acaba criando um desvirtuamento na relação contratual que se está analisando, deslocando-a para um campo público, assemelhada a um contrato de fornecimento de energia elétrica no ambiente cativo ou regulado.

O princípio da boa-fé acaba cedendo espaço ao princípio da legalidade, transformando-se em um ponto de verificável derrogação parcial de regras de direito privado diante das de direito público.

Por conta dessas regras restritivas, as quais acabam limitando a atuação no mercado livre e impondo certas "penalizações" aos participantes, bem como mostram mais um ponto de tensão entre o privado e o público que compromete as bases e a ampliação do mercado livre, pode haver um desestímulo para que os consumidores se mantenham naquele, decidindo migrar para o mercado cativo.

De qualquer forma, a boa-fé objetiva, por ser um conceito indeterminado (aberto), exigirá avaliação caso a caso, ou, como doutrina Teresa Ancona Lopez, "seu conteúdo será plasmado conforme as necessidades do caso concreto", havendo sua prevalência "sobre as determinações contratuais apesar de não impor comportamento preestabelecido", pois é norma de ordem pública.[329]

Por ser um contrato que guarda extrema ligação com aspectos de cunho financeiros, como poderemos avaliar mais à frente, a boa-fé contratual pode ser entendida como um elo entre o individualismo e a socialidade que se busca na formalização dos contratos, passando a agregar "à inafastável liberdade de iniciativa econômica os valores da função social e da consideração aos interesses do *alter*, parceiro e partícipe na operação econômica instrumentalizada pelo contrato", nos dizeres de Judith Martins-Costa.[330]

E é sob o viés da funcionalidade social, a qual se pode vislumbrar e extrair do CCVEE no mercado de contratação livre de energia elétrica, que passamos à análise desse novo princípio contratual, concorrente da boa-fé objetiva na consecução da finalidade econômica que tal contrato encontra e busca potencializar na sociedade.

---

[329] LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais:** fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47; 49.

[330] MARTINS-COSTA, Judith. Introdução. In: _____.; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XVII.

3.5. Função social do contrato [331]

Conforme bem destaca Eduardo Tomasevicius Filho, "o termo função social [...] surgiu na filosofia" e, consequentemente, "passou para o direito, aparecendo sob a forma de função social da propriedade".[332]

Já quanto ao termo função, Fábio Konder Comparato assevera que "em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular", sendo certo que se deve levar em conta a legalidade dos objetivos, de modo a legitimar-se referido poder.[333]

Há entendimentos de que o princípio da função social do contrato seria derivado ou consequente do princípio da função social da propriedade.[334] Nas palavras de Eduardo

---

[331] Pietro Barcellona, **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 302, destaca que "a função social é considerada como uma 'cláusula geral', uma especificação do princípio de solidariedade social, de exigência de atuar um compromisso entre vários interesses em conflito". Não entendemos que se trata de uma especificação ou detalhamento de outro princípio, mas, antes, de princípios distintos, os quais podem se enlaçar a fim de alcançarmos um grau maior de sociabilidade.

[332] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Direito empresarial:** direito societário. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44-45.

[333] COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: _____. **Direito empresarial:** estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 9. Nesse mesmo sentido, ver Eros Roberto Grau, **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, para quem "a função é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse do seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de prudente arbítrio". Por isso, esse autor afirma que "a empresa existe juridicamente enquanto fonte de poder" (p. 131).

[334] Nesse sentido, cf. VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da *propriedade* às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 779; REALE, Miguel. **História do novo código civil**. In: _____.; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Biblioteca de direito civil:** estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 266; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138. Contudo, Paulo Neves Soto, Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 255, assevera que essa posição foi superada, afirmando que a doutrina retificou essa posição, passando a distinguir ambos os princípios – função social da propriedade e do contrato – em virtude de suas "funções e razões próprias". Nessa mesma linha, ver Paulo Nalin e Hugo Sirena, Da estrutura à função social do contrato: dez anos de um direito construído. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettor; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 286-287, para quem, apesar de tais princípios não serem mais "concebidos dissociados", explicam que "a função social do contrato não necessariamente guarda confluência com a função social da propriedade", porque "os efeitos e os regramentos de ambos são extremamente diversos", estando esta última ligada aos direitos reais, de características *erga omnes*, ao passo que a outra vincula-se aos direitos obrigacionais, de eficácia relativa às partes do vínculo contratual. Não obstante entendermos que haja as devidas distinções, não há como se negar que a posição trazida no art. 421 do Código Civil de 2002 tem um viés no princípio da função social da propriedade e, portanto, dos meios de produção, ancorado na Constituição Federal. Como veremos, no campo da comercialização da energia elétrica, permite-se extrema vinculação entre ambos os princípios em virtude de ser o objeto do contrato um

Tomasevicius Filho, trata-se da "transposição do instituto da função social da propriedade para o âmbito contratual".[335]

Lafayete Josué Petter, considerando que a "função mais característica do contrato é sua finalidade econômica", a qual repercute na "desejada circulação das riquezas", entende ser possível "inferir-se" que o princípio da função social do contrato tem fundamento no da função social da propriedade, aportado em sede constitucional, justamente porque "a circulação da riqueza pressupõe a sua apropriação privada", o que ocorre por meio do "instituto da propriedade".[336]

Conforme pontua Ricardo Luis Lorenzetti, a visão de que o contrato tem apenas eficácia entre as partes, sendo um "fenômeno economicamente neutro", foi superada, passando-se a entender e acolher os seus "efeitos econômicos distributivos" enquanto "instrumento para a ordem social e econômica".[337]

Nesse sentido, Gustavo Tepedino pontua que a função social "subverte o princípio da relatividade", pois "impõe efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial", sendo certo que o mesmo insere-se "no próprio fundamento da iniciativa econômica".[338]

---

bem de cunho social, cuja negociação deve ter por escopo reflexos para além das partes contratantes, tendo em vista a repercussão social e *erga omnes* que a propriedade e negociabilidade do mesmo acarretam.

335 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 168, p. 202, out.-dez. 2005. Jorge Mosset Iturraspe, 10 años do CCB – derecho contractual constitucional: libertad, solidaridad y función social. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettor; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 260, reforça a ideia de composição entre a função social do contrato, a função social da propriedade e da empresa, as quais nos levam a uma "economia social em substituição à economia de mercado".

336 PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 219.

337 LORENZETTI, Ricardo Luis. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 541; 544. Nessa linha, Orlando Gomes, **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 109. Paulo Nalin, Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 131, assevera que tal princípio "é corolário lógico da vigente normativa constitucional brasileira, mais precisamente do valor da solidariedade", visto que se trata de "passagem do individualismo para o personalismo e solidarismo das relações jurídicas, mormente as contratuais". Joaquim de Sousa Ribeiro, **O problema do contrato:** as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 637, já afirma que "o contrato é uma instituição de ordem jurídico-econômica, estando sujeito aos seus impulsos e condicionantes de direcção e orientação".

338 TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the Best knowledge of the Sellers*. In: _____. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251. Nessa linha, vai Teresa Ancona Lopez, Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63, quando afirma que a função social limita o princípio da relatividade dos contratos, pois "o interesse dos particulares não poderá prejudicar terceiros ou a coletividade frustrando a justiça social".

Como pondera Giovanni Maria Uda, "o setor econômico e o setor social não são plenamente distintos, considerando-se, de um lado, a relevância social das relações econômicas, e de outro lado a interferência dos interesses não imediatamente econômicos nas próprias relações econômicas, além da interferência dos interesses econômicos nas relações sociais", complementando o autor que tal "osmose" se mostra em disposições da Constituição Italiana as quais tratam "dos direitos da iniciativa econômica privada e da propriedade – direitos eminentemente econômicos".[339]

De qualquer modo, assevera Fábio Comparato que, no ambiente corporativo, onde se desenvolvem a maioria dos contratos que podem gerar impactos ou conflitos entre os interesses sociais e os puramente econômicos ou lucrativos, em havendo conflito entre os interesses particulares e "sociais", devem prevalecer estes últimos.[340]

Nesse aspecto, percebemos que a expressão "função social" acaba recebendo o influxo das três possibilidades de significações que, nos estudos de Eduardo Tomasevicius Filho, são: a de finalidade ou papel;[341] a de uma utilidade, pelo titular do direito, a bem de outrem (sociedade, Estado ou terceiro), enquanto uma "solução de compromisso entre os interesses" (e aqui se destaca a função social da propriedade); e a de responsabilidade social, que se enquadra, mais propriamente, na função social da empresa.[342] O importante é

---

339 UDA, Giovanni Maria. **La buona fede nell'esecuzione del contratto**. Torino: G. Giappicheli Editore, 2004. p. 59-60.

340 COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: _____. **Direito empresarial:** estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 12. Conforme Miguel Reale, História do novo código civil. In: _____.; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Biblioteca de direito civil:** estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 268, o que se busca é que "o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento". Trata-se de mera conciliação entre os interesses da sociedade com os individuais das partes, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 109.

341 Joaquim de Sousa Ribeiro, **O problema do contrato:** as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 14, destaca a importância da avaliação "conceptual do contrato" sob o "seu desempenho funcional", o qual assume uma "natureza instrumental e multifuncional". Desse modo, o que iremos avaliar neste trabalho é justamente se a dita figura do contrato de compra e venda de energia elétrica é um verdadeiro tipo contratual ou uma mescla de tipos, em virtude da multifuncionalidade que acaba adquirindo.

342 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 168, p. 200-202, out.-dez. 2005. Em linha similar, segue Fernando Rodrigues Martins, **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 433, para quem "o postulado da função social do contrato é multifuncional, já que pode manifestar-se na imposição do solidarismo com vista à tutela da dignidade da pessoa humana, na percepção dos efeitos e na efetividade do estipulado pelas partes a determinado terceiro, na vedação e na correção de efeitos negativos perante a sociedade, e, ademais, na resolução do contrato por falta de finalidade".

ultrapassar o que Eduardo Tomasevicius Filho destaca como a "concepção de [Karl] Renner sobre a função social", a qual apenas "traduz o papel social de um instituto jurídico".[343]

De qualquer modo, é importante apontarmos que esse princípio implica em impor limites à liberdade contratual afeta ao estabelecimento do "conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública, e não de liberdade de contratar", que se lastreia na autonomia privada e é ilimitada, como bem ponderado por Giselda Hironaka e Silmara Chinelato.[344]

Nesse sentido, temos o Enunciado nº 23, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de direito civil, que atesta a mitigação da força absoluta dessa autonomia ao prever que "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".[345]

Trata-se da concepção negativa da liberdade de contratar ("função social em sentido amplo"), pois ela é exercida nos limites da função social do contrato, conforme bem pondera Eduardo Tomasevicius Filho, o qual destaca a existência da concepção positiva ("função social em sentido estrito"), qual seja, a de que tal liberdade é exercida "em razão da função

---

343 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Direito empresarial:** direito societário. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 56. Conforme conclui o autor, "a função social refere-se apenas às atividades econômicas que a empresa exerce, consubstanciadas no seu objeto social e exigíveis pela imposição de deveres jurídicos ao titular desse direito".

344 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos, em homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 79-111, abr.-jun. 2003. p. 97. Diferentemente, para Eros Roberto Grau, **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 77, "a liberdade contratual se decompõe em liberdade de contratar ou de abster-se de contratar e em liberdade de configuração interna dos contratos". Veja-se, contudo, que o enunciado 23, aprovado na I Jornada de direito civil, promovida pelo Superior Tribunal de Justiça, traz concepção limitativa dessa autonomia, sob a seguinte redação: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciados Aprovados –** I Jornada de Direito Civil. Disponível em: < http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2013. É nesse sentido que a função social é vista como "limitação geral à liberdade contratual e não apenas como critério justificador da inserção de determinadas normas", sendo uma "clara manifestação do princípio da socialidade", conforme aponta Cristiano de Sousa Zanetti, **Direito contratual contemporâneo:** a liberdade contratual e sua fragmentação. v. 5. São Paulo: Método, 2008. p. 196-197.

345 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciados Aprovados –** I Jornada de Direito Civil. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2014.

social do contrato", na busca da consecução de determinados fins ou "resultados concretos para a sociedade",[346] sendo que ambas podem ser extraídas do art. 421 do Código Civil.

Assim, conforme esclarecem as autoras citadas anteriormente, esse princípio acaba por impor limites, de forma geral, à liberdade de as partes estabelecerem o conteúdo contratual, por conta da ordem pública e dos bons costumes, visando, de modo particular, "ao desenvolvimento econômico",[347] mas não limita a autonomia da vontade; ao contrário, a funcionaliza, na medida em que se permite uma análise das razões contratuais das partes, mas sem a obrigatoriedade de que tal escopo esteja relacionado à proteção e à sempre efetivação de interesses sociais ou coletivos.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, tal princípio é distinto do da ordem pública, pois, antes, busca "integrar os contratos numa ordem social harmônica", sendo que sua ideia central encontra-se no valor social da livre iniciativa, erigida como um dos fundamentos da República (inciso IV do art. 1º da Constituição Federal), a qual "impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo", uma vez que o mesmo possui interesse para toda a sociedade.[348]

Nesse sentido, tal princípio é "um dos institutos que melhor refletem a ideia de socialidade" que norteou a elaboração do Código Civil de 2002, conforme aponta Eduardo Tomasevicius Filho.[349]

---

346 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 168, p. 204, out.-dez. 2005. Teresa Ancona Lopez, Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64-65, afirma que função social apresenta o dever positivo, que é o econômico (função econômica do contrato no sentido de girar riquezas), e o negativo, consubstanciado na "obrigação geral de não-fazer", por meio da qual os contratantes não podem "prejudicar os interesses extracontratuais, de terceiros ou da coletividade".

347 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos, em homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 79-111, abr.-jun. 2003. p. 98.

348 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 141-142. Em Natureza jurídica do *leasing* financeiro. Validade ou nulidade da cláusula de pagamento antecipado da opção de compra ("valor residual garantido"). Atualização em dólar e alteração das circunstâncias. In: Ibidem, p. 270, esse mesmo autor enfatiza que o contrato não é mais um instrumento de "interesses contrapostos", mas, antes, com base na Constituição Federal, passa a ser tratado como "um valor social", sendo "fator de cooperação".

349 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, op cit., p. 197. Claudio Luiz Bueno de Godoy, **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 141, assevera que o princípio da solidariedade social é "integrativo do conceito da função social do contrato", na medida em que o

Conforme aponta Miguel Reale, por meio desse princípio, "o que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento".[350]

Pensando-se nesses escopos, podemos afirmar que o contrato de comercialização de energia elétrica no mercado não cativo guarda, por certo, para além de tais limitações à liberdade contratual, quanto ao seu conteúdo, as limitações atreladas às peculiaridades do próprio bem objeto de tal negociação – bem imaterial e de consuntibilidade imediata –, as quais trazem uma exigência de análise sob a ótica civilista, em virtude da funcionalidade a qual os contratos passam a ter, exigindo que o intérprete o analise no contexto e sob a influência econômica que a negociação desse bem exerce no meio social como um todo.

Como bem pontua Claudio Luiz Bueno de Godoy, o princípio da função social do contrato é "estruturante da ordem econômica", na medida em que o contrato "encerra expressão típica da atividade econômica".[351]

É fato que o contrato de comercialização de energia elétrica no mercado livre possui a característica da funcionalidade social, pois atua como meio ou instrumento para a circulação de tal bem, na esteira dos ensinamentos de Humberto Theodoro Junior, para quem "falar em função corresponde a definir um objetivo a ser alcançado", que, no caso do contrato, tem por "único e essencial objetivo [...] o de promover a circulação da riqueza".[352]

Contudo, sem tirar a razão desse ilustre doutrinador, apenas buscando-se explicitar sua intenção diante da posição atual, esse aspecto econômico é mais do que meramente

---

"autorregramento de interesses que as partes possuem" deve se dar de forma "socialmente útil, porque em prestígio da igualdade dos indivíduos".

350 REALE, Miguel. História do novo código civil. In: _____.; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Biblioteca de direito civil:** estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 268.

351 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112. E vai mais adiante, completando, que se trata de princípio que dá "não só à ordem econômica, no Brasil (art. 170 da CF), como ainda à própria estruturação da República, assentada sobre o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF); mas, também, e antes, integra os próprios objetivos constitucionais (arts. 1º, III, e 3º, I, da CF) de estabelecimento de relações solidárias e de valorização da pessoa humana no trato entre os indivíduos" (p. 117-118), posição essa que se coaduna com a do contrato de comercialização de energia elétrica no âmbito do mercado livre, quer em razão da ampliação do leque de possibilidades de consumidores livres, quer em virtude das atividades de negociação nesse mercado, com destaque para o uso de bolsa de mercadoria de energia elétrica e a geração/revenda residencial.

352 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 46.

financeiro; passa pela análise da "produtividade ou utilidade" social do contrato, como já apontava Orlando Gomes.[353]

Nessa linha, tratando da autonomia contratual – no campo do mercado – e do contrato enquanto meio para as negociações que se realizam em tal meio, Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova[354] asseveram que "o contrato econômico, concluído por um operador profissional ou ocasional, merece proteção pela função social que opera ao maximizar a produção de riqueza na sociedade" (tradução livre).[355]

Sob esse enfoque, podemos afirmar que o contrato de comercialização de energia elétrica naquele ambiente livre guarda essa característica de ser um contrato de cunho econômico, pois faz girar um bem indispensável à existência e manutenção da sociedade como um todo (função coletiva do bem), em todos os campos negociais, tendo sempre em uma das pontas um agente profissional do mercado.

Para Francesco Messineo, os contratos são um "fato econômico", com variedade de conteúdo econômico, sendo um "instrumento flexível e precioso para a vida econômica".[356]

Possuem, assim, um motivo típico (causa função ou causa objetiva), o qual se confunde com a noção concreta funcional do negócio ou função econômica social, posto ser o resultado objetivo que não só as partes buscam, mas que, em certa medida, é o esperado ou predito pelo próprio legislador.[357]

Nesse aspecto, Calixto Salomão Filho nos aponta uma confluência entre a função social do contrato e sua função econômica, na exata medida em que, para se alcançar e executar o princípio da função social do contrato (art. 421 do Código Civil), é mister que conheçamos a própria causa ou função econômica ("objetivo econômico da operação") do negócio operado contratualmente, o que acaba por estimular "a cooperação das partes em

---

[353] GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 20; o autor afirma que "os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica".

[354] SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il contratto**. Tomo primo. 3. ed. Torino: UTET, 2004-2005. p. 19.

[355] Nesse mesmo sentido, ver Judith Martins-Costa, Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53, a qual classifica o contrato "como veículo de operações de circulação de riquezas de um patrimônio para outro", o que "aproxima Direito e Economia".

[356] MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale** (codici e norme complementari). v. 3. 9. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 698; 700.

[357] Conforme assevera Francesco Messineo, o contrato possui função e conteúdo constantes: de ser instrumento, por meio do qual se atua com as mais variadas finalidades na vida econômica, mediante a composição de interesses opostos e a coalizão de interesses coincidentes ou convergentes, que preenchem a vida jurídica e a econômica. Ibidem, p. 567.

torno do objetivo-econômico comum", que está ínsita ("é da essência") no princípio da força obrigatória dos contratos.[358]

Seguir essa linha de raciocínio pode ser simplista, mas é garantido afirmar que o princípio da função social do contrato será plenamente aplicável e, portanto, encontrará estreita e total vinculação em situações negociais em que o objeto contratado tenha as características de essencialidade ou indispensabilidade à sociedade, tornando-o um modelo de contrato existencial,[359] como é o caso da energia elétrica, do petróleo, de minérios e dos alimentos, ultrapassando a visão ou os meros limites de se analisar se afeta ou não apenas a ordem pública ou os bons costumes.

Entendemos que a regulamentação existente para a comercialização de energia elétrica na ambientação não cativa não é tamanha a ponto de haver medidas prontas que permitam um controle grande sobre a formalização de tal contrato, a fim de se evitar uma "má circulação" desse bem. Mas é por isso que o estudo sob o campo do direito civil é importante, visto que, ainda incipiente, é possível ao jurista dessa área trazer contribuições efetivas e eficientes a ponto de se moldarem contratos de comercialização de energia elétrica ajustados com as disposições legais, mas, acima de tudo, com os interesses sociais e econômicos.

Nesse aspecto, é importante destacar que, em razão da função social, existe certa limitação à liberdade contratual na formatação dessa relação negocial, visto que os CCVEEs são homologados pela ANEEL, e os preços seguem determinadas tendências do mercado, tendo-se em conta o princípio aplicável da modicidade tarifária, sempre em prol dos interesses sociais.

Ademais, só o fato de os contratos de comercialização de energia elétrica serem "registrados" junto à CCEE, ainda que de forma financeira, ressalta o impacto que essas contratações guardam no mercado e para todos os consumidores desse bem, o que ratifica a

---

[358] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica:** princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 212-218. Conforme destacado por Raquel Sztajn, Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e economia:** análise econômica dos direitos e das organizações. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76-77, consignando que o campo dos contratos é um dos que "o diálogo entre Direito e Economia se demonstra fecundo" e no qual "é mais evidente a existência de interesses comuns".

[359] Conforme aponta Eduardo Tomasevicius Filho, Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 103, v. 940, p. 79, fev. 2014, "restou provada que a função social do contrato está relacionada, sobretudo, aos contratos existenciais, quando relacionados expressamente aos denominados direitos sociais".

posição já defendida de que tais contratos comprovam a ruptura da noção e uso tradicional do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos às partes neles envolvidas.

Tomando-se por base os ensinamentos de Eduardo Tomasevicius Filho,[360] entendemos que a função social do contrato pode ser aplicada à comercialização da energia elétrica no ambiente livre. De um lado, sob a noção em sentido amplo ou concepção negativa, visto que tal bem, conforme já apresentado anteriormente, é essencial e singular, exigindo que haja certo equilíbrio nos interesses contratuais envolvidos, naturalmente contrapostos, a fim de se manter o livre acesso ao mesmo.

Por outro lado, sob a noção estrita ou concepção positiva, por conta das externalidades que esse tipo contratual pode gerar à sociedade, como, por exemplo, o não atendimento de obrigações contratuais, sem que se consiga executar determinadas punições passíveis de serem aplicadas ao vendedor inadimplente, cujo inadimplemento gerará o aumento no preço das tarifas de energia elétrica ao consumidor final.[361]

Essa linha de análise da função social do contrato decorre da internalização desse princípio ao próprio objeto do direito ("função social do bem"), na medida em que, conforme pontua Judith Martins-Costa, "reflete-se no conjunto de situações incidentes sobre o bem, e assim, de forma mediata, ela, a função social, acaba por integrar o complexo de direitos e deveres subsumidos no conceito de 'direito de propriedade'", alterando-se a concepção de um poder natural sobre os bens, decorrente de um "poder da vontade", sem limites.[362]

Nosso entendimento de ser o CCVEE do mercado livre instrumento dotado de função social, por trazer em seu bojo um objeto de cunho essencial, necessário às práticas das atividades sociais, corresponde ao que a referida autora chama de "funcionalização dos direitos subjetivos",[363] na exata medida em que firmar a relação contratual objeto de estudo no

---

[360] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 103, v. 940, p. 49-85, fev. 2014.

[361] Veja-se o caso da não geração de energia elétrica e, portanto, o não cumprimento da obrigação de sua entrega, conforme pactuado em contratos de compra e venda de energia, que acabam fazendo com que o consumidor final pague por energia não disponibilizada, conforme destaca Elena Landau, Medida provisória 579: uma guinada de 360º. **Valor Econômico**, São Paulo, 21. nov. 2012. Disponível em: <http://www.psdb.org.br/medida-provisoria-579-uma-guinada-de-360-artigo-de-elena-landau/>. Acesso em: 21 jan. 2013.

[362] MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". In: _____.; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 150-151.

[363] Ibidem, p. 158.

presente trabalho implica em dotar seus contratantes de poderes que se "desdobram em deveres", uma vez que servem não apenas a interesses egoísticos, mas, antes, alheios, no sentido de repercussão para a coletividade (embora não públicos, no sentido de estatais), em razão do tipo de bem que se está a negociar.

O Enunciado nº 23 da I Jornada de direito civil é claro ao vincular a função social a uma espécie de limitador da autonomia contratual quando estejam presentes caráter metaindividuais ou individual relacionado à dignidade humana.[364]

Antonio Junqueira de Azevedo destaca que "muitas civilizações [...] tiveram consideração pela dignidade da pessoa humana", mas o uso da expressão no mundo jurídico é algo recente, sendo certo que, isolada, é um "conceito jurídico indeterminado", mas usada "em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico".[365]

No campo do direito contratual, a dignidade humana tem grande relevância, na medida em que, conforme pondera Teresa Negreiros, "as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passam a ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos".[366]

Visto que o Poder Público deve ofertar "prestações positivas, ligadas à garantia do mínimo existencial", no qual se enquadra o fornecimento da energia elétrica, ainda que não haja um direito fundamental expresso na Constituição nesse sentido[367], podemos afirmar que o contrato que tenha por escopo a negociação da energia elétrica alberga, em razão da sua

---

364 "23 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciados Aprovados –** I Jornada de direito civil. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 19 out. 2013.

365 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

366 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 488. Nesse sentido, Diogo Rosenthal Coutinho, A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: FILHO, Calixto Salomão (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 84, afirma: "Nas sociedades contemporâneas vale dizer, por exemplo, que água tratada, energia elétrica e telefonia fixa são utilidades cuja ausência afeta a dignidade humana".

367 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89. Conforme ponderam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 128, "a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência", sendo que seu núcleo é "representado pelo mínimo existencial", dentro do qual podemos incluir o fornecimento da energia elétrica.

essencialidade, a socialidade, sendo um contrato que mistura patrimônios material e imaterial (este ligado à personalidade) indispensáveis.

Essa ligação entre bens/patrimônio e personalidade já nos foi trazida por Charles Marie Barbe Antoine Aubry e Charles Rau, ao afirmarem que "o patrimônio sendo, em sua mais alta expressão, a própria personalidade do homem, considerada em suas relações com os objetos exteriores sobre os quais ele pode ou poderá ter direitos a exercer, compreende, não apenas *in actu* os bens já adquiridos, mas ainda, *in potentia*, os bens por adquirir".[368]

Nesse aspecto, mais uma vez recorremos às palavras de Teresa Negreiros, para quem a teoria contratual contemporânea tem "o desafio de, numa economia de mercado, fazer prevalecer os valores existenciais sobre os patrimoniais", cujo "fundamento último é a afirmação do papel do direito civil, e do direito contratual em particular, na tutela da dignidade da pessoa humana".[369]

Ademais, conforme destaca Natalino Irti, ao tratar do princípio da liberdade no mercado, "a dignidade do homem é mais garantida pela dilatação do mercado, e pela liberdade de escolha e de decisão, do que pelas medidas públicas".[370]

A atuação do mercado livre de energia elétrica está sempre visando à eficiente circulação desse bem, visto que é transferido de quem detém sobras do mesmo para aquele que delas necessita para atender às suas necessidades,[371] sendo o cerne dessa contratação.

---

368 AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine; RAU, Charles. **Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie**. v. IX. 5. ed. Paris: Marchal et Billard, 1917. p. 334 (ver nota 6).

369 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 502. Conforme apontam Carlos Alberto Farracha de Castro e Paulo Nalin, Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 118, "um mercado não contemplativo da solidariedade social e da dignidade do homem contratante deixará de cumprir o comando do art. 170, *caput*, da Constituição, que não deixa margem para o mercado econômico não conformado pela justiça social". Paulo Nalin e Hugo Sirena, Da estrutura à função social do contrato: dez anos de um direito construído. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettor; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-291, asseveram que a "funcionalização do vínculo contratual" confere "ênfase aos valores constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana".

370 IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 4. ed. Roma: Editori Laterza, 2001. p. 78.

371 Trata-se do critério proposto pelo economista Vilfredo Pareto (ótimo de Pareto), que corresponde à "situação em que não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente. Uma dada situação não é eficiente, neste sentido, se houver algo que possa ser feito para beneficiar alguém, sem gerar prejuízos para ninguém", conforme destacado por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 120-121. Nesse sentido, Ivo Gico Junior, Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21, reitera que "equilíbrios constituem ótimos de Pareto", sendo certo que uma "alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa segundo algum critério normativo", ao passo que

Conforme apontam Luciano Benetti Timm e João Francisco Menegol Guarisse, é "a partir da ideia de ótimo de Pareto" que se pode chegar "à conclusão de que um mercado livre, povoado por indivíduos livres, racionais e autointeressados irá levar ao ponto de ótimo social".[372]

De qualquer modo, conforme destaca Vera Helena de Mello Franco, para os contratos, a "função social [...] é modo [...] de manter o equilíbrio contratual em cada caso concreto, evitando o abuso ou excesso arbitrário e sem a devida contraprestação econômica, mas não panaceia a tutelar o desatento ou oportunista".[373]

Ademais, sob a ótica econômica, quando há ocorrência de tais externalidades, os excedentes econômicos[374] dos contratos de comercialização de energia elétrica precisam incluir essa variação na esfera de terceiros, de maneira a se tentar alcançar e refletir o bem-estar social almejado. Isso já é feito em razão das regulações sobre o preço da energia elétrica que, apesar de servirem de marco fechado para o mercado cativo, refletem no mercado livre e acabam ditando os preços praticados neste último.

Assim, a funcionalidade social da comercialização de energia elétrica no mercado livre decorre das características do próprio objeto da negociação, o qual, por sua vez, dita a demanda contratada entre as partes que, conforme apontamos, exigirá uma observância rígida da parte vendedora na entrega de tal bem, fechando o círculo de socializar um bem. Este, como visto, não é público nem privado por natureza, mas deve circular para os membros da sociedade, dentro de regras de mercado minimamente existentes, atendendo aos seus interesses, num primeiro momento de cunho empresarial (pois compõe o processo produtivo dos consumidores livres), porém, visto de forma final, atende aos anseios existenciais de toda a sociedade.

---

uma "Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue" e, portanto, irá gerar um dano a outrem, criando o desequilíbrio e a responsabilização legal.

372 TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 165.

373 FRANCO, Vera Helena de Mello. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002, **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLVIII (Nova Série), n. 151-152, p. 31, jan.-dez. 2009.

374 Excedente econômico "é, em suma, o valor a ser dividido entre as partes [contratantes]", sendo certo que "a determinação de quanto cada parte receberá depende, porém, do valor exato de venda do bem", conforme Luciano Benetti Timm e João Francisco Menegol Guarisse, Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 162.

Aliás, sob essa visão de reflexo desse tipo de contratação nas esferas daqueles que não são diretamente parte dos mesmos, é que buscaremos analisar se a mesma pode ou não se encaixar, futuramente, no campo de um contrato de consumo, onde seria possível ao consumidor final, residencial, adquirir energia elétrica em um mercado livre, revendendo a possível sobra, ou a transformando em um crédito a ser compensado em negociação futura. Nessa linha, esse contrato poderá passar a exercer "danosidades" sociais, posto poder atingir a uma universalidade indistinta de pessoas.

Essa avaliação fará parte do capítulo seguinte, quando formos avaliar o modelo atual de contrato de comercialização de energia elétrica.

De qualquer forma, nesse sentido de reflexos externos, é que passamos à análise do terceiro e último novo princípio contratual, o equilíbrio contratual, que, em última instância, condiz com o ideário de busca por "valores comunitários" para além da "lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico", como bem ponderou Ronaldo Porto Macedo Junior,[375] valores esses os quais, de algum modo, irão compor um novo modelo de mercado, delineado pela Constituição Federal, o qual visa à "consecução de um preciso fim", qual seja, "a construção de uma sociedade solidária".[376]

3.6. Equilíbrio contratual

Teresa Negreiros afirma que tal princípio funciona como "um parâmetro" para se avaliar o programa contratual ajustado entre as partes, a fim de se permitir mensurar e comparar os "resultados econômicos proporcionados a cada um dos contratantes" com o quanto pactuado.[377]

Nessa mesma linha, Antonio Junqueira de Azevedo, ao tratar desse princípio, o conceitua como um "sinalagma", na medida em que este corresponde a uma "espécie de estrutura imanente ao contrato que liga prestação e contraprestação", estabelecendo um "programa para as partes", no qual cada um dos contratantes assume "determinados riscos –

---

375 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 189.

376 MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 620.

377 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 510.

riscos contrapostos e projetados no futuro".[378] Quando viermos a tratar especificamente das duas modalidades de relações contratuais no ambiente livre, abordaremos a figura dos riscos de cada qual.

Importante aqui salientarmos, citando os ensinamentos desse mesmo autor, que o desequilíbrio aqui aventado é o que se estabelece entre prestações e contraprestações, de cunho econômico.[379]

Acreditamos que, no modelo contratual de comercialização de energia elétrica no mercado livre, contudo, não se pode levar ao extremo a aplicação do princípio do equilíbrio econômico contratual[380] no sentido de fazer valer eventual alegação de que, por exemplo, a entrega da energia, em determinado momento, implicaria em variação elevada do preço e, portanto, geraria desequilíbrio a ponto de justificar a não entrega do referido bem, ou exigir revisão do valor.

Há riscos ínsitos a esse tipo de comercialização que já fazem parte do conhecimento prévio dos que negociam no mercado livre de energia elétrica e que, por tal motivo, não podem ser alegados para embasar uma arguição de desequilíbrio econômico. São "regras do jogo" já conhecidas das partes e que existem em virtude das características do bem negociado, as quais foram vistas no capítulo anterior, em atenção ao dever de transparência, correlato ao princípio da boa-fé (deveres anexos).

Não se trata, portanto, de riscos estranhos ou dissociados da típica negociação da energia elétrica que se verifica, diariamente, no mercado livre. Muito ao contrário. São riscos vinculados ao contrato de comercialização de energia no mercado livre, os quais são

---

378 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do "programa contratual" estabelecido. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 172. Conforme assevera esse autor, "é princípio da situação sinalagmática a assunção, pelos contratantes, dos riscos próprios de cada prestação – de sua álea normal".

379 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por atos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 115.

380 Não há, no Código Civil, regra explícita contendo tal princípio (não há positivação), mas encontra-se refletido em dispositivos esparsos (arts. 156, 157, 317, 413, 478 e 480), sendo certo que, por conta disso, ao juiz não cabe aplicá-lo fora das situações previstas em tais regras específicas, sob pena de acabar por macular a segurança jurídica.

conhecidos, anuídos e assumidos pelos que passam a integrá-lo enquanto consumidores livres quando da sua opção.[381]

Ademais, como veremos mais adiante, para esse contrato, em um primeiro momento, sob a modelagem atual, em que é firmado com grandes consumidores (ainda que usem para fins pessoais, são grandes estabelecimentos comerciais e/ou industriais, os quais inserem a energia elétrica como parte de suas atividades), não é possível se alegar o desequilíbrio, visto que as cláusulas financeiras são negociadas, não são frutos de mera adesão, justamente porque correspondem à prestação e à contraprestação supracitadas.

A comercialização da energia elétrica no mercado livre, conforme já informamos e ratificaremos no capítulo próximo, não se enquadra no consumo da energia elétrica enquanto bem objeto de uma prestação de serviço público (contrato de fornecimento), em que, sim, existe a figura do contratante cativo (usuário) e do contrato de longa duração (entre distribuidora e usuário) e, na qual, "ante a necessidade de contratação do aderente", pode haver um abuso do fornecedor quanto à sua posição dominante, tentando maximizar seus lucros, "o que inviabilizaria o equilíbrio econômico",[382] não sendo a hipótese dos contratos no âmbito do ACL.

Por ser um contrato relacional ou de execução continuada, não se levam firmemente as regras da vinculação da força obrigatória do contrato, as quais são amainadas pelo princípio do equilíbrio contratual. Como assevera Paulo Lôbo, "o período de fornecimento de energia [elétrica] não é parcela das mensalidades ou dos períodos anteriores; diz respeito ao serviço prestado ou disponível nesse período",[383] sendo de execução duradoura ou continuada, no qual o que mais importa é o procedimento, visto que a parte vulnerável tem expectativa de que o contrato perdure.

Já o contrato de comercialização de energia no ambiente livre, na verdade, é um modelo em que a disponibilização do bem é o foco do mesmo (demanda contratada), apesar de sua entrega e consumo dependerem da formalização de outros contratos (distribuição e

---

[381] Conforme já afirmava Enzo Roppo, **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 225, "o risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo o contraente o deve assumir".

[382] Fernando Rodrigues Martins, **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40, traz essa interessante e propícia posição quando disserta sobre as modificações pelas quais vêm passando os contratos e cita, dentre elas, os contratos relacionais, que podem ser usados como contraponto ao contrato de comercialização no mercado livre, o qual é objeto central do capítulo 4 deste trabalho.

[383] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil:** contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 114.

transmissão), sendo a mesma usada como um insumo do consumidor livre, fato que evidencia o intuito lucrativo (contrato de lucro ou empresarial).

Contudo, como veremos adiante, é igualmente exemplo de uma figura de contrato existencial, visto que tem por objeto um bem móvel de extrema necessidade e utilidade social, que materializa a vivência sob um estado de dignidade pessoal (contrato existencial).

Ademais, como vimos quando da análise do princípio da boa-fé objetiva, com o registro do contrato na CCEE, os consumidores livres são obrigados a contratar 100% da energia elétrica demandada, sendo que os seus montantes só poderão ser alterados antes do início da semana de entrega da energia.

Isso implica em afirmar que, posteriormente à formação do contrato, a alegação de desequilíbrio econômico será muito difícil de ser aceita, sob pena de gerar, desse modo, um real desequilíbrio no mercado que é punido pela CCEE.

Vemos, aqui, uma vez mais, um ponto de tensão entre a aplicação de um princípio de direito privado, que visa resguardar o equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes, e um de direito público, que, aqui, entendemos ser o da supremacia do interesse público.

A regulação mínima existente, como visto, acaba impondo ao consumidor livre a obrigação de manter 100% do contratado, em termos de demanda, ainda que, posteriormente, por qualquer situação, apure que haveria sobras (a energia contratada supera o consumo efetivo), as quais não podem ser por ele diretamente vendidas, sujeitando-se à liquidação ao PLD no mercado *spot* (onde se negociam as sobras que não foram objeto de contratação bilateral) ou à contratação de uma comercializadora que poderá revender as sobras de energia elétrica.

Qualquer exposição implicará em penalidades por parte da CCEE, visto que a preocupação da regulação existente é com o equilíbrio do mercado, o que denota o interesse público por detrás de tais práticas.

Para o mercado, a espécie de alegação anterior – desequilíbrio econômico – demonstraria uma tentativa enviesada de se desincumbir de obrigação previamente assumida, sob a ciência das flutuações inerentes a tal mercado, buscando maximizar seus lucros ou congelar a possibilidade dos adquirentes do bem de saírem ganhando.

Mostrar-se-ia como um meio "fácil" de escapar de suas obrigações livre e contratualmente pactuadas, sob os normativos e as demais regras "mercadológicas" do ACL, mas que acabaria gerando repercussões negativas para o sistema elétrico como um todo.

De qualquer forma, conforme bem destaca Vera Helena de Mello Franco, diante do Código Civil de 2002, "não se pode falar em revisão quando as circunstâncias novas derivem de riscos previsíveis ou que poderiam ser previstos quando da celebração do contrato".[384]

Assim, no CCVEE, pode variar não só o preço da energia elétrica, mas também a quantidade de energia gerada/consumida, porém tais variações são partes naturais desse mercado e, a depender da forma como vier a ser pactuado pelas partes no citado instrumento (daí a importância de se bem avaliar tais cláusulas), não há que se alegar desequilíbrio contratual ensejador de revisão ou mudanças no quanto foi ajustado.

Conforme veremos em capítulo específico, a entrega da energia elétrica não é real, material, visto que esse bem, uma vez gerado e colocado no SIN, é automaticamente consumido. O que se tem nos CCVEEs é a entrega simbólica, visto que se perfaz, via CCEE, uma compensação econômica entre os montantes a serem entregues e os consumidos, apurando-se diferenças ou sobras no consumo, que se convertem em créditos ou não a favor do consumidor ou vendedor.

A entrega física fica restrita à etapa posterior, que depende dos contratos de distribuição e/ou transmissão, os quais são relacionados ao contrato de comercialização da energia elétrica. Por essa simbiose entre contratos que precisam coexistir nesse mercado, podemos afirmar que a sua normalidade é relativa, o que implica em aceitar que, neste campo, "o juízo pelo equilíbrio [dessa relação contratual] é reflexionante",[385] pois se reporta a regras próprias de negociação de um bem que, ao mesmo tempo que essencial, é insumo para produção de tantos outros bens, essenciais ou não.

Assim, não obstante a aparente tensão identificada, qualquer tentativa de alegar-se desequilíbrio em situações tais seria violadora da própria sistemática regulatória e contratual do mercado livre de energia elétrica, irrompendo como um elemento estranho e perturbador da segurança jurídica do setor.

---

[384] FRANCO, Vera Helena de Mello. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLVIII (Nova Série), n. 151-152, p. 38, jan.-dez. 2009.

[385] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 95.

Nesse aspecto, a vinculatividade do contrato existe para demonstrar que ele obriga não em razão da liberdade contratual e da autonomia da vontade das partes, mas, antes, para dar segurança às relações jurídicas entabuladas, tutelando a confiança das partes e dos demais agentes econômicos desse nicho de mercado.[386]

Essa interpretação guarda sintonia com as palavras de Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova, para quem a equidade do contrato, a justiça contratual e a proporcionalidade das prestações existem na medida em que se adequam ao mercado no qual esse contrato se encaixa.[387]

Como diz Vera Helena de Mello Franco, se os riscos estão implícitos, "sua concretização não pode ser invocada pela parte para se liberar da obrigação devida, ainda que presente o desequilíbrio econômico, acarretado por circunstâncias supervenientes".[388] Isso nada mais é do que o "respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* e a execução do contratado",[389] que compõem a necessária segurança jurídica a envolver as relações negociais.

Nesse aspecto, a regulação, ainda que mínima, mostra-se hábil e importante para demarcar os limites de atuação ou verificação de eventuais atitudes marginais que tenham em mira desestabilizar o sistema, quer por uma visão simplista e desconhecedora das particularidades desse mercado, quer por uma visão viciada e nefasta, a qual tenha interesses mesquinhos e pessoais, de mero não cumprimento de obrigações contratuais assumidas, sem preocupação com os reflexos no mercado e na delimitação das práticas dos seus agentes.

Essa posição, contudo, não guarda qualquer relação com o modelo subjetivista de contrato, em que esse instrumento era usado para capitanear a busca individual pelo patrimônio e poder, numa visão individualista do sistema econômico. Época em que o princípio da autonomia privada, enquanto sinônimo de autonomia daquela vontade individual, e a força do contrato como única "lei" entre as partes eram o cerne do sistema contratual.

---

386 Ver GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Uma análise da função social do contrato e da boa-fé objetiva como delimitadores da autonomia da vontade e como estruturadores da segurança jurídica contratual. In: PASCHOAL, Frederico; SIMÃO, José Fernando (Org.). **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. Campinas: Millenium, 2003. p. 37. Conforme destaca esse autor, "a segurança jurídica é estruturada por dois pilares, a boa-fé objetiva e a função social", os quais delimitam a autonomia privada (p. 51).

387 SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il contratto**. Tomo primo. 3. ed. Torino: UTET, 2004-2005. p. 26.

388 FRANCO, Vera Helena de Mello. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLVIII (Nova Série), n. 151-152, p. 38, jan.-dez. 2009. p. 38.

389 Ibidem, p. 45.

Assim, entendemos que o princípio do equilíbrio contratual, na modalidade do contrato de comercialização de energia elétrica de ambientação livre, é e está resguardado, na medida em que se deixam pré-delimitadas e conhecidas por ambas as partes as regras desse mercado, absolutamente de livre escolha dos agentes nele envolvidos, as quais compõem um arcabouço regulatório mínimo o qual deve ser observado e mantido para que a liberdade nesse campo do setor elétrico possa se manter.

O importante é que não haja mudanças abruptas dessas regras ou regulamentos durante a execução desse contrato, pois, como visto, a sua inserção e eficácia possui um âmbito muito maior do que o limite das próprias partes envolvidas, haja vista, reitere-se, as peculiaridades do bem energia elétrica e as características do setor elétrico.

Nas palavras de Enzo Roppo, apesar das mudanças pelas quais passou o contrato, adaptando-se de um mercado individualista para um coletivo ou de massa, ele continua a ser um "instrumento da liberdade de iniciativa econômica" e, enquanto tal, exige que as partes tenham ciência, prévia, das regras "e conveniências" do mercado "historicamente determinado"[390] em que atuam e, dessa forma, possam a elas se ajustar, caso assim nele desejem pactuar.

Nesse aspecto, é importante destacar que a questão do equilíbrio guarda perfeita sintonia com o ponto dos interesses envolvidos, na medida em que essa relação entre os agentes de comercialização e os consumidores de energia, com foco no mercado de contratação livre, extrapola os interesses das partes para os comuns, da sociedade, visto que o bem objeto dessa relação tem características particulares, conforme já apontado em capítulo próprio.

A comercialização de energia elétrica no ACL traz interesses patrimoniais (relacionados ao fluxo financeiro que o bem energia elétrica gera – inclusive, a própria contabilização das sobras ou excedentes é feita dessa forma) e extrapatrimoniais (pela essência do bem). Portanto, no conflito entre ambos, devem prevalecer os últimos, o que implica afirmar que aceitar argumentos de desequilíbrio econômico por conta de riscos ínsitos geraria a quebra dessa preferência pelos interesses extrapatrimoniais.

---

[390] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 310-311.

Na mesma linha, pode-se afirmar que essa atividade resguarda interesses *erga omnes* e não relativos, o que vimos em linhas anteriores, quando afirmamos que esse mercado vislumbra atender a uma coletividade, para além de meros interesses das partes, e, ainda que interpartes, as relações de comercialização no mercado livre têm amplos reflexos no mercado cativo, assim como as deste têm naquele. E, no conflito entre ambos, os interesses das partes devem prevalecer.[391]

Importante, ainda, é destacar que o tipo de CCVEE firmado no mercado livre não pode ser referido como um contrato com cláusulas pré-fixadas, visto que há a possibilidade de ser discutido, caso a caso, sendo um exemplo de contrato paritário. Contrariamente são as relações formadas entre concessionárias distribuidoras de energia elétrica e os usuários, nas quais não há negociação entre as partes quanto aos elementos contratuais, porém, simplesmente, adesão destes últimos. Por isso, se diz mercado cativo.

O interessante a se pensar é se haveria – por conta da regra que exige 100% da energia contratada, por parte do consumidor livre, e que só pode ser alterada até a semana anterior ao início da entrega – alguma imposição de real desequilíbrio entre prestação e contraprestação quando da formalização do contrato e sua posterior execução.

Entendemos que, ante a imaturidade do mercado, que não permite a revenda de sobras pelo consumidor livre, ou a aquisição das mesmas pelo consumidor final, ou, ainda, sua negociação em bolsa de energia equiparada a uma real bolsa de mercadorias, as regras de regulação existentes não comportam alegações de desequilíbrio que não estejam lastreadas em imprevisibilidade e superveniência efetivas, não sendo possível usar a mera alegação de modificação da base objetiva do contrato para revisão ou resolução contratual.

Por isso, o ponto de tensão existe, mas não por se atestar que esse contrato de comercialização de energia elétrica no mercado livre não possa ser tratado sob as bases do direito civil, mas, antes, por se constatar que está a alguns passos de sê-lo, se tivermos mais abertura possível, com base em modelos externos.

---

[391] Esse posicionamento entre os interesses, sob os aspectos objetivo e subjetivo, nos é trazida por Roberto Senise Lisboa, **Contratos difusos e coletivos:** a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47, quando afirma que, sob o aspecto objetivo, "os interesses extrapatrimoniais prevalecem sobre os patrimoniais, e dentre os interesses patrimoniais, os interesses referentes a direitos absolutos prevalecem sobre os alusivos a direitos relativos", ao passo que, na órbita subjetiva, "os interesses coletivos prevalecem sobre os interesses individuais simples ou plúrimos".

Por isso, o presente trabalho traz à luz essa temática, de modo a apresentar ao jurista civilista um tema que lhe passava ao largo, mas que deve ser apreendido, estudado, analisado e melhorado, pois esse é o papel do direito: mergulhar nos fenômenos físicos e sociais e deles trazer elementos para compor regras e estruturas normativas que comporão o fenômeno jurídico.

Nessa linha de raciocínio, passaremos a analisar, no capítulo seguinte, o modelo de contrato existente no mercado livre de energia elétrica, avaliando seus elementos e sempre buscando fazer um contraponto com os do contrato firmado no âmbito do mercado regulado ou cativo, para que possamos exatamente medir a amplitude da liberdade negocial, bem como a autonomia das partes na sua formação, além de verificar, na prática, o grau de relatividade de seus efeitos, sua funcionalidade social e se existe ou não possibilidade de sua revisão, sob a ótica de se restabelecer eventual equilíbrio contratual.

O importante é deixar consignado que tal contrato, como avaliado anteriormente, por certo, condiz com a nova vestimenta ou papel que o contrato desempenha ou deve desempenhar: de harmonia com o interesse social, pois, como afirma Roberto Senise Lisboa, "o contrato permanece como categoria jurídica e instrumento de colaboração entre os homens de natureza eminentemente social, cujas noções e alterações representam nada mais que a profunda mudança pela qual passou o mundo".[392]

De qualquer modo, as análises a serem feitas no próximo capítulo nos guiarão para o desfecho buscado, a saber, se estamos ou não diante de um típico contrato de compra e venda, ou se corresponde a uma modelagem inominada, com vistas a conseguirmos trazer elementos para a concepção final e conclusiva de como o direito civil lida ou poderá lidar com a comercialização da energia elétrica e o que resta conservado desse ramo do direito em um campo originário do direito público.

---

[392] LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos:** a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

4 - ANÁLISE DE ELEMENTOSPARA DEFINIR A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE LIVRE [393]

Tomando como ponto de partida a clara e precisa lição de Eros Roberto Grau e Paula Andréa Forgioni de que "todo contrato instrumenta a jurisdicização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam",[394] pretendemos, neste capítulo, não só estudar os elementos que compõem o contrato de comercialização de energia elétrica no mercado livre, sob a ótica do direito civil, mas, acima de tudo, evidenciar que o referido instrumento, mais do que meramente um elemento o qual permite a transposição desse bem essencial entre sujeitos desse mercado, é um mecanismo jurídico que pode refletir as mudanças negociais que se pretende empreender nesse meio, tornando-o, realmente, um livre mercado de comercialização de energia elétrica.

Como leciona Darcy Bessone, por não haver no direito pátrio uma definição legal de contrato,[395] pode-se adotar como "o verdadeiro conceito [jurídico] de contrato" a noção legal trazida no Código Civil Italiano, em seu art. 1.321, o qual, em tradução livre, dispõe ser "o acordo entre duas ou mais pessoas com a finalidade de constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial entre ambas".[396]

---

[393] Tomamos de empréstimo a mesma conceituação utilizada por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 99, quando se refere a elementos dos contratos como lhes sendo "contemporâneos e intrínsecos", em contraposição aos seus pressupostos, os quais são "precedentes e extrínsecos ao contrato".

[394] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15.

[395] BESSONE, Darcy. **Do contrato:** teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17. Nesse sentido, ver, ainda, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, op cit., p. 72; 84; MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 59-60. Cristiano de Sousa Zanetti, **Direito contratual contemporâneo:** a liberdade contratual e sua fragmentação. v. 5. São Paulo: Método, 2008. p. 195, reforça que o legislador do Código Civil de 2002 optou "novamente por não definir o contrato", mantendo a forma do Código Civil de 1916, onde o "conceito foi desumido da Parte Geral e encontra-se subentendido em todo o regramento do código" (p. 138), ficando "sua disciplina geral [...] ditada tanto por normas constantes da Parte Geral como na Especial" (p. 195).

[396] A redação do art. 1.321 é a seguinte: "*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*". Enzo Roppo, **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 11; 19, com base nesse dispositivo legal do Código Italiano, reforça a concepção objetiva de que "o contrato opera exclusivamente na esfera do econômico", no sentido de que faz girar ou circular as riquezas, estando tal conceito "indissoluvelmente ligado ao de operação econômica" e muda sua disciplina, funções e a própria estrutura de acordo com o contexto econômico-social no qual se insere (p. 24).

Eduardo Tomasevicius Filho bem destaca que o contrato é um dos conceitos jurídicos "que trazem dificuldades quanto à sua definição [...] por ser instrumento destinado à satisfação das necessidades humanas por bens e serviços", tendo se tornado "imprescindível para o funcionamento da economia capitalista" após o advento da Revolução Industrial.[397]

A sua possível definição jurídica só pode ser extraída, por certo, de uma realidade econômica e social, da qual o mesmo corresponde à sua mera tradução científico-jurídica, como nos leciona Enzo Roppo,[398] sendo entendido, ainda, como um processo "que se desenvolve no tempo, um processo social, um processo jurídico",[399] dada a dinâmica que medeia toda a relação jurídica entre os contraentes e as externalidades que produz, conforme mencionamos anteriormente.

Conforme aponta Ronaldo Porto Macedo Junior, "toda sociedade cria uma determinada ordem de organização e de distribuição de riqueza e do poder", sendo, nesse sentido, o contrato o instituto a regular "as transações econômicas", desempenhando "um papel fundamental na forma de alocação de poder e riqueza (produção e distribuição)".[400]

Nessa linha de organização da rotina social e econômica, vai a posição de Joaquim de Sousa Ribeiro,[401] o qual destaca a "natureza instrumental do contrato, não só como meio de autodeterminação das partes, mas também de regulação de processos sociais de cooperação e troca, de acordo com parâmetros e valores da juridicidade". E, nessa linha, conclui que o contrato não se separa das externalidades "integrantes do ambiente".[402]

---

397 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 103, v. 940, p. 50, fev. 2014.

398 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 7-8. O contrato é o meio pelo qual se instrumentaliza a circulação da riqueza, motivo pelo qual pode ser designado por "instituto central da economia capitalista", conforme Judith Martins-Costa, Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 631. Conforme Leonardo de Andrade Mattietto, O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 35, o contrato, por sua natureza, "é expressão de operações econômicas", sendo que variável de acordo com os momentos históricos e políticos, bem como pelo "gênero e quantidade de trocas a que é chamado a conferir dignidade legal".

399 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 8-81.

400 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 50.

401 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato:** as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 637.

402 Ibidem, p. 638.

Interessante destacarmos uma abordagem mais ampla quanto à definição de contrato, que é elaborada a partir de uma ótica comparativa (ou de confrontação) com a definição de regulação no campo do direito público ou administrativo e que nos é trazida por Pedro António P. Costa Gonçalves.[403]

Nesse sentido, para esse autor, "o contrato surge, em todos os cenários que se possam considerar, como uma fonte ou um mecanismo de regulação dos comportamentos das partes que o subscrevem", apresentando-se, portanto, como "uma fonte universal de regulação jurídica de condutas das pessoas".

Na sequência de suas ideias, pontua que tal instrumento "existe por força ou em resultado do direito do Estado", o que se mostra interessante, na medida em que segue na linha dos princípios contratuais mais recentes, da função social e do equilíbrio econômico, os quais, como visto, almejam que esse instrumento não seja usado em prol, unicamente, dos interesses egoísticos dos envolvidos.

Assim, ao passo que o contrato visa regrar ou regular as relações entre as partes envolvidas, ele tem um sentido de aproximação com interesses de uma sociedade e, nesse sentido, públicos, com vistas a "viabilizar a operação de circulação de riqueza de um patrimônio para outro", atividade essa "dotada de vinculabilidade jurídica".[404]

No caso particular da comercialização de energia elétrica, objeto deste trabalho, é importante ressaltar que não estamos a falar do contrato pelo qual o agente distribuidor entrega energia elétrica ao consumidor final (chamados usuários) ou a outros "consumidores", visto que, nessa hipótese, estaríamos a tratar da atividade de distribuição, natural e totalmente regulada (regulação administrativa), em que se vislumbra a figura do concessionário de serviço público e na qual o modelo de contrato, ainda que com raízes no direito civil, segue muitas regras de direito administrativo, em nítida derrogação do direito privado pelo direito público ("publicização do direito privado").

Nessa hipótese, para além de uma compra e venda, pode-se dizer que se trata de um contrato de fornecimento, em que determinado ente (a distribuidora local) é responsável pela

---

403 GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 111-113, jul.-set. 2011.

404 MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27. Como conclui essa autora, trata-se de uma "atividade [conjunto ordenado de ações coligadas por uma finalidade] comunicativa voluntária entre dois ou mais sujeitos qualificados como suas 'partes', expressada em acordo contratual" (p. 41).

entrega constante desse bem essencial – energia elétrica – aos seus adquirentes,[405] por tarifa a ser paga posteriormente em razão da quantidade que vier a ser adquirida (ou consumida).

O que buscamos estudar neste trabalho, reitere-se, é analisar o instrumento de negociação usado, com maior frequência, entre comercializadoras/geradores de energia, bem como outros fornecedores, e os entes que a adquirem nesse dito mercado livre, o qual podemos definir como um negócio jurídico no qual existe a formação de um vínculo relacional entre as referidas partes, as quais pactuam, dentre outras tantas cláusulas, as referentes à quantidade determinada de energia elétrica e ao preço certo, não havendo ingerência pública nessa avença, que possui nítido escopo econômico, objetivo e subjetivo, em virtude da entrega de um bem em contraprestação de um preço, sem se levar em consideração qualquer aferição de interesse público no sentido literal de prestação de serviço público.

Mas um ponto relevante que, em raras situações, pode conduzir a uma similitude entre as relações de uso da energia elétrica que se formam entre os consumidores finais e as distribuidoras e entre os consumidores livres e as geradoras ou comercializadoras é o de se questionar sobre a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, como asseverado, trata-se de hipóteses mais remotas no ACL, pois essa questão poderá ser apontada apenas quando o consumidor livre, que, no estágio atual de nossa regulamentação, é sempre uma pessoa jurídica, adquirir a energia elétrica como destinatário final, como, por exemplo, um hospital: o mesmo, caso se enquadre nas determinações regulatórias da agência de energia elétrica, de adquirir energia elétrica dentro das regras e como consumidor livre o estará fazendo para consumo próprio, uma vez que não visa à produção, geração e à mercancia de produtos e não gera lucros.[406]

---

[405] Nesse sentido, veja-se Luiz da Cunha Gonçalves, **Da compra e venda mercantil no direito comercial brasileiro**. 2. ed. melhor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1950, p. 346-350, o qual, apesar de estar tratando especificamente da compra e venda dentro do direito comercial, ao discorrer sobre as ditas compras e vendas complexas, menciona ser o contrato de fornecimento o principal exemplo destas, em que, no caso da energia elétrica, o vendedor se obriga a fornecer ao comprador uma quantidade ilimitada e posteriormente determinável desse bem, conforme consumido, a ser pago, no caso, mediante conta de energia. Nesse mesmo sentido, ver MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 140.

[406] A respeito do enquadramento das empresas no conceito de consumidor, já está pacificado no Superior Tribunal de Justiça o conceito finalista do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual se considera destinatário final tão somente o destinatário fático econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica, não se aceitando o consumo intermediário, entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Nesse sentido, ver REsp 1.195.642-RJ, 3ª T., STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, v.u. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.195.642 - RJ (2010/0094391-6)**. Disponível em:

Nessa situação hipotética, estaremos diante de uma relação de consumo protegida pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, de forma similar ao que já se verifica nas relações entre os consumidores finais ou usuários dos serviços de distribuidoras de energia elétrica.

De qualquer forma, como se trata de caso não usual no ACL, onde o que se verifica são empresas, comércios ou indústrias que adquirem a energia elétrica enquanto consumidores livres, mas a usam em sua cadeia produtiva (relação de insumo), e onde, portanto, não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor,[407] não iremos averiguar mais detidamente tal temática neste trabalho.

Assim, o que iremos verificar ao longo deste capítulo é se tal relação contratual usual pode realmente ser enquadrada como um típico contrato de compra e venda ou mostra-se como uma figura híbrida e, portanto, atípica.

Importante pontuar que existem estudos e novas regras, até então aprovadas,[408] que tendem para que a energia excedente produzida pelos consumidores/microgeradores seja

---

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733695&num_registro=201000943916&data=20121121&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014; REsp 932.557-SP, 4ª T., STJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.02.2012, v.u. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 932.557 - SP (2007/0052266-7)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20446745&num_registro=200700522667&data=20120223&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.

407 Não há que se falar, desse modo, em impossibilidade de corte da energia elétrica por ser um bem essencial, haja vista que não estamos diante de a um consumidor final. Contudo, apesar de não termos localizado julgados sobre o tema, visto que as questões envolvendo os contratos de comercialização de energia elétrica vão para arbitragem, entendemos ser plenamente viável que os consumidores livres questionem a possibilidade de suspensão no fornecimento de energia elétrica diante de um possível não pagamento justificado, quer porque o consumidor livre terá inúmeros prejuízos que, em última instância, serão repassados aos consumidores finais de seus produtos, quer porque os mecanismos de penalidades e compensações financeiras junto à CCEE farão as vezes de penalidades compensatórias em vez de suspensão da energia elétrica. De qualquer forma, ainda que haja tal suspensão, não há como o consumidor livre justificar a sua impossibilidade de corte com lastro no Código de Defesa do Consumidor.

408 Conforme o art. 2º da resolução normativa da ANEEL nº 482, de 17 de abril de 2012, que dispõe sobre condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, microgeração distribuída é a "central geradora de energia elétrica, com potência instalada menor ou igual a 100 kW e que utilize fontes com base em energia hidráulica, solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras"; minigeração distribuída é a "central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 100 kW e menor ou igual a 1 MW para fontes com base em energia hidráulica, solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras", sendo que o sistema de compensação de energia elétrica é aquele "no qual a energia ativa gerada por unidade consumidora com microgeração distribuída ou minigeração distribuída compense o consumo de energia elétrica ativa". As distribuidoras possuem 240 (duzentos e quarenta) dias para se adequarem, a contar de 19 de abril de 2012. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2012.

injetada no SIN em troca de créditos, os quais poderão ser abatidos dos valores de suas contas de consumo de energia elétrica de meses posteriores.

De qualquer modo, essa possibilidade de pequenos consumidores se transformarem em microgeradores de energia elétrica, recebendo créditos a serem abatidos de faturas de consumo de energia elétrica, não elimina, nem reduz o campo de atuação das comercializadoras dessa energia e, muito menos, exclui, por completo, a possibilidade futura de se permitir a comercialização desse bem por parte desses micro ou minigeradores.

Por isso que aqui estamos avaliando o atual modelo contratual: não só para entender como é a realidade jurídica das relações contratuais no mercado de comercialização livre da energia elétrica, em confronto com as desenvolvidas no mercado cativo, mas também para que possamos avaliar se tais modelos usados servirão para esse mercado no porvir, mais amplo e mais livre.

Voltando ao tema, é importante destacar que a formalização do contrato de comercialização da energia elétrica não exige a efetiva transferência do bem, criando-se regras de recebimento e pagamento por tal energia que compõem um modelo econômico-financeiro de apuração da entrega daquele bem, sem averiguação física, visto não ser o mesmo tangível.

Ademais, apesar de se tratar de contrato de direito privado, firmado entre particulares, possui, além dos efeitos internos, eficácia *erga omnes*, na medida em que, atualmente, como já visto, os consumidores livres são compostos, no geral, por grandes empresas que usarão a energia elétrica enquanto insumo na sua produção, e, portanto, a compra da mesma terá certo impacto na sua cadeia produtiva.[409]

Ainda que haja a ampliação do mercado livre de contratação de energia elétrica, abrindo-se o mesmo para a entrada, inclusive, de consumidores residenciais, as negociações relacionadas à comercialização da energia em tal ambiente sempre terão, ainda que relativa, eficácia perante terceiros, haja vista que as quotações ou preços que esse bem tem em um contrato influenciam os demais contratos firmados em tal mercado.

A externalidade desse tipo de contrato já era reconhecida no setor elétrico, tanto que a própria CCEE já determinava a necessidade do seu registro em suas bases de dados, sendo

[409] Apesar de não serem parte no contrato, os terceiros recebem os seus influxos, sendo por ele afetados, sob uma visão de oponibilidade dos efeitos contratuais.

certo que, a partir de 1º de novembro de 2012, ela passou a ser feita antes do início da entrega da energia, e não mais depois, nos termos do quanto dispõe a Portaria nº 455/12, do MME.

Assim, para além de explorarmos a característica não pública do bem energia elétrica, enquanto objeto de tais relações contratuais, o elemento da oponibilidade dessa relação contratual aos terceiros será elemento que nos guiará pela análise do tipo contratual atualmente adotado, reforçada a sua função social, conforme já explorado em capítulo anterior, e, dessa maneira, trazendo para o campo do direito civil estudo que, infelizmente, se restringia à temática do direito administrativo, sob a visão estrita da concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica.

A partir dessa análise, a intenção é pontuar os elementos[410] e as demais cláusulas que compõem esse modelo contratual, de modo a avaliar se estamos diante de um típico contrato de compra e venda, bem como possibilitar ao jurista familiarizar-se com o mesmo.

Isso permitirá que as relações negociais formadas em mercado de Bolsas de Energia Elétrica, ou até mesmo em futuro (e talvez próximo) ACL mais ampliado, no qual, por exemplo, um condomínio vertical possa vender a cada uma das suas unidades energia gerada em biogeradores (movidos por biomassa), sejam mais bem avaliadas, negociadas e formalizadas em instrumentos privados que reflitam as características desse mercado.

Nessas hipóteses, entendemos que as disposições do Código de Defesa do Consumidor seriam aplicadas, uma vez que teríamos relações assemelhadas às atuais vigentes entre as distribuidoras e os usuários da energia elétrica, aqui sim, implicando, por exemplo, no não corte de energia elétrica nas hipóteses de não pagamento, por ser um bem indispensável à subsistência humana.

Sabe-se que o contrato de compra e venda – modalidade de negócio jurídico – exige a presença de elementos[411] necessários à validade de todo negócio jurídico, a saber, agente

---

[410] Orlando Gomes, **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 45-46, afirma que, para ter vigência, o contrato requer "a conjugação de elementos extrínsecos e intrínsecos", sendo que a "doutrina moderna distingue-os sob os nomes, respectivamente, de pressupostos e requisitos". Os "requisitos essenciais à validade do negócio jurídico [são]: a capacidade do agente, a possibilidade do objeto e a forma, esta quando prescrita em lei". Darcy Bessone, **Do contrato:** teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 89, distinguindo os pressupostos dos elementos contratuais, afirma que estes "são contemporâneos e constitutivos do contrato", integrando-o de modo a compor sua estrutura e fornecendo seu conteúdo. Assim, analisaremos não só os requisitos ou elementos que compõem o contrato de compra e venda de energia elétrica, mas também todas as demais cláusulas do modelo atualmente usado.

[411] Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 429, destaca que "a doutrina não se mostra concorde acerca das noções de elementos, pressupostos e requisitos do negócio jurídico", sendo que o mesmo vale para os contratos. E prossegue

capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, conforme o disposto no art. 104 do Código Civil, além do próprio consentimento das partes.[412]

Sílvio de Salvo Venosa destaca que, no disposto no art. 104 do Código Civil, encontram-se o que se pode designar por "elementos essenciais aos negócios jurídicos", os quais, pela ótica dos contratos, podem ser entendidos como elementos genéricos.[413]

Desse modo, além desses requisitos ou elementos gerais, o contrato de compra e venda apresenta certas especificações ou detalhamentos nos elementos, que podemos designar por elementos específicos, os quais a doutrina costuma nominar de essenciais, quais sejam, que as partes cheguem pela via do consenso ou consentimento a um acordo quanto ao preço e ao bem a ser entregue.

Assim, partindo-se desses ditos elementos essenciais a esse tipo contratual, tomaremos por base o modelo de compra e venda que se formaliza, atualmente, no ACL, a fim de pontuarmos e analisarmos as cláusulas gerais que o compõem e o identificam.

Destaque-se que a atual regulamentação sobre o mercado livre de energia elétrica[414] dispõe que a contratação sob essa modalidade será feita mediante a formalização de contratos de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores e exportadores de energia elétrica e os consumidores cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, a livre escolha do fornecedor (qualquer tipo de fonte de energia) com quem contratará a compra de energia elétrica (art. 16 da Lei nº 9.074//95), sendo certo que as partes contratantes deverão

---

afirmando que: "pelo conceito vernacular, elemento é tudo que entra na composição de alguma coisa, cada parte de um todo. Pressuposto é a circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro. Requisito é a condição necessária para a obtenção ou para o preenchimento de certo fim". Neste trabalho, preferimos usar a terminologia "elementos".

412 Conforme Álvaro Villaça Azevedo, **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33; 35-36, o consentimento "não se mostra expresso no art. 104 do Código Civil, como acontecia com o art. 82 do Código anterior, embora todo o capítulo do negócio jurídico, antes dos atos jurídicos do Código Civil anterior ao mesmo se refira, como principalmente, aos defeitos desse mesmo consentimento".

413 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 429.

414 Cf. § 3º do art. 1º da Lei nº 10.848/04. BRASIL. **Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm>. Acesso em: 28 fev. 2012; ver também arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/95, publicada no DOU de 08 de julho de 1995 e republicada no DOU de 28 de setembro de 1998. BRASIL. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm#art16>. Acesso em: 28 fev. 2012.

informar ao Poder Concedente a quantidade de energia necessária para atendimento de seu mercado ou sua carga.[415]

A partir de 2004, surgiu, ainda, a figura do consumidor livre especial, cuja demanda pode ser entre 500 e 3.000 kW, atendido em qualquer tensão, mas desde que venha a adquirir energia proveniente de fontes renováveis – PCHs, térmicas a biomassa, proveniente da queima de gases de aterros sanitários e lixo, eólica, solar, entre outras.

Para que se possa ampliar o mercado livre e, desse modo, permitir uma maior e plena liberdade na comercialização da energia elétrica, deve-se reduzir a carga elétrica mínima de 3.000 kW, de modo a ampliar o contingente de possíveis consumidores livres de qualquer fonte, aproximando-se mais do modelo de liberdade adotado em outros países da América Latina, tais como Argentina (mínima de 30 kW), Uruguai (mínima de 250 kW) e Chile (opcional quando mínima de 500 kW, sendo obrigatória a opção pelo mercado livre quando mínima de 2 MW).[416]

Quer para a posição atual, quer para a futura, existe uma limitação quantitativa que define quem pode ser o adquirente da energia elétrica negociada no âmbito do mercado livre, o que em nada macula ou limita a análise e o estudo do referido contrato sob a ótica jurídico-civilística. Até mesmo porque o que se propõe no presente trabalho é, também, desenvolver um olhar sobre esse contrato com vistas a preparar o jurista para possíveis mudanças futuras, balizadas pela minimização da atuação regulatória do Estado e pela ampliação do dito mercado livre de energia, haja vista a já implementação e atuação das Bolsas de Energia Elétrica.

O olhar do jurista não pode se congelar sobre as situações legais e fáticas presentes, visto que as transformações econômicas e sociais tornam o direito suscetível às mesmas, exigindo fôlego para que aquele, valendo-se de instrumentos clássicos – no caso, o contrato de compra e venda –, possa dar as respostas adequadas às demandas que lhe forem apresentadas.[417]

---

[415] § 1º do art. 3º da Lei nº 10.848/04. BRASIL. op cit.

[416] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PRODUTORES INDEPENDENTES DE ENERGIA ELÉTRICA. **O setor elétrico brasileiro**. A visão dos produtores independentes de energia elétrica sobre a ampliação do mercado livre. Disponível em: < http://www.acenergia.com.br/imagens_materias/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20APINE.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2013.

[417] Analisando sobre as transformações do direito civil contemporâneo, Teresa Negreiros, **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 8-9, afirma ser "importante insistir-se na

Pode-se, portanto, em especial, ante as novas modalidades de fontes renováveis de energia elétrica, imaginar situações nas quais condomínios verticais ou horizontais gerem esse bem para aquisição por parte de seus condôminos, via contratos, individuais ou em grupo, ajustados entre as partes, com preços praticados via cotações apresentadas em bolsa de negociação de energia.

Nesse aspecto introdutório deste capítulo, é importante ressalvarmos que o contrato de comercialização de energia elétrica no mercado livre é usado para gerenciar riscos financeiros advindos da variação no preço desse bem, justamente em razão das suas características já estudadas no capítulo 3 deste trabalho, quais sejam, imaterialidade, singularidade e consuntibilidade ante a impossibilidade de ser armazenada, e do fato de, na matriz energética brasileira, a principal fonte de sua geração ser a hídrica, a qual se apresenta totalmente volúvel às mudanças climáticas, gerando uma enorme sazonalidade (alterações ao longo dos meses do ano) e modulação (alterações ao longo das horas do dia), que acabam por determinar alterações na geração e, por decorrência, no seu preço de mercado.

Desse modo, uma vez identificado o objeto de estudo, passaremos, a seguir, ao levantamento de pontos que julgamos relevantes para, ao final deste capítulo, chegarmos com características, elementos e/ou parâmetros suficientes e básicos para a conclusão se estamos ou não diante de um típico contrato de compra e venda de energia elétrica no ACL.

4.1. Natureza existencial ou empresarial

Com o advento do Código Civil, não há mais que se falar em contratos de natureza mercantil ou civil. Contudo, como observa Haroldo Verçosa, apesar da "unificação do direito das obrigações e a permeabilidade do uso dos contratos em geral", o estudo dos contratos mercantis "não poderia deixar de observar os contratos regidos pelo NCC [Novo Código

---

afirmação de que o direito civil de hoje já não mais se compadece com os modelos explicativos do passado". Conforme Jorge Mosset Iturraspe, 10 años do CCB – derecho contractual constitucional: libertad, solidaridad y función social. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettor; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 264, "o contrato é uma figura aberta que mostra, por sua vez, acordos regulados e acordos atípicos ou inominados, em uma verdadeira série não limitada, e que dentro das margens de licitude ou juridicidade, o contrato deve servir aos interesses privados".

Civil]", dos quais o contrato de compra e venda seria um tipo genérico, ou seja, "tanto pode dar-se um uso civil como mercantil".[418]

Prossegue o ilustre professor reforçando que o conteúdo dos contratos é amplamente variável, de acordo com o "interesse econômico a ser alcançado pelas partes, dentro de um modelo aberto", o que, conclui, nos leva à "existência de uma teoria geral do contrato".[419]

Sob esse enfoque, os atuais contratos de "compra e venda" de energia elétrica no mercado livre, em razão dos requisitos mínimos de consumo, são realizados por consumidores compostos por *shopping centers* e empresas de variados segmentos, ainda não havendo consumidores pessoas físicas ou condomínios residenciais. Nesse sentido, poderíamos conceituar tal contrato como sendo de cunho empresarial.

Contudo, tendo em vista as mudanças que se vislumbram para o campo da liberdade de negociações sobre a energia elétrica, com ampliação do leque de consumidores livres (até mesmo atingindo os consumidores finais) e a criação da relação contratual entre comercializador varejista e consumidores livres a ele conectados, além do futuro mercado ativo de Bolsas de Energia Elétrica, fatalmente as relações no ACL acabarão abrangendo aquelas relações entre empresas (geradores e comercializadores) e consumidores não empresariais.

Como bem apontado por Carlos Alberto Farracha de Castro e Paulo Nalin, "o operador das relações jurídicas encartadas por esses ramos jurídicos [direito civil e direito comercial] é pessoa humana, como também pessoa humana são todos os afetados pelos negócios celebrados, o que conduz esta linha de pensar às consequências da funcionalização social do contrato, da propriedade e, logo, da empresa",[420] conforme já apontados anteriormente.

Desse modo, apesar de a noção de contrato já trazer ínsita a movimentação de riquezas em uma determinada sociedade, como bem já vimos anteriormente, esses aspectos econômicos só se justificam dentro e em razão do aspecto social, na exata medida em que a

---

418 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contrato**s. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

419 Ibidem, p. 29.

420 CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103-104.

figura humana é o centro de todas as preocupações, conforme atesta o já tão difundido princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, relembramos os estudos desenvolvidos por Antonio Junqueira de Azevedo,[421] que, diante da nova principiologia aplicável aos contratos, conforme vimos em capítulo anterior, buscando verificar se era justificável ou não um quarto princípio – o da proteção à parte mais fraca –, trazia uma visão dicotômica dos contratos, dividindo-os entre existenciais e profissionais ou empresariais.

Enquanto estes últimos englobariam aqueles, em que uma das partes seria uma pessoa jurídica que objetiva lucros na formalização dessas relações contratuais, respondendo, portanto, pelos riscos assumidos, os primeiros compreenderiam os contratos firmados entre pessoas físicas ou jurídicas sem interesse lucrativo, como associações civis, que objetivam a manutenção das pessoas.[422]

Sob essa ótica, portanto, conseguimos reforçar o enquadramento da comercialização de energia elétrica no mercado livre, sob a roupagem atual, na definição dos contratos patrimoniais ou empresariais, em que os riscos inerentes a tal negociação são conhecidos, discutidos e aceitos pelas partes, motivo pelo qual, conforme já asseveramos quando nos debruçamos sobre o princípio do equilíbrio econômico, não poderia este ser aplicado em prol de revisão ou mesmo rescisão de tal contrato, alegando-se as variações nos preços da energia elétrica (desproporção entre prestações).

O que propomos por meio deste trabalho é realizar uma análise da relação de aquisição do bem energia elétrica, no dito mercado livre, não apenas sob a visão mercantil, de

---

[421] Esses apontamentos tiveram por base as aulas ministradas por esse jurista na matéria de pós-graduação Nova Dogmática Contratual, no 1º semestre de 2006, em direito civil, da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. O autor propugnava que seria possível, com base em tal dicotomia, pensar em um quarto princípio contratual, a saber, o da proteção da parte mais fraca que, apesar de não estar positivado no Código Civil, tinha assento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, dizia que o "não empresário" deveria ser protegido, porque sua existência não poderia ser descartada. Mas não deveria ser um critério meramente subjetivo, apesar de ter preponderantemente esse cunho, podendo haver situação em que um não empresário acabe exercendo atividade que gere a circulação de riqueza. Nessa situação, há a própria situação imaginada de um condomínio que gere energia elétrica (de fonte solar, por exemplo) para seus moradores, e o excedente seja por ele negociado (revendido para a distribuidora). Momentaneamente, é um contrato mercantil, pois faz circular um bem, gerando riqueza, ainda que pequena e temporária ou cíclica.

[422] Interessante apenas destacar que, sob a visão da economia, conforme aponta Fábio Nusdeo, **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 96, "não tem maior fundamento a distinção entre o econômico e o social", na medida em que "a produção e a circulação de bens associada ao primeiro e a sua distribuição, associada ao segundo, são, ambas, partes integrantes de um processo econômico", justamente porque envolvem "recursos escassos", os chamados bens econômicos, conforme já apontamos em capítulo anterior.

geração de lucros ou da ampliação de um comércio sob a ótica das Bolsas de Energia Elétrica (este sim, um tema afeto à área comercial e econômica), mas também sob o enfoque da comparação entre tal bem enquanto atendente das necessidades humanas e passível de responder pelas mesmas em um mercado livre, fora do espectro dos serviços públicos, e, como tal, inserido nas relações entre particulares que formalizarão contratos sob a égide do Código Civil.

Essa visão se coaduna com a separação feita entre contratos existenciais e empresariais cunhada por Antonio Junqueira de Azevedo, pela qual se busca "conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana", pois os "três níveis do contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados".

Por essa dicotomia, o contrato empresarial corresponde àquele firmado "entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, [a]o contrato entre um empresário e um não empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro". Já o contrato existencial é o firmado "entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros". Em suma, o "critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo",[423] sendo que os contratos existenciais "dizem respeito à subsistência da pessoa humana".[424]

Nesse sentido, o contrato de comercialização de energia elétrica passa de um patamar único, sob o enfoque puramente comercial, para um mais existencial, pessoal e, porque não, de solidariedade.[425] Nessa linha, podemos afirmar que haverá uma natureza dúplice, a depender das situações fáticas que serão englobadas, nessa tipologia contratual, quer as presentes, pelo

---

423 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____.**Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185.

424 Idem, (Parecer) Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: Ibidem, p. 99-100.

425 Maria Celina Bodin de Moraes, O princípio da dignidade humana. In: _____. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 45, doutrina que o inciso I do art. 3º da Constituição Federal, que trata, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, do ideário da "solidariedade e geração de bem-estar coletivo", instaura uma nova ordem lastreada na "primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial". Na verdade, positivou-se um entendimento do que já ocorria na sociedade e nos próprios julgados, como é comum acontecer no campo do direito: o cenário social, político e econômico é que transmuta o ordenamento, sempre, infelizmente, com um certo atraso.

uso das formas contratuais que analisaremos neste, quer as futuras, em um mercado em que, talvez, os consumidores finais possam optar por adquirir a energia elétrica de geradoras ou comercializadoras ou em Bolsas de Energia Elétrica, e não apenas de distribuidoras locais, além de revender a que eventualmente gerarem em excesso.

Essa possibilidade já existe em outros países, como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Austrália, sendo que, nos dois primeiros, os consumidores residenciais podem optar pelo ACL de energia elétrica.

E é por isso que reforçaremos, ao longo dos estudos, a comparação entre os dois campos de negociação que existem no setor elétrico, enfatizando sempre que, no campo do mercado livre, há respaldo legal, que nos permite manter uma regulação mínima necessária para sua existência enquanto parte de um setor regulado, mas cujas relações jurídicas seguirão os princípios e regras dos contratos civis, quer as partes entendam que o tipo contratual de compra e venda de energia elétrica tenha conotação mercantil ou existencial.[426]

Aliás, essa variação da natureza pessoal e existencial ou patrimonial, que, em certa medida, se entrelaça com a conceituação dos bens em civis ou mercantis, é vista em Pietro Perlingieri, o qual se foca na noção de relações jurídicas privadas para determinar que a visão estritamente patrimonialista "fundada apenas na distinção entre interesses de natureza patrimonial e de natureza existencial não corresponde aos valores que inspiram o ordenamento jurídico vigente", uma vez que "os interesses de natureza patrimonial já são sempre juridicamente relevantes e tutelados pelo ordenamento", ao passo que "não faltam situações patrimoniais que, por se referirem ao livre desenvolvimento da pessoa, assumem relevância

---

[426] Como visto, entendemos que essa variação poderá existir, no geral, posto que, em havendo a participação, em uma das partes contratuais, de uma pessoa jurídica (cujos escopos são, no geral, lucrativos), toma-se o contrato sob a ótica patrimonialista, ao passo que, em se formando a relação entre pessoas físicas, a intenção, no geral, é de cunho existencial, pois "a pessoa humana contrata, na essência e na grande maioria dos casos, não para satisfazer uma necessidade econômica, mas sim por uma necessidade de vida, ainda que decorrente de mero deleite", conforme aponta Carlyle Popp, A eficácia dos negócios jurídicos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 153. Contudo, para o quanto será aqui estudado, essa diferenciação entre contrato de cunho patrimonialista ou existencial poderá se resumir sob a ótica da análise do bem jurídico em si, na medida em que a energia elétrica, no geral, é um bem essencial à vida humana, mas, a depender das partes envolvidas na negociação realizada, poderá o contrato assumir a conotação patrimonial (quando firmado entre empresas, visto que a adquirente, no geral, adquire o bem para inseri-lo como insumo em sua cadeia produtiva) ou existencial (sob a roupagem que imaginamos possa no futuro se moldar, em que as pessoas físicas poderiam vir a adquirir esse bem para seu consumo imediato e próprio). De qualquer maneira, sob as duas vertentes, o bem energia elétrica não perde sua essencialidade, imediatidade e imaterialidade.

existencial", o que implica dizer que as relações jurídicas podem ser, individualmente, patrimoniais ou pessoais, ou podem, até mesmo, estar misturadas".[427]

Nessa linha, ainda que denominada por muitos como mercadoria, conforme visto anteriormente, a energia elétrica é, por clara e enfática disposição legal, um bem móvel, passível de ser negociado, de extrema necessidade para a vivência com dignidade e, portanto, bem de primeira necessidade, cujo contrato de negociação no ambiente livre permite que venha a ser enquadrado dentro dos tipos contratuais os quais o ordenamento jurídico mais busca resguardar e valorizar: os existenciais.

Mas, antes de nos debruçarmos sobre os elementos do contrato de comercialização de energia elétrica, é interessante buscarmos enquadrar o mesmo dentro da classificação tradicional dos contratos, de forma a coletarmos maiores dados que nos auxiliem na resposta à dúvida central deste trabalho.

4.2. Classificação do contrato de comercialização de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre

A intenção neste tópico é trazer alguns argumentos que possam ser analisados, dentro da teoria geral dos contratos, e que possam servir de balizamento para os estudos mais detidos que faremos sobre os elementos os quais compõem o contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente livre.

Por certo, trata-se de um contrato oneroso, na medida em que ambos os contratantes têm direitos e deveres, responsabilidades e vantagens, havendo prestação em correlação a uma contraprestação: a comercializadora ou a geradora compromete-se a entregar uma quantidade de energia, em determinado ponto de concentração e período, à contraprestação do pagamento, pelo consumidor, de um montante em moeda.

O ponto que se pode discutir melhor dentro da onerosidade é se tal relação contratual mostra-se como comutativa ou aleatória, uma vez que, conforme já salientado anteriormente, a energia elétrica é um bem *sui generis*, não tendo materialidade e possuindo consuntibilidade imediata, além de sua geração ter diferentes fontes, o que pode criar, ainda que mínima, certa

[427] PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale:** secondo Il sistema italo-comunitario delle fonti. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 715-716.

irregularidade e/ou incerteza no seu fornecimento por razões externas à vontade das partes (por exemplo, implicações diversas de fatores externos no regime de geração de fontes hidrológicas ou eólicas).

Ademais, como se menciona no mercado de energia elétrica, o elétron não é marcado, o que implica dizer que a energia elétrica gerada em uma usina e por esta revendida a um consumidor livre não necessariamente é a que será por ele efetivamente consumida.

Essas características fazem com que, no ato da celebração do contrato, possamos afirmar que existe certa expectativa de direito de que a energia negociada será entregue no período ou periodicidade pactuados.

De qualquer forma, sob esse prisma, como veremos melhor a seguir, o gerador ou comercializador não tem por contraprestação real a efetiva entrega física da energia elétrica, mas, sim, a sua disponibilidade apurada financeiramente via CCEE, o que poderia nos permitir afirmar que o contrato de comercialização de energia elétrica é comutativo, apesar da álea natural que circunda a entrega física de tal bem, mas que fica circunscrita a outros contratos, sobre os quais falaremos adiante.

Tanto isso é verdade que, pelas regras de comercialização da energia elétrica no mercado livre, tais contratos "devem ser registrados no Sistema de Contabilização e Liquidação – SCL" e só serão considerados inseridos no "processo de contabilização" quando o vendedor proceder ao registro da entrega, incluindo os prazos de vigência e os volumes mensais de entrega da energia contratada e, ato contínuo, o comprador validar a contratação, dando o aceite para a "transação", o que compõe "o lastro do agente comprador e o requisito de lastro do agente vendedor", não havendo necessidade de remessa da via física do contrato.[428]

Contudo, se olharmos pelo lado da pactuação do preço, apesar de haver o ajuste entre as partes para tanto, podem ocorrer mudanças nos preços, decorrentes das incertezas do mercado, em especial, por conta de estarmos ancorados fortemente em fontes de geração instáveis (hidrelétricas e eólicas). Conforme aponta Gerusa de Souza Côrtes Magalhães, "os preços não são formados a partir das expectativas dos agentes, mas por cálculos matemáticos

[428] CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Procedimentos de comercialização**. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/procedimentos?_afrLoop=114241996301000#%40%3F_afrLoop%3D114241996301000%26_adf.ctrl-state%3Daws25n4vv_4>. Acesso em: 02 fev. 2014.

feitos por programas de computador que seguem condições físicas de despacho", não se sujeitando a regras de equilíbrio de "curvas de oferta e de demanda".[429]

Em conexão com essa terminologia contratual da comutatividade, podemos chamar pela figura do equilíbrio material do contrato, por meio do qual se "busca a igualdade dos valores e encargos das prestações correlativas", uma vez que, munido de um caráter "preponderantemente objetivo e qualitativo", permite aproximar-se os valores ou preços dos direitos e obrigações, conforme destaca Fernando Rodrigues Martins.[430]

No contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente livre, esse equilíbrio existe de forma incisiva, na direta medida em que a contraprestação ao pagamento do preço de tal bem, por parte do adquirente (consumidor livre), é realizada pela prestação do lastro entregue pelo vendedor e contabilizada junto à CCEE.

É nesse sentido que alertamos anteriormente que a suposta quebra do princípio do equilíbrio econômico não pode ser alegada pelo adquirente, na hipótese do argumento da não entrega de tal bem, visto que esta encontra-se distanciada da espécie contratual que estamos analisando (pois reside em contratos posteriores), e todo o mecanismo de geração e valoração de lastros é feita pela CCEE.

É certo que as partes possuem liberdade para negociar os montantes de energia, os preços e os prazos, mas o rompimento de qualquer desses itens será respaldado pelos mecanismos de lastros previamente criados,[431] justamente em razão das alternâncias e eventual instabilidade no mercado de geração da energia, em especial, por conta de as fontes bases brasileiras serem hídricas, o que gera períodos de alta ou baixa geração, com oscilações nos preços praticados.

Relembremos que o registro do contrato de comercialização de energia elétrica no ACL e de suas condições (seus prazos, volume de energia, condições de sazonalização e

---

429 MAGALHÃES, Gerusa de Souza Côrtes. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 62.

430 MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 304.

431 Conforme inciso I do art. 2º do Decreto nº 5.163/04, que dispõe: "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 e potência para garantir cem por cento de seus contratos, a partir da data de publicação deste Decreto". BRASIL. **Decreto nº 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 jan. 2014.

modulação) deve ser feito na CCEE, sujeitando-se as partes às suas regras de liquidação e contabilização, que envolvem, em linhas gerais, basicamente apurações entre o montante registrado e o gerado e consumido, para apuração de créditos ou débitos.[432]

É justamente na ponderação sobre a equivalência material desses contratos de comercialização que se baseia a verificação da existência da chamada "justiça sinalagmática" ou contratual, em especial, de acordo com as premissas externas ao próprio tipo de contrato, o que acaba por reforçar a "presunção de normalidade" do mesmo, quedando-se por terra as discussões que se possam projetar quanto a uma possível quebra do seu equilíbrio econômico.[433]

Relacionado ao tema do registro do contrato na CCEE, temos o conceito de contrato consensual, visto que, sem o registro do mesmo, não se concretiza a operação de transferência do bem e o pagamento pelo mesmo. Nessa linha, possui a mesma característica da figura típica do contrato de compra e venda conforme regrada no art. 481 do Código Civil: o contrato torna-se "perfeito e acabado" pelo mero consenso entre as partes, mas não gera efeitos reais, apenas obrigacionais, "gerando para o vendedor a obrigação de entregar a coisa e, para o comprador, a de pagar o preço".[434]

No mercado de energia elétrica, somente a partir do registro do contrato na CCEE é que haverá a "contabilização dos montantes produzidos e consumidos", de modo a se verificar se "o agente comprador ou vendedor está exposto positiva ou negativamente no mercado *spot*, ou seja, se utilizou mais ou menos do que comprou, ou se produziu mais ou menos do que vendeu".[435]

Mediante o registro da entrega e do seu aceite, opera-se uma transferência de todos os direitos sobre a energia elétrica transacionada.

---

[432] MAGALHÃES, Gerusa de Souza Côrtes. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 36.

[433] Ver MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 305.

[434] FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos:** direito civil e empresarial. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31.

[435] MAGALHÃES, Gerusa de Souza Côrtes. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 67.

Entendemos, contudo, que, apesar desse registro na CCEE, a tradição ou entrega do bem é que materializa a transferência da propriedade,[436] com a diferença de que, no mercado livre, conforme verificaremos adiante, a mesma é regulada por meio de outros contratos, relacionados à cadeia de distribuição e transmissão, e com a peculiaridade de que, por não haver marcação de elétrons, a energia elétrica comprada é "ficticiamente" entregue ao consumidor livre, uma vez que não se sabe de onde veio, fisicamente, a energia elétrica que ele vier a consumir. Trata-se de apuração matemática e computacional, para fins de apurações das obrigações de entrega e pagamento que devem ser cumpridas pelas partes.

Essas análises servirão para, ao final deste capítulo, podermos compor uma posição a respeito da natureza jurídica do contrato de comercialização de energia elétrica.

Passemos, então, à análise dos elementos que o compõem.

4.3. Elementos básicos do contrato de comercialização de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre

Neste tópico, pretendemos apresentar e analisar os pontos ou elementos básicos que são determinados entre as partes para a formalização de um contrato bilateral de compra e venda de energia elétrica no ACL no mercado brasileiro.

Destaque-se que a migração do consumidor de energia elétrica do mercado cativo ou regulado para o mercado livre depende de uma análise econômica comparativa, basicamente, entre as tarifas das distribuidoras e suas projeções e o preço no mercado livre e sua tendência para o futuro.

Assim, após as avaliações comparativas entre os dois modelos, em optando pelo mercado livre, o consumidor buscará o melhor preço, pactuando prazo, volume de energia contratada, flexibilidade, índices e periodicidade de reajuste e datas de pagamento da fatura.

Antes de adentrarmos nesse estudo, apenas destacamos que, no Brasil, existe uma modelagem de contrato de comercialização de energia elétrica sugerida pela ABRACEEL, que consiste nas Condições Gerais de Contratação e nos respectivos formulários que trazem as condições comerciais da contratação e, no geral, são seguidos pelos agentes do mercado livre,

[436] Nesse sentido, vale a regra geral do art. 1.267 do Código Civil: "A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição".

apesar de, para além da regulamentação básica a ser seguida (regras CCEE e ANEEL, já apresentadas no início deste trabalho), não haver a imposição de um formato de contrato a ser usado, ficando o mesmo no campo dos ajustes entre as partes, como é comum acontecer nos demais contratos albergados sob as relações regidas pelo direito civil.

Para fins da CCEE, o que importa é a apresentação, pelo vendedor, dos quantitativos, registro e entrega da energia elétrica no sistema eletrônico e, em contrapartida, o aceite e a validação por parte do comprador, formalizando o que o mercado conhece por transação, sendo desnecessária a via física do contrato. A contratação pode se passar no ambiente eletrônico.

Comparativamente, a EFET, organização que visa à melhora das condições de comercialização de energia e à promoção do desenvolvimento sustentável do mercado atacadista europeu, intervindo em todas as atividades do mercado, desde a produção até a comercialização, inclusive passando pela gestão de riscos, disponibiliza a seus associados um modelo de documentação a ser utilizada na negociação de energia elétrica, composta por: (a) documentação básica essencial – contrato geral (*general agreement*) e termo prévio de ajuste sobre alterações futuras (*election sheet*) e (b) documentação complementar – termo específico de negociação individual (*confirmation for individual contract*) e termos de garantias (*credit support annexes*).[437]

Conforme nos informa Maria Soares do Lago,[438] o *general agreement* é um contrato padrão, pré-impresso, chamado de contrato-quadro, que traz os elementos básicos e gerais do contrato de compra e venda, quais sejam: objeto do contrato, que corresponde à compra, venda, entrega e aceitação da eletricidade, incluindo a opção de venda; definições; declarações e garantias das partes; o modo como serão celebradas as negociações específicas (*confirmation for individual contract*); mecanismos de entrega e transmissão da eletricidade e distribuição dos riscos, incluindo determinações a respeito de falhas na entrega e recepção da energia; situações de inadimplemento e causas de vencimento antecipado com suas respectivas consequências e mecanismos de cálculo dos valores devidos em razão da cessação do contrato.

---

[437] EUROPEAN FEDERATION OF ENERGY TRADERS. Disponível em: <http://www.efet.org/About_EFET/Whats_EFET_4836.aspx?urlID2r=22&urlID2r=2>. Acesso em: 04 jul. 2012.

[438] LAGO, Maria Soares do. Tipos de contratos internacionais de compra e venda de eletricidade. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano VIII, n. 011, p. 75, abr. 2012. O modelo desse contrato encontra-se disponível em: <http://www.efet.org/Standardisation/Electricity_4842.aspx?urlID2r=17>. Acesso em: 04 jul. 2012.

Esse contrato-quadro pode ser alterado por meio de determinações previamente pactuadas entre as partes, que definem quais alterações podem realizar em tal contrato e que fazem parte do chamado *election sheet*. Trata-se de uma customização do modelo padrão, com aceite de determinadas mudanças, pré-indicadas e simplesmente escolhidas entre as partes. Por exemplo, nesse instrumento, as partes podem pactuar a possibilidade de compensação entre os montantes de energia devidos em razão de diversas transações pactuadas entre as partes; determinar outros casos de força maior que não estejam listados no contrato padrão; novos limites para a garantia de performance; sugestão de novas modalidades de limitação de responsabilidade; mudança da lei que regerá a aplicação do contrato.

Ambos – *general agreement* e *election sheet* – são assinados em conjunto, ficando, deste modo, sacramentada a base contratual entre as partes que regulará todas as negociações específicas ou individualizadas que venham a realizar por meio da figura da *confirmation for individual contract.*

Assim, após formalizarem a documentação básica e essencial, cada negociação de compra e venda de energia elétrica será firmada em separado, por meio das denominadas "confirmações de contratos individuais", nas quais as partes determinarão o preço, a quantidade, quem vende e quem compra, se existe opção de compra (*call option*) ou venda (*put option*), as datas de entrega e de pagamento. Esse procedimento visa simplificar e agilizar as negociações, reduzindo os custos envolvidos.

Como destaca a autora, "o conjunto das transacções celebradas ao abrigo do *general agreement* é considerado como um único contrato", o que implica afirmar que "quando se vence uma transacção vencem-se igualmente todas as outras", sendo que o mecanismo de cálculo do valor final devido em razão da cessação do contrato leva em consideração "os saldos de todas as transacções", permitindo "às partes calcular a sua exposição global".[439]

Não obstante, como alerta a mesma autora, em virtude da amplitude na aplicação desse modelo contratual para diferentes países, essa regra do cálculo do montante global a pagar deverá ser analisado em cada caso, mediante a legislação local.

Há, ainda, a possibilidade (opção) de as partes firmarem garantias em separado – *credit support annexes* – das obrigações pactuadas no *general agreement* e no *election sheet*.

---

[439] LAGO, Maria Soares do. Tipos de contratos internacionais de compra e venda de eletricidade. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano VIII, n. 011, p. 77-78, abr. 2012.

Verifica-se, portanto, que a diferença reside na forma, posto a estrutura contratual ser dividida em duas bases: uma essencial, por meio da qual as partes pactuam a espinha dorsal das regras que regerão toda a relação contratual de compra e venda de energia elétrica, e outra pontual, em que as partes ajustam e individualizam os elementos variáveis – montante de energia, preço, vendedor e comprador, datas de entrega e pagamento –, que se circunscreverão àquelas regras mestras previamente formalizadas.

Apesar de ser mais complexo do que o modelo brasileiro de contrato, o padrão atual usado pelos agentes brasileiros funciona e atende aos interesses e expectativas das partes. Talvez, para futuras negociações no âmbito de uma Bolsa de Energia Elétrica, onde se requer uma padronização maior, seja necessário repensar o formato do contrato atual.

De qualquer forma, o que nos importa neste capítulo é melhor analisar a estrutura atual da modelagem de contrato utilizada na sistemática brasileira, partindo de uma visão e panorama genéricos, como os que foram feitos por Solange David,[440] gerente jurídico da CCEE, de que:

> "os contratos de compra e venda [de energia elétrica] são essencialmente utilizados para gerenciar riscos financeiros de variação do preço da energia elétrica, as condições estabelecidas entre as partes devem pautar-se na análise de diversos aspectos, sobre os quais podem surgir conflitos, como, por exemplo, a validade e eficácia dos contratos, prazo de duração e vigência do suprimento, carga contratada e flexibilidade, preços da energia e reajustes, garantias, faturamento e forma de pagamento, condições de renovação contratual, registro do contrato e representação na CCEE, aplicação das regras e procedimentos (ex.: sazonalização e modulação – alocação da energia ao longo dos meses do ano e ao longo das horas dos dias, respectivamente)".

4.3.1. As partes

Esta definição já foi apontada no transcurso do trabalho, mas vale ser reiterada aqui, com alguns pontos de destaque.

A parte que se obriga a entregar a energia elétrica pode ser tanto um gerador quanto uma comercializadora, sendo certo que qualquer deles deve possuir a devida autorização conferida pela ANEEL para atuar como tal agente (gerador ou comercializador). Não há maiores destaques para essas definições, que já apresentamos na parte introdutória,

[440] DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. In: DA ROCHA, Fábio Amorim (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p. 57.

ressalvando que, como estamos no ACL, não há que se falar nas distribuidoras de energia elétrica como parte nesse tipo contratual.

De outro lado, teremos o consumidor livre, que igualmente deve atender às especificações técnicas (níveis de carga e de tensão) que já ressaltamos anteriormente, em especial, a Resolução ANEEL nº 376, de 25 de agosto de 2009.[441]

Por certo, conforme já trouxemos no começo do trabalho, essa regulamentação tende a ser alterada ao longo do tempo, quiçá permitindo que os consumidores residenciais possam passar a adquirir energia elétrica em um mercado livre, inclusive negociando as sobras de energia que vierem a possuir em determinadas situações (por exemplo, um condomínio que tenha geração própria e possa vender aos seus condôminos o que produzir em excesso, ou mesmo uma residência que gere sua energia elétrica e possa ofertá-la no mercado).

As restrições regulamentares que existem hoje podem ser reduzidas, ampliando-se a abrangência desse modelo de negócio, o que, fatalmente, fará com que o jurista civilista passe a olhar com mais vagar para essa modelagem contratual aplicável.

Vale destacar que o fato de termos como parte pessoas jurídicas que atuam sob a forma de autorizados do Poder Público, bem como o fato de ser a energia elétrica um bem de interesse social não implicam em situações que tornem a relação contratual formada em um fenômeno jurídico regido pelas normas de direito público.

Os interesses envolvidos são de cunho privado e giram em razão, preponderantemente, de aspectos financeiros, pois os vendedores e os adquirentes visam obter lucro ou reduzir o montante que dispendem a título de aquisição da energia elétrica no ambiente cativo.

A intenção das partes é justamente afastarem-se das rígidas regras que regem as relações no mercado cativo, no qual os valores pagos são tarifados e as negociações contratuais não existem, havendo aceitação de regras contratuais impostas.

Não obstante o fato de entendermos que não estamos em campo de direito público, não fica eliminada certa tensão que se vislumbra com o campo do direito privado, haja vista, por exemplo, a própria análise que fizemos preteritamente, quanto à aplicação ou não do

---

[441] AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução Normativa nº 376, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2009376.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2014.

princípio do desequilíbrio econômico-financeiro e dos limites da boa-fé objetiva nesse contrato.

De qualquer forma, nesse tipo contratual de comercialização de energia elétrica no ambiente livre, não estamos diante de uma relação de consumo, visto não se tratar de contrato envolvendo consumidor final, mas, sim, de uma relação empresarial, em que as partes envolvidas se portam focadas em seus interesses que podem ser equilibrados ao se estabelecerem as regras contratuais, não havendo que falar em primado do público sobre o privado.

Tendo visto quem são as partes, passemos à coisa ou bem objeto de tal contrato.

4.3.2 O bem e a sua entrega

Conforme já amplamente apresentado, a energia elétrica possui características específicas que a distingue de outras mercadorias. De qualquer forma, como estamos vendo, ela é passível de ser negociada em um ambiente de livre pactuação contratual, no qual há observância, ainda que mínima, das regras desse mercado (regulamentação), mas, nesse ambiente, é tratada como um bem plenamente negociável.

Em virtude das características já analisadas, no contrato de comercialização de tal bem, não está compreendida a entrega física ou tradição da mesma, ficando a cargo de uma relação contratual distinta, firmada com as empresas concessionárias de distribuição e transmissão de energia elétrica, diante da garantia legal de livre acesso a tais sistemas, conforme preceitua o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074/95.[442]

Sendo assim, a prestação da entrega do bem energia elétrica nos contratos de comercialização é uma obrigação existente mas que não se materializa nessas relações

[442] "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. [...] § 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". BRASIL. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em: 11 jan. 2014.

contratuais, sendo deslocada para contratos a serem firmados em ambiente distinto,[443] com empresas públicas, que nada têm a ver com o ambiente de comercialização da energia. Conforme veremos mais à frente, tais contratos coligam-se ao de comercialização de energia elétrica.

O interessante é perceber que a contraprestação do consumidor livre, ao pagar pela energia elétrica, não corresponde à entrega física da mesma, mas, antes, a uma entrega financeira, pois, como visto, no âmbito na CCEE, há um mecanismo de compensações financeiras que são realizadas para se apurar sobras ou faltas de energia diante dos lastros apresentados pelas partes e, então, verificar o cumprimento das obrigações.

De qualquer forma, persiste a obrigação de entrega da energia elétrica, ainda que apurada numericamente, pois, em caso de o vendedor não possuir o quantitativo de energia, deverá adquiri-la no mercado *spot*, ao preço do PLD da época.

Nesse sentido, ante tal peculiaridade, pode-se, mais uma vez, verificar que existe comutatividade contratual *sui generis* no contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente livre, que não é medida pela disponibilidade física da mesma, mas, sim, pela sua disponibilidade econômica, a qual é apurada mediante um mecanismo de apresentação de quantidade contratada, pela parte vendedora, e sua validação e aceite pela parte compradora.

Não obstante, existe uma álea natural na possibilidade da efetiva entrega física, mas que não é parte integrante de tal contrato.

Por conta dessa particularidade, entendemos que, apesar de haver uma obrigação de entrega física futura da energia elétrica, sob o manto do contrato ora analisado, não podemos falar na possibilidade de adimplemento parcial ou substancial, pois o que se apura é a viabilidade ou não de o vendedor vir a entregar a quantidade de energia elétrica com a qual se comprometeu, não havendo possibilidade de se medir se o fez em parte ou não.

---

[443] São firmados os Contratos de Uso e Conexão ao Sistema de Distribuição (CUSD) e Uso e Conexão ao Sistema de Transmissão (CUST), pelos quais são pagas tarifas públicas de uso (TUSD e TUST) e demais encargos de conexão, todos homologados pela ANEEL. De forma a exemplificar esse ponto, transcrevemos uma cláusula padrão de um modelo de contrato de comercialização de energia elétrica divulgado pela ABRACEEL, que se reduz aos seguintes termos: "4.9 - As partes reconhecem que o fornecimento físico da energia elétrica não é objeto de uma Transação e estará integralmente subordinado às determinações técnicas da ANEEL, MME, CCEE, ONS ou qualquer outro órgão competente, inclusive em caso de decretação de racionamento de energia elétrica". ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Contrato padrão ABRACEEL**. Condições gerais ABRACEEL para contratação de compra e venda de energia elétrica (V1.1). Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/contratoPadrao.asp>. Acesso em: 31 set. 2014.

Assim, para esse modelo contratual, não é possível avaliar, a fim de se caracterizar o atendimento das obrigações pactuadas, "o que foi feito em favor de uma das partes", conforme assevera Fabíola Santos Albuquerque[444] ao analisar o adimplemento substancial, pois a obrigação da entrega da energia e a da contraprestação do pagamento equivalente são apuradas e devem ser rigorosamente observadas e atendidas pelas partes contratantes.

Ademais, nos contratos de comercialização de energia elétrica, justamente em razão da natureza desse bem, de consumo imediato e que tem de ser medido de tempos em tempos para se apurar consumo e geração, temos que os mesmos são contratos de duração ou de trato sucessivo, pois a execução não se pode medir em um só instante.

E justamente em virtude dessas medições ou apurações temporais que se fazem para avaliar o cumprimento das obrigações de cada uma da partes, entendemos que não cabe a arguição da exceção de contrato não cumprido, pois, caso a parte vendedora deixe de entregar ou registrar a quantidade contratada de energia elétrica, ato contínuo a tal apuração, a mesma já deverá pagar à parte compradora, como compensação, um valor proporcional à quantidade de energia não registrada, cujo valor será apurado pelo mecanismo do Preço de Liquidação de Curto Prazo.

E, no mesmo sentido, a parte compradora, em não aceitando ou validando a quantidade de energia contratada, no todo ou em parte, pagará como compensação, à parte vendedora, o preço da quantidade de energia elétrica contratada não aceita ou não validada.

Não há espaço de tempo para que uma das partes alegue que não cumprirá sua obrigação em razão de a outra parte não ter atendido à sua própria, não porque as obrigações não sejam simultaneamente exigíveis, mas porque o mecanismo de apuração é feito em meio eletrônico, em ambiente controlado pela CCEE, onde as penalidades já são impostas ato contínuo.

E a não aplicabilidade de tal princípio não macula o fato de esse tipo de contrato ora analisado representar uma real aplicação da função social contratual, pois, como visto, a comercialização da energia elétrica, nesse ambiente que se firma entre empresas, resta cercada

---

[444] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). **Leituras complementares de direito civil:** o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Edições JusPodivm, 2007. p. 238.

de mecanismos de proteções e aplicações de penalidades contratuais justamente em virtude da essencialidade do bem negociado e da funcionalidade do mesmo na sociedade.

O importante é frisarmos que a energia elétrica pode ser conceituada como *res* sob a ótica de um contrato de compra e venda, pois, além de o direito civil não exigir que a coisa seja material e estocável, o contrato de compra e venda tem eficácia obrigacional e não real, o que nos permite afirmar que, havendo o ajuste entre as partes quanto ao objeto em quantidade a ser entregue, a sua efetivação, via sistema de transmissão e distribuição – ou seja, pelo fio administrado por outras empresas – não desnatura a característica de objeto de um contrato de compra e venda.

Ademais, ainda no que tange às flutuações possíveis entre prestação e contraprestação, pela prática de mercado, aceita-se que as partes pactuem que o comprador garantirá um fluxo mínimo de pagamento ao vendedor, independentemente da quantidade de energia elétrica efetivamente a ser usada; há o ajuste de um patamar de flexibilidade na entrega dessa energia elétrica ao longo de um período, mas resguardando a continuidade no recebimento financeiro ao vendedor.

Como esses ajustes são feitos ao longo da contratação, justamente em razão das características de sazonalidade do mercado e da geração da energia elétrica, bem de consumo imediato e não estocável, todas conhecidas das partes, esse modelo de contrato tende a ter dificultada a aplicação da resolução por onerosidade excessiva, não havendo que se arguir desequilíbrio contratual a justificar sua revisão ou até mesmo resolução, por decisão judicial.

As causas excepcionais que justificariam qualquer mudança contratual, no geral, já são muito bem listadas como motivos de força maior ou caso fortuito[445] e, portanto, qualquer

---

[445] O modelo de contrato padrão usado pela ABRACEEL já consagra as situações que não podem ser usadas como alegações de caso fortuito ou força maior e que, se alegadas, recaem em motivações para aplicações de penalidades e/ou rescisão por não cumprimento contratual, quais sejam: "(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". ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Contrato padrão ABRACEEL**. Condições gerais ABRACEEL para contratação de compra e venda de energia elétrica (V1.1). Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/contratoPadrao.asp>. Acesso em: 31 set. 2014.

outra linha argumentativa para o não atendimento da obrigação da parte acaba caindo em uma situação de inadimplemento voluntário.

Essa flexibilização decorre da sazonalização apresentada pela parte compradora, a qual deverá informar ao vendedor os períodos e quantitativos de energia elétrica que deseja, em conexão com a modulação da parte vendedora, que será apresentada de acordo com o cronograma de entrega (período de suprimento).

Por isso, é fácil afirmar que não existe comercialização de energia elétrica por amostras, pelo que não são aplicáveis as disposições do art. 484 e seu parágrafo único do Código Civil. O que pode ocorrer é a venda de energia elétrica por periodicidade curta, em atenção às necessidades do adquirente, mas que pode ser aumentada por ajuste entre as partes, nada tendo a ver com amostragem na oferta do bem.

Por certo, essa característica confere ao contrato uma noção de fornecimento contínuo ao longo de um tempo, o que parece aproximar tal contrato de um modelo de fornecimento de longo prazo, mais do que o de uma compra e venda de um bem.

Interessante de se pensar dentro dessas flexibilidades aceitas pelo mercado seria que a alocação de eventual energia elétrica contratada fosse deslocada para um terceiro, dentro de uma previsão no próprio contrato, ou seja, uma característica de repasse (revenda) desse bem a uma outra pessoa que não fosse parte do contrato original, o que, hoje em dia, não é aceito, visto que se deve fazer a liquidação financeira de cada contrato dentro do ambiente da CCEE.

Essa possibilidade de repasse viria ao encontro do desenvolvimento e implantação de uma real Bolsa de Comercialização de Energia Elétrica, ampliando-se as possibilidades de atuação do mercado livre e, portanto, aproximando-se o modelo contratual atualmente usado de um típico contrato de compra e venda. Da forma atual, que exige a liquidação financeira do mesmo junto à CCEE, em virtude de sobras ou excedentes de energia elétrica, há uma aproximação do mesmo de um contrato de linha de crédito, no qual o vendedor entrega uma quantidade de “moeda de troca futura”, visto que, a sobra ou o excesso serão apurados para se verificar se o comprador deverá adquirir ou alienar a energia elétrica – “a moeda de troca” – em um mercado flutuante, de curto prazo (*spot*). O contrato, por si, não perfaz a obrigação de prestação e contraprestação, que se aferirão atendidas em um ambiente em separado.

Como estamos analisando um modelo de CCVEE[446], transcrevemos a cláusula a seguir, que demonstra as obrigações de entrega e aceite das partes, corroborando que se trata de um contrato consensual, mas que, ante as obrigações de registro dos montantes de entrega, preço, aceite e validação, se dará em formato separado, via sistema eletrônico:

> "4.1 – Entrega e aceite: A parte vendedora tem a responsabilidade de vender, registrar e entregar, enquanto a parte compradora tem a de comprar, validar e aceitar a quantidade contratada de energia elétrica no ponto de entrega.
> [...]
> 4.3 – De acordo com as regras e os procedimentos de comercialização, o ato de validar consiste na obrigação da parte compradora declarar o aceite e a validade das informações registradas pela parte vendedora no SCL (ou Sinercom), em conformidade com os prazos estabelecidos.
> [...]
> 4.9 – As partes reconhecem que o fornecimento físico da energia elétrica não é objeto de uma transação e estará integralmente subordinado às determinações da ANEEL, MME, CCEE, ONS ou qualquer outro órgão competente, inclusive em caso de decretação de racionamento de energia elétrica".

Assim, apesar de haver características de outros contratos que enlaçam a negociação da energia elétrica no ambiente livre, entendemos que tais elementos agregadores não desnaturam a possibilidade de a energia elétrica ser vista e concebida como *res* para fins de um contrato de compra e venda, pois não há, no Código Civil, qualquer restrição para que possamos enquadrar a energia elétrica como objeto desse tipo contratual.

De qualquer forma, podemos asseverar que, em razão de nossa doutrina tratar da compra e venda de bens imateriais como uma cessão de direitos, é possível acolher que tal comercialização corresponde à cessão de direitos de aquisição da energia elétrica do gerador ou agente comercializador para o consumidor livre.

No entanto, como a cessão guarda a natureza jurídica de uma compra e venda, apenas com a particularidade de o bem não ser tangível, entendemos que em nada fica desnaturado o presente estudo, sendo certo que denominar o contrato de compra e venda (como é usual no

---

[446] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Contrato padrão ABRACEEL**. Condições gerais ABRACEEL para contratação de compra e venda de energia elétrica (V1.1). Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/contratoPadrao.asp>. Acesso em: 01 mar. 2014.

mercado) ou de cessão de direitos sobre a energia elétrica não acarretará qualquer mudança quer na forma, quer no conteúdo das obrigações entre as partes.

O que analisaremos, mais à frente, é até que ponto estamos diante de um contrato estritamente típico de compra e venda, com a natureza jurídica de transferência de um bem. Mas, para tanto, temos ainda outros elementos a analisar, dentre os quais, o preço.

4.3.3. O preço

Apesar de estarmos na análise de um contrato de compra e venda de energia no ACL, não se trata de um ambiente desregulamentado. Contudo, entendermos que a regulação é apenas o mínimo necessário para se evitar o caos jurídico e negocial nesse campo, sendo certo que tal mínimo existente deve servir para atender à natureza do regime de geração de energia elétrica brasileiro, centrado no sistema hidrológico, como vimos anteriormente.

Nesse sentido, as oscilações no nível da oferta e armazenamento de água determinam o "custo equivalente" da água, calculado por meio de um "sistema computacional" que estabelece o "custo marginal operacional" o qual corresponde ao "custo do último MWh despachado pelo ONS", determinando, em sequência, o "preço de liquidação das diferenças (PLD)", que representa o chamado "preço *spot*" da energia elétrica.

A par dessa determinação "regulada" (que é mínima), visto que depende da metodologia computacional sob a coordenação do ONS, o "real preço *spot*" também é calculado com base nas leis de mercado, pois o gerador ou o comercializador que venha a adquirir energia no ACL pode ter de vir a pagar um preço mais elevado, caso – para cumprir 100% do quanto se obrigou no contrato firmado (lastreado ou assegurado junto à CCEE para atendimento de sua demanda de energia) – tenha de recorrer ao referido mercado *spot*, que apresenta variações constantes.[447]

---

[447] Para maiores detalhes, ver VIEIRA FILHO, Xisto. A regulação e a comercialização de energia. In: NERY, Eduardo (Org.). **Mercados e regulação de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Interciência, 2012. p. 45-46. Esse autor ratifica que a "regulação [deve ser] minimizada para os setores de competição de venda de energia a consumidores livres" (p. 51). O conceito de contrato a termo, usado no mercado livre, define bem esse instrumento, pois as partes ajustam a entrega da energia elétrica "em data e local certo, a um preço prefixado", "sendo o lucro ou prejuízo do comprador/vendedor apurado a partir da diferença entre o preço contratado (preço CCVEE) e o valor de mercado (preço *spot*)", mercado esse que serve para apenas corrigir os desvios na contratação, conforme destaca Gerusa de Souza Côrtes Magalhães, **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos

Portanto, no contrato de comercialização de energia elétrica na modalidade de livre negociação, o preço ajustado pode sofrer mudanças quando da efetiva liquidação, pois há margens reguladas que implicam na sua possível mutação, mas, a par disso, pode ter influências do próprio mercado, ou seja, reflexo das mutações ou flutuações do mercado *spot*.

Esse ponto, como visto, é mais um elemento sobre o qual se pode afirmar que existe certa álea nos contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre, uma vez que os preços, apesar de as partes os estipularem nos instrumentos, sofrem com a volatilidade do mercado e podem ter alterações ao final da relação contratual, quando forem apurados os montantes e os valores junto à CCEE.

Tanto é que as variações do PLD em qualquer valor não são consideradas caso fortuito ou força maior, como bem apresentam as condições gerais de contratação da ABRACEEL.[448]

As variações inerentes ao mercado não podem ser consideradas uma mudança não pactuada entre as partes e, portanto, um evento que deve ser levado em consideração para mudanças no preço acordado. Não estamos diante de um elemento a justificar um desequilíbrio contratual ensejador de uma atitude interventiva por parte do Judiciário, conforme já apontamos.

Nesse sentido, igualmente afirmamos que o preço no contrato de comercialização de energia elétrica no ACL, apesar de sofrer certas variações naturais do mercado, é elemento integrante e ajustado do mesmo, enquadrando-se como o preço que compõe um típico contrato de compra e venda, na exata medida em que o próprio Código Civil, em seu art. 487, permite às partes estabelecê-lo em "função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação".

Até se pode aceitar a aplicação do art. 488 do mesmo diploma legal, pois, na hipótese remota de não haver ajuste de preço para a comercialização da energia elétrica, as regras do PLD ou mercado *spot* são subsidiariamente aplicáveis, sendo certo que o preço médio é o que, em geral, compõe a precificação desse mercado.

---

contratos de compra e venda de energia elétrica**.** 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 60.

448 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Condições gerais ABRACEEL para contratação de compra e venda de energia elétrica (V1.2)**. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/archives/files/contrato-padrao-abraceel-v1-2.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2014.

Igualmente nulo será o contrato no qual a precificação ficar ao arbítrio de uma das partes, nos exatos termos do quanto disposto no art. 489 do Código Civil.

Contudo, o preço nunca ficará a cargo de determinação de um terceiro designado pelas partes, pois, conforme visto, o próprio mercado já possui um mecanismo validado e legitimado para ser aplicado, caso o ajuste entre as partes para a precificação exija alterações. Nesse sentido, não é aplicável a regra disposta no art. 485 do Código Civil.

Nas atuais Bolsas de Energia Elétrica, não há a possibilidade de as mesmas ajustarem preços, visto que se portam como um ambiente eletrônico de aproximação entre as partes, onde, em havendo o ajuste entre as mesmas quanto à quantidade de energia elétrica negociada e ao preço ofertado, o negócio pode ser fechado. Não estamos, ainda, diante de uma verdadeira bolsa de negociação de mercadorias, conforme já apontamos anteriormente. Por essa razão, igualmente não é aplicável o art. 486 do Código Civil.

Não se pode negar que existe objetividade na aferição do preço da energia elétrica, pois as regras para apuração do PLD são claras e estão dispostas no site da CCEE e da ANEEL, sendo que as regras básicas são pactuadas pelas partes no próprio contrato. As exposições ou variações que vierem a existir fazem parte do mercado e devem ser conhecidas por aqueles que nele atuam, posto serem públicas.

Por isso, podemos afirmar que se trata de um preço sério ou verídico, ajustado de acordo com as condições naturais de geração da energia elétrica, que pode ser considerado justo, na medida em que se ajusta a tais condições e reflete a sazonalidade e as mutações ínsitas ao mercado.

Por fim, é mister ressaltar que não se trata de venda a crédito, não sendo aplicável o art. 491 do Código Civil, pois o pagamento é a contraprestação natural advinda do aceite do comprador ao montante de energia elétrica validada pelo vendedor e aceita pelo comprador, por meio do mecanismo eletrônico de apuração. O pagamento é feito mês a mês, mediante a emissão da respectiva nota fiscal, após a aprovação eletrônica de cada operação, em conformidade com a quantidade de energia elétrica mensal contratada em MWh e preço de cada operação, destacando-se que a entrega física advém via fio, por meio das empresas de distribuição e transmissão, as quais percebem os montantes das tarifas de distribuição e transporte ou encargos setoriais, respectivamente, em razão dos contratos de distribuição e transmissão firmados pelo consumidor final.

Para além desses três elementos base desse contrato, os quais serão mais bem vistos adiante, quando analisarmos se estamos diante de uma típica figura contratual de compra e venda, temos mais um elemento comum nos contratos de comercialização de energia elétrica no mercado livre: o prazo, haja vista as peculiaridades da sazonalização e do próprio bem negociado.

4.3.4. O prazo

Os contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente livre são firmados para que o bem seja entregue em prazo certo, que as partes chamam de período de suprimento. Ele oscila de acordo com as necessidades comprovadas da parte compradora, que deve fazer esse registro junto à CCEE, e será apurado quando da contabilização por esta, para fins de verificação de saldo positivo ou negativo.

De qualquer forma, como nos posiciona Gerusa de Souza Côrtes Magalhães,[449] os contratos podem ser de curto ou longo prazo, a depender dos interesses das partes, sendo certo que contratos com prazos mais longos tendem a permitir uma redução de custos, mas exigem que a parte compradora tenha um plano de metas bem definidas, para evitar qualquer tipo de eventual exposição a um mercado *spot* no qual os preços sejam pesados demais.

Por conta da especificidade do bem negociado, esse prazo é importante no momento da apuração das obrigações e, a depender, poderá gerar impactos financeiros para uma das partes, que terá de adquirir energia no mercado para atender a eventual aumento na demanda, caso seja um período de estiagem (parte vendedora), por exemplo, ou terá de arcar com um preço maior, caso essa mesma energia mais cara lhe seja entregue (parte compradora).

Assim, é um elemento que se pauta muito na sazonalização e modulação da energia elétrica e que, por esse motivo, não é padronizado, variando de contrato a contrato a depender da época e da quantidade contratadas.

Nesse aspecto, é interessante destacar que, a depender do período da contratação, se houver previsibilidade de racionamento em vista, as regras desse sistema poderão afetar a

[449] MAGALHÃES, Gerusa de Souza Côrtes. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 93-94.

contratação, caso as partes não tenham acordado de forma diversa, como propõe a redação da cláusula do modelo da ABRACEEL[450] destacada a seguir:

> '7.2 – Ocorrendo a decretação de racionamento e, de imediato, não existindo regras a serem aplicadas a uma determinada transação afetada, e nem disposição nas regras e nos procedimentos de comercialização a regular o tema, a respectiva transação sofrerá uma redução de consumo que vier a ser adotada para o submercado em questão ou da unidade consumidora da parte compradora (se for o caso), durante o período em que perdurar o racionamento".

Destaque-se que essa hipótese, para o mercado, sequer é tratada como caso fortuito ou de força maior, demonstrando que o elemento prazo pode ser alterado por movimentos externos ao quanto as partes tenham ajustado e não confere a opção de rescisão antecipada, salvo se as partes assim pactuarem expressamente.

Examinados os elementos do contrato de comercialização de energia elétrica, antes de partirmos para a avaliação se os mesmos alinham-se aos que compõem o contrato de compra e venda tipificado no Código Civil, é mister perpassarmos pelos riscos que se infiltram no dia-a-dia daquele contrato, o que nos trará mais subsídios para enfrentar a conclusão deste capítulo.

4.4. Os riscos do Ambiente de Contratação Livre e a natureza comutativa ou aleatória do contrato

Conforme pontuam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, "risco é uma incerteza estatisticamente mensurável", a qual "embute, portanto, uma ideia acerca dos estados da natureza que poderão ocorrer no futuro e alguma avaliação" quanto à "probabilidade de cada um deles [os estados] venha a se materializar".[451]

---

[450] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Condições gerais ABRACEEL para contratação de compra e venda de energia elétrica (V1.2)**. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/archives/files/contrato-padrao-abraceel-v1-2.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2014.

[451] PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 125. Para Maria Cristina Varalla Mendes e Caio Farah Rodriguez, Notas sobre alocação de riscos e garantias contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 401, riscos também são entendidos "como o produto da probabilidade estimada de ocorrência de determinado evento pela consequência ou prejuízo potencial que dele pode resultar".

Já para Eduardo Goulart Pimenta e Stefano Boglione, risco "é, em igualdade de condições e com o cumprimento das regras determinadas, a possibilidade de perda concomitantemente à de ganho".[452]

Nesse sentido, uma boa redação de cláusulas contratuais acaba servindo de meio para se tentar reduzir os riscos de inadimplemento, não obstante tais autores entenderem que os reais "incentivos" para se tentar reduzir os riscos contratuais são os de "natureza financeira" ou monetários, na exata medida em que os "incentivos pecuniários" correspondem à melhor "orientação para o comportamento correto do cidadão".[453]

É difícil, contudo, prever quais são os reais riscos contratuais, mas o que se pode e deve é distinguir entre riscos naturais ao tipo contratual, "tipicamente conexos com a operação, que se inserem no andamento médio daquele mercado", e riscos anormais, "que nenhum cálculo racional econômico permitiria considerar", conforme bem pontuado por Enzo Roppo.[454]

No caso dos contratos de comercialização da energia elétrica no ambiente livre, há vários riscos envolvidos, relacionados aos aspectos técnicos que não nos interessam tratar neste trabalho,[455] mas, decorrente deles, encontramos o risco de disponibilidade da energia elétrica e, consequentemente, de sua entrega e variações de preço.

A disponibilidade ou não da energia elétrica pode estar atrelada a diversos fatores, desde a ausência ou mau planejamento institucional, passando pelas inseguranças regulatórias e dificuldades em se modificar – com agilidade e redução de custos – o modelo do setor elétrico brasileiro, até problemas hidrológicos decorrentes dos regimes de chuvas, uma vez que a matriz nacional encontra-se fortemente concentrada na geração hidrelétrica, marcada

---

452 PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise econômica do direito contratual. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 77, out.-dez. 2008.

453 PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise econômica do direito contratual. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 78, out.-dez. 2008. p. 78.

454 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 262.

455 Conforme aponta Gerusa de Souza Côrtes Magalhães, **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 76, há riscos diversos, sendo que a "maior parte é aferida a partir da contabilização realizada na CCEE", tais como a exposição à diferença de preços entre submercados e ao mecanismo de realocação de energia (MRE), insuficiência de lastro de potência e de energia elétrica ou de cobertura de consumo, bem como sazonalização.

pelas variações nos índices de produção desse bem em razão das variantes que se aplicam na pluviometria e, portanto, nas capacidades das usinas.

Em consequência, poderemos ter o problema juridicamente relevante da "não entrega" ou "disponibilização" de tal bem ao comprador. Ocorre que, diversamente dos demais contratos de comercialização de bens móveis, neste, a mercadoria não é entregue fisicamente ao comprador, mas, sim, "computada" na conta de crédito de energia do mesmo, uma vez que a energia fisicamente gerada é "lançada [diretamente] no fio", desde a sua origem, em qualquer fonte ou local do país, e dispersa no sistema elétrico nacional integrado, pois não há marcação do elétron que compõe a energia elétrica, a fim de identificar ser a mesma mercadoria gerada ou advinda deste ou daquele gerador ou comercializador.

Por conta dessas variações, a doutrina costuma apontar, em separado, os riscos mercadológicos, decorrentes das variações do mercado, relacionados à oferta e demanda da energia elétrica, que podem variar em razões as mais diversas, desde falta de investimentos na ampliação do parque gerador, passando pelo crescimento no consumo (por aumento populacional, crescimento do PIB), e adentrando em situações de necessidade de racionamento em determinado período que, fatalmente, repercutirão em período subsequente, quer para fins de se equilibrar demanda e oferta, quer diretamente nos preços da energia elétrica.

Assim, naturalmente, o risco nas flutuações do preço é ínsito à comercialização da energia elétrica no mercado livre, pois aquele é calculado por métodos matemáticos relacionados a programas computacionais, visto que a sistemática de precificação engloba variações de regimes de chuva (riscos hidrológicos) que afetam de forma direta os preços praticados no mercado cativo e refletidos no mercado livre.

É, como se pode verificar, um círculo de ativações contínuas nas variações desse mercado livre de energia elétrica, mas dentro do qual os agentes de comercialização do ACL estão habituados e capacitados a operar, gerenciando os riscos envolvidos, sendo que "quanto maior a volatilidade das variáveis de risco e sua imprevisibilidade, maior a importância de políticas de gerenciamento de risco nas empresas", conforme aponta Ricardo Gobbi Lima.[456]

---

[456] Ricardo Gobbi Lima, Comercialização de energia: alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Elena. **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 374, que especifica ser tal processo aquele "no qual as várias exposições ao risco são identificadas, quantificadas e controladas dentro das regras e restrições do mercado".

Por isso, o papel desses agentes é de grande importância para aqueles que desejam negociar energia elétrica no mercado livre, uma vez que preparam análises regulatórias e sobre as variações do mercado, sob os aspectos quer do preço, quer dos volumes de demanda e oferta do bem, atuam nas negociações e formalização dos contratos, além de efetuarem o registro dos mesmos, dos volumes contratados e das medições de energia elétrica junto à CCEE.[457]

Tanto isso é verdade que os riscos atrelados à sazonalização e à modulação[458] são ajustados nos CCVEEs, a fim de buscar reduzir ao mínimo as necessidades de compra de energia no mercado *spot*, o que implicaria em sujeitar o agente ou o consumidor às variações de preço do mercado.

Percebe-se que todos esses riscos impõem aos contratantes uma avaliação e pactuação mais meticulosa quanto aos elementos do contrato, demonstrando, ao mesmo tempo, que é difícil haver uma real comutatividade no mesmo, pois, conforme apontamos, não é possível afirmar que, com a realização da obrigação de uma das partes, haverá, certamente, a realização da obrigação da outra. Pago o preço, pode ser que o consumidor livre não receba o total da energia contratada, em uma situação extremada de racionamento, por exemplo. Há uma álea natural atrelada quer ao bem negociado, quer às características de precificação e ajustes das obrigações assumidas por ambas as partes, que permite configurar tal contrato como parcialmente comutativo.

De qualquer forma, mecanismos de compensação financeira são acionados em caso de o vendedor não ter a quantidade de energia elétrica a ser entregue na época do pactuado, o que nos coloca diante de uma situação que se pode nomear de "responsabilidade negocial" para fins de "indenizar os prejuízos sofridos pelo credor" nas hipóteses de não realização da "prestação compromissada".[459]

---

[457] Para maiores detalhes sobre a forma de atuação das comercializadoras no ACL, ver LIMA, Ricardo Gobbi. Ibidem, p. 375.

[458] Sazonalização é o cálculo de volumes de energia, contratados ou referentes à garantia física, em volumes mensais, e Modulação é o cálculo de volumes de energia, contratados ou referentes à garantia física de usinas, em valores horários, conforme Glossário de Termos/Interpretações e Relações de Acrônimos da CCEE. CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Regras de comercialização**. Glossário de Termos/Interpretações e Relações de Acrônimos. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/cs/groups/bibpublic_regras/documents/conteudoccee/ccee_059062.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2014.

[459] Fernando Noronha, **Direito das obrigações**. v. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 418, destaca a categoria das obrigações negociais, nascentes dos negócios jurídicos, dentre os quais têm-se os contratos. No caso da figura do contrato de comercialização de energia elétrica, as obrigações negociais estão

Por esse motivo, reforçamos que tal contrato não pode ser considerado comutativo por natureza, mas, igualmente, não pode ser tomado como um puro contrato aleatório, visto que as partes pactuam montantes, prazos e preços, e a energia elétrica será efetivamente gerada em algum ponto e consumida pelo adquirente em outro (centro de gravidade do recebimento da energia). Trata-se de um modelo híbrido, visto que o contrato permite a alocação de riscos pelas partes na sua formatação.

Partindo-se dessa configuração, passemos à análise do último tópico deste capítulo, a fim de buscarmos uma conclusão de ser ou não tal modelo contratual um típico contrato de compra e venda.

4.5. Há um típico contrato de compra e venda de energia elétrica?

A compra e venda de um bem é o contrato de maior importância na vida social e, em particular, na empresarial, em especial, do ponto de vista da sociedade de consumo na qual vivemos.

Pode ser conceituado como o contrato por meio do qual uma pessoa (o vendedor) se obriga a transferir a outra (o comprador) o domínio sobre um bem corpóreo ou incorpóreo mediante a contraprestação do pagamento de certo preço, em dinheiro ou em valor fiduciário correspondente (como os títulos de crédito).

A par dessa contraposição de obrigações, chamada de "bipolaridade obrigacional" por Carlos Alberto Bittar, há vários outros deveres correlatos ou anexos "tendentes a permitir a plena satisfação dos interesses envolvidos", sendo que apenas a conjugação e execução de todos correspondem à "perfeita subsunção das partes aos compromissos" pactuados, conforme doutrina o referido autor.[460]

Com base no sistema do direito romano clássico, em que havia dois momentos distintos no ato de compra e venda – a formação do vínculo de direito (título de aquisição) e a prática de atos solenes, com a efetiva transferência e aquisição do bem (modo de adquirir) –, o

---

delimitadas e, como já visto, terão seu adimplemento apurado de forma computacional e matemática, ensejando, para as hipóteses de inadimplemento, o uso das garantias financeiras e de lastro aportadas pelas partes.

[460] BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos civis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 18.

Código Civil Brasileiro manteve tal distinção, conforme observamos a partir da leitura do art. 481, não atribuindo efeitos reais ao contrato de compra e venda[461].

Esse dispositivo tem a mesma significação do seu correspectivo no Código Civil de 1916, a saber: "Art. 1122. Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro".

Nesse sentido, o art. 1.226[462] e o *caput* do art. 1.267[463], para a transferência dos bens móveis, e o *caput* dos arts. 1.245[464] e 1.227[465], para a transferência e aquisição de bens imóveis, ratificam o sistema acolhido pelo Código Civil pátrio, no qual, conforme leciona Orlando Gomes[466]

> "o modo de adquirir é o fato ao qual a lei atribui o efeito de constituir um direito real ou operar a transmissão. *Titulus adquirendi*, a causa jurídica ou razão de ser da aquisição ou transmissão do direito. *Titulus* e *modus* são, assim, coisas distintas e inconfundíveis. Pode-se, pois, dizer, que "o ato pelo qual se opera a transmissão da propriedade de uma coisa não é o fato em virtude do qual a transmissão se realiza".

Assim, mesmo na tradição de bem móvel, de forma instantânea, não há que se falar em eficácia real, visto que há duas etapas ou, como diz Pontes de Miranda, "dois negócios jurídicos, o da compra-e-venda e o da transferência (acordo ou acordos de transmissão)",[467] a saber: o consenso da compra e venda (o título) e o acordo para transmissão posterior (modo de adquirir, no caso, pela tradição).[468]

---

461 "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".

462 "Art. 1226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição".

463 "Art. 1267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição".

464 "Art. 1245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis".

465 "Art. 1227. 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. 1245 a 1247), salvo os casos expressos neste Código".

466 GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 224.

467 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** parte especial. Tomo XXXIX. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 13.

468 Interessante destacar que há alguns bens móveis que exigem, além da tradição, o registro para que se complete a transferência, como no caso de automóveis e ações nominativas, conforme menciona Álvaro Villaça Azevedo, **Comentários ao Novo Código Civil:** das várias espécies de contrato. v. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 37. Assim, para os automóveis, temos a Súmula nº 489 do Supremo Tribunal Federal: a compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros, de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no registro de títulos e documentos; já para as ações nominativas, temos as disposições do art.

Conforme doutrina Paulo Luiz Netto Lôbo, "o vendedor se vincula a transmitir, fazendo-se devedor, obrigando-se no tempo fixado. O comprador vincula-se a pagar e obriga-se no tempo ajustado", sendo que, na compra e venda à vista, apesar do "tempo mínimo", "as obrigações correspectivas nasceram, com eficácia pessoal".[469]

Otavio Luiz Rodrigues Junior bem resume essa posição, qualificando o contrato de compra e venda como "um negócio jurídico bilateral (contrato) de natureza dispositiva, que cria as obrigações correspectivas e recíprocas, de conteúdo prestacional, para cada uma das partes, a saber, a de entregar a coisa e a de pagar o preço".[470]

Como desdobramento do art. 481, que permite a interpretação sobre a natureza desse tipo de contrato (eficácia consensual), podemos apenas citar os arts. 492, 493, 494, 495 e 502 das disposições gerais sobre a compra e venda no Código Civil, os quais ratificam que a transferência da propriedade ocorre com a tradição (bem móvel) ou registro (bem imóvel).

O mesmo sentido de ser o contrato de compra e venda um tipo de efeitos obrigacionais (puramente consensual) pode ser depreendido da leitura do art. 482 do Código Civil,[471] pois, em não havendo elementos que posterguem os efeitos desse negócio jurídico (denominada de compra e venda comutativa pura), ele se aperfeiçoa desde o momento em que os contratantes tenham pactuado quanto aos seus elementos, bem e preço. Era o mesmo sentido do correspondente dispositivo do Código Civil de 1916: "Art. 1126. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordem no objeto e no preço".

---

31 e parágrafos 1º ao 3º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, em que "a propriedade das ações nominativas presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de 'Registro de Ações Nominativas', ou, no caso de haver um agente custodiante das ações (ações escriturais), através da posse do extrato fornecido por esse agente".

469 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código Civil -** parte especial: das várias espécies de contratos. v. 6 (arts. 481 a 564). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 18.

470 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Código Civil comentado -** compra e venda, troca, contrato estimatório: artigos 481 a 537. v. VI. Tomo I. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18. Como afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, **Novo curso de direito civil:** contratos em espécie. v. 4. Tomo II. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40, "as partes ainda não podem considerar-se donas do preço (vendedor) ou da coisa (comprador), senão até que se opere a tradição da coisa vendida, embora já sejam titulares do direito de exigir a sua prestação".

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

Pode-se afirmar que essa corrente é encontrada no sistema jurídico referenciado no Código Civil da Alemanha,[472] acompanhada por outros países, dos quais destacamos Espanha[473] e Argentina[474] em seus respectivos Códigos Civis.

Conforme doutrina Álvaro Villaça Azevedo, "os efeitos da compra e venda, desse modo, são no Brasil e na Alemanha de natureza obrigacional. Assim, o consentimento das partes cria o vínculo jurídico, de tal sorte que, não havendo entrega da coisa, não há transferência de domínio, mas ocorre a rescisão do contrato, se o inadimplemento for culposo".[475]

Já no direito francês, encontramos uma unicidade de atos, pois, ao mesmo tempo em que se forma o vínculo obrigacional, transfere-se a propriedade. Diz-se que o contrato de compra e venda opera efeitos reais, pois, por si só, já transfere a propriedade do bem. Houve, portanto, o afastamento do sistema adotado no direito romano. Nesse sentido, seguem os arts. 1.582 e 1.583, combinados com o art. 1.138 do Código Civil Francês.[476]

---

472 Nesse sentido, no Código Civil da Alemanha, temos o seguinte dispositivo: "§ 433- Obrigações padrão em contratos de venda (1) Por um contrato de venda o vendedor de uma coisa é obrigado a entregar a coisa ao comprador e transferir-lhe a propriedade da coisa. O vendedor deve entregar a coisa para o comprador em um estado livre de defeitos de qualidade e defeitos de título. (2) O comprador é obrigado a pagar ao vendedor o preço acordado e aceitar a entrega da coisa comprada" (tradução livre). IUSCOMP. The Comparative Law Society. **Statutes**. Disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/statutes.htm>. Acesso em: 17 ago. 2012.

473 "Artigo 1445 - Pelo contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a entregar uma coisa determinada e o outro a pagar por ela um preço certo, em dinheiro ou em valor que o represente". "Artigo 1450 - A venda se aperfeiçoará entre comprador e vendedor, e será obrigatória para ambos, se tiverem acordado quanto à coisa objeto do contrato e ao preço, ainda que nem uma nem outro tenham sido entregues" (tradução livre). NORMA CIVIL. **Código Civil Español**. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>. Acesso em: 17 ago. 2012.

474 "Art.1140 - Os contratos são reais ou consensuais. Os contratos consensuais, sem prejuízo do que for disposto sobre as formas dos contratos, são tidos por concluídos para produzir os seus próprios efeitos uma vez que o partes têm entre si reciprocamente manifestado seu consentimento". "Art.1141 - Os contratos reais, para produzir seus efeitos próprios, são tidos por concluídos desde que uma das partes tenha feito à outra a tradição da coisa objeto do contrato". "Art.1142- Formam a classe dos contratos reais o mútuo, o comodato, o depósito, penhor e anticrese". "Art.1323 - Haverá compra e venda quando uma das partes se obrigar a transferir à outra a propriedade de uma coisa, e esta se obrigar a recebê-la e a pagar por ela um preço certo em dinheiro" (tradução livre). CÓDIGO CIVIL ONLINE. Código Civil de la Nación Argentina. Disponível em: <http://www.codigocivilonline.com.ar/>. Acesso em: 17 ago. 2012.

475 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Novo Código Civil:** das várias espécies de contrato. v. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 36.

476 "Artigo 1138 - A obrigação de entregar a coisa se aperfeiçoa pelo simples consentimento das partes contratantes. Ela torna o credor proprietário, o qual responderá pelos riscos à coisa desde o instante em que a mesma lhe deveria ter sido entregue, ainda que a tradição não se tenha efetuado, a menos que o devedor esteja em mora pela sua entrega, situação em que este último continua a responder pelos riscos da coisa". "Artigo 1582 - A venda é um contrato através do qual uma parte se obriga a entregar uma coisa e outra parte a pagar por ela. Poderá ser levada a cabo mediante escritura pública ou privada". "Artigo 1583 - Se aperfeiçoará entre as partes, e o comprador adquirirá o direito de propriedade com relação ao vendedor,

Essa mudança de rumos do direito francês, afastando-se do sistema romano-germânico, guarda origem e influência na Escola do direito natural, onde o direito de propriedade, pela lei da natureza dos homens, poderia ser transmitido com base no simples consenso, sendo certo que a lei civil é que imporia como necessária a tradição, conforme propugnava Hugo Grotius.[477]

Nesse sentido, podemos citar Marcel Planiol e Georges Ripert, para quem:

> ‘a venda é um contrato através do qual uma pessoa, que se designa por vendedor, se obriga a transferir a outra a propriedade de uma coisa, enquanto outro, que é o comprador, se obriga a pagar o valor em dinheiro. Definição conforme o espírito do Código Civil; a obrigação de transferir a propriedade se afirma como um elemento essencial do contrato de venda dentre as nulidades da venda de coisas que estabelece o art. 1599 (tradução livre)”.[478]

E, mais à frente, esses autores deixam claro que essa redação modificou a noção histórica da venda, que era obrigacional, sendo que, hoje em dia, a regra é clara: os arts. 1.583 e 1.138 dispõem sobre a transferência automática da propriedade.

Nesse mesmo sentido, têm-se os ensinamentos de Jean-Francis Overstake, para quem, apesar de o art. 1.582 não trazer escrita a obrigação de transferência da propriedade, esta é subentendida, sendo certo que o art. 1.583 traz precisa tal obrigação. Para ele, “a transferência da propriedade aparece como elemento essencial da venda, sendo um tema que foi repetido

---

desde o momento em que exista acordo sobre a coisa e o preço, ainda que a coisa não haja sido entregue nem o preço pago” (tradução livre). LEGIFRANCE. **Code Civil**. Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la proprieté. Titre IV. De la vente. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=A162D496E8E103927609471D04995E66.tpdjo07v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006136377&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120818>. Acesso em: 17 ago. 2012.

477 GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. v. I. Ijuí, RS: Editora da Unijuí, 2004. p. 309.Ver, ainda, DORIA, Giovanni. **Doppia alienazione immobiliare e teoria dell´effetto reale:** Il problema della responsabilità dell’alienante e del secondo acquirente. Roma: Milano Dott. A. Guiffrè Editore, 1994. p. 51-52. Ver comentários de Francesco Messineo, **Doctrina general del contrato**. Tradução de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo e M. Volterra. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 157.

478 PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de droit civil français:** contrats civils. Tome X. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932. p. 3.

várias vezes nos trabalhos preparatórios [do Código Civil] e que está subjacente nas disposições do Código Civil".[479]

Seguindo essa linha central de que basta o acordo de vontades sobre a compra e venda, materializado no contrato ajustado entre as partes, para que se aperfeiçoe o referido contrato e se transmita a propriedade, podemos citar, ainda, os sistemas jurídicos dispostos nos Códigos Civis da Itália[480] e de Portugal[481], mais enxutos e objetivos quanto à eficácia real.

Francesco Messineo, ao comentar as diferenças entre contratos consensuais e reais, e, em particular, ao analisar o art. 1.376 do Código Civil Italiano, que dispõe sobre os contratos com efeitos reais, assevera que esse contrato tem "função constitutiva", o que se chama de "princípio da transferência (ou da constituição) consensual da propriedade".[482]

E prossegue, com clareza, detalhando que, para que tal efeito exista, se faz necessário: (i) que a coisa seja determinada (que exista "pontual identificação ou existência da coisa"); (ii) que a pessoa que transfira a propriedade tenha "tal direito e possa dispor do mesmo", sendo que, se for coisa alheia, deverá adquiri-la; (iii) "é preciso que as partes não tenham excluído que o contrato produzirá de imediato os efeitos reais", pois o princípio de transferência consensual não é de ordem pública e, portanto, pode ser derrogado pelas partes; (iv) que "o consentimento haja sido legitimamente (legalmente) manifestado".[483]

---

479 OVERSTAKE, Jean-Francis. **Essai de classification des contrats spéciaux**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. p. 44.

480 "Art. 1376. Contratos com efeitos reais. Nos contratos que tenham por objeto a transferência da propriedade de uma coisa específica, a constituição ou a transferência de um direito real ou de outros direitos, a propriedade ou o direito se transferem e são adquiridos como resultado do acordo das partes legitimamente manifestado". "Art. 1470. Noção. A venda é um contrato que tem por objeto a transferência da propriedade de uma coisa ou a transferência de direitos em contrapartida ao recebimento de um preço" (tradução livre). THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN. **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm>. Acesso em: 15 ago. 2012. Neste sentido, ver LUMINOSO, Angelo. **La compravendita:** corso de diritto civile. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991. p. 9; 108-109.

481 "Art. 874º (Noção) Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço". "Art. 879º (Efeitos essenciais) A compra e venda tem como efeitos essenciais: a) A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; b) A obrigação de entregar a coisa; c) A obrigação de pagar o preço". CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DE PAIS. **Código Civil Português:** actualizado até à Lei 59/99, de 30/06. Disponível em: <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>. Acesso em: 15 ago. 2012.

482 MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 152.

483 Ibidem, p. 153-154.

Destaque-se que esse autor cita como exemplo de afastamento dos efeitos reais do contrato a imposição de condição suspensiva ou termo, pois a transferência, em tais hipóteses, só se operaria com o implemento da condição ou do termo.

Para o sistema brasileiro, não é conferido às partes o poder de, ao ajustarem a inclusão de termo ou condição suspensiva, afastarem os efeitos meramente obrigacionais (consensualismo) desse contrato, tornando-o um contrato de efeitos reais.

Nessa hipótese, simplesmente ocorre que os efeitos reais, os quais correspondem a uma consequência da formalização do contrato (correspondente ao segundo momento do sistema romano, ou modo de adquirir o bem), só se operarão após o implemento da condição ou termo, mas o contrato, desde que as partes tenham chegado a um consenso sobre preço e bem, já é perfeito e válido, vinculando as mesmas.

Sobre o tema da venda perfeita, mostra-se importante a lição de Gino Gorla,[484] quando analisa tal "dogma" sob o viés da confrontação entre a compra e venda real e a obrigatória (ou meramente obrigatória), a qual merece ser transcrita:

> "Não é de mister dispender palavras para demonstrar como este dogma da *emptio perfecta* se torne sem sentido frente à venda como contrato ou negócio obrigatório [...] Venda perfeita [...] quer dizer simplesmente venda, a que ao contrato ou negócio obrigatório acede o ato translativo (da propriedade) da coisa; perfeição somente para os fins de tal acessão e daí a transferência do risco, não perfeição em sentido próprio, que se dá no momento em que o contrato produz o efeito, a obrigação. Assim, para nós é perfeita não apenas a venda condicional, mas também a de gênero".

Para esse autor, há no direito italiano tanto a venda real, "quando seja possível cumprir conjuntamente com o negócio obrigatório também o ato translativo do vendedor", quanto a venda obrigatória, "quando impossível a accessão do ato translativo, mas também quando tal accessão seja possível, se as partes quiserem cindir negócio obrigatório e ato translativo",[485] não havendo obstáculo para a autonomia dos contratantes.

---

484 GORLA, Gino. **Teoria e prática da compra e venda**. Tradução de Alcino Pinto Falcão. v. I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 39-40.

485 GORLA, Gino. **Teoria e prática da compra e venda**. Tradução de Alcino Pinto Falcão. v. I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 43.

Sob essa visão, nos parece que, no sistema italiano, também não ocorra – com a imposição de uma condição ou termo – essa mudança da eficácia do contrato de compra e venda, havendo mera "postergação" na produção dos efeitos reais por ajuste entre as partes.

De qualquer modo, há uma nítida diferença entre ambos os sistemas: enquanto no ramo que seguiu o quanto foi usado pelo direito romano o contrato não é, por si, suficiente para que ocorra a transferência do domínio sobre o bem, visto que gera apenas relações obrigacionais, sendo necessário um ato posterior (tradição e/ou transcrição em registro de imóveis), no ramo do sistema francês, basta o contrato para que se opere a transferência do referido domínio (efeitos reais).[486]

Para o direito brasileiro, portanto, é um contrato consensual, que requer a presença dos elementos[487] necessários à validade de todo negócio jurídico – agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, nos termos do art. 104 do Código Civil, além do consentimento das partes que, conforme destaca Álvaro Villaça Azevedo, "não se mostra expresso no art. 104 do Código Civil, como acontecia com o art. 82 do Código anterior, embora todo o capítulo do negócio jurídico, antes dos atos jurídicos do Código Civil anterior ao mesmo se refira, como principalmente, aos defeitos desse mesmo consentimento".[488]

Orlando Gomes afirma que, para ter vigência, o contrato requer "a conjugação de elementos extrínsecos e intrínsecos", sendo que a "doutrina moderna distingue-os sob os nomes, respectivamente, de pressupostos e requisitos".[489] Os pressupostos se ajuntariam em três categorias: "capacidade das partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo", sendo que devem estar presentes no momento em que o contrato se formaliza. Já os requisitos seriam: consentimento, causa, objeto e forma.

---

[486] Nesse sentido, ver DORIA, Giovanni. **Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale:** Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente. Roma: Milano Dott. A. Guiffrè Editore, 1994. p. 53-55.

[487] Conforme bem pontua Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 429, "a doutrina não se mostra concorde acerca das noções de elementos, pressupostos e requisitos do negócio jurídico", sendo que o mesmo vale para os contratos. E prossegue afirmando que: "pelo conceito vernacular, elemento é tudo que entra na composição de alguma coisa, cada parte de um todo. Pressuposto é a circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro. Requisito é a condição necessária para a obtenção ou para o preenchimento de certo fim". Neste trabalho, preferimos usar a terminologia elementos.

[488] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33; 35-36.

[489] GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 45.

Como assevera o autor, "por simplificação, diz-se que são requisitos essenciais à validade do negócio jurídico: a capacidade do agente, a possibilidade do objeto e a forma, esta quando prescrita em lei".[490]

Para Caio Mário da Silva Pereira, os requisitos de validade dos contratos se dividem em subjetivos, objetivos e formais, sendo que, nos primeiros, se enquadram a capacidade e o consentimento; nos segundos, "a possibilidade, liceidade, determinação e economicidade"; e, nos terceiros, temos forma escrita e exigência de instrumento público, contrário ao direito romano, "em que prelevava a sacramentalidade ritual".[491]

Silvio Rodrigues tratava como elementos essenciais dos negócios jurídicos a vontade humana, a idoneidade do objeto e a forma, reforçando, com base no antigo art. 82 do Código Civil de 1916, que os requisitos de validade são a capacidade das partes, a liceidade do objeto e a forma.[492]

Sílvio de Salvo Venosa destaca que, no disposto no art. 104 do Código Civil, encontram-se o que se pode designar por "elementos essenciais aos negócios jurídicos", os quais, pela ótica dos contratos, podem ser entendidos como elementos genéricos.[493]

Assim, para além dos requisitos ou elementos gerais, que não trataremos aqui por não ser o escopo deste trabalho, o contrato de compra e venda apresenta, ainda, certas especificações ou detalhamentos nos elementos, o que podemos designar por elementos específicos, que a doutrina costuma nominar de essenciais, a saber: que as partes cheguem pela via do consenso ou consentimento a um acordo quanto ao preço e ao bem a ser entregue.

O primeiro deles – o consentimento –, que, de acordo com o Dicionário Aurélio, corresponde ao "1. Ato ou efeito de consentir. 2. Licença, permissão. 3. Aprovação", sendo que consentir significa "1. Dar consenso ou aprovação a; permitir; assentir. 2. Concordar com. 3. Anuir, concordar. 4. Dar consentimento",[494] foi detalhado anteriormente.

Apenas reforçamos que tal consenso, no mundo jurídico, dentro da esfera dos negócios jurídicos, onde se enquadra a figura do contrato de compra e venda, condiz com a denominada "vontade contratual", a qual, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, "se

---

490 Ibidem, p. 45-46.

491 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 14-18.

492 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 179-186.

493 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 429.

494 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. p. 259.

subsume em um consentimento no contrato", na chamada "vontade negocial: isto é, dirigida para a obtenção de efeitos jurídicos, tutelados e vinculantes. O consentimento contratual é o cerne desse negócio jurídico", sendo o "elemento estrutural do negócio jurídico".[495]

Como diz Caio Mário da Silva Pereira, "a expressão consentimento já traduz, em si, o acordo de vontades (*cum* + *sentire*)", sendo que, pela "linguagem comum", é empregada enquanto "manifestação de vontade".[496]

Especificamente quanto à compra e venda, o consentimento "é a concordância das partes contratantes, no tocante à coisa e o preço, objetos da compra e venda", nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo.[497]

Nesse sentido, o consentimento não deve ser emitido em abstrato, devendo corresponder ao conteúdo do contrato que o declarante tem em vista, em razão da finalidade que o impele a contratar com a outra parte – no caso, a motivação para aquisição de um bem em contraprestação ao pagamento em pecúnia.

Nas palavras do doutrinador Francesco Messineo, "contrato consensual não é aquele para o qual é necessário o consentimento (em realidade, o consentimento se requer para todo contrato), senão aquele para o qual o consentimento, sempre necessário, é também suficiente",[498] bastando para que o contrato se aperfeiçoe.

Assim, sendo consensual a compra e venda, no direito brasileiro, conforme dispõe o art. 481, ratificado pelo art. 482, ambos do Código Civil, esse contrato torna-se perfeito com o consentimento de vendedor e comprador.

Tomando-se o contrato de comercialização da energia elétrica no mercado livre sob a ótica desse elemento, podemos afirmar que, por certo, não se trata de um contrato real, pois a entrega da energia elétrica não é escopo desse contrato, ficando para uma segunda etapa a relação contratual distinta, atrelada à rede de transmissão.

---

495 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 505. Álvaro Villaça de Azevedo, **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36, ele entende pela "inexistência do negócio jurídico, quando lhe faltar o consenso, que propulsiona a exteriorização da vontade, ou qualquer outro de seus elementos essenciais".

496 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 15.

497 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Novo Código Civil:** das várias espécies de contrato. v. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35.

498 MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 105.

A formalização do contrato, por si só, já é suficiente para compor a relação de compra e venda entre as partes, o que implica dizer que se trata de um contrato consensual, pois as etapas de apurações feitas posteriormente por parte da CCEE compõem a parte seguinte, de mera verificação de atingimento das obrigações ajustadas, por meio de um sistema de apuração financeira.

Essa interpretação se extrai da própria regulamentação aplicável a tais contratos – Convenção de Comercialização de Energia Elétrica (Resolução Normativa ANEEL nº 109/04) –, a qual dispõe no § 1º do art. 7º que:

> "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 continua sendo do agente vendedor referido no contrato".

O segundo elemento particular da compra e venda é a existência do bem ou coisa objeto do contrato.

A doutrina é unânime quanto a afirmar que a coisa deve ter existência, pois é nula a venda de coisa inexistente, atual ou potencial (art. 483), desde que determinável,[499] podendo ser corpórea ou incorpórea;[500] móvel, imóvel ou semovente; ser individuada no momento da execução, com suas características próprias;[501] ser coisa no comércio jurídico ou disponível;[502] e passível de alienação por parte do vendedor.

---

499 Nos termos do art. 243 do Código Civil, "a coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade", sendo que a escolha cabe ao devedor se o contrário não resultar do contrato, não sendo obrigado a prestar coisa melhor, nem a aceitar coisa pior, conforme dispõe o art. 244 do mesmo diploma legal.

500 Destaque-se que a venda de bens incorpóreos, compreendidos os direitos, é denominada de cessão. Nesse sentido, ver VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** contratos em espécie. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 32. O Código Civil regula a cessão de créditos nos arts. 286 a 298 e a cessão de direitos hereditários nos arts. 1.793 a 1.795.

501 Veja-se que é possível a venda por amostras, sendo que o vendedor assegurará que a coisa a ser entregue possui as características apresentadas no modelo, conforme dispõe o art. 484.

502 Não pode o bem estar gravado com cláusula de inalienabilidade ou haver impedimento legal à sua negociação, como, por exemplo, nos termos dos arts. 98 et seq. (bens públicos, salvo se houver autorização legal e forem desafetados via processo administrativo) e 1.715 et seq. (bem de família), todos do Código Civil. A indisponibilidade pode resultar, ainda, da natureza das coisas. Por exemplo, a compra da Lua e do Sol.

Importante aportarmos um pouco nesse ponto, a fim de tecermos algumas considerações a respeito da diferenciação entre coisa material e imaterial para fins da compra e venda.

No art. 481, que conceitua o contrato de compra e venda no direito brasileiro, encontramos apenas a palavra “coisa”, sem maiores detalhamentos, inclusive ao longo dos demais artigos que seguem sobre esse tipo contratual, e, como já pontuamos em capítulo anterior, não existe qualquer conceituação legal sobre coisa, havendo, inclusive, divergências doutrinárias a respeito de tal conceito e sua comparação, equiparação ou contraposição ao de bem.

Sem repetirmos, o que se vislumbra em geral é que coisa representa uma categoria genérica da qual bens são as espécies, uma vez que “coisa” engloba tudo o que traz utilidade para o ser humano.

No entanto, para fins do contrato de compra e venda, não podemos aceitar essa conceituação por demais abrangente para o termo “coisa”, sob pena de aceitarmos que astros, mar, vento, entre outros, possam ser objeto de aquisição.

Nesse sentido, entendemos que o Código Civil quis trazer para tal conceito, à equivalência do que fez com os bens, a intenção de algo apropriável, com valor econômico, não importando se material ou imaterial, posto não estar restringida a categorização de tangível para as coisas objeto de compra e venda.

Partindo-se desse ponto, o importante aqui é apenas pontuarmos que, quando estamos diante de um bem imaterial, a doutrina entende que a compra e venda se denomina cessão de direitos, visto que, sob o enfoque da transmissibilidade, como o bem imaterial não pode ser fisicamente entregue, mas juridicamente usufruído, utilizado e apropriado ao patrimônio de alguém, é certo que os direitos sobre o mesmo podem ser objeto de transmissão, neste caso, denominada de cessão.

Assim, para efeito do quanto aqui estamos a estudar, não mudaremos a nomenclatura do objeto a ser analisado, qual seja, o tipo de compra e venda em confronto com o contrato de comercialização de energia elétrica, justamente para evitar qualquer perda de sinergia e foco por sobre a temática, até mesmo porque, como asseverado por Sílvio Venosa, “a cessão de direitos possui a mesma compreensão fundamental da compra e venda”, sendo que os seus

“pressupostos são idênticos”, possuindo a cessão de direitos “o mesmo conteúdo jurídico da compra e venda”.[503] Só há, portanto, mera mudança de nomenclatura contratual.[504]

Consignamos que, nas considerações finais, apontaremos a viabilidade de se nominar o contrato como de cessão de energia elétrica, pois, como visto, o entendimento mais pacificado e aceito é de que a energia elétrica é um bem imaterial, não estocável e cuja transmissibilidade se opera de forma *sui generis*.

Isso nos permite afirmar que há uma verdadeira cessão de direitos sobre tal bem, a ponto de, inclusive, os contratos de comercialização de energia elétrica servirem de garantias para que as empresas geradoras de energia elétrica obtenham recursos monetários junto ao mercado financeiro, visto serem avaliados como contratos firmes, com garantias físicas e econômicas asseguradas para fins da cessão ou transmissão da energia elétrica, independentemente da sua entrega física, uma vez que toda a operação de cessão se materializa via operações de contabilização financeira na CCEE, similar a uma cessão de crédito.

Retomando, vale mencionar que, por via de regra, o vendedor deve possuir a disponibilidade sobre a coisa no momento da formalização do contrato, mas admite-se a venda de coisa alheia e de bens litigiosos, por interpretação do quanto dispõe o art. 457 do Código Civil: “Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa”.

Contudo, esse artigo deve ser interpretado em conjunto com o art. 449, do mesmo diploma legal, o qual dispõe que: “não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu”.

Assim, apenas quando conhece o risco é que o adquirente o assume concretamente e não pode alegar evicção, não lhe sendo assegurado o direito a pleitear o ressarcimento do que pagou pelo bem alheio ou litigioso. Caso contrário, não tendo assumido o risco, poderá, com base na boa-fé objetiva, pleitear a devolução do preço pago.

Já o art. 1.268 do Código Civil, ao tratar da tradição dos bens móveis, dispõe que “feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa,

---

503 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** contratos em espécie. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 32; 42.

504 FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos:** direito civil e empresarial. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono" e, em seu § 1º, complementa que "se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição".

Na verdade, se analisarmos sob a ótica de que ninguém pode transmitir a outrem aquilo sobre o qual não seja titular, soa estranho um contrato de compra e venda de coisa alheia ou litigiosa.[505] No entanto, ante o princípio da boa-fé objetiva e da eticidade, conjugando-se os arts. 499 e 457 do Código Civil, vemos que, firmado o referido contrato, o mesmo passa a ser dotado de validade no mundo jurídico, ficando em discussão a sua eficácia, que deverá ser analisada casuisticamente, e, a depender da situação, deve-se ensejar a rescisão do contrato.

Situação diversa é a hipótese em que o vendedor se compromete, no contrato, a adquirir o bem para depois vendê-lo, quando, então, estaremos diante do compromisso ou promessa de venda e compra, em que a obrigação principal é a de formalizar, posteriormente, o contrato definitivo para tradição do referido bem.

Interessante, ainda, destacar que, nas vendas em que a coisa tiver de ser determinada por peso, medida ou contagem – bem determinável –, apesar de o Código Civil não ter sido expresso a respeito, entendemos que compete às partes pactuar e explicitar no contrato quais os critérios que deverão ser usados para tal determinação, sob pena de o contrato poder ser resolvido com eventual pleito de perdas e danos por aquele que provar ter sofrido prejuízos.

Relativamente à comercialização da energia elétrica, entendemos que, ante a avaliação já feita no segundo capítulo e no item 5.3 deste capítulo, esse bem se enquadra dentro das possíveis características de um bem passível de ser objeto de um contrato de compra e venda.

Apenas ressalvamos o aspecto da possibilidade, diante da regulamentação vigente, de se firmar um contrato para a comercialização de tal bem, ainda que o mesmo não tenha sido gerado ou, então, sequer venha a ser entregue pelo próprio vendedor.

---

[505] Para conhecimento sobre as teorias a respeito, interessante o texto de Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de direito civil**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 109, no qual o autor entende que esse contrato não seria válido. Orlando Gomes, **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 228, entende que se trata de contrato que pode ser firmado, sendo "simplesmente ineficaz" caso o bem não possa ser entregue ao comprador, com o que concordamos.

Essa modalidade de contratação traz, no que tange ao objeto, o que se chama de demanda contratada, que corresponde às necessidades de energia elétrica do consumidor livre para um determinado período, sendo certo que essa demanda deve ser atendida, pois a energia elétrica é insumo em sua atividade e não pode faltar, sob pena de prejuízos.

É certo que o vendedor deve comprovar lastro para a venda da energia elétrica – demonstrando que conseguirá honrar com suas obrigações –, o qual pode advir de fontes de geração própria (se for um gerador) ou de terceiro (no caso de uma comercializadora, por exemplo), acrescendo-se a esse fato o de que o elétron não é marcado, uma vez que a energia que entrou no "fio" não tem marcação de origem; temos que, no caso da comercialização da energia elétrica, esta pode provir de terceiro indeterminado, não podendo ser atestada como um bem de titularidade do vendedor quando da formalização do contrato.

Ademais, trata-se de um bem que se aufere por medição, uma vez que as partes acordam na negociação de uma quantidade contratada de energia elétrica que será calculada e apurada em MWh.

Independentemente dessas peculiaridades, o vendedor é aceito como legitimado a efetuar a venda desse bem no mercado livre, pois, em não tendo – na época da liquidação das obrigações – sob sua disponibilidade imediata a energia elétrica à qual se obrigou a entregar, terá de adquiri-la no mercado *spot* ou de terceira pessoa (jurídica) para fazer frente ao lastro que havia assegurado, sob pena das responsabilidades aplicáveis pela CCEE, conforme dispõe o parágrafo único do art. 6º da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica (Resolução Normativa ANEEL nº 109/04).

Como já visto, a parte física (geração da energia elétrica) é distinta da parte comercial (obrigações da compra e venda propriamente dita), até porque, conforme analisamos, o contrato se aperfeiçoa com a vinculação entre as partes, sendo que, na CCEE, ocorre a mera apuração financeira das entregas/recebimentos e, posteriormente, é que se realiza a entrega do bem.

O interessante é que não há que se falar na figura da evicção, pois, como não se trata de um bem armazenável ou estocável e que não tem origem certa de geração (não vem deste ou daquele gerador ou vendedor ou comercializador), não sendo individualizado, não se sabe se é alheio ou não, nem mesmo se poderia ser fruto de furto. Importa é que ele seja gerado, e o

comprador receba, ainda que por via de compensação com outra parte, a energia que queria adquirir no mercado livre.

Na verificação do lastro é que a CCEE faz a apuração de ter o vendedor legitimidade para firmar o contrato e fechar a negociação, mas nunca poderá afirmar se o bem recebido, ao final, pelo consumidor era ou não do vendedor, o que torna tal contratação peculiar.

Nesse sentido, na contratação para aquisição de energia elétrica, não há que se perquirir se o comprador sabia ou não estar o vendedor com a disposição do bem no momento da formalização do contrato, pois o balanceamento das obrigações será feito posteriormente, no ambiente da CCEE. Por isso, como vimos anteriormente, essa contratação possui uma álea natural, ínsita a essa modalidade contratual.

É nessa fase (de registro e validação das obrigações de ambas as partes) que irá se apurar a questão do mero adimplemento das obrigações, qual seja, o registro do volume e montante ajustado de energia a ser entregue e do preço a ser pago, mas sem entrar no mérito de estar o vendedor adquirindo energia elétrica no mercado *spot* ou de terceiro para atender à sua obrigação.

O que pode existir é cláusula de inadimplemento pelo não registro e validação eletrônicos das obrigações, mas não há que se falar em rescisão do contrato em razão de o comprador não ter ciência de que o vendedor não tinha o bem sob sua posse quando da pactuação (venda a *non domino*).

Outro ponto que distingue a energia elétrica enquanto bem é que a mesma não poderá ser objeto de ação reivindicatória, justamente por suas características da imaterialidade e não armazenamento, não havendo que se falar em ação para defesa e tutela do domínio, como bem já pontuou Umberto Pipia.[506]

Essas possíveis inadimplências, pela não entrega da energia elétrica pelo vendedor ou o não aceite ou a não validação da energia contratada por parte do comprador, no todo ou em parte, gerarão as chamadas falhas na entrega ou no aceite, que contratualmente são reconhecidas como motivos ensejadores de aplicação de multas compensatórias, salvo se houver desobrigação por motivo de força maior ou caso fortuito.[507]

---

[506] PIPIA, Umberto. **L'elettricità nel diritto**. Milano: Editore Libraio dela Real Casa, 1900. p. 15.

[507] Alguns dos casos que não são considerados como casos fortuitos ou de força maior são: problemas e/ou dificuldades de ordem econômico-financeira de qualquer das partes; qualquer ação de autoridade governamental cujo ato a parte poderia ter evitado se tivesse cumprido com a legislação aplicável, inclusive

Em razão dessas peculiaridades, podemos afirmar que o art. 483 do Código Civil pode ser aplicado em parte às regras de comercialização da energia elétrica, visto que a mesma pode ser negociada antes mesmo de sua efetiva geração (coisa futura), mas, caso não venha a ser produzida ou existir para o vendedor, salvo se por motivos de força maior ou caso fortuito, entendemos que o contrato continua a existir e produzir seus efeitos, pois, como visto, o objeto direto desse contrato é a demanda por energia elétrica que deve ser suprida.

Como a energia elétrica que chega ao comprador, via fio, lhe será entregue de qualquer modo, pois a mesma não tem origem e é dispersa no sistema de forma indeterminada, ocorrerá que o vendedor que não tiver o lastro real, nas datas de medições de entrega, arcará com a imposição de multas e o pagamento de preço via mercado *spot*, devendo adquirir a energia elétrica para suprir o desajuste que terá causado ao sistema.

Assim, até o momento da tradição, correm por conta do vendedor os riscos desse bem, sendo certo que o comprador, por não poder alegar a exceção do contrato não cumprido, terá de pagar o preço ajustado, em razão do mecanismo de apurações eletrônicas contábeis, pelo que é aplicável o *caput* do art. 492 do Código Civil.

Destaque-se que, em razão da imaterialidade da energia elétrica, não se pode falar da possibilidade de venda por amostragem, não se permitindo a aplicação do art. 484 e de seu parágrafo único e nem dos parágrafos 1º e 2º do art. 492, todos do Código Civil, visto que, apesar da mediação para apurar o seu quantitativo, não há como alegar que os riscos sobre a mesma se transferem para o comprador, visto que a energia elétrica é consumida de imediato.

No mesmo sentido, não há que se falar que, caso o comprador esteja em mora (não tenha pago o preço), tomará para si os riscos sobre a energia elétrica entregue pelo vendedor, uma vez mais porque a mesma já se consumiu. Não há um bloqueio no consumo da energia por parte do consumidor livre inadimplente no ACL. O que pode existir são as imposições de penalidades contratuais e legais em razão de ter arcado com o pagamento no prazo ajustado. Esse bem não está sob risco, visto que já se esgotou.

---

desligamento da CCEE; insolvência, liquidação, falência ou recuperação judicial ou extrajudicial de qualquer uma das partes; variações do PLD a qualquer valor; greves e/ou interrupções trabalhistas, inclusive medidas de efeito semelhante, tanto de empregados e contratados das partes como de suas contratadas; realização de paradas nas instalações da parte compradora, sejam elas previstas ou extraordinárias para manutenção; 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. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Condições gerais ABRACEEL para contratação de compra e venda de energia elétrica (V1.2)**. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/archives/files/contrato-padrao-abraceel-v1-2.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2014.

Igualmente não aplicável é o disposto nos arts. 493 e 494 do Código Civil, pois não há como não se estipular onde será o ponto de entrega do bem, dadas as particularidades da mesmo. De qualquer forma, ainda que não se apure, a medição se dará no centro de entrega da energia elétrica ao consumidor livre, e não no ponto de geração, pois, como visto, não se sabe de onde provém a energia elétrica usada, sendo que o que importa é a demanda e consumo.

No que tange à questão da insolvência do comprador, o modelo de contrato de comercialização de energia elétrica permite que seja dado por rescindido. De qualquer forma, entendemos que é possível as partes pactuarem que o vendedor poderá ter a medição da entrega da energia elétrica sobrestada até que seja executada ou entregue garantia financeira concedida pelo comprador, pelo que é aplicável o art. 495 do Código Civil.

Não são aplicáveis, ainda, as disposições do art. 502 e 503 do Código Civil, quer porque não há que se falar sobre possíveis débitos sobre a energia elétrica, justamente por seu consumo imediato e por não estarmos a tratar de pagamento de conta de fatura de energia elétrica por consumo (estamos no âmbito das negociações no mercado de negociação do bem entre pessoas jurídicas privadas), quer porque a mesma não é vendida em conjunto com outros bens (não se trata de bem composto).

Por fim, o último elemento específico do contrato de compra e venda é o preço, que deve ser sério e real (deve-se buscar equilíbrio entre o valor real do bem e o valor pactuado como preço), traduzindo a intenção efetiva de ser contraprestação ao bem (para se evitarem doações dissimuladas), além de justo;[508] pode ser certo ou determinado pelas partes, ou, ao menos, determinável[509] por terceiro designado pelas partes (arbitramento, conforme art.

---

[508] Na hipótese de compra e venda em relação de consumo, não pode haver "prestações desproporcionais", nem violação ao "justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes", nos termos do inciso V do art. 6º e do art. 51, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Já pelo Código Civil, podemos referenciar essa qualificação com base no instituto da lesão (art. 157 do Código Civil), quando se verificar a desproporção entre as prestações.

[509] Nesse sentido, importante transcrever as palavras de Miguel Reale na exposição de motivos ao Anteprojeto do Código Civil: "No tocante à questão do preço, foi dada, por exemplo, maior flexibilidade aos preceitos, prevendo-se, tal como ocorre no plano do Direito Administrativo, a sua fixação mediante parâmetros. Não é indispensável que o preço seja sempre predeterminado, bastando que seja garantidamente determinável, de conformidade com crescentes exigências da vida contemporânea. Tal modo de ver se impõe, aliás, pela unidade da disciplina das atividades privadas, assente como base na codificação". ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Exposição de motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de janeiro de 1975**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2012.

485),[510] ou estipulado a partir de critérios seguros e parâmetros objetivos (pode-se fixar o preço em função de índices ou parâmetros, conforme o art. 487, ou com base em taxa de mercado, nos termos do art. 486), o que se depreende do art. 482 conjugado com o art. 488 e seu parágrafo único, ambos do Código Civil atual.

É, portanto, apenas aparente a contradição entre os dois dispositivos supracitados, visto que o art. 488 traz meramente uma exceção: na situação de compra e venda habitual, ainda que as partes não tenham, no próprio contrato, explicitamente estabelecido o preço/valor, nem critérios para sua determinação, em não havendo tabelamento oficial, "prevalece o preço usualmente praticado pelo vendedor"[511] e, em havendo diversidade de preços, valerá o preço médio (parágrafo único do art. 488). Nessa hipótese, deveremos usar os princípios da boa-fé, equilíbrio contratual e função social do contrato.

Esse dispositivo não tem correspondente no Código Civil de 1916, mas, sim, na parte do Código Comercial revogado (art. 193),[512] uma vez que se refere à hipótese de compra e venda realizada por vendedor que exerce habitualmente o comércio, sendo essencial que se prove a habitualidade e o preço de mercado do objeto do contrato para que se possa aplicar tal regra.

Entendemos que, na hipótese anterior, a responsabilidade ou o ônus de provar e demonstrar qual o preço usualmente praticado seja do vendedor.

Relativamente ao parágrafo único do supracitado dispositivo legal, a dúvida que se coloca condiz com qual lapso temporal que será usado para se apurar o "termo médio" dentro do qual conseguiremos localizar o preço que teve variação dentro das vendas habituais. A resposta nos parece casuística, tendo as partes de delimitá-lo no contrato de compra e venda; mas, ainda assim, acreditamos que o referido artigo poderia ter sido mais claro.

---

[510] Em não sendo aceito pelo terceiro, haverá inexistência do preço e, nesse caso, o contrato será considerado resolvido, por ausência de elemento essencial. Conforme Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, **Curso de direito civil:** direito das obrigações - 2ª parte. v. 5. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122, "Essa a solução que melhor se afeiçoa ao direito moderno; portanto, se o terceiro, eleito de comum acordo pelos contratantes, por doença, morte, ausência, ou outro impedimento, não realiza a fixação do preço, a venda é nula".

[511] OLIVEIRA, James Eduardo. **Código civil anotado e comentado:** doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 507. Trata-se de aplicação prática do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

[512] "Art. 193. Quando se faz entrega de coisa vendida sem que pelo instrumento do contrato conste preço, entende-se que as partes se sujeitaram ao que fosse corrente no dia e lugar da entrega; na falta de acordo por ter havido diversidade de preço no mesmo dia e lugar, prevalecerá o termo médio".

O importante é que o preço não seja arbitrado por uma única parte, sob pena de ser o contrato declarado nulo, em virtude da existência de cláusula potestativa, conforme dispõem os arts. 122 e 489 do Código Civil, que acaba por macular a ideia de comutatividade.

Outro ponto é que o preço deve ser expresso em dinheiro[513] (pecuniariedade, como destaca Maria Helena Diniz);[514] caso contrário, estaremos diante de um contrato de troca. Não obstante, entendemos que parte do preço pode ser paga em outra coisa, mas desde que seja a menor parte, sendo assim pactuado entre as partes.[515]

Em sentido amplo, César Fiuza[516] entende que "deve ser sempre em dinheiro, pelo menos num primeiro momento", aceitando que "o pagamento seja realizado em dinheiro e em algum outro bem, quando teremos obrigação cumulativa", sem falar em parte maior na soma em dinheiro. E prossegue afirmando que o comprador pode ter obrigação alternativa, efetuando-se "o pagamento em dinheiro ou em outro bem, e ainda facultativa, quando se confere ao comprador a faculdade de pagar com algum outro bem diferente de dinheiro", o que, para ele, não desnaturaria a compra e venda.

De qualquer modo, nos afigura claro que a compra e venda exigem que o pagamento seja feito em dinheiro, nos termos do art. 481 do Código Civil; caso contrário, teríamos o contrato de troca, motivo pelo qual não concordamos inteiramente com a possibilidade de obrigação facultativa ou alternativa.

Essa distinção se mostra prática na medida da possibilidade de incidência dos incisos I e II do art. 533 do Código Civil, quando estivermos diante de um contrato de troca, visto que, pelo *caput* do citado dispositivo, se aplicam à permuta todas as demais disposições do contrato de compra e venda.

---

513 Com fundamento no art. 318 do Código Civil, no caso de vendas realizadas em território brasileiro, a moeda de curso legal é o Real, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Já na compra e venda internacional, o art. 2º do Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, permite a estipulação em moeda estrangeira. Quanto à possibilidade de reajuste em moeda estrangeira, ela existe quando expressamente autorizado em lei federal e em contratos de arrendamento mercantil entre pessoas residentes e domiciliadas no país que tenham recursos captados no exterior, conforme art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

514 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 783.

515 Interessante destacar que o art. 1.446 do Código Civil da Espanha dispõe especificamente desse tema, em bases similares, nos seguintes termos: "Se o preço da venda consistir parte em dinheiro e parte em outra coisa, se qualificará o contrato pela intenção manifesta dos contratantes. Não constando esta, se terá por permuta, se o valor da coisa dada como parte do preço exceder ao que foi dado em dinheiro ou seu equivalente; e por venda no caso contrário" (tradução livre). NORMA CIVIL. **Código Civil Español**. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>. Acesso em: 17 ago. 2012.

516 FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 202-203.

Atrelado a esse tema, verificamos que, caso as partes pactuem a substituição do dinheiro por outra coisa após a pactuação do contrato (e não quando de sua formalização), teremos a figura da dação em pagamento,[517] meio de extinção da obrigação que não pelo pagamento do dinheiro, sem que haja desnaturação do contrato de compra e venda.

Um aspecto interessante a se destacar é que o dinheiro pode ser consubstanciado em um título de crédito ("valor fiduciário equivalente", conforme doutrina Álvaro Villaça Azevedo),[518] conceituando-se venda *pro soluto*, quando a entrega do título corresponder ao pagamento definitivo pela compra do bem, e venda *pro solvendo*, quando os títulos representam reforço ou garantia do pagamento. Nessa última hipótese, o vendedor poderá pleitear a rescisão contratual na hipótese de inadimplemento do comprador.

A título de reforço da essencialidade do preço e de seu pagamento, o art. 491 do Código Civil dispõe que, sendo a venda à vista, uma vez não pago o preço, o vendedor pode se recusar a entregar o bem, permitindo a este que se valha da exceção de contrato não cumprido para requerer a resolução do contrato, nos termos do art. 476 do mesmo diploma legal.

Destaque-se que, nas vendas a prazo, há inversão da situação: o comprador deve receber o bem antes de quitar o pagamento, pois o vendedor "assume os riscos pela entrega sem o devido pagamento", salvo se o comprador caiu em insolvência, quando então a lei permite que o vendedor retenha o bem até que aquele lhe entregue caução (real ou pessoal), conforme doutrina José Fernando Simão.[519]

Por fim, a característica da justeza no preço parece ter sido discutida em tempos pretéritos pela doutrina, pois não se vê grandes debates acerca desse tema entre doutrinadores atuais.

Nesse sentido, destacamos as palavras de Caio Mário da Silva Pereira, que afirmava:

> "o problema do justo preço, que ocupou ativamente os juristas medievais, não atormenta os modernos, convencidos de que não há estimativa precisa e rigorosa para cada coisa. Salvo nos casos em que o atentado à comutatividade é punido

---

517 Ver GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 229-230. Essa interpretação pode ser extraída da posição de Carlos Alberto Gonçalves, **Direito das obrigações:** parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103, quando afirma que "se o objeto da prestação não for dinheiro e houver substituição por outra coisa, não haverá analogia com a compra e venda, mas com a troca ou permuta".

518 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Novo Código Civil:** das várias espécies de contrato. v. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35.

519 SIMÃO, José Fernando. **Direito civil:** contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 97-98.

> especialmente (rescisão por lesão subjetiva), não se pode negar efeito ao contrato, ainda que falte perfeita co-respectividade entre um e outro. No trato corrente dos negócios insere-se às vezes no contrato de compra e venda cláusula que faz referência à venda pelo justo preço. A doutrina manda entendê-la como alusão ao preço normal ou, se for o caso, preço corrente no mercado ou na Bolsa".[520]

Quanto a esse aspecto, Álvaro Villaça Azevedo[521] cita vários julgados do Superior Tribunal de Justiça, onde se teria admitido que o preço seria "vil" caso fosse "muito inferior ou muito abaixo do valor de mercado do bem", posicionando-se no sentido de que o preço não pode ser vil, não apenas pela lesão a uma das partes, mas porque a própria sociedade "repugna tal situação", havendo violação à função social do contrato, posição com a qual concordamos plenamente, com base nos três princípios fundamentais que permeiam todo o Código Civil – eticidade, socialidade e operabilidade.[522]

Um tema interessante quanto ao elemento preço diz respeito a sua estimativa por um terceiro escolhido pelas partes, o que o Código Civil denomina de "arbítrio de terceiro", em seu art. 485. É certo que, com amparo na doutrina, podemos tomar esse terceiro como um mandatário das partes contraentes, na medida em que lhe resta, por delegação daquelas, a incumbência de fixar um elemento essencial do contrato de compra e venda, que, *a priori*, lhes caberia. Não estamos falando, portanto, da figura de um árbitro, nem de um perito.

Por ser uma extensão das partes em processo decisório de relevância no tipo contratual ora analisado, não é possível que reste ao pleno arbítrio do mesmo a fixação desse preço, devendo haver premissas ou balizamentos pré-estabelecidos entre e pelas partes, ainda que, em caracteres gerais, a fim de que sejam seguidas por esse mandatário, sob pena de, em certa medida, estar-se gerando uma situação de arbitramento unilateral não desejado pelas partes.

Esse elemento específico – preço – existe na comercialização da energia elétrica, sendo expresso em reais por megawatt/hora (R$/MWh), e, igualmente, pode ser apurado de

---

[520] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 111.

[521] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Novo Código Civil:** das várias espécies de contrato. v. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 87. Nesse sentido, ver ainda VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil:** contratos em espécie. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 35-36.

[522] REALE, Miguel. História do novo Código Civil. In: _____.; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Biblioteca de direito civil.** Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37-42.

imediato entre as partes no contrato (preço fixo),[523] mas pode, também, ser referenciado ao PLD,[524] ou, ainda, ser misto, com uma parte fixa e outra variável.[525]

Aqui podemos afirmar que estamos diante de um exemplo do que dispõe o art. 487 do Código Civil, o qual permite que o preço seja estipulado em função de parâmetros ajustados entre as partes. Contrariamente, em razão de não haver uma efetiva e real Bolsa de Negociação para esse bem, não há que se falar da possibilidade de precificação à taxa de mercado ou bolsa, conforme dispõe o art. 486 daquele diploma legal. Quem sabe em futuro próximo.

É possível, ainda, que, se as partes não ajustaram preço, este fique sujeito às regras do mercado, sendo ajustado de acordo com o mercado *spot* ou variações do PLD, o qual sempre traz o preço médio de cada submercado, validando a aplicabilidade da disposição do art. 488 do Código Civil.

O que não pode haver é a pactuação de preço sob o arbítrio de uma das partes, sendo nulo tal contrato de comercialização de energia elétrica, nos exatos termos do quanto o legislador vedou no art. 489 do Código Civil, muito menos sob o arbítrio de terceiro, o que afrontaria as regras do mercado. Portanto, seria sem aplicabilidade o art. 485 do Código Civil.

O contrato pode, ainda, prever que haja a entrega parcelada da energia (períodos de suprimento, em meses ou anos), o que implicará em pagamento parcelado ou em uma negociação a prazo, em que as entregas de energia elétrica vão ocorrendo em periodicidade ajustada entre as partes, contra o pagamento do comprador, via mecanismo de compensação junto à CCEE.

Contudo, tal comercialização não pode ser entendida como venda a crédito, pois cada período de apuração ou mediação vale por si, sendo um evento único, tanto que, conforme

---

[523] Importante deixar consignado que, a partir da Portaria nº 455/12, do Ministério de Minas e Energia, no registro dos contratos executados no ACL, a ser efetivado junto à CCEE, serão exigidas "informações de preços contratuais", a fim de permitir que a CCEE calcule e divulgue indicadores de preços praticados no ACL.

[524] Como o PLD é o preço divulgado pela CCEE, calculado antecipadamente, com periodicidade máxima semanal e com base no custo marginal e 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, fica claro que fórmula pode ser usada pelas partes para chegarem ao preço da energia elétrica adquirida.

[525] Conforme destaca MAGALHÃES, Gerusa de Souza Côrtes, **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 95.

apontamos anteriormente, trata-se de um modelo de contrato de duração ou de trato sucessivo, pois a execução não se pode medir em um só instante, e, justamente por isso, tal modelo contratual não permite a exceção do contrato não cumprido, motivo pelo qual não se pode aplicar o art. 491 do Código Civil.

Como já visto, o mercado de energia elétrica é muito instável, sujeito a modificações naturais às quais os agentes já estão acostumados, o que se reflete no preço, que não fica sujeito às meras oscilações de oferta e demanda, mas, sim, às características de mesmo mercado.[526]

Assim, voltando ao PLD, utilizado no mercado de curto prazo (ambiente no qual a CCEE faz a liquidação das diferenças entre os valores contratados e os efetivamente gerados/consumidos), para que seja calculado semanalmente pela CCEE, esta deve levar em conta o custo médio da operação, o qual é fortemente impactado pelo estilo do mercado de geração brasileiro – predominantemente hidrelétrico –, ou seja, sofre os impactos das mudanças climáticas e dos regimes das chuvas.[527]

É justamente com base nessas oscilações naturais do mercado que já expusemos, em capítulo anterior, o entendimento de que a alegação de eventual desequilíbrio econômico é algo que deve ser visto com muito cuidado e atenção, apesar de válida a aplicação da teoria da imprevisão para essa relação contratual, pois a inconstância ínsita ao mercado de energia elétrica blinda os agentes de alegações levianas sobre mutações econômicas que afetem e

---

[526] Conforme Suzana Tavares da Silva, O MIBEL e o mercado interno de energia. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.). **Temas de direito da energia**. Lisboa: Almedina, 2008. p. 295, "o mercado eléctrico, à semelhança de outros mercados, assenta numa relação entre procura e oferta, no caso, da energia eléctrica", sendo que o fato de não ser um bem armazenável faz com que haja "oscilação entre oferta e procura, ocasionando variações nos preços de tal bem, os quais, em última instância, devem cobrir os riscos privados e públicos", mantendo sua universalidade de acesso. Na mesma linha do mercado de energia espanhol, conforme Santiago Muñoz Machado, **Servicio publico y mercado:** el sistema electrico. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p. 78-79.

[527] NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da comercialização de energia elétrica no Brasil. In: NERY, Eduardo (Coord.). **Mercados e regulação de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Interciência, 2012. p. 82-83. A esse respeito, confira-se BAHNEMANN, Wellington. Com a seca, empresas já pagam mais até por energia negociada para 2015. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 13 fev. 2014. Economia, p. B1, que relata ter a alta do PLD feito algumas indústrias fazer contas "para ver se vale a pena reduzir o consumo para lucrar com a venda do excedente de energia, enquanto outras buscam maneiras de ajustar a produção ao volume de energia contratada, para evitar penalidades e adquirir energia no mercado à vista". Na mesma linha de oscilações naturais que afetam o PLD e, por consequência, o mercado de livre de contratação de energia elétrica, ver MEDEIROS, Carolina. Momento de incerteza exige cautela na negociação de contratos no ACL, avalia PSR. **Agência Canal Energia**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/zpublisher/materias/clipping_web.asp?id=100124>. Acesso em: 13 mar. 2014.

devam ser levadas em consideração para alterações no preço pactuado. Já vimos que existe uma álea natural a essa espécie negocial.

Essas variações impedem que argumentos sobre a injustiça do preço consigam seguir adiante, pois o mercado oscila por questões normais (veja-se as variações de quantidade de energia *versus* regime de chuvas ou de ventos), que independem das partes diretamente envolvidas, mas que são naturalmente reconhecidas e aceitas.

Em resumo, o contrato de compra e venda é um contrato típico; bilateral ou sinalagmático perfeito, na medida em que há obrigações recíprocas para ambas as partes quando de sua formação e a execução de uma é causa do cumprimento da outra; simplesmente consensual, na medida em que basta o ajuste de vontades, não sendo necessária a entrega do bem para seu aperfeiçoamento; no geral, comutativo, pois, quando do seu ajuste, cada contratante consegue estimar a prestação e respectiva contraprestação e sua equivalência;[528] oneroso, visto que há perdas patrimoniais para ambos, consubstanciadas no pagamento do preço pelo comprador e entrega do bem pelo vendedor; receptício, pois as declarações emitidas pelas partes contratantes são diretamente dirigidas ao conhecimento dos respectivos destinatários; e não solene.[529]

Trazendo todo esse cenário e com base no quanto apresentamos e analisamos ao longo deste capítulo sobre a comercialização da energia elétrica, podemos afirmar que esta traz as características essenciais e típicas do contrato e compra e venda, até porque sua causa é a típica desse contrato, qual seja, "a transmissão de um direito mediante um preço", e é essa causa ou "função económico-social própria" que configura "o verdadeiro cartão de

---

[528] É possível a compra e venda de caráter aleatório, na hipótese de venda de coisa futura (art. 483 do Código Civil), desde que exista a possibilidade de existência da coisa e as partes tenham pactuado no contrato elementos que deixem claro tratar-se de contrato aleatório, pois essa modalidade de contrato não se presume (a vontade deve ser expressa a esse respeito), sob pena de se configurar como mero contrato comutativo para entrega de coisa futura que, não vindo a existir, libera o comprador do pagamento do preço. No contrato aleatório, essa liberação não existe, pois a álea ou risco é parte inerente ao contrato e, como tal, aceita pelas partes. As chances de comprador ou vendedor ganharem ou perderem são, teoricamente, equilibradas e assumidas por ambos. Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo, **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 75, "por esse tipo de contrato as partes sujeitam-se a esse risco, o vendedor e o comprador de, pagando esse preço, correr o risco de nada receber".

[529] Relembre-se que, na hipótese de compra e venda de imóveis com valor acima de trinta salários mínimos vigentes no país, a forma pública será necessária, nos termos do art. 108 do Código Civil.

identidade”[530] do contrato. Contudo, o mesmo carrega certas peculiaridades que lhe transformam em um contrato de compra e venda típico, mas com aplicabilidade *sui generis*.

Como visto, é um contrato consensual, cuja formalização se dá por meio do consenso quanto às obrigações das partes, sendo desnecessária a entrega física da energia elétrica para que o mesmo se materialize.

Conforme já apontado neste trabalho, o registro na CCEE, para apuração dos montantes de crédito e débito, corresponde ao ajuste consensual entre as partes, muitas vezes se antecipando à própria assinatura do contrato, mas equivale à motivação das partes para a composição de uma relação contratual que tenha, por um lado, a entrega de um bem (energia elétrica), em contraprestação ao percebimento de um preço. É o consentimento bilateral necessário para o aperfeiçoamento desse contrato.

Não obstante, esse mecanismo de apuração financeira entre as obrigações ou contraprestações das partes faz com que esse contrato tenha um componente muito aproximado de um contrato de mercado financeiro, negociado em bolsa, na medida em que se parece com a apuração de quantitativo de uma *commodity* diante de sua cotação em um mercado específico.

Poderíamos assemelhá-lo à figura da compra e venda a termo, em que a liquidação física, correspondente à entrega da energia elétrica, e a financeira, correspondente ao pagamento do preço, se dariam em um prazo determinado pelas partes, com base no que a CCEE e a ANEEL autorizam.[531]

Contudo, se diferencia desses tipos de contratos (chamados de contratos com derivativos), pois a energia elétrica não tem seu preço derivado de outro ativo, apenas comporta variações decorrentes da base maior de sua forma de geração, que, no Brasil, é a hidrelétrica, como já visto no capítulo inicial deste trabalho.

---

[530] Conforme João de Matos Antunes Varela, **Das obrigações em geral**. v. I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Edições Almedina, 2011. p. 275, o qual ressalva que “sempre que na convenção celebrada entre as partes se instale um dos esquemas ou modelos previstos na lei e as cláusulas acrescentadas pelas partes não destruam o núcleo essencial do seu acordo, nem lhe aditem qualquer outro dos esquemas legalmente autonomizados, o contrato continuará a pertencer ao tipo correspondente a esse esquema”.

[531] Tomamos de empréstimo o conceito de contratos a termo trazido pela professora Vera Helena de Mello Franco, **Contratos:** direito civil e empresarial. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41, a qual esclarece que as duas prestações “(entrega e pagamento) ocorrem no termo aprazado”, sendo que, em regra, são negociados em bolsa, mas o podem ser em mercado de balcão. Daí a possibilidade de evolução do mercado livre de energia elétrica e transformação das bolsas de energia em verdadeiras bolsas de mercadorias para negociações de compra e venda a termo.

Nessa linha, o preço pode ser apurado por meio do mecanismo variável do PLD, no qual se calcula quanto vale a energia elétrica no mercado à vista, o que vem ao encontro do quanto já levantamos sobre as hipóteses de o preço ser fixado por parâmetros ou critérios de habitualidade. Com essa apuração feita, faz-se o balanço – crédito e débito de energia elétrica pactuado para entrega – e chega-se ao valor devido pelo comprador e ao montante de energia entregue ou a ser entregue pelo vendedor.

Na verdade, caso as partes não pactuem um preço fixo ou atrelado ao PLD, esse formato de precificação (no mercado à vista) será usado para as operações de liquidação na CCEE que não tenham lastro, ou seja, para as quais o vendedor não tenha a energia a ser entregue, pois, nessa hipótese, terá de adquirir a energia contratada no mercado de curto prazo (*spot*) e, nessa situação, o preço da energia poderá ser até maior do que virá a receber pela contratação feita na origem, sem lastro.[532]

Tal peculiaridade de apuração (arbítrio de um mercado que tem por base a oscilação na geração em contrapartida ao consumo) corresponde a um mecanismo próprio de verificação das obrigações de entrega e pagamento, o qual continua sendo feito em dinheiro, não desnaturando a compra e venda.

A par dessa distinção no formato de possível apuração do preço, no que concerne ao objeto da negociação – a energia elétrica –, é um bem que, em razão da geração e consumo constantes, pode-se afirmar que não existe, propriamente, no momento da formalização do contrato, na medida em que a energia elétrica que será "entregue" não é a mesma que foi gerada naquela época, pois os elétrons não são marcados e não se pode assegurar, de modo individualizado, de onde vêm.

Nesse sentido, a afirmação de que se trata de um bem próprio do vendedor não pode ser feita, não sendo aplicável qualquer alegação quanto a vício redibitório ou discussões acerca de ser a mesma bem alheio ou não, o que nos traz mais um elemento a tornar tal relação contratual uma compra e venda *sui generis.*

Vemos, portanto, que o contrato de comercialização da energia elétrica no ambiente livre contém os elementos essenciais a uma compra e venda – consensualismo, entrega de bem

---

[532] Para maiores detalhes sobre como se calcula o PLD, ver Raphael Bertrand Heideier, **Conceitos básicos de risco na comercialização de energia elétrica no setor elétrico brasileiro e a atuação governamental**. 2009. 126 f. Dissertação (Mestrado em engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2009. p. 29-30.

em contraprestação a um preço –, mas possui particularidades quanto ao mecanismo de apuração do bem, do preço e de convalidação do consenso, o que permite dizer que é um contrato base de compra e venda com certas peculiaridades que, contudo, não desnaturam sua essência desejada pelas partes, pois, conforme dispõe o art. 112 do Código Civil, o que mais importa é a intenção das partes, a sua declaração de vontade do que as palavras expressas.

Ademais, como bem doutrina Caio Mário da Silva Pereira,[533] ao estar uma figura contratual "disciplinada nos Códigos ou nas leis, isto é, de ser uma figura contratual dotada de tipicidade legal", diz-se que ele é "típico" e, ao celebrarem um "contrato típico", as partes "adotam toda a dogmática legal daquele negócio jurídico", valendo-se das "normas jurídicas oferecidas pelo legislador para aquela espécie de avença", ainda que se reconheça que nem sempre são imperativas.

De qualquer forma, "o modelo contratual não é rígido, pois a lei deixa margem de inovação criadora às partes contratantes e, ainda, de rejeição, por estas, das normas dispositivas ou supletivas, que apenas incidem no contrato, se não houver estipulação contratual em contrário".[534]

Essa é a hipótese em tela: seguem-se as regras básicas do contrato típico, com particularidades decorrentes da própria mercadoria, apesar de se saber que será possível, em futuro breve, a comercialização da energia elétrica em mercado de balcão organizado, como se negociam outras tantas mercadorias que têm cotações específicas e sazonais.[535]

Entendemos que há uma mistura de regras de alguns tipos contratuais – compra e venda, financiamento, fornecimento ou abastecimento –, o que pode ser entendido como um contrato misto ou híbrido, na medida em que há "articulação de prestações diferentes da prevista na lei", encontrando-se tais prestações "compreendidas em espécies típicas diretamente reguladas na lei".[536]

---

533 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Contratos e obrigações:** pareceres - de acordo com o Código Civil de 2002. Seleção, atualização legislativa e ementas - Leonardo de Campos Melo, Ricardo Loretti Henrici e Cristiane da Silva Pereira Motta. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 181.

534 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil:** contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99-100.

535 Nesse sentido, já se planeja pedido de registro da BRIX junto à Comissão de Valores Mobiliários para que possa agir como um mercado de balcão organizado, conforme Anna Flávia Rochas. **BRIX planeja mais leilões na plataforma de energia**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/brix-planeja-mais-leiloes-na-plataforma-de-energia>. Acesso em: 15 mar. 2014.

536 VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Edições Almedina, 2011. p. 280-281.

Importante apenas ressalvar que essa natureza mista do contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente livre não tem nada a ver com a junção ou coligação de contratos que existe entre esse contrato e os contratos de distribuição e/ou transmissão da mesma energia, posto serem estes os correlatos e consequenciais necessários para que o bem negociado saia do ponto de geração e entre no ponto pactuado para sua "entrega". O primeiro contrato funciona como motivo para estes últimos.

Essa peculiaridade do contrato de "compra e venda" de energia elétrica no mercado livre decorre da regulamentação que temos no setor brasileiro, pois, ao mesmo tempo em que se insere em um ambiente público, na medida em que se está tratando de um bem essencial, há a liberdade de o consumidor optar ou não pelo mercado livre, o que cria uma abertura para se pensar e estudar novas formas de negociação dessa energia, alcançando o consumidor final.

Ademais, as regras trazem aproximação desse contrato ao de um de financiamento e de fornecimento, o que ainda não deu abertura o suficiente para que o legislador o incorporasse ao Código Civil como uma figura típica específica e particular.

Por fim, nosso Código Civil não traz as distinções de contrato pelo objeto – material ou imaterial –, mas, sim, pelo tipo de relação a se firmar, se de compra e venda, de locação, entre outros.

Por conta dessa diferença, apenas para fins de se apurar o debate, mas reforçando a linha de que, em parte, estamos diante de um contrato de compra e venda, ainda que incorporando elementos de outros contratos, encontramos no Código Civil da Lituânia[537] o art. 6.383, 3,[538] que dispõe sobre a figura do contrato de compra e venda de energia elétrica, mas o trata como um contrato público, nos termos do quanto disposto no art. 6.161,[539] posto ser firmado entre uma pessoa jurídica que fornece serviços ou vende mercadorias para um número indefinido de pessoas.

Esse conceito de publicidade atrela-se à noção de exposição ao público, à sociedade, o que pode ser considerado como o interesse social ínsito na noção de compra e venda de

---

537 LIETUVOS RESPUBLIKOS SEIMAS. **Civil Code of the Republic of Lithuania**. Disponível em: <http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=245495>. Acesso em: 30 mai. 2013.

538 "Artigo 6.383 [...] 3. O contrato para compra e venda de energia é um contrato público (artigo 6.161 deste Código)" (tradução livre).

539 "Artigo 6.161. 1. Um contrato público é um contrato celebrado por uma pessoa coletiva (empresário) que presta serviços ou vende bens a um número indeterminado de pessoas, ou seja, a todos que fazem um pedido (empresas de transporte, comunicações, electricidade, aquecimento, gás, abastecimento de água e outros)" (tradução livre).

energia elétrica no nosso mercado livre brasileiro, correlato à real aplicação da função social do contrato.

A par dessa posição, o Código Civil Lituano evidencia que uma relação na qual a venda da energia, por parte do fornecedor, seja realizada diretamente a uma pessoa natural, que a usará para consumo doméstico, caracteriza-se como sendo uma relação de consumo. Não obstante, é esse consumidor que se responsabiliza pela conexão de seu equipamento (que receberá a energia comprada) à rede de transmissão.[540]

Apesar de essa relação de consumo já ser reconhecida em nosso ordenamento pátrio, ainda que por legislação especial, ainda está restrita às relações mantidas com as distribuidoras concessionárias de fornecimento de energia elétrica (entes regulados), visto que os atuais consumidores livres, atuantes em nosso mercado, são empresas que se valem da energia elétrica como um insumo para fabricar ou fornecer seus produtos ou serviços, ou seja, desalinhados do conceito de consumidor final.[541]

É para essa concepção mais ampliada de consumidor "livre", que se estenderia para as pessoas naturais, em âmbito doméstico, que entendemos deva se dirigir o mercado de energia elétrica pátrio, cada vez mais, seguindo uma rota de permitir que a energia elétrica circule mais livremente, enquanto uma verdadeira mercadoria, ainda que podendo ser encarada como um bem objeto de contratos de cunho não mercantilista, mas, sim, de cunho existencialista, como já visto no item 5.1 deste trabalho.

Outro ponto de destaque na lei lituana está no sentido de que o comprador de energia elétrica pode revendê-la a um terceiro, sem o consentimento da empresa de fornecimento.[542]

---

[540] "Artigo 6.383 [...] 4. Sempre que um contrato para a compra e venda de energia é um contrato de consumo, ou seja, o comprador é uma pessoa natural comprando energia para consumo pessoal, familiar ou doméstico (consumidor)" e "Artigo 6.384 [...] 1. Quando, nos termos do contrato, o assinante é uma pessoa singular que usa a energia para o consumo interno, o contrato será considerado celebrado a partir do momento em que o equipamento do consumidor está ligado à rede de transmissão de energia" (tradução livre).

[541] Conforme já destacado em REsp 1.352.419/SP, 3ª T., STJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 19.08.2014, v.u., "destinatário final é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria", por isso se fala em "destinatário final econômico", nas situações de pessoas jurídicas que rompem com a "cadeia econômica", de modo a "impedir, portanto, a reutilização dele no processo produtivo, seja na revenda, no uso profissional, na transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou em outra forma indireta. A relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário)".

[542] "Artigo 6.389. Sub-consumidor. 1. O consumidor pode, sem exceder a capacidade permitida para uso, transmitir para outra pessoa (sub-consumidor) eletricidade recebida da empresa fornecedora sem o consentimento deste último" (tradução livre).

Essa figura ainda não existe em nosso mercado, mas acreditamos que, no âmbito da amplitude anteriormente sugerida, poderá ser uma alternativa viável para a ampliação do mercado livre.

Por fim, interessante destacar que o referido Código Civil Lituano evidencia que esses e os demais dispositivos aplicáveis ao contrato de venda e compra de energia se estendem não apenas ao fornecimento de energia elétrica, mas, sim, de energia térmica, do gás e produtos derivados do petróleo, água e outras energias distribuídas por redes, salvo se a legislação estabelecer o contrário (art. 6.391).

Esse ponto reforça a posição correta tomada pelo nosso legislador pátrio ao incluir as energias, com valor econômico, no rol de bens móveis (art. 83, inciso I do Código Civil), apesar de não trazer disposições mais específicas sobre como se daria a relação negocial entre as partes compradora e vendedora de bens como a energia elétrica, o que buscamos trazer neste trabalho.

Não há motivos para se manterem os estudos de um contrato de comercialização de um bem jurídico, no qual se encontram plenamente aplicáveis e internalizadas regras de direito civil, fora da seara do direito privado. O interesse prático do presente trabalho foi exatamente este: desmistificar e apresentar ao jurista civilista um modelo de contrato utilizado, mas, infelizmente, não avaliado sob a visão privada.

Tendo-se, então, definido que o contrato de comercialização de energia elétrica é um misto com base na compra e venda e em elementos dos contratos de financiamento e de fornecimento, no último item deste capítulo, analisaremos a coligação que o mesmo possui com outro ou outros contratos, os quais permitirão ao consumidor livre receber, efetivamente, a energia elétrica.

4.6. Coligação com os contratos de distribuição ou de transmissão

Conforme já destacamos, o contrato de compra e venda de energia elétrica é um contrato consensual, pelo qual as partes ajustam as obrigações de entrega e pagamento pela energia elétrica negociada, sendo certo que sua entrega física é feita não só em momento posterior, mas também em razão de contratação específica.

Nesse sentido, o consumidor livre (no geral, grandes empresas) adquire a energia elétrica do gerador ou do comercializador, mas irá recebê-la através das conexões, por fios,

que possui com o sistema elétrico, quer seja via uma transmissora local, quer seja via uma distribuidora.

Para que possa usufruir dessa energia, portanto, é necessário contratar de uma dessas empresas com a qual tenha conexão física a entrada da energia elétrica em seu ponto de conexão, o que será feito via Contratos de Uso e Conexão ao Sistema de Distribuição ("CUSD") ou de Uso e Conexão ao Sistema de Transmissão ("CUST"), a depender da forma que esteja conectado.[543]

Há, portanto, uma coligação entre o contrato de compra e venda de energia elétrica e o CUSD ou o CUST, pois, sem um destes últimos, a energia elétrica não consegue chegar, fisicamente, ao consumidor adquirente daquele bem, que paga a tarifa de uso da conexão de distribuição ou de transmissão para poder acessar o sistema.

Nos termos do quanto doutrina Paulo Lôbo, a coligação permite a justaposição de contratos que mantêm sua individualidade, visto que não há uma relação de acessoriedade, mas de interdependência, cada qual com o seu respectivo regime jurídico.[544]

Realmente, entre o contrato de compra e venda de energia elétrica e qualquer um dos outros dois anteriores, não existe relação de principal e acessório, haja vista que, ainda que não estivesse no mercado livre, o consumidor teria de estar conectado à malha elétrica para poder receber a energia.

Eles são contratos que se interligam pelo simples fato de que a entrega da energia elétrica não é feita diretamente pelo contrato de compra e venda desse bem, mas depende da formalização daqueles dois outros para que o consumidor possa receber e usar tal bem adquirido. São contratos em relação de simbiose, que decorrem da peculiaridade do mercado quadripartido (geração, distribuição, transmissão e comercialização).

Essa peculiaridade demonstra e reforça que a comercialização da energia elétrica no mercado livre conforma, ainda que em parte, um contrato de compra e venda, pois este gera a obrigação da entrega daquele bem, não tendo eficácia real, mas, sim, obrigacional, que será atendida via contratações com a distribuidora e transmissora locais que farão as vezes de transportar a energia elétrica até o ponto de entrada do consumidor livre.

---

543 Ver nota de rodapé 443.

544 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil:** contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109-110.

Apenas a título de completar este tópico final, com base em legislação recente, destacamos que, em razão daquela partição do mercado, que fez surgir a figura do comercializador de energia elétrica, pelo lado dos consumidores livres desenvolveram-se estudos voltados para a formação de uma figura contratual, com postura de mandato, denominada de comercializador varejista, o qual foi regulamentado na Resolução Normativa nº 570/13 da ANEEL, à qual encontra-se anexa minuta de contrato para a atuação da comercialização varejista.

Não entendemos que se trate de uma nova forma de contratação de energia elétrica, mas, sim, de uma maneira de atuação no mercado: ao invés de os consumidores individualmente se cadastrarem junto à CCEE para firmar suas negociações, eles indicam um representante, este sim, com registro na CCEE, para que o mesmo atue em seus nomes (forma-se um conjunto de consumidores), firmando, controlando e finalizando todas as etapas necessárias para a formalização da compra e venda de energia elétrica no ambiente livre.

Trata-se de agente capaz que pode firmar um contrato em nome das partes adquirentes da energia elétrica. É um mero representante ou mandatário com poderes que lhe conferem legitimidade para tanto, não sendo uma nova forma contratual de compra e venda da energia elétrica.

Nesse sentido, igualmente não estamos diante de um possível contrato coligado, visto que ambos os contratos – compra e venda de energia elétrica e comercialização varejista – têm autonomia, sendo que o de representação pode ou não existir. Por certo, se existir, guardará conexão de acessoriedade com o contrato de compra e venda de energia elétrica que vier a ser firmado, conferindo ao agente legitimidade para atuar em nome dos compradores.

Diante de todo o apresentado, cremos ter feito um panorama não exaustivo da temática, mas suficiente para podermos trazer luzes sobre um assunto ainda não discutido em sede de direito civil, as quais serão apresentadas, resumidamente, nas considerações finais a seguir, buscando-se entender o porquê desse ramo do direito poder estudar a compra e venda da energia elétrica cuja origem remonta ao direito público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que buscamos enfatizar ao longo deste trabalho foi uma visão do bem energia elétrica deslocada da visão publicística de serviço público, que é flagrantemente encontrada e estudada quando se analisam as concessões de distribuição e transmissão de energia elétrica.

Apresentamos a energia elétrica enquanto um bem que apresenta valor econômico, em mercado livre, no qual o usuário busca uma forma competitiva de obter o mesmo pacote de energia física sob uma formatação diversa da encontrada no mercado cativo, o que é feito por meio da formalização de um contrato de comercialização daquele bem junto ao gerador ou comercializador de energia, vindo a receber a mesma em razão dos contratos de uso dos sistemas de distribuição e transmissão.

Assim, apesar de, nessa seara energética do ambiente livre, o contrato de comercialização desse bem ser o instrumento adequado para regular a relação que se forma entre tais agentes – geradores ou comercializadores e os consumidores livres –, a entrega do bem é desvinculada dessa figura contratual, o que nos motivou a investigar aquela figura contratual, para avaliar e entender como o direito civil lida com a energia elétrica – um bem imaterial de produção e consumo imediatos – e permite sua comercialização, bem como o que é preservado, ou não, desse ramo do direito em um tema imerso no âmbito regulado.

Para tanto, buscamos trazer uma análise e aprofundamentos dos elementos e cláusulas que compõem o modelo de contrato de “compra e venda” de energia elétrica, em que tal bem, não público e passível de se tornar objeto de negociações privadas, possui as características de mercadoria, tanto que é até mesmo negociável no âmbito de Bolsas de Energia Elétrica.

Destaque-se que a visão não pública que procuramos enfatizar sobre a energia elétrica guarda grande interesse na medida em que, atualmente, é possível afirmar que existe uma ótica dúplice por sobre determinadas atividades ou bens, vide o exemplo do petróleo, sob o ponto de vista do tipo de relação jurídica formada: se de direito público ou de direito privado.

Fala-se em privatização do público ou publicização do privado. E talvez essa dubiedade de visões, ou mistura de situações, esbarre no fato de, presentemente, o interesse maior sempre ser a proteção máxima ao ser humano e seus interesses enquanto membro de uma coletividade, e não mais enquanto ser isolado, egoístico.

Daí a análise do contrato de comercialização de energia elétrica à luz do direito civil.

Primeiro, para romper de vez com eventuais barreiras que se formaram no sentido de que, quando se tem um bem de interesse coletivo, sobre ele não podem ser aplicadas regras de cunho privatístico.

Depois, para que se tragam novos olhares sobre tal relação, não mais adstritos à esfera do direito administrativo, do direito regulatório ou do direito econômico, isso mesmo ante as inseguranças pelas quais o mercado tem passado e quer ver superadas em futuro próximo, por meio da formação de modelos contratuais ajustados.

E, por fim, para que vejamos, concretizados, princípios como os da liberdade contratual e função social do contrato e da empresa, além de internalizarmos no direito civil um "tipo contratual" que tem por objeto um bem imaterial, de consuntibilidade imediata, não passível de acumulação e que, apesar de não se basear na efetiva tradição para se assegurar a propriedade sobre o mesmo, vale-se de mecanismos de compensação econômica/financeira junto ao agente controlador (CCEE) que atestam sua entrega e consumo, marcando nova forma de internalização de elementos de outras ciências que comprovam a real tradição, ainda que esta não seja visível ao olhar humano.

Essa análise não quer retomar a discussão sobre a divisão entre bens públicos e privados, sequer indicar uma terceira mão ou dimensão de bens, pois, conforme nos posicionamos anteriormente, a socialidade, da qual a energia elétrica é dotada, não permite alocá-la unicamente como um ou outro tipo de bem.

Na verdade, o que queremos trazer à tona é a dimensão maior que se deve ter quanto a esse bem móvel, por determinação legal, dotado de valor econômico, que nos parece extrapolar a dicotomia público-privado – apesar de não criar propriamente uma terceira via de titularidade patrimonial –, mas, antes, parece se encaixar em uma ou outra, a depender da relação na qual se insira: se distribuído e transmitido para um cem número de pessoas, consumidores finais, ou comercializado em um mercado privado, com regras contratuais próprias, ainda que sigam um modelo regulador mínimo, de eficácia contida para fins de eliminar meras disfunções mercadológicas.

É natural e perfeita a dicotomia na titulação das propriedades, e a energia elétrica não foge disso.

Assim, de tudo o quanto foi apresentado, podemos interpretar o ACL de energia elétrica como sendo uma parcela de atividade retirada do campo do Estado e inserida no

mercado, em prol da concorrência, em razão do processo de reestruturação pelo qual passou o setor elétrico no Brasil, quando, então, surgiu a comercialização de energia elétrica.

Em paralelo, manteve-se o interesse social ou coletivo sobre a mesma, até porque a manutenção do ACR, mediante a atuação das concessionárias de distribuição de energia elétrica, permite a proteção desse interesse e a consequente sustentação e integração da vida social sob o aspecto do fornecimento de tal bem indispensável.

Mais do que fomentar o princípio da livre concorrência, o mercado livre de energia elétrica conjuga a possibilidade de se preservar e fazer valer o interesse social ou coletivo no desempenho dessa atividade econômica, apenas enfatizando que a energia elétrica pode ser passível de valoração por preço, diversa da tarifa, bem como sua negociação em tal mercado materializa uma funcionalidade social do contrato do qual é objeto, mitigando a relatividade dos efeitos do contrato e atestando a necessidade de se ampliar a geração no mercado livre, o que importa em um realinhamento sob a ótica da liberdade contratual.

De qualquer forma, o que se discute no meio são quais os limites de ampliação e cobertura desse mercado livre em prol da manutenção daquele interesse social, mas, ainda, do seu equilíbrio enquanto oferecimento de um bem não público, configurado como mercadoria e passível de negociação via contrato, haja vista que a tendência é de se universalizar e ampliar esse mercado, por meio de uma flexibilização *pari passu* dos critérios legais que permitem a elegibilidade de um dado consumidor ao ACL.

Assim, a par da remodelagem no setor elétrico que conduziu à formação do mercado livre de negociação da energia elétrica, totalmente ajustada e pertinente foi a inclusão, pelo legislador civilista, do inciso I do art. 83 do Código Civil.

Sob essa visão, vimos que a energia elétrica é um bem essencial, no geral não passível de armazenamento, consumido ato contínuo à sua geração, imaterial (mas cuja entrega física é comprovada por meios posteriores financeiros) e não público, visto que não assume, de *per si*, a conceituação de privada ou pública, que será ajustada de acordo com a relação jurídica na qual esteja inserida, podendo ser adotada dentro do conceito de serviço público ofertado (via concessionárias de distribuição, ambiente de comercialização regulado e redes de transmissão) ou como atividade econômica (nas pontas da geração e comercialização no ambiente livre), sem que isso afronte qualquer disposição da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, a visão tributária da mesma, enquanto produto, se coaduna com a ótica civilista, na exata medida em que ambas enfrentam o tema do ponto de vista da valoração da energia elétrica, expressa nesta última e implícita na primeira, uma vez que a reconhece como resultado (produto) da indústria elétrica, sem delimitar o campo de sua utilização negocial (como produto fim ou como produto passível de negociações entre agentes do mercado livre).

Essas visões trazem a energia elétrica para um campo mais próximo de uma *commodity* e, portanto, permitem pensar sobre a possibilidade de se expandir sua geração, alcançando o ambiente residencial e, desse modo, a real situação de formatá-la sob um manto de bem particular, passível de crime de furto, cujo tipo atual (§ 3º do art. 153 do Código Penal) foi pensado sob roupagem e em época distinta, em que dominavam os monopólios da geração e distribuição, sem a figura do agente comercializador e sem a existência da disposição atual do Código Civil.

Por conta dessas visões ampliadas é que se tornou premente analisarmos os contratos de "compra e venda" de energia elétrica no mercado livre, a fim de trazermos luzes sobre seu enquadramento como uma típica compra e venda, seus reflexos e consequências no campo do direito civil.

Este estudo visa trazer para mais próximo um campo de atuação que, no presente, ainda se encontra distanciado do jurista civilista, o qual precisará ser chamado a atuar nessa seara, haja vista o interesse dos agentes desse mercado em atrair segurança jurídica, a par da financeira, para um mercado ainda tão recente, mas que busca ampliar-se a ponto de alcançar até mesmo o atual consumidor final ou residencial, o qual, um dia, poderia optar por adquirir a energia elétrica de quem lha ofertasse em condições que julgasse mais adequadas, inclusive por meio de reais e funcionais bolsas de comercialização de energia elétrica.

A função do contrato sobre o qual nos debruçamos neste estudo é a de organizar a produção e a negociação da energia elétrica (atividade econômica), no e pelo próprio mercado livre, a fim de que se firme a convicção e se coloque em prática a liberdade de contratação para a aquisição de tal bem, que, em virtude da inovação trazida no Código Civil, nos legou uma plena visão negocial sobre o mesmo, sem macular ou superar qualquer posição constitucional sobre o tema, haja vista a abertura constitucional sobre a titularidade da própria energia elétrica – enquanto produto da exploração das usinas de geração de energia

hidrelétricas – e a falta de qualquer enunciado quanto à energia elétrica advinda de fontes eólicas e biomassa, por exemplo.

Por fim, resta consignar que, não obstante no atual Estado Social Brasileiro haver o primado do interesse público sobre o privado, não podemos perder de vista a influência que o direito privado possui no campo do direito público, o que embasa a atualidade e o interesse no presente trabalho, pontapé inicial de tantos outros que estão por vir em temática tão rica.

Em sendo assim, arrematamos com as conclusões a respeito da análise central sobre a energia elétrica enquanto *res* no modelo contratual que se costuma utilizar no mercado livre de comercialização de energia elétrica, a formação do consenso e do preço na sua negociação, bem como a aplicabilidade dos princípios contratuais em tal relação contratual, a fim de, em seguida, trazermos subsídios para um caminho às indagações inicialmente lançadas e que compõem os três elementos que apresentamos na introdução: como o direito civil lida com a energia elétrica, um bem móvel e imaterial de produção e consumo imediatos; qual a roupagem contratual pela qual permite a sua comercialização e o que se conserva desse ramo do direito em um tema mergulhado no âmbito regulado.

Como visto, não existem mais discussões sobre ser a energia elétrica um bem móvel passível de ser negociado, posto o legislador civilista ter lançado as energias valoráveis economicamente no rol dos bens móveis, dentre as quais, conforme detalhamos em capítulo inicial, destacamos a energia elétrica.

A mesma é objeto de comercialização em ambiente de livre negociação, regulamentado minimamente, onde se torna mercadoria vendida pelos geradores e/ou empresas comercializadoras e adquirida por clientes denominados consumidores livres, hoje categorizados em empresas que usam a energia elétrica basicamente como um insumo em sua linha de produção.

É sob o manto dessa ambientação que analisamos o contrato modelo padrão da ABRACEEL, por meio do qual tais agentes comercializam a energia elétrica, à luz das regras civilistas, apontando-se que:

(i) a mesma pode ser entendida como *res* para fins de caracterização de coisa a ser objeto de um típico contrato de compra e venda, pois, não obstante ser imaterial e não estocável, resta como obrigação de ser entregue pelo vendedor ao comprador, o qual fica com

a contraprestação de pagamento do preço ajustado, haja vista que tal contrato tem eficácia obrigacional e não real;

(ii) neste ponto, relembramos que o nome do contrato poderia ser de cessão de direitos sobre a energia elétrica, visto que, apesar de ter a mesma natureza da compra e venda, a nomenclatura cessão de direitos se aplica para situações em que a coisa objeto da transferência é imaterial, como no caso em análise. Até porque, adotando-se essa denominação, reforçamos as diferenças que localizamos entre elementos da comercialização da energia elétrica e do contrato tipo de compra e venda, sem, contudo, desnaturar a essência do mesmo;

(iii) é um bem móvel que, em razão da geração e consumo constantes, pode-se afirmar que não existe, propriamente, no momento da formalização do contrato, na medida em que aquela que será "entregue" não é a mesma que foi gerada naquela época, haja vista que os elétrons não contêm marcações, não se garantindo, de modo individualizado, de onde vêm. Por esse motivo, não pode ser conceituada como um bem próprio do vendedor, pelo que não é aplicável qualquer alegação quanto a vício redibitório, muito menos ser protegida pelas regras do direito de sequela, não havendo que se falar, inclusive, na possibilidade de comercialização de energia elétrica por amostras, pelo que não são aplicáveis as disposições do art. 484 e seu parágrafo único do Código Civil. O que pode ocorrer é venda de energia elétrica por periodicidade curta, em atenção às necessidades do adquirente. Apesar de ser um bem futuro (vende-se a disponibilidade da energia elétrica à frente), ainda que não venha a existir ou ser entregue, em razão das regras do ACL, o contrato se mantém, tem eficácia, não deixando de existir, pelo que não é aplicável a parte final do art. 483 do Código Civil. Por esses motivos, entendemos que, apesar de estar em uma relação de cunho privado, a energia elétrica não pode ser configurada como bem de propriedade privada, pelo que optamos por conceituá-la, para fins do objeto deste trabalho, como um bem não público;

(iv) para suprir a ausência dessas proteções sobre tal bem, são estabelecidas as cláusulas e os mecanismos de compensações e garantias financeiras, para que, justamente em havendo inadimplência, haja formas de penalizar o vendedor, sem qualquer direito de arresto ou sequestro de tal bem, fisicamente impossíveis. São mecanismos de compensação, posto não ser viável retirar o bem do domínio ou uso por parte do comprador. Até o momento da tradição, correm por conta do vendedor os riscos desse bem, sendo certo que o comprador, por

não poder alegar a exceção do contrato não cumprido, não valendo as regras do art. 491 do Código Civil, terá de pagar o preço ajustado, em razão do mecanismo de apurações eletrônicas contábeis, pelo que é aplicável o *caput* do art. 492 do referido texto legal;

(v) apesar da mediação para apurar o seu quantitativo, não há como alegar que os riscos sobre a mesma se transferem para o comprador logo em seguida a tal apuração, em razão de ser imediato o seu consumo, muito menos se estiver em mora, não sendo possível a aplicação dos parágrafos 1º e 2º do art. 492 do mesmo diploma legal;

(vi) não é aplicável o disposto nos arts. 493 e 494 do Código Civil, pois não há como não se estipular onde será o ponto de entrega do bem, dadas as particularidades do mesmo. De qualquer forma, ainda que não se apure, a medição se dará no centro de entrega da energia elétrica ao consumidor livre, e não no ponto de geração, pois, como visto, não se sabe de onde provém a energia elétrica usada, sendo que o que importa é a demanda e o consumo;

(vii) existindo, portanto, a coisa objeto da comercialização, as partes irão pactuar as regras contratuais que deverão convergir, para que se formalize a cessão em etapa posterior, com a "entrega" do bem adquirido, o que condiz com o consenso igualmente exigido no contrato de compra e venda, de natureza obrigacional e não real, pelo que se encaixa a energia elétrica como sua *res*. A entrega efetiva da energia elétrica é apurada pela CCEE, mas não com o intuito de formalizar o contrato, apenas para verificar o adimplemento contratual – a mesma regra que se aplica a qualquer contrato de compra e venda de outro tipo de bem;

(viii) em razão das aferições financeiras das obrigações contratuais, não há que se falar em adimplemento substancial, posto que ambas as partes devem adimplir com o quanto ajustaram, sob pena de serem executadas as garantias financeiras e de lastro que deram, não sendo possível alegarem que adimpliram em parte com o quanto ajustado, e, por isso, pode haver redução de responsabilidades negociais. Logo, igualmente não é aplicável a regra do § 2º do art. 492 do Código Civil;

(ix) por esse motivo, entendemos que há comutatividade contratual *sui generis* no contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente livre, que não é medida pela disponibilidade física da mesma, mas, antes, pela econômica. Existe uma álea natural na efetiva entrega física, mas que, como visto, não é parte integrante de tal contrato, não o tornando um contrato puramente aleatório, visto que as partes pactuam montantes, prazos e preços, e a energia elétrica será efetivamente gerada em algum ponto e consumida pelo

adquirente em outro (centro de gravidade do recebimento da energia). Trata-se de um modelo híbrido, visto que o contrato permite a alocação de riscos pelas partes na sua formatação;

(x) ademais, trata-se de um contrato de duração ou de trato sucessivo, pois a execução não se pode medir em um só instante. Em razão das medições ou apurações temporais que se fazem para avaliar o cumprimento das obrigações de cada uma da partes, podemos afirmar que não cabe a arguição da exceção de contrato não cumprido, pois, caso a parte vendedora deixe de entregar ou registrar a quantidade contratada de energia elétrica, ato contínuo a tal apuração, a mesma já deverá pagar à parte compradora, como compensação, um valor proporcional à quantidade de energia não registrada, cujo valor será apurado pelo mecanismo do Preço de Liquidação de Curto Prazo. O mesmo ocorre para a parte compradora que, em não aceitando ou validando a quantidade de energia contratada, no todo ou em parte, pagará como compensação, à parte vendedora, o preço da quantidade de energia elétrica contratada não aceita ou não validada;

(xi) como partes legítimas, temos o gerador da energia elétrica, ou, mesmo, um agente comercializador, que poderá negociar a energia que tenha adquirido de outros geradores e que tenha em "sua carteira" de contratos para revenda. Nessa hipótese, como vimos, igualmente se aceita que um denominado comercializador varejista atue em nome de diversos consumidores livres, eliminando as exigências de cadastros e registros destes perante a CCEE. Trata-se de mero representante legal, que não macula a legitimidade das partes envolvidas e que são essenciais à formalização do contrato de compra e venda;

(xii) o preço, igualmente, porta-se como elemento de um típico contrato de compra e venda, na medida em que as partes pactuam as regras sobre sua aferição e valor, sendo que, pelas regras aplicáveis ao mercado (a regulação mínima), já estão cientes das possibilidades de oscilações em razão da natureza hidrológica da geração da energia elétrica no Brasil, vindo a incidir as regras do preço apurado caso a caso (PLD ou mercado *spot*), o que nos leva ao art. 487 do Código Civil, não podendo ficar ao arbítrio de um terceiro, contrariamente ao que o art. 485 do mesmo diploma legal permite para o modelo típico de contrato de compra e venda. Por não haver um típico mercado de bolsa dessa mercadoria, não há que se falar na aplicabilidade do art. 486 do referido texto legal. De qualquer forma, podemos afirmar que o preço é sério ou verídico, objetivamente justado de acordo com as condições naturais de geração da energia elétrica, sendo nulo o contrato no qual a precificação ficar ao arbítrio de

uma das partes, na linha do art. 489 do Código Civil. Na falta de acordo sobre o preço, aplicar-se-ão as regras do PLD, que já são fixadas pelo preço médio, nos termos do quanto dispõem o *caput* e parágrafo único do art. 488 do Código Civil. As possíveis variações são ínsitas ao ambiente energético e traduzem o que já apontamos como a derrogação do privado diante do público, posto que as partes não conseguem elidi-las se houver situações ensejadoras de sua aplicação. Nesse aspecto, preço existe, mas o que verificamos é uma minimização da liberdade das partes, o que já vimos ser natural nessa forma de contratação e se mostra como um ponto de tensão entre o direito privado e o direito público; isso fará parte dos apontamentos finais deste capítulo;

(xiii) pelo modelo de contrato de comercialização de energia elétrica, é possível que, na hipótese de insolvência do comprador, seja o mesmo rescindido. No entanto, entendemos que é possível as partes pactuarem que o vendedor poderá ter a medição da entrega da energia elétrica sobrestada até que seja executada ou entregue garantia financeira concedida pelo comprador, pelo que é aplicável o art. 495 do Código Civil;

(xiv) como consequência, o *pacta sunt servanda* sofre relativização nessa modalidade contratual, justamente porque o meio influencia sobremaneira o que as partes ajustaram, na medida em que, por haver flutuações ou variações nas regras de precificação – e até mesmo alterações possíveis no quantitativo de energia elétrica a ser gerado e, posteriormente, entregue –, dificilmente as partes firmam um contrato de comercialização de energia elétrica no mercado livre e o deixam "na gaveta", aguardando sua execução natural. As pactuações acabam sendo objeto de revisões naturais e ordinariamente aceitas, registradas junto à CCEE sem maiores dificuldades, o que corresponde a uma certa aplicação natural do princípio do equilíbrio contratual, mas sem que o mesmo venha a ser exigido de forma judicial, quando não houver ajustes entre as partes, posto que as externalidades e áleas do mercado são ínsitas ao modelo analisado;

(xv) existem situações contratuais em que a compra e venda da energia elétrica são pontuais (as partes ajustam a entrega da energia para um período certo, delimitado e curto), não havendo perpetuação de obrigações no tempo, hipóteses nas quais é impossível se falar em imprevisibilidade no adimplemento das obrigações contratuais, pois a imprevisão só se aplica para contratos de trato sucessivo;

(xvi) como reflexo dessas variações, os efeitos das contratações de comercialização de energia elétrica no mercado livre não ficam adstritos aos entes participantes da própria relação, havendo mitigação da aplicação do princípio da relatividade dos contratos, em razão da interligação que existe entre os agentes e suas práticas e os dois campos de atuação – cativo e livre –, em especial, porque a entrega física da energia elétrica está atrelada aos contratos de distribuição e/ou transmissão. Trata-se de mais uma tensão entre o privado dessa relação contratual e o ambiente público originário do fornecimento da energia elétrica, pois, nestes últimos contratos, o princípio da publicidade e da eficácia pública dos mesmos é a regra, ao passo que, para os contratos de comercialização de energia no ambiente livre, apesar da liberdade contratual das partes (que já se viu igualmente relativizada) que albergaria a possibilidade de relatividade dos efeitos dos contatos, esta é reduzida, justamente por conta da socialidade e essencialidade da energia elétrica e da interligação dos mercados em termos de reflexos financeiros, que exigem ampliação dos reflexos do contrato para todo o mercado;

(xvii) a mitigação da relatividade, na verdade, decorre da função social desse contrato encerrada no seu objeto contratual, o que acaba com a aparente tensão apresentada no item anterior, transformando-se a comercialização da energia elétrica no ambiente livre em um ponto de equilíbrio entre os dois lados – público e privado –, mas que tende ao privado, em especial, pelas expectativas futuras de se negociar a energia elétrica como uma mercadoria qualquer, quer via bolsa de energia, quer via contratações entre consumidores finais e, até mesmo, negociações dos excedentes pelos consumidores finais e/ou livres.

Como analisamos, apesar de os três requisitos – *res*, preço e consenso – existirem, entendemos que não estamos diante de um típico contrato de compra e venda, pois outros elementos integram tal contratação e a tornam uma mescla de tipos, gerando um modelo híbrido, pois:

(i) tem características de um contrato de fornecimento de longo prazo, visto que, em razão das flutuações possíveis entre prestação e contraprestação, é aceito que as partes pactuem que o comprador garantirá, ao longo de um período, um fluxo mínimo de pagamento ao vendedor, independentemente da quantidade de energia elétrica efetivamente a ser usada, sendo que eventuais ajustes são feitos ao longo da contratação. O comprador deverá informar ao vendedor os períodos e quantitativos de energia elétrica que deseja, em conexão com a

modulação da parte vendedora, que será apresentada de acordo com o cronograma de entrega (período de suprimento);

(ii) ao mesmo tempo, em razão de a apuração do cumprimento das obrigações ser efetivada em um sistema de contabilização, junto à CCEE, aproxima-se de um contrato de financiamento, na medida em que se apura por medições de débito e crédito (balanço) o atingimento das obrigações, quais sejam, a de garantia de lastro para posterior entrega da energia elétrica, pelo lado do vendedor, e de pagamento pela mesma por parte do comprador; até porque, no geral, o comprador paga o preço antecipadamente, como se estivesse financiando a entrega futura do bem;

(iii) atrelado ao item anterior e por conta da imaterialidade do bem, estamos diante de uma cessão de direitos sobre um bem imaterial, o que, apesar dessa denominação, permite a aplicação de disposições legais do típico contrato de compra e venda, uma vez que cessão de direitos é a denominação que se dá para a aquisição de um bem imaterial.

Verificamos que se trata de uma compra e venda com entrega futura, mas com nuances de outros modelos contatuais, o que, em suma, permite que possa ser entendido como um contrato *sui generis* de compra e venda. De qualquer forma, comercialização existe, com bem, consenso e partes que acordam o pagamento de um preço contra a entrega de um bem, ainda que posteriormente e de forma imaterial.

Apenas ressalvamos que, sob a visão presente do mercado livre, esse contrato tem um cunho empresarial, pois, como já vimos, a energia elétrica é usada pelos consumidores livres (grandes empresas), como mais um insumo em sua linha de produção, tanto que, conforme destacamos, não poderemos, nessas hipóteses, aplicar as disposições do Código de Defesa do Consumidor, visto que tais empresas não se assemelham a um consumidor, pela conceituação finalística disposta no art. 2º do referido diploma legal.

Entendemos, contudo, que a ampliação da venda da energia elétrica para todos os consumidores finais permitiria mudar a visão do mesmo para a de um contrato existencial, pois esse bem, de extrema necessidade, acabaria por servir de elemento essencial à vida, como os alimentos e a água, por exemplo, quando então a relação entre o vendedor da energia elétrica e o consumidor livre pessoa física se assemelharia, para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a uma relação de consumo, sendo inviável a suspensão na entrega da energia elétrica por qualquer inadimplemento por parte do consumidor livre final.

Com os subsídios trazidos até agora, delineamos os seguintes pontos para o desenho de uma possível resposta às questões apresentadas:

(i) o bem energia elétrica, apesar de não ser material, nem estocável, mantém a regra básica de nosso direito civil de que a propriedade se transfere mediante a tradição, visto que a mesma é transportada pelos fios (via SIN) da rede elétrica e é medida, em termos econômicos e financeiros, pela CCEE, via sistema de compensações (apura-se a entrada de energia e a saída em termos de quantidade de pagamentos feitos pelo consumidor livre ao fornecedor da energia). É um sistema que depende de uma análise matemática, mas que permite ao jurista, ainda que financeiramente, apurar e visualizar a entrega ou cessão do mesmo. De qualquer forma, a entrega física da energia elétrica não é elemento essencial à formalização do contrato de compra e venda no ambiente livre, pelo que entendemos ser viável denominarmos tal figura contratual de cessão de direitos da energia elétrica, a qual não têm formalidades registrais cartorárias, mas apenas junto à CCEE, sendo que podemos aplicar regras do contrato de compra e venda, de acordo com o que apresentamos nos tópicos anteriores;

(ii) tendo por base a premissa anterior e tendo visto que o legislador do Código Civil trouxe a inovação do inciso I do art. 83, é certo que o direito civil acolhe a energia elétrica enquanto bem passível de negociação via contrato particular. Contudo, regras de direito de sequela e vícios redibitórios não são possíveis de serem aplicados, visto que a questão da titulação sobre esse bem é algo impossível de ser solucionada, salvo por uma ficção jurídica, na medida em que a energia física não é vista, rastreada ou armazenada. Nesse aspecto, podemos afirmar que as regras de regulação, que estabelecem o ponto de entrega da energia e o quantitativo, mensurável por meio de apurações matemáticas (e não físicas), acabam servindo de respaldo para que o jurista civilista entenda como adimplente o vendedor que as observa, em nítida situação de derrogação do privado pelo público;

(iii) sob esse enfoque é que o princípio da publicidade acaba se destacando sobre o da liberdade contratual e o da força obrigatória dos contratos, visto que o que vale mais são as regras que tornam passível de negociação tal bem no ambiente livre. Não obstante, entendemos que, apesar dessa mitigação, o princípio da função social se materializa na comercialização da energia elétrica no ACL, posto que acabamos tendo um caso prático e real de um bem que, por si e por suas características, torna o contrato no qual é objeto realmente funcional para a sociedade e carrega, por conta dos ajustes que as partes naturalmente fazem

no decorrer da sua vida útil, o equilíbrio contratual ínsito, sem necessidade de intervenção judicial, muito ao contrário. Por esse motivo, entendemos que aquela possível derrogação parcial das regras de direito privado acaba sendo mitigada, não havendo que se falar em suplantação do direito público;

(iv) por esses aspectos, a comercialização da energia elétrica no ambiente livre exige que a figura contratual aplicada não seja a de um típico contrato de compra e venda, pois não estamos diante de um bem comum como tantos outros, mas, antes, diante de um bem que exige regras de fornecimento (e que estão desenhadas nos regramentos do mercado) e de apurações financeiras (igualmente formalizadas em normativos da CCEE) acopladas às de direito civil reguladoras da compra e venda, o que nos lega um contrato de roupagem mista e reforça o equilíbrio entre os dois ramos do direito que apontamos anteriormente;

(v) as regras básicas da formação dos contratos e, em particular, do contrato de compra e venda, estão mantidas nesse modelo de comercialização da energia elétrica no ACL, não podendo ser usadas regras de vício redibitório ou de direito de sequela para reaver o bem, visto que suas atribuições físicas não o permitem. O que se usa são as regras de compensação financeira da CCEE para apurações de adimplência das obrigações, com eventual aplicação de punições monetárias e de cadastramento (deixar de negociar no mercado, não pode adquirir energia elétrica no mercado livre, entre outras);

(vi) por isso, entendemos que se trata de uma regulação mínima a qual não inviabiliza que o direito civil se debruce sobre tal contrato e que sobre o mesmo o jurista teça argumentações que possam ser usadas, quer no aprimoramento de cláusulas contratuais, quer na elaboração de defesas em casos levados a julgamento; não há sobreposição de direito público sobre o privado, mas existem zonas de interface ou de tensão, as quais apontamos no decorrer do trabalho e que exigem um exercício interpretativo desse jurista, a fim de trazer saídas que permitam manter a liberdade contratual base dessa relação negocial.

Tomando por base tudo o quanto foi apresentado, entendemos que um jurista civilista pode se valer das características diferenciadas do bem energia elétrica, bem como dos contornos específicos que o contrato para sua comercialização no mercado livre acaba tomando, para trazer a lúmen um enfoque maior à mesma, quando dos estudos introdutórios do direito civil, em particular, nos estudos atinentes à parte dos bens.

Conforme já destacado, os manuais de direito civil não exploram a inovação trazida no inciso I do art. 83 do Código Civil, que, não obstante já ter respaldo em disposições legais do direito penal, se mostra como a porta de entrada da temática no campo civilista, visto que, se os tempos evoluírem a ponto de a energia elétrica ser realmente negociada em bolsa de mercadorias, em âmbito ampliado até mesmo para consumidores finais, será o jurista instado a se manifestar a respeito das dificuldades que vierem a pontuar as negociações contratuais envolvendo tal bem.

Trabalhar a composição de um contrato que tem um objeto não material, não estocável, difícil de precificar, altamente consumido e imprescindível, o qual já pode ser gerado na casa de um consumidor final, mas que ainda não tem regras definidas sobre sua negociação no âmbito doméstico – porém, por certo, acabará tendo que ter –, é algo instigante, mas, ao mesmo tempo, desafiador ao jurista.

Sabemos que o direito costuma vir depois dos fatos, até porque, no geral, não se pode antevê-los. Contudo, tendo em vista que a temática estudada já se encontra vigente e cria dificuldades de análises e estudos sob o viés civilista, visto que não há material, doutrinário e/ou jurisprudencial a respeito, cremos ser o momento de ser a mesma trazida pelas mãos dos civilistas, até mesmo para instigar mais debates e questões a respeito.

O presente trabalho, conforme dito, buscou delinear o assunto, carreando elementos externos, de outros ramos de estudo, em especial do direito público, justamente para plantar a semente no campo onde restava deserta a sua análise, instando o civilista a se debruçar sobre os elementos apresentados e a repensar o tema, sob forma enfocada, aprofundando-o cada vez mais.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. CCEE estuda divulgar preço da energia no mercado livre. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 30 mai. 2012. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2012/05/30/internas_economia,297341/ccee-estuda-divulgar-preco-da-energia-no-mercado-livre.shtml>. Acesso em: 11 jul. 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução ANEEL nº 414, de 09 de setembro de 2010**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2010414.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. **Resolução nº 3, de 06 de março de 2013**. Disponível em: < http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2013003cnpe.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. **Resolução Normativa nº 376, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2009376.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2014.

_____. **Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012.** Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2012.

_____. **Resolução Normativa nº 551, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2013551.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor:** pontos de convergência. Palestra realizada no Seminário "EMERJ debate o Novo Código Civil – o Novo Código Civil e o consumidor", realizado no Fórum Central do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 11 abr. 2003, p. 1-2. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/574/O_Novo_C%C3%B3digo_Civil_e_o_C%C3%B3digo_de_Defesa_do_Consumidor.pdf?sequence=3>. Acesso em: 07 mar. 2012.

_____. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). **Responsabilidade civil:** estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 382-408.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In: FARIAS, Cristiano Chaves

de (Org.). **Leituras complementares de direito civil:** o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Edições JusPodivm, 2007. p. 233-244.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Elementi di diritto privato**. Roma: GLF Editori Laterza, 2001. 458 p.

ÁLVARES, Walter Tolentino. **Curso de direito da energia**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 692 p.

_____. **Introdução ao direito da energia nuclear**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975. 187 p.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008. 184 p.

AMBIENTE ENERGIA. **Consumidor especial:** expansão à vista. Disponível em: <http://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2012/07/consumidor-especial-expansao-a-vista/20140/>. Acesso em: 16 jul. 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 852 p.

_____. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. XI, p. 3-42, 2002.

ARAÚJO, João Lizardo Rodrigues Hermes de; OLIVEIRA, Adilson de. **Questões de política energética brasileira para o fim do século**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/eventos/pdfs/seminarios/pesquisa/cap1questoes_de_politica_energetica_brasileira_para_o_fim_do_seculo.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2013.

ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Macroeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 75-114.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Condições gerais ABRACEEL para contratação de compra e venda de energia elétrica (V1.2)**.

Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/archives/files/contrato-padrao-abraceel-v1-2.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2014.

_____. **Contrato padrão ABRACEEL**. Condições gerais ABRACEEL para contratação de compra e venda de energia elétrica (V1.1). Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/contratoPadrao.asp>. Acesso em: 31 set. 2014.

_____. **Quem pode ser consumidor livre**. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/mercado_livre/quem_pode_ser_consumidor_livre>. Acesso em: 02 ago. 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PRODUTORES INDEPENDENTES DE ENERGIA ELÉTRICA. **O setor elétrico brasileiro**. A visão dos produtores independentes de energia elétrica sobre a ampliação do mercado livre. Disponível em: < http://www.acenergia.com.br/imagens_materias/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20APINE.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2013.

AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine; RAU, Charles. **Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie**. v. IX. 5. ed. Paris: Marchal et Billard, 1917. 631 p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Novo Código Civil:** das várias espécies de contrato. v. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 463 p.

_____. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 190 p.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por atos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 109-125.

_____. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3-24.

_____. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 38-54.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, ano 89, p. 11-17, mai. 2000.

_____. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do "programa contratual" estabelecido. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 159-172.

_____. Natureza jurídica do *leasing* financeiro. Validade ou nulidade da cláusula de pagamento antecipado da opção de compra ("valor residual garantido"). Atualização em dólar e alteração das circunstâncias. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 263-270.

_____. O direito como sistema complexo e de 2ª 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. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25-37.

_____. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137-147.

_____. (Parecer) Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: _____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87-106.

_____. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____.**Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 182-198.

BAHNEMANN, Wellington. Com a seca, empresas já pagam mais até por energia negociada para 2015. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 13 fev. 2014. Economia, p. B1.

BALCÃO BRASILEIRO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA. **Serviços**. Disponível em: <http://www.bbce.com.br/produtos-e-servicos/servicos.html>. Acesso em: 06 set. 2012.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996. 584 p.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-135.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; CHAUVEAU, M. **Traité théorique et pratique de droit civil:** des biens. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1905. 925 p.

BECHARA, Ana Elisa. **Da teoria do bem jurídico:** como critério de legitimidade do direito penal. 2010. 464 f. Tese (Concurso de Livre-Docente para o Departamento de direito penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. A exploração dos potenciais de energia hidráulica e seu "aproveitamento ótimo". **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 38-41, jul.-set. 2011.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 278 p.

BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. v. 1. Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 1953. 210 p.

BIODIESELBR.COM. **Panorama energético natural e perspectivas futuras**. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/energia/agro-energia.htm>. Acesso em: 27 ago. 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos civis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. 229 p.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** por uma teoria geral da política. 2. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173 p.

BOBIN, Jean-Louis. **A energia**. Tradução de Nuno Romano. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. 134 p.

BOWLES, Roger. **Diritto e economia**. Bologna: Il Mulino, 1985. 300 p.

BRASIL. **Decreto nº 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: 08 fev. 2013.

_____. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em: 17 jan. 2013.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 07 fev. 2013.

_____. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm#art16>. Acesso em: 28 fev. 2012.

_____. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648compilada.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

_____. **Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

_____. **Portaria nº 455, de 02 de agosto de 2012**. Disponível em: < http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/legislacao/portaria/2012/Portaria_n_455-2012.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

_____. **Projeto de Lei do Senado, nº 402, de 2009**. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=93127>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciados Aprovados –** I Jornada de Direito Civil. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 612.439**. 2ª T., STJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, unanimidade. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=589042&sReg=200302124603&sData=20060914&formato=PDF>. Acesso em: 04 ago. 2013.

_____. **Recurso Especial Nº 932.557 - SP (2007/0052266-7)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20446745&num_registro=200700522667&data=20120223&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. **Recurso Especial Nº 1.195.642 - RJ (2010/0094391-6)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733695&num_registro=201000943916&data=20121121&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Bulding a smart Brazilian electricity market**. Disponível em: <www.ccee.org.br/cs/groups/bibpublic_comunicacao/documents/conteudoccee/ccee_062683.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

_____. **Procedimentos de comercialização**. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/procedimentos?_afrLoop=114241996301000#%40%3F_afrLoop%3D114241996301000%26_adf.ctrl-state%3Daws25n4vv_4>. Acesso em: 02 fev. 2014.

_____. **Regras de comercialização**. Glossário de Termos/Interpretações e Relações de Acrônimos. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/cs/groups/bibpublic_regras/documents/conteudoccee/ccee_059062.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2014.

CAMPOS, Clever Mazzoni. **Curso básico de direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. 168 p.

CANAZIO, Alexandre. **CCEE quer implantar índice de referência de preço do mercado livre em 2013**. Disponível em:

<www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Mercado_Livre.asp?id=87762#>. Acesso em: 14 fev. 2012.

CANTON FILHO, Fábio Romeu. **A valoração do bem jurídico penal e a Constituição Federal de 1988:** a evolução histórica das criminalizações no direito penal brasileiro. 2009. 279 p. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, mimeo.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte especial. v. 2. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 596 p.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil:** les biens. v. 3. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1956. 383 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Studi di diritto industriale**, Roma: Athenaeum, 1916. 264 p.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito civil:** questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões. 3. ed. rev., atual. e aum. Niterói, RJ: Impetus, 2009. 572 p.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 99-125.

CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. 277 p.

CIAN, Giogio; TRABUCCHI, Alberto. **Commentario breve al codice civile**. Milano: CEDAM, 1992. 2. ed. 693 p.

CÓDIGO CIVIL ONLINE. Código Civil de la Nación Argentina. Disponível em: <http://www.codigocivilonline.com.ar/>. Acesso em: 17 ago. 2012.

_____. **Titulo I:** de las cosas consideradas en sí mismas, o en relación a los derechos. Disponível em: <http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_2311_2350.html>. Acesso em: 22 set. 2013.

COLACIOS, Roger Domenech. **A produção científica em energias alternativas no Estado de São Paulo –** o caso do PIPGE/USP (1992/2002). 2010. 196 f. Dissertação (Mestrado em história social) – Faculdade de filosofia, letras e ciências humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: _____. **Direito empresarial:** estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 3-26.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXV (nova série), n. 63, p. 71-79, jul.-set. 1986.

_____. O papel do jurista no mundo em crise de valores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, v. 713, p. 277-283, mar. 1995.

COMPORTI, Marco. **Instituzioni di diritto privato**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. 1.186 p.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DE PAIS. **Código Civil Português:** actualizado até à Lei 59/99, de 30/06. Disponível em: <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>. Acesso em: 18 abr. 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Teoria geral do direito civil:** introdução. Pressupostos da relação jurídica. v. I. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. 733 p.

_____. **Tratado de direito civil português**: parte geral. Tomo II - coisas. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. 264 p.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (org.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-165.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal objetivo:** breves comentários ao Código. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. 731 p.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: FILHO, Calixto Salomão (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65-86.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos bens públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1969. 389 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Energia e direitos humanos. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 mai. 2006. Opinião, p. 13.

DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. In: DA ROCHA, Fábio Amorim (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p. 47-71.

_____. O mercado de energia elétrica no Brasil e alguns desafios. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano VIII, n. 011, p. 83-92, abr. 2012.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos:** as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002. 260 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005. 765 p.

_____. **Do direito privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989. 175 p.

_____. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 465 p.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. 1.266 p.

DORIA, Giovanni. **Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale:** Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente. Roma: Milano Dott. A. Guiffrè Editore, 1994. 193 p.

DRUFFIN-BRICCA, Sophie; HENRY, Laurence-Caroline. **Droit des biens**. 5. ed. Paris: Gualino Lextenso, 2013. 253 p.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. 371 p.

ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Exposição de motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de janeiro de 1975**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2012.

EUR-LEX. **Directiva nº 2001/77**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:283:0033:0033:PT:PDF>. Acesso em: 05 mai. 2013.

EUROPEAN FEDERATION OF ENERGY TRADERS. Disponível em: <http://www.efet.org/About_EFET/Whats_EFET_4836.aspx?urlID2r=22&urlID2r=2>. Acesso em: 04 jul. 2012.

FADEL, Marcelo Costa. **O direito da energia elétrica sob a ótica do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 296 p.

FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto Seabra. Evolução da regulação nos contratos de energia elétrica. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, n. 10, p. 9-28, dez. 2010.

_____. Os novos rumos do direito da eletricidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 1-29, abr.-jun. 2001.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Teoria geral do direito civil**. v. I. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. 733 p.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito:** un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: Editorial B de F; Buenos Aires: Euros Editores, 2004. 391 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. 895 p.

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. 345 p.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras:** o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005. 320 p.

FIORE, Pasquale. **Diritto civile italiano:** secondo la dottrina e la giurisprudenza. v. 3. Napoli: Eugenio Marghieri, 1922. 640 p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Curso de direito da energia:** tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 300 p.

FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 516 p.

_____. **Direito civil:** curso completo. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 1.112 p.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. 351 p.

FRANCO, Alberto Silva. Título II – Dos crimes contra o patrimônio. In: _____. et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 1928.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos:** direito civil e empresarial. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 446 p.

_____. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLVIII (Nova Série), n. 151-152, p. 32-35, jan.-dez. 2009.

FREENFO.NET. **Codice Penale**. Libro II. Disponível em: <http://libri.freenfo.net/D/D0000402.html#524>. Acesso em: 29 jan. 2013.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. 307 p.

_____. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. 328 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** contratos em espécie. v. 4. Tomo II. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. 718 p.

GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade afluente**. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1987. 290 p.

GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale:** le categorie generali, le persone, la proprietà. v. 1. Padova: CEDAM, 1990. 596 p.

_____. **Diritto privato**. 15. ed. Padova: CEDAM, 2010. 1.060 p.

GARCIA, Armando Suárez. **Consumo de energia elétrica:** aspectos técnicos, institucionais e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011. 410 p.

GAZZONI, Marina. Pátria entra na compra e venda de energia. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 14 fev. 2012. Economia, p. B13.

GENTILE, Giovanni G. **Lezioni di diritto dell'energia:** le nuove tematiche. Milano: Giuffrè Editore, 1989. 121 p.

GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980. 846 p.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-33.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 222 p.

GOLDEMBERG, José. **Energia e desenvolvimento sustentável**. v. 4. São Paulo: Blucher, 2010. 94 p. (Série sustentabilidade).

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 523 p.

_____. **Novos Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 346 p.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito das obrigações:** parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 155 p.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Da compra e venda mercantil no direito comercial brasileiro**. 2. ed. melhor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1950. 686 p.

GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul.-set. 2011.

GORLA, Gino. **Teoria e prática da compra e venda**. Tradução de Alcino Pinto Falcão. v. I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. 364 p.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 336 p.

_____. **Direito, conceito e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 204 p.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. 143 p.

_____.; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. 352 p.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. v. I. Ijuí, RS: Editora da Unijuí, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. 406 p.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Uma análise da função social do contrato e da boa-fé objetiva como delimitadores da autonomia da vontade e como estruturadores da segurança jurídica contratual. In: PASCHOAL, Frederico; SIMÃO, José Fernando (Org.). **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. Campinas: Millenium, 2003. p. 29-55.

HAÏDAR, Tim. **10 reasons why energy storage is essential in the 21st century**. Disponível em: <http://www.energyig-online.com/renewable/articles/10-reasons-why-energy-storage-is-essential-in-the/&mac=EnergyIQ QI Featured 2011&utm source=energyIQ-online.com&utm medium=email&utm campaign=HrOptin&utm content=5/10/12>. Acesso em: 10 mai. 2012.

HEIDEIER, Raphael Bertrand. **Conceitos básicos de risco na comercialização de energia elétrica no setor elétrico brasileiro e a atuação governamental**. 2009. 126 f. Dissertação (Mestrado em engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos, em homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 79-111, abr.-jun. 2003.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 4. ed. Roma: Editori Laterza, 2001. 155 p.

ITURRASPE, Jorge Mosset. 10 años do CCB – derecho contractual constitucional: libertad, solidaridad y función social. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettor; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 254-272.

IUSCOMP. The Comparative Law Society. **Statutes**. Disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/statutes.htm>. Acesso em: 17 ago. 2012.

JORNAL DA ENERGIA. **BRIX bate novo recorde e supera 2 milhões de MWh negociados**. Disponível em: <http://www.jornaldaenergia.com.br/ler_noticia.php?id_noticia=9054&id_tipo=2&id_secao=13&id_pai=0&titulo_info=Brix%20bate%20novo%20recorde%20e%20supera%202%20milh%26otilde%3Bes%20d...>. Acesso em: 14 fev. 2012.

LAGO, Maria Soares do. Tipos de contratos internacionais de compra e venda de eletricidade. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano VIII, n. 011, p. 67-82, abr. 2012.

LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 246, p. 112-135, set.-dez. 2007.

_____. Medida provisória 579: uma guinada de 360°. **Valor Econômico**, São Paulo, 21. nov. 2012. Disponível em: <http://www.psdb.org.br/medida-provisoria-579-uma-guinada-de-360-artigo-de-elena-landau/>. Acesso em: 21 jan. 2013.

LARENZ, Karl. **Derecho civil:** parte general. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: EDERSA, 1978. 872 p.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A comercialização da energia elétrica no mercado atacadista de energia elétrica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 792, p. 157-169, out. 2001.

LEAL, Milton. Mercado livre: desafios para o crescimento. **Agência Canal Energia**, Mata de São João, BA, 30 nov. 2012. p. 1-5. Disponível em: < http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/imprimir.asp?id=92734>. Acesso em: 17 dez. 2012.

LEGIFRANCE. **Code Civil**. Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la proprieté. Titre IV. De la vente. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=A162D496E8E103927609471D04995E66.tpdjo07v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006136377&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120818>. Acesso em: 17 ago. 2012.

LIETUVOS RESPUBLIKOS SEIMAS. **Civil Code of the Republic of Lithuania**. Disponível em: <http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=245495>. Acesso em: 30 mai. 2013.

LIMA, Ricardo Gobbi. Comercialização de energia: alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Elena. **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 365-376.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos:** a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 614 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil:** contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. 462 p.

_____. **Comentários ao código civil -** parte especial: das várias espécies de contratos. v. 6 (arts. 481 a 564). São Paulo: Saraiva, 2003. 390 p.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil:** introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. 627 p.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais:** fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-74.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 613 p.

_____. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. 765 p.

LOTUFO, Renan. **Teoria geral dos contratos**. In: _____.; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1-22.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. 167 p.

LUMINOSO, Angelo. **La compravendita:** corso de diritto civile. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991. 260 p.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. 397 p.

MACHADO, Antônio Carlos Fraga. Evolução da comercialização de energia elétrica: 12 anos de aplicação da Lei nº 8.987/95. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano IV, n. 006, p. 42-56, nov. 2007.

MACHADO, Santiago Muñoz. **Servicio publico y mercado:** el sistema electrico. Madrid: Editorial Civitas, 1998. 203 p.

MAGALHÃES, Gerusa de Souza Côrtes. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre:** uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica. 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado em energia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 478 p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos da comercialização de energia elétrica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, n. 11, p. 118-140, jan.-jun. 2003.

_____. **Bens públicos:** função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 478 p.

MARRARA, Thiago. **Bens públicos:** domínio urbano, infraestruturas. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 360 p.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 466 p.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 488 p.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23-66.

_____. Introdução. In: _____.; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XVII.

_____. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

_____. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". In: _____.; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 150-151.

_____.; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. 226 p.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23-39.

MEDEIROS, Carolina. Momento de incerteza exige cautela na negociação de contratos no ACL, avalia PSR. **Agência Canal Energia**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/zpublisher/materias/clipping_web.asp?id=100124>. Acesso em: 13 mar. 2014.

MELO, Élbia; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. A indústria de energia elétrica brasileira: reflexões sobre regulação e defesa da concorrência. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano VII, n. 010, p. 119-160, dez. 2010.

MENDES, Maria Cristina Varalla; RODRIGUEZ, Caio Farah. Notas sobre alocação de riscos e garantias contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 393-414.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale** (codici e norme complementari). v. 3. 9. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. 700 p.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil:** direito das obrigações - 2ª parte. v. 5. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 646 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: _____. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-60.

MULLER, Bernardo. Economia dos direitos de propriedade. Parte I - direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito e economia. In: ZYLBERSZTAJN, Decio;

SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e economia:** análise econômica dos direitos e das organizações. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 91-101.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** parte geral. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 559 p.

NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 96-143.

NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. Da estrutura à função social do contrato: dez anos de um direito construído. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettor; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-291.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221-253.

_____. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 544 p.

NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da comercialização de energia elétrica no Brasil. In: NERY, Eduardo (Coord.). **Mercados e regulação de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Interciência, 2012. p. 57-152.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 3-21.

NORMA CIVIL. **Código Civil Español**. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>. Acesso em: 17 ago. 2012.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 710 p.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 383 p.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código civil anotado e comentado:** doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 1.858 p.

OVERSTAKE, Jean-Francis. **Essai de classification des contrats spéciaux**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. 273 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Contratos e obrigações:** pareceres - de acordo com o Código Civil de 2002. Seleção, atualização legislativa e ementas - Leonardo de Campos Melo, Ricardo Loretti Henrici e Cristiane da Silva Pereira Motta. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 536 p.

_____. **Instituições de direito civil**. v. I. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 463 p.

_____. **Instituições de direito civil**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 401 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Codice Civile annotato com la dottrina e la giurisprudenza**. Libro III. Napoli: Edizioni Scientifiche, 1991. 739 p.

_____. **Il diritto civile nella legalità costituzionale:** secondo Il sistema italo-comunitario delle fonti. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. 1.083 p.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 320 p.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise econômica do direito contratual. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 59-83, out.-dez. 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 553 p.

PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). **Economia da energia:** fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. 343 p.

PIPIA, Umberto. **L'elettricità nel diritto**. Milano: Editore Libraio dela Real Casa, 1900. 324 p.

PIRES, Adriano; HOLTZ, Abel. Geração de energia com resíduos sólidos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 24 ago. 2011. Economia, p. B2.

PIRES, Adriano; HOLTZ, Abel. Setor elétrico ante a demanda crescente. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 01 fev. 2012. Economia, p. B2.

_____. Reduzir as tarifas sem populismo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 01 ago. 2012. Economia, p. B2.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de droit civil français:** contrats civils. Tome X. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** parte especial. Tomo XXIII, atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 638 p.

_____. **Tratado de direito privado:** parte especial. Tomo XXXIX. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. 485 p.

_____. **Tratado de direito privado:** parte geral. Tomo 2. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Tratado de direito privado:** parte geral. Tomo II - atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 732 p.

POPP, Carlyle. A eficácia dos negócios jurídicos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 144-182.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 103 p.

PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico:** direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-32.

PROFESSOR LIGIERA. **Code Civil Français**. Titre préliminaire: de la publication, des effets et de l'application des lois en général. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_frances_(em_frances).pdf>. Acesso em: 26 abr. 2014.

PROFESSOR LIGIERA. **Code Civil Suisse**. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_(em_frances).pdf>. Acesso em: 18 abr. 2014.

_____. **German Civil Code**. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_(em_ingles).pdf>. Acesso em: 18 abr. 2014.

_____. **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

RANGEL, Leyla Castello Branco. **Código Civil:** anteprojetos. v. 4. Brasília: Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.

_____. _____. v. 5, tomo 1. Brasília: Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.

REALE, Miguel. **História do novo código civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 93.

REBOUL-MAUPIN, Nadége. **Droit des biens**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2012. 608 p.

REIS, Lineu Belico dos. **Geração de energia elétrica**. 2. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2011. 460 p.

RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Tradução de Agnes Schwarzschied. London: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949. 307 p.

RESCIGNO, Pietro. **Manuale del diritto privato italiano**. 8. ed. Napoli: Jovene Editore, 1988. 1.012 p.

REZENDE, Douglas Xavier de. **Lixo e energia**. Disponível em: <http://intranetcpfl/noticias/portaldenoticias/tabid/195/entryid/2466/lixo-e-energia.aspx>. Acesso em: 02 set. 2011.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato:** as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. 713 p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 776 p.

ROCHAS, Anna Flávia. **BRIX planeja mais leilões na plataforma de energia**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/brix-planeja-mais-leiloes-na-plataforma-de-energia>. Acesso em: 15 mar. 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 1988. 381 p.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Código Civil comentado -** compra e venda, troca, contrato estimatório: artigos 481 a 537. v. VI. Tomo I. São Paulo: Atlas, 2008. 647 p.

_____. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul.-dez. 2010.

ROLIM, Maria João Pereira. **Direito econômico da energia elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 322 p.

_____. Tributação e financiamento de obrigações públicas no setor elétrico. In: LANDAU, Elena. **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 389-414.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. 371 p.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il contratto**. Tomo primo. 3. ed. Torino: UTET, 2004-2005. 911 p.

SALES, Claudio J. D. Como diminuir a conta de luz. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 11 fev. 2012, p. B2.

_____. Energia sem ideologia. **Correio Braziliense**, Brasília, 06 jun. 2011. Disponível em: <http://www.acendebrasil.com.br/archives/files/20110606_CB_Energia.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2011.

_____. Rio+20 e o setor elétrico. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 08 jun. 2012. Economia, p. B2.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica:** princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. 239 p.

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de direito de energia:** da história. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. 480 p.

SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brazileiro e commmentario**. Tomo I. Rio de Janeiro: Casa dos Editores – proprietários H. Laemmert & C., 1884. 462 p.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Registro: 2011.0000143821. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5334509&cdForo=0>. Acesso em: 31 mai. 2014.

_____. Registro: 2012.0000121836. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5785163&cdForo=0>. Acesso em: 31 mai. 2014.

_____. Registro: 2013.0000697374. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7164473&cdForo=0>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. Registro: 2013.0000791110. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7270571&cdForo=0>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. Registro: 2014.0000197997. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7474102&cdForo=0>. Acesso em: 25 mai. 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 362 p.

_____. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 294-341.

SASSON, Jean Marc. **Sustentabilidade:** na luz da energia solar. Disponível em: <http://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2011/08/sustentabilidade-na-luz-da-energia-solar/12866>. Acesso em: 08 ago. 2011.

SCHILLER, Sophie. **Droit des biens**. 6. ed. Paris: Dalloz, 2013. 353 p.

SCUTO, Carmelo. **Instituzioni di diritto privato**. v. 1. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938. 603 p.

SIMÃO, José Fernando. **Direito civil:** contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 273 p.

SIMONCELLI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto privato italiano**. 8. ed. Roma: Athenaeum, 1929. 730 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Suzana Tavares da. O MIBEL e o mercado interno de energia. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.). **Temas de direito da energia**. Lisboa: Almedina, 2008. p. 295.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 247-265.

STOFT, Steven. **Power system economics, designing markets for electricity**. New York: IEEE Press, 2002, p. 40. Disponível em: <http://stoft.com/metaPage/lib/Stoft-2002-PSE-Ch-1-3,4,5,6.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2012.

STOLFI, Nicola. **Diritto civile**. v. 1. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1931. 918 p.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Existe monopólio do fio? **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, ano II, n. 003, p. 102-129, jul. 2005.

SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e economia:** análise econômica dos direitos e das organizações. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-86.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço de Código Civil**. v. I. Brasília: Ministério da Justiça; Fundação Universidade de Brasília, 1983. 350 p.

_____. **Esboço do Código Civil**. Rio de Janeiro: Departamento da Imprensa Nacional, 1952.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993. 137 p.

_____. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the Best knowledge of the Sellers*. In: _____. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 241-273.

_____. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. In: _____. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-145.

TEUBNER, Gunther. **Le droit:** un système autopoïétique. Tradução de Gaby Maier; Nathalie Boucquey. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN. **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm>. Acesso em: 15 ago. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 162 p.

TILBERY, Henry. O conceito de essencialidade como critério tributário. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). **Estudos tributários**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. p. 307-348.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158-179.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal:** de acordo com a Lei nº 7.209, de 11.07.1984, e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991. 362 p.

TOLMASQUIM, Mauricio T. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: DA ROCHA, Fábio Amorim (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p. 1-27.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Direito empresarial:** direito societário. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-67.

_____. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 168, p. 197-213, out.-dez. 2005.

_____. **Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé**. 2007. 495 f. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de direito civil da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, mimeo.

_____. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 103, v. 940, p. 49-85, fev. 2014.

TORRENTE, Andrea. **Manuale di diritto privato**. 9. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975. 1.101 p.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. 39. ed. Padova: CEDAM, 1999. 940 p.

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. 9. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1991. 969 p.

UDA, Giovanni Maria. **La buona fede nell'esecuzione del contratto**. Torino: G. Giappicheli Editore, 2004. 553 p.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Edições Almedina, 2011. 962 p.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da *propriedade* às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 763-788.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** contratos em espécie. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 674 p.

_____. **Direito civil:** parte geral. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 681 p.

_____. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 616 p.

VENZI, Giulio. **Manuale di diritto civile italiano**. 7. ed. Torino: Unione Tipografico; Editrice Torinese, 1933. 794 p.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 351 p.

VIEIRA, José Paulo. **Antivalor:** um estudo da energia elétrica construída como antimercadoria e reformada pelo mercado nos anos 1990. São Paulo: Paz e Terra, 2007. 312 p.

VIEIRA FILHO, Xisto. A regulação e a comercialização de energia. In: NERY, Eduardo (Org.). **Mercados e regulação de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Interciência, 2012. p. 37-55.

VINHAES, Élbia A. Silva. O novo modelo da indústria de energia elétrica brasileira. In: SCHMIDT, Carlos; CORAZZA, Gentil; MIRANDA, Luiz (Org.). **Energia elétrica em debate:** a experiência brasileira e internacional de regulação. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003. p. 135-159.

WEILL, Alex. **Droit civil:** les biens. v. 1. Tome II. 12. ed. Paris: Dalloz, 1974. 632 p.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo:** a liberdade contratual e sua fragmentação. v. 5. São Paulo: Método, 2008. 301 p.

ZATTI, Paolo; COLUNI, Vittorio. **Lineamenti di diritto privato**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1993. 1.043 p.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel. Economia dos contratos. Parte I - Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas. In: _____. (Org.). **Direito e economia:** análise econômica dos direitos e das organizações. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102-112.

_____. Economia dos direitos de propriedade. Parte I - a economia e o direito de propriedade. In: _____. (Org.). **Direito e economia:** análise econômica dos direitos e das organizações. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84-91.