

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

MARCELO MACENA MONTEIRO MORAES

**UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS DA COMERCIALIZAÇÃO DE
ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE**

**FORTALEZA-CE
2019**

MARCELO MACENA MONTEIRO MORAES

UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA
ELÉTRICA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Lima Gomes

FORTALEZA-CE

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- M822a Moraes, Marcelo Macena Monteiro.
Uma análise dos aspectos jurídicos da comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre / Marcelo Macena Monteiro Moraes. – 2019.
38 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.
Orientação: Prof. Dr. Felipe Lima Gomes.
1. mercado livre de energia . 2. setor elétrico brasileiro . 3. contrato de comercialização de energia . I.
Título.

CDD 340

MARCELO MACENA MONTEIRO MORAES

UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA
ELÉTRICA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Lima Gomes

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Felipe Lima Gomes (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Eric de Moraes e Dantas

Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Deus, que com sua graça infinita me sustenta na existência.

Ao meu pai, Claudiano Vitoriano Monteiro de Moraes, que com seu exemplo me ensinou a ser um homem honesto.

À minha mãe, Célia Macena Lima, pelo amor incondicional.

À Fernanda Berendonk e ao Ellis Mário, por todo o carinho e cuidado.

Ao meu irmão, meu melhor amigo, com quem compartilho o gosto por ouvir Chet Baker.

À minha namorada, Julia Maria, pelo companheirismo e compreensão.

Aos brilhantes amigos que fiz ao longo da faculdade, João Victor, Caio Alcântara, Erik Henrique, Rafael Cronje e Matheus Xavier. Ter convivido com vocês foi um privilégio.

Ao Prof. Dr. Felipe Lima Gomes, por sua orientação e por ter se interessado pelo tema desde o começo.

À Dra Gabriela Benício e à Dra Vanessa Mora, pelos ensinamentos e pela oportunidade de aprender sempre um pouco mais sobre direito da energia.

“A reabsorção da circunstância é o destino
concreto do homem.”

José Ortega y Gasset

RESUMO

O presente trabalho destina-se a apresentar ao leitor o mercado livre de energia. Este setor econômico tem se desenvolvido bastante nos últimos anos, mas, mesmo assim, carece de doutrina e de estudos específicos, especialmente na área do Direito. O setor elétrico brasileiro, que inicialmente nasceu sob a administração de empresas privadas estrangeiras, sofreu uma forte estatização a partir dos anos 40, para então, somente no final dos anos 90, ser reformulado, com a instituição do novíssimo modelo da indústria de energia elétrica. Esse novo modelo tem como principal característica a autonomização da atividade de comercialização, abrindo-se espaço para a criação do ambiente de contratação livre. Neste ambiente, é possível para o consumidor escolher o fornecedor do produto energia elétrica, independentemente da empresa responsável por prestar o serviço de distribuição de energia. A atividade de comercialização, mesmo podendo ser exercida livremente entre os agentes contratantes, é submetida a uma série de regulações fixadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), responsáveis por viabilizar as operações de compra e venda de energia. Como exemplo de uma dessas regulações, temos que a livre contratação, embora represente um fator de economia para os consumidores, está legalmente restrita a grandes consumidores de energia, não sendo acessível ao consumidor residencial comum. Neste trabalho também se discutirá as intervenções do poder judiciário no ambiente de contratação livre que acabam produzindo efeitos colaterais prejudiciais, em virtude da particular dinâmica de funcionamento do mercado livre. Com relação a essas decisões, trataremos da judicialização do rateio da inadimplência do Mercado de Curto Prazo e do problema da adesão compulsória de empresas em recuperação judicial ao quadro de associados da CCEE. Por fim, abordaremos as características do bem energia elétrica, tais como imaterialidade e não estocabilidade, que fazem com que os contratos de comercialização de energia elétrica tenham uma natureza *sui generis* de contrato de compra e venda.

Palavras-chave: Mercado Livre de Energia – Setor Elétrico Brasileiro – Contrato de Comercialização de Energia

ABSTRACT

The present study aims to present to the reader the free market of energy. This economic electric power sector has been in development in the last few years, even though it lacks of groundwork and specific researches about it, specially in law area. The Brazilian electric sector, that was born initially under the administration of many private foreign companies, suffered a strong nationalization from the 40's, to be reformulated as a brand new model of electric industries only in the end of 90's. This new model has as main feature the autonomization of commercialization activities, opening up space on creating a whole free contracting market. In such an ambient, it's possible for the consumer to choose his own supplier of energy, independently of the responsible company that provides distribution services. The action of commercialize electric energy power, even though it can be done freely between the contracting parties, commonly it's submitted to a set of regulations fixed by the national agency of electric energy (ANEEL) and by the commercialization camera of electric energy (CCEE), both responsible to enable the operations of purchase and sale. As an example of one of these regulations, we have that the free contracting environment, though it represents an important saving factor to the consumers, it's legally restricted only for the large consumers of energy, not being truly accessible to the regular domestic consumers. In this article it will be discussed the judiciary interventions under the sphere of free contracting environment, that ends up presenting harmful collateral effects, by virtue of particular dynamic of how the free market works. Regarding these decisions, we will treat about the prosecution of apportionment of default on the short term market, and the problem of compulsory membership of companies in judicial recovery on the CCEE. Lastly, it will be aborded the features of electric energy power, such as immateriality and non stockability, that makes the commercial contracts of electric energy have a particular nature of sales contract.

Keywords: Free Energy Market – Power Purchase Agreement - Brazilian Energy Sector

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACL	Ambiente de Contratação Livre
ACR	Ambiente de Contratação Regulado
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CCEAR	Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado
CCVEE	Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CUSD	Contrato de Uso do Sistema de Distribuição
KW	Kilowatt
MCP	Mercado de Curto Prazo
MME	Ministério de Minas e Energia
MRE	Mecanismo de Realocação de Energia
ONS	Operador Nacional do Sistema
PLD	Preço de Liquidação das Diferenças
SEB	Sistema Elétrico Brasileiro
SIN	Sistema Interligado Nacional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	01
2	SISTEMA ELÉTRICO BRASILEIRO (SEB)	02
2.1	Análise jurídica da energia elétrica	04
2.2	Fases de desenvolvimento do Sistema Elétrico Brasileiro (SEB)	05
2.3	Novíssimo modelo do Sistema Elétrico Brasileiro (SEB) e os Ambientes de Contratação	07
2.3.1	Ambiente de Contratação Regulada (ACR)	09
2.3.2	Ambiente de Contratação Livre (ACL)	11
2.3.3	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e o Mercado de Curto Prazo (MCP)	11
3	JUDICIALIZAÇÃO DO RATEIO DA INADIMPLÊNCIA NO MERCADO DE CURTO PRAZO (MCP)	17
3.1	Despacho do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS)	17
3.2	Mecanismo de Realocação de Energia (MRE)	18
3.3	Aumento da inadimplência no Mercado de Curto Prazo (MCP)	23
4	A ADESÃO COMPULSÓRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO QUADRO DE ASSOCIADOS DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE)	24
4.1	Os impactos da adesão compulsória de empresas em recuperação judicial à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) no funcionamento do Ambiente de Contratação Livre (ACL)	26
5	NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	28
5.1	Peculiaridades do bem energia elétrica	29
5.2	Peculiaridades do Contrato de Comercialização de Energia Elétrica	31
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
7	REFERÊNCIAS	37

1. INTRODUÇÃO

O mercado livre de energia no Brasil teve, nos últimos 02 (dois) anos, seu período de maior crescimento e ampliação. O recente aumento do número de comercializadoras de energia elétrica, por exemplo, é um dos indicadores da ampliação desse segmento do Setor Elétrico Brasileiro (SEB), que tem se mostrado cada vez mais dinâmico e eficiente. O Ministério de Minas e Energia, por sua vez, passou a adotar, no ano de 2019, uma postura de maior abertura do mercado livre de energia.

Dadas essas circunstâncias, é possível concluir a importância de se entender melhor como funciona esse segmento, que atualmente é responsável por 30% de toda a carga de energia consumida no País.

Este trabalho surge, portanto, com o objetivo de realizar uma análise dos principais aspectos jurídicos do mercado livre de energia, particularmente no que diz respeito à comercialização de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre (ACL).

Desta forma, na primeira parte do trabalho, que corresponde ao capítulo 2, intentou-se realizar uma abordagem histórica do mercado livre de energia, de modo a contextualizar a sua criação dentro do desenvolvimento do Setor Elétrico Brasileiro (SEB). Também buscou-se traçar as linhas gerais do seu funcionamento e explicar quais são as vantagens que o mesmo oferece para os consumidores. Para tanto, foi feita uma descrição dos principais agentes que atuam nesse mercado.

Já na segunda parte, correspondente aos capítulos 3, 4 e 5, iniciou-se especificamente um estudo jurídico das operações realizadas no mercado livre de energia, bem como uma análise das principais controvérsias jurídicas envolvendo a comercialização de energia. A análise jurídica destinou-se a estudar os aspectos contratuais, é dizer, as características e peculiaridades dos contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados no Ambiente de Contratação Livre (ACL). Já com relação à análise das controvérsias, buscou-se elencar as principais discussões jurídicas do setor e apontar os riscos existentes quando ocorrem interferências desmedidas do poder judiciário nas atividades reguladas de fornecimento e comercialização de energia.

A metodologia utilizada neste trabalho baseou-se em estudos e análises das regulações e resoluções relativas ao setor elétrico brasileiro, bem como estudo doutrinário dos principais institutos jurídicos apontados ao longo da pesquisa. Também buscou-se coletar e analisar as principais jurisprudências que tratam das atuais controvérsias jurídicas relativas a comercialização de energia elétrica.

2. SISTEMA ELÉTRICO BRASILEIRO (SEB)

O sistema elétrico brasileiro (SEB)¹, ou indústria de energia elétrica, pode ser compreendido como um segmento econômico, relacionado ao setor de infraestrutura, responsável por garantir a geração e o fornecimento de energia elétrica. Esse sistema visa, portanto, atender a demanda por energia dos diversos setores da sociedade brasileira, bem como viabilizar o intercâmbio entre os estados da Federação de toda a energia produzida nas diversas regiões do país.

Estão relacionadas à indústria da energia elétrica determinadas atividades consideradas fundamentais, que funcionam como etapas da cadeia produtiva da energia. Essas atividades constituem setores ou segmentos do SEB. São elas: os setores de geração, de transmissão, de distribuição e de comercialização.

O setor de geração é formado por empresas responsáveis por produzir a energia elétrica a partir de fontes primárias² de energia. Segundo Pimenta (2010, p. 64), “A atividade de geração consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, seja qual for sua origem ou fonte, haja vista que a energia elétrica não se encontra disponível para aproveitamento na natureza.”

De acordo com informações da Aneel, no Brasil, as principais fontes de geração são as hidrelétricas, correspondendo a 62% da capacidade de geração instalada no país, e as termelétricas, cujas fontes primárias de energia utilizadas são o gás natural, carvão mineral, combustíveis fósseis, biomassa e nuclear, correspondendo, por sua vez, a 28% da geração instalada³. O restante do percentual é preenchido pelas centrais nucleares, eólicas e usinas solares.

Já as empresas do setor de transmissão são responsáveis por construir, manter e operar as redes de alta-tensão incumbidas do transporte da energia entre as unidades geradores e os centros de consumo. Essas redes de alta-tensão, ou linhas de transmissão, formam a infraestrutura responsável pelo escoamento da energia entre os pontos de geração e os de distribuição.

Vale ressaltar que o trânsito da energia, ou seja, a circulação da energia produzida por todo o território nacional, é possível graças ao Sistema Interligado Nacional (SIN), que nada mais é do que uma grande rede interligada de transmissão, com mais de 100 mil quilômetros de extensão⁴.

As linhas de transmissão fazem então o transporte da energia gerada pelo sistema produtor para os centros de consumo. Contudo, nesses centros de consumo, a energia, antes de ser utilizada pelos consumidores, passa pelas subestações de distribuição. Portanto, o setor de

¹ O Sistema Elétrico Brasileiro (SEB) representa um conjunto de instituições responsáveis por garantir a geração, o fornecimento e a comercialização de energia elétrica no país.

² Fonte primária ou fonte de energia primária são as fontes oriundas da natureza, em sua forma direta, como madeira, carvão, gás natural, petróleo, recursos hídricos. Ou seja, a energia na forma de recursos naturais.

³ Aneel. Capacidade de Geração do Brasil, 2019. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br>>. Acesso em: 14/10/2019.

⁴ Aneel. Saiba mais sobre o setor elétrico brasileiro. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 14/10/2019.

distribuição se encarrega de garantir a disponibilização da energia para os consumidores finais. Ele opera e mantém as redes de média e baixa tensão⁵, que compõe a infraestrutura responsável por garantir o fornecimento da energia.

Por fim, o setor ou segmento de comercialização, o que mais interessa para os fins deste trabalho, foi o que mais sofreu alteração nas últimas duas décadas, tendo experimentado uma abertura cada vez maior, com a implantação de um modelo competitivo. A principal característica desse segmento é a presença de comercializadoras de energia, que são empresas autorizadas a comprar e vender energia no Ambiente de Contratação Livre (ACL)⁶.

Para além desses segmentos responsáveis pelo funcionamento físico do SEB, cabe apontar que esse setor também é estruturado por instituições ligadas ao governo encarregadas de estabelecer as diretrizes e coordenar seu funcionamento.

As principais instituições são: (i) Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) – responsável por definir a política energética do país, com o objetivo de assegurar a estabilidade do suprimento energético; (ii) Ministério de Minas e Energia (MME) – responsável pelo planejamento, gestão e desenvolvimento da legislação do setor, bem como pela supervisão e controle da execução das políticas direcionadas ao desenvolvimento energético do país; (iii) Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – possui natureza jurídica de autarquia sob regime especial e regula e fiscaliza a geração, transmissão, distribuição e comercialização de eletricidade. Define as tarifas de transporte e consumo, e assegura o equilíbrio econômico-financeiro das concessões; (iv) Operador Nacional do Sistema (ONS) - controla a operação do Sistema Interligado Nacional (SIN) de modo a otimizar os recursos energéticos. O ONS, por meio do despacho centralizado de geração e de transmissão, determina quais linhas de transmissão serão utilizadas e qual quantidade de energia será produzida pelos geradores. Essa atuação do ONS é justificada por conta da discrepância na capacidade de geração de energia dos diferentes estados da Federação, pois há estados que têm sobra na produção de energia, e outros que tem déficit; (v) Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) - viabiliza a comercialização de energia no ambiente de contratação regulada (ACR) e no ambiente de contratação livre (ACL)⁷, ou seja, administra as transações do mercado de energia.

⁵ As redes elétricas de média e baixa tensão compõe o sistema de distribuição responsável por transportar a energia até o consumidor final. Já as linhas de alta tensão compõem o sistema de transmissão responsável por levar a energia dos centros de geração até os centros de distribuição.

⁶ Como ser verá mais adiante, o ACL é um ambiente onde a comercialização de energia ocorre por meio da livre contratação.

⁷ A definição de cada um desses ambientes de contratação será abordada nos capítulos 2.3.1 e 2.3.2.

2.1 Análise jurídica da energia elétrica

Sob o aspecto jurídico, a energia elétrica, segunda a classificação civilista dos bens, possui a natureza de bem móvel, embora careça da característica de corporalidade. Vejamos a afirmação de Caio Mário (2012, p. 351) acerca desta questão,

O desenvolvimento técnico e o progresso vieram levantar uma indagação quanto à caracterização do gás e da corrente elétrica. Quanto ao primeiro, que sob o critério da removibilidade, se configura como coisa corpórea, não pode haver dúvida na sua definição como coisa móvel, dada a sua transportabilidade em espécie por via de tubulação ou de embotijamento. A corrente elétrica, porém, não tem a mesma corporalidade. A doutrina e jurisprudência brasileiras, conceituando o seu desvio irregular como furto, levaram à sua caracterização como coisa móvel, e o Código Penal brasileiro, de 1940, encerrou qualquer controvérsia equiparando a energia elétrica, ou qualquer outra dotada de valor econômico, a coisa móvel. No direito moderno, qualquer energia natural ou elétrica que tenha valor econômico, considera-se bem móvel. O Código pronunciou-se a propósito desta controvérsia, ao mencionar no artigo 83, I, as energias que tenham valor econômico entre as coisas que cabem na classe dos móveis por força ou autoridade da Lei – *ex vi legis*

Existem também posicionamentos que enquadram a energia elétrica também como um bem ambiental difuso e de uso comum do povo⁸.

Ainda no que diz respeito à natureza jurídica da energia elétrica, é importante ressaltar que o fornecimento desse bem envolve dois aspectos: o produto e o serviço de distribuição. Ou seja, o bem jurídico energia elétrica possui duas faces, que estão interligadas. A primeira delas é a energia enquanto produto comercializável, já a segunda diz respeito a energia enquanto serviço disponibilizado por meio de concessionárias de distribuição.

Quanto a essa segunda face, temos as previsões dos artigos 21 e 22 da CRFB. Assim dispões os artigos mencionados:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

A Carta Magna determina, nos artigos citados acima, que caberá a União explorar os serviços de energia elétrica, diretamente ou por meio de concessão, permissão ou autorização⁹.

⁸ DOS SANTOS, Antonio Silveira Ribeiro. Conceituação Jurídica da Energia Elétrica. Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com.br/natureza-juridica/>>. Acesso em 20/10/2019.

⁹ Permissão, concessão e autorização são atos administrativos por meio dos quais a Administração Pública consente que o particular realize determinada atividade ou preste determinado serviço de interesse público.

Portanto, é possível concluir que a energia, enquanto serviço de distribuição e transmissão, constitui um serviço público, cuja prestação, de acordo com o artigo 175 da Lei Maior, se dará de forma direta pelo poder público, ou então de forma indireta, sob os regimes de concessão e permissão, por meio de licitações.

2.2 Fases de desenvolvimento do Setor Elétrico Brasileiro (SEB)

Pode-se dizer que o sistema elétrico brasileiro (SEB), do seu início até os dias atuais, passou por três grandes fases.

A primeira delas, que remonta ao final do século XIX, é caracterizada pela predominância de capital privado estrangeiro. Ou seja, empresas privadas eram as principais responsáveis pela exploração dos serviços de energia elétrica¹⁰. Até a década de 30, a indústria de energia, que teve sua origem na iniciativa privada, estava estruturada em torno da presença de concessionárias estrangeiras que se encarregavam da exploração da energia elétrica¹¹.

Conforme dito acima, o setor elétrico brasileiro nasceu privado no começo do século XX. Contudo, já num segundo momento, com início na década de 1940, esse setor sofreu uma forte onda estatizante. O Estado passou a assumir as funções de investidor, regulador e prestador dos serviços de energia elétrica. Essa nova realidade, oriunda de um projeto econômico e político desenvolvimentista, fez com que à época praticamente todas as concessionárias fossem estatais¹².

Durante essa segunda fase, marcada pela forte presença do Estado no setor elétrico, a maior preocupação era com o aumento da capacidade de fornecimento. Nesse período, a maior parte das empresas de distribuição, transmissão e geração de energia elétrica pertenciam a União ou aos Estados-membros. A comercialização era também regulada e sujeita ao regime tarifário. Em geral as relações de suprimento eram estabelecidas entre geradores e distribuidores e as relações de fornecimento entre distribuidores e consumidores finais.

O governo brasileiro utilizava as estatais como instrumentos de captação de financiamentos externos e também no controle dos preços e tarifas para fins de combate à inflação, o que reduziu a rentabilidade das empresas e os recursos para investimentos na indústria de energia elétrica, com o aumento do endividamento. A

Constituem, portanto, delegações da prestação de serviços públicos e da exploração de bens públicos admitidas pela Constituição. Os atos diferem entre si quanto a sua precariedade, discricionariedade, predominância do interesse público e necessidade de licitação.

¹⁰ Ary Bezerra Leite (1996, p. 102) relata que no estado do Ceará, por exemplo, o serviço de distribuição de energia elétrica foi prestado, de 1913 a 1987, pela empresa inglesa The Ceará Tramway Light and Power Co. Ltd.

¹¹ “A IEEB (Indústria de Energia Elétrica Brasileira) foi inicialmente estruturada e desenvolvida com a forte presença de capital estrangeiro. Até a década de 1930, a exploração da energia elétrica se dava de forma isolada, em grandes centros urbanos, na maior parte por meio de concessionárias privadas e estrangeiras, como a Light e a AMFORP (PINTO Jr, 2007, p. 200 *apud* MAGALHÃES, 2009, p. 14).

¹² “O setor elétrico brasileiro, que nascera privado no início do século XX, sofreu forte estatização a partir do final dos anos de 1940” (SILVA, 2011, p. 01)

política da equalização tarifária que vigia à época desestimulava a produtividade das concessionárias (MAGALHÃES, 2009, p. 14)

Já no final dos anos 80, por conta de uma série de fatores, o governo brasileiro se viu obrigado a atrair investimentos privados para o setor elétrico por meio de privatizações. Foi então iniciado um projeto de abertura desse setor, com a implantação de um novo modelo competitivo, que caracteriza a terceira fase da indústria de energia. Esse projeto de abertura foi também influenciado por uma tendência mundial de desregulamentação e reestruturação dos serviços de infraestrutura, no qual o Estado passou a abrir mão da função de provedor dos serviços públicos, para assumir o papel de regulador. Com esse projeto de abertura, tem-se o início da terceira fase do SEB.

Segundo a doutrina, além dessa tendência mundial, outros fatores também impulsionaram o desgaste do modelo estatizante baseado numa centralidade de gestão. Foram eles: crise econômica mundial, redução dos fluxos internacionais de crédito, o segundo choque do petróleo, a elevação das taxas de juros internacionais, decisões políticas como a equalização tarifária e utilização das tarifas de energia como instrumentos de combate a inflação, com reajustes inferiores à escalada de preços. Tudo isso levou a uma ruptura do modelo vigente, que durante os anos 90 vivenciou uma crise institucional e de fornecimento. Esses diversos fatores levaram ao esgotamento da capacidade de investimento estatal e ao desgaste do modelo de financiamento do setor elétrico baseado em impostos setoriais e captação externa. Teve-se então que se pensar num novo modelo de financiamento.

Dentre as medidas adotadas pelo governo com o objetivo de reorganizar e reestruturar o setor elétrico nacional, além daquelas voltadas para a reforma regulatória e para a venda de empresas estatais, a principal foi a de separar, dentro do setor, o segmento competitivo (geração e comercialização) do segmento de monopólio natural (distribuição e transmissão). Ou seja, a grande ideia dessa terceira fase (a fase da competição e da escolha na contratação de energia elétrica) foi a de separar o transporte do produto transportado.

Conforme dito acima, quando se fala em fornecimento de energia, deve-se ter em mente que existe tanto o produto, quanto o serviço de distribuição. A ideia nessa nova fase, segundo Ana Lúcia Rodrigues da Silva (2011, p. 03), é a de que a “*eletricidade é o produto e pode ser separado comercialmente dos serviços de transmissão e distribuição*”.

Portanto, a terceira fase, que teve início nos anos 90, é a de implantação de um modelo competitivo na indústria da energia elétrica, no que diz respeito aos segmentos de comercialização e geração.

Assim como toda indústria, o sistema elétrico possui uma cadeia produtiva composta por etapas, que nada mais são do que as atividades básicas relacionadas à indústria da energia elétrica. São elas: geração, transmissão, distribuição e comercialização.

As atividades de geração e de comercialização foram aquelas que experimentaram uma maior abertura, por meio da criação de um modelo competitivo. Deste modo, a onda privatizante da década de 90 visou a flexibilizar sobretudo a comercialização.

2.3 Novíssimo modelo do Sistema Elétrico Brasileiro (SEB) e os Ambientes de Contratação

O novíssimo modelo do sistema elétrico brasileiro nada mais é do que o atual modelo institucional do setor de energia elétrica, criado no início do século XXI. Nos anos de 2003 e 2004, o setor elétrico passou por diversas reformas regulatórias. Essas reformas, que atingiram principalmente o segmento da comercialização, visavam a criação de um modelo competitivo de comercialização, que pudesse oferecer estabilidade para o mercado de energia elétrica nacional.

O marco regulatório de criação desse novíssimo modelo institucional competitivo do setor de energia elétrica é a Lei 10.848/2004, que, dentre outras coisas, foi responsável pela criação e introdução de novos agentes institucionais no setor elétrico¹³, bem como pela criação de dois ambientes de contratação e comercialização de energia elétrica: o Ambiente de Livre Contratação (ACL) e o Ambiente de Contratação Regulada (ACR).

Portanto, as relações comerciais no atual modelo do setor elétrico brasileiro podem se estabelecer no ACL e no ACR. Resta então saber quem pode participar dessas duas esferas de mercado, ou seja, quem são os agentes que atuam no segmento de comercialização de energia elétrica.

Os participantes do ACL, que já representa 30% da carga da energia elétrica do mercado, são os agentes geradores, comercializadores, consumidores livres e especiais¹⁴. Como se verá mais a frente, a contratação nesse ambiente se dá por livre negociação entre os compradores e vendedores, por meio de contratos que são livremente acordados entre as partes, podendo-se, por exemplo, estabelecer as condições comerciais do contrato, como preço, montante contratado, prazos e garantias financeiras.

Já no ACR, os participantes são as distribuidoras, que vendem energia elétrica para os consumidores cativos¹⁵, as geradoras e as comercializadoras. Nesse ambiente, as comercializadoras podem negociar energia somente nos leilões de energia. A contratação não é acordada livremente entre as partes, mas é realizada por meio de leilões de energia promovidos pela CCEE, sob

¹³ Um dos novos agentes institucionais criados com a Lei 10.848/2004 foi a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), cuja função e importância serão detalhadas mais a frente.

¹⁴ Consumidores livres são aqueles que tem demanda contratada mínima de 3.000 KW e podem escolher seu fornecedor de energia elétrica por meio de livre negociação. Consumidores Especiais, por sua vez, são aqueles com demanda entre 500 KW e 3.000 KW, que tem o direito de adquirir energia de Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) ou de fontes incentivadas especiais (eólica, biomassa ou solar).

¹⁵ Consumidores cativos representam a maioria dos consumidores de energia no país. Estão nessa categoria os consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, que não possuem demanda contratada mínima para poder ingressar no mercado livre. Desta forma, remuneram as concessionárias de distribuição tanto o serviço, quanto o produto energia elétrica, pois não tem autonomia para escolher seu fornecedor.

delegação da Aneel. Logo, nessa esfera de mercado, os contratos são regulados pela Aneel e denominam-se Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR).

Com relação à distribuição desses agentes nos ambientes de contratação, André Patrus Ayres Pimenta (2010, p. 264) resume bem o cenário ao afirmar que as operações comerciais realizadas entre os agentes ocorrem da seguinte maneira: os agentes geradores e os agentes de distribuição podem comercializar energia. Essa comercialização é caracterizada como conjugada, pois também envolve a construção de instalações de produção de energia ou redes de distribuição. Os geradores podem comercializar energia com as distribuidoras (no ACR), com outros geradores, com comercializadores e com consumidores livres, nesses casos por meio de condições livremente pactuadas (ACL). As distribuidoras, por sua vez, podem transacionar energia somente com consumidores cativos, mediante condições reguladas. Ou seja, no ACL temos a comercialização entre geradores, comercializadores e consumidores livres e especiais. Já no ACR temos a contratação de energia entre distribuidoras e geradores, e entre consumidores cativos e distribuidoras.

Com fundamento nesse novíssimo modelo, temos que a atividade de comercialização passou a poder ser realizada de forma conjugada (com outros serviços de energia elétrica) ou de forma autônoma. Ou seja, tanto é possível que agentes geradores e agentes distribuidoras comercializem energia elétrica, quanto também é possível que a comercialização seja desenvolvida de forma autônoma, é dizer, sem envolver a construção de instalações de produção de energia ou redes de distribuição. A comercialização autônoma objetiva viabilizar comercialmente a aquisição de energia pelos consumidores. Vejamos o que dispõe a Lei 10.848/2004 no seu artigo primeiro:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento (...)

§ 1º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos ambientes de contratação regulada e de contratação livre.

§ 2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.

§ 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do [art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998](#), mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos [arts. 15 e 6 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995](#), com a redação dada por esta Lei.

Portanto, o mercado brasileiro de contratação de energia elétrica foi modificado com a criação do novo modelo institucional do setor elétrico, que foi responsável pela autonomização da atividade de comercialização e pela criação de dois ambientes de contratação de energia, o ACL e o

ACR.

Do ponto de vista do consumidor de energia, a principal diferença entre esses dois ambientes de contratação diz respeito à possibilidade de negociação das condições comerciais da compra e venda de energia. Enquanto no ambiente regulado o consumidor contrata compulsoriamente a sua energia com as distribuidoras locais, no ambiente livre o consumidor pode escolher livremente quem vai ser seu fornecedor de energia. Veja-se o que afirma Fernanda Munari Caputo (2017, p. 86),

A contratação de energia no ACR ocorre de forma compulsória entre os consumidores e as distribuidoras de energia elétrica. Nesta hipótese, os consumidores pagam mensalmente às distribuidoras as tarifas fixas de energia elétrica pelo consumo realizado, conforme determinação da ANEEL, valores estes que não podem ser negociados entre as partes. Já no ACL, os consumidores podem escolher os seus fornecedores de energia elétrica e negociar as condições comerciais como, por exemplo, o período de fornecimento da energia elétrica, os valores a serem pagos, a garantia a ser oferecida pelo comprador, entre outros, por meio da assinatura de CCVEE

Em resumo, no ambiente regulado os contratos celebrados entre consumidor e distribuidor possuem cláusulas pré-fixadas, e questões como preço da energia e volume contratado não podem ser alteradas. Já no ambiente livre, os contratos celebrados entre consumidor e fornecedor de energia são livremente negociados.

Ainda com relação ao consumidor, temos que, atualmente, esse agente não possui liberdade para escolher em que ambiente contratar. Para que possa haver a contratação no ACL, por exemplo, devem ser atendidos determinados requisitos.

Com vistas a melhor diferenciar esses dois ambientes de contratação, segue abaixo uma análise individualizada de cada ambiente. Nessa análise será possível delimitar melhor quais condições são necessárias para o ingresso do consumidor no ACL.

2.3.1 Ambiente de Contratação Regulado (ACR)

Conforme mencionado no capítulo anterior, a Lei 8.848/2004 instituiu dois ambientes de comercialização de energia: o Ambiente de Contratação Livre (ACL) e o Ambiente de Contratação Regulada (ACR). Portanto, no atual modelo de setor elétrico brasileiro, as relações comerciais entre os agentes, ou seja, as contratações de energia elétrica, podem ocorrer tanto no ACR quanto no ACL.

Vale ressaltar que o consumidor que contrata energia não possui liberdade para escolher em qual ambiente contratar. As contratações no ACR, por exemplo, são realizadas pelos consumidores que possuem demanda inferior a 500 KW, independentemente do nível de tensão que apresentarem. Deste modo, por conta de determinação legal, somente consumidores com demanda

contratada acima de 500 KW¹⁶ podem optar por contratar no ACL.

Além dos contratos firmados para atender os consumidores, o ACR também é responsável por garantir o suprimento de energia das empresas concessionárias de serviço público de distribuição, pois nesse ambiente são firmados contratos regulados de suprimento de energia entre geradores e concessionárias de distribuição. As concessionárias, permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica ligadas ao SIN devem então adquirir sua energia elétrica por meio da celebração de contratos regulados. A garantia de atendimento ao mercado é viabilizada mediante a contratação regulada da energia, por meio de licitações, formalizadas por meio de Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR) celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, autorizadas e permissionárias do serviço público de distribuição. Logo, há aqui a submissão das aquisições de energia elétrica pelas concessionárias de distribuição aos leilões do ACR. Conforme afirma João Alfredo Serra Baetas Gonçalves (2010, p. 67),

A contratação no ambiente regulado (ACR) se dá através de licitação, consoante o disposto no artigo 2º da Lei 10.848/04, sendo que as empresas prestadoras de serviços públicos de distribuição de energia elétrica devem garantir a totalidade do atendimento de seu mercado no ambiente regulado. No ambiente de contratação regulada, a licitação se dá na modalidade leilão, de acordo com o artigo 19 do Decreto 5.163/04, que é realizado pela ANEEL. Esta, por sua vez, pode delegar tal competência a uma terceira entidade. Atualmente, os leilões vêm sendo realizados pela CCEE

Conforme dito anteriormente, o ACR também diz respeito às distribuidores que vendem energia para o consumidor cativo. Nesse ambiente, os contratos têm regulação específica para aspectos como preço, submercado¹⁷ de registro do contrato, volume contratado, período de suprimento. Esses aspectos, que integram as condições comerciais dos contratos de compra e venda de energia elétrica, não podem ser alterados pelas partes.

2.3.2 Ambiente de Contratação Livre (ACL)

A possibilidade de livre comercialização de energia fica por conta, nesse atual modelo institucional, do ACL. A livre contratação se dá entre agentes setoriais concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores livres. Nesse ambiente, os agentes possuem liberdade para negociar a compra e venda de energia, estabelecendo as condições comerciais de volume, preço, suprimento.

¹⁶ Uma demanda contratada de 500 KW representa uma fatura de energia no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Esse mínimo de demanda contratada está estabelecido na Resolução Normativa Aneel 414 de 09 de setembro de 2010.

¹⁷ O SIN é dividido em 4 submercados (Norte, Sudeste/Centro-Oeste, Sul e Nordeste). Essa divisão ocorre por conta das limitações quanto a livre transição de energia entre as regiões do País. Para cada submercado é estabelecido um PLD específico.

Segundo João Alfredo Serra Baetas Gonçalves (2010, p. 67) o ACL, em conformidade com o Decreto 5.163/04, é o setor do mercado de energia em que se formalizam as transações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais negociados livremente, conforme as regras e os procedimentos de comercialização previamente definidos.

Conforme mencionado no capítulo 2.4, existem requisitos técnicos que devem ser atendidos pelos consumidores que desejam ingressar no ACL. Ou seja, atualmente, o consumidor não possui liberdade para escolher em que ambiente contratar. Para que possa haver a contratação no ACL, por exemplo, deve ser atendida a condição da demanda contratada, de modo que o mercado livre somente é acessível para os consumidores que possuam mais de 500 KW de demanda contratada.

Neste ambiente de contratação, o consumidor tem a possibilidade de escolher seu fornecedor de energia, não ficando submetido a ter que necessariamente adquirir o produto energia elétrica junto a concessionária de distribuição que o atende. Dado que são vários os agentes fornecedores de energia atuando no ACL, tais como geradores e comercializadores, os consumidores livres conseguem obter uma economia significativa, por conta da lei da oferta e demanda, nos seus gastos com a compra de energia. Ou seja, acabam tendo menos custos do que os consumidores atendidos no mercado cativo.

2.3.3 Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e Mercado de Curto Prazo (MCP)

A criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), por sua vez, é fruto da implementação deste novo modelo institucional. Para entender o papel da CCEE, bem como a sua importância, é necessário antes entender como funciona o mercado brasileiro de contratação de energia elétrica, que por sua vez foi modificado com a implementação do novo modelo institucional do setor elétrico, responsável pela autonomização da atividade de comercialização e pela criação de dois ambientes de contratação de energia, o ACL e o ACR.

Em se tratando do mercado brasileiro de contratação de energia, deve-se ter em mente que existem dois mundos distintos: o mundo físico e o mundo contratual ou financeiro.

O mundo físico diz respeito à capacidade de geração. As atividades desenvolvidas nesse mundo são regulamentadas pelo ONS, que, por meio do seu despacho centralizado de geração, determina quanto cada usina geradora produzirá de energia para determinado período.

Já o mundo contratual diz respeito aos contratos de compra e venda de energia, que nada mais são do que instrumentos financeiros que viabilizam juridicamente e financeiramente a comercialização de energia elétrica.

O fato de esses dois mundos representarem realidades distintas, significa que a

existência de um contrato de compra e venda de energia não significa que haverá entrega física associada, ou seja, a produção física da energia é desvinculada dos contratos de comercialização firmados entre os agentes.

Esses dois mundos existem porque a energia é um produto diferente dos demais, pois não pode ser estocada e entregue para o consumidor. O que há, na verdade, é uma disponibilização de energia no SIN. O consumidor, por exemplo, independentemente de quanto de energia tenha contratado para determinado período, continuará sendo atendido por sua concessionária de distribuição.

A CCEE surge, deste modo, como ponto de contato entre esses dois mundos, na medida em que realiza o registro dos contratos de compra e venda de energia, bem como realiza a medição de quanto cada agente consumiu ou vendeu de energia.

A principal função da CCEE é viabilizar a comercialização da energia elétrica por meio do registro, contabilização e liquidação financeira dos instrumentos contratuais que materializam as operações de compra e venda de energia. Conforme dito anteriormente, existem dois ambientes onde ocorrem a comercialização de energia, e a CCEE é responsável por viabilizar a comercialização de energia elétrica nesses dois ambientes, o ACL e o ACR. Em síntese, a CCEE exerce um papel fundamental na medida em que viabiliza as operações de compra e venda de energia elétrica. Essa viabilização ocorre por meio do registro e da administração dos contratos de compra e venda de energia firmados entre os agentes geradores, comercializadores, distribuidores e consumidores livres.

Com relação à natureza jurídica da CCEE, podemos afirmar que, segundo a Lei 10.848/2004, autorizadora da sua criação, e segundo o Decreto nº 5.177/2004, que por sua vez regulamentou a referida lei, a mesma foi concebida sob a forma de associação civil sem fins lucrativos.

Vejamos a redação dos artigos 4º e 5º da Lei 10.848/2004:

“Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

§ 1º A CCEE será integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização, por outros agentes vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, e pelos consumidores enquadrados nos [arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995](#).

(...)

Art. 5º A CCEE sucederá ao Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, criado na forma da [Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002](#), cabendo-lhes adotar todas as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nesta Lei.”

Da leitura dos artigos citados acima é possível depreender que a CCEE, sendo uma organização civil privada, congrega agentes do setor elétrico com perfil de geração, distribuição,

comercialização e consumo. Deste modo, os agentes que participam da CCEE estão divididos em três categorias: geração, distribuição e comercialização.

Com relação à modalidade de cada agente, temos que na modalidade de geração estão enquadrados os concessionários de serviço público de geração, produtor independente de energia elétrica e autoprodutor¹⁸. Estes agentes podem vender energia tanto no ACR como no ACL.

Já na categoria comercialização, fazem parte dela os agentes importadores, exportadores e comercializadores de energia elétrica, além dos consumidores livres e especiais.

Os agentes comercializadores compram energia por meio de contratos bilaterais no ambiente livre, podendo revender esta energia aos consumidores livres ou a outros comercializadores. Os comercializadores também podem vender energia para os agentes de distribuição. Nesse caso, a operação de compra e venda de energia deverá ser formalizada nos leilões que ocorrem no ambiente regulado.

Já na categoria de distribuição temos as empresas concessionárias distribuidoras de energia elétrica, que atendem a demanda energética dos consumidores cativos, ou seja, fornecem para esses consumidores energia elétrica com tarifas e condições de fornecimento reguladas pela Aneel. Os distribuidores têm participação obrigatória no ACR, celebrando contratos de energia com preços resultantes de leilões.

Além disso, vale ressaltar que mesmo sendo a CCEE uma associação privada, a mesma atua sob regulação e fiscalização da ANEEL, que aprova as regras e procedimentos de comercialização, por meio de suas resoluções normativas, regulando deste modo as atividades realizadas no âmbito da CCEE.

A CCEE, portanto, possui a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica no SIN e, para isso, promove ações no ACR e no ACL. De fato, é a principal entidade responsável por operacionalizar o mercado livre de energia.

Com relação ao ACL, a principal função da CCEE é garantir a segurança do sistema elétrico de forma geral por meio da contabilização das operações de compra e venda de energia elétrica entre os agentes, com a apuração da diferença entre o montante gerado e aquele contratado.

Contabilização e liquidação são importantes atividades desempenhadas pela CCEE, e a razão para que se realize tais atividades reside no fato de que o SIN deve ser regulado de modo que os agentes adquiram a totalidade da energia que precisam para suprir as suas necessidades energéticas. Conforme mencionado acima, no setor elétrico a geração e a distribuição são um

¹⁸ Segundo definição da Aneel, os Autoprodutores de energia elétrica são “as pessoas físicas ou jurídicas, ou empresas reunidas em consórcio, que recebem concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo, podendo eventualmente, com autorização da ANEEL, comercializar o excedente de energia elétrica gerada”. Já Produtores Independentes de Energia Elétrica são as “pessoas 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”. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/>>. Acesso em: 12/11/2019.

fenômeno físico, já a comercialização é um fenômeno contábil, ou contratual, de modo que nem sempre o agente contratou toda a energia necessária para suprir suas necessidades energéticas. Ou seja, em se tratando de um consumidor, por exemplo, pode ser que ele tenha comprado menos energia do que a que fora utilizada por ele num determinado período.

Com relação a essas diferenças, entre energia contratada e energia consumida, é importante ressaltar o papel que exerce o Mercado de Curto Prazo (MCP), a ser detalhado no parágrafo abaixo.

A CCEE, como dito anteriormente, é uma instituição responsável por viabilizar as operações de compra e venda de energia elétrica no SIN. Essas operações de compra e venda, por sua vez, são formalizadas por meio dos contratos de compra e venda de energia elétrica.

A CCEE se encarrega então de realizar o registro dos contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica celebrados tanto no ACR quanto no ACL. A Câmara de Comercialização também faz a medição dos montantes produzidos, contratados e consumidos pelos agentes que estão no mercado livre, isto é, no ambiente de contratação livre. As diferenças apuradas entre esses montantes são contabilizadas pela CCEE para posterior liquidação financeira no MCP. Ou seja, a viabilização da comercialização no ambiente de contratação livre realizada pela CCEE é feita por meio da medição da energia gerada, contratada e consumida, bem como por meio da liquidação financeira dos contratos de compra e venda de energia no MCP.

A CCEE se encarrega então de fazer com que o mundo físico esteja sempre em harmonia com o mundo financeiro. Essa harmonia é garantida por meio de um balanço ou encontro de contas que se faz para saber quanto que cada agente integrante do mercado livre comprou, vendeu e consumiu de energia.

Para se entender melhor qual a função do MCP, deve-se levar em consideração o fato de que a energia, enquanto produto comercializável, não pode ser armazenada em grande escala. Ou seja, quando se comercializa energia, não há uma simples entrega do produto para o seu consumidor final. O que ocorre, na verdade, é que toda a energia produzida, em vez de ser armazenada e entregue para o seu comprador, é injetada no SIN, de modo que o seu consumo é instantâneo.

Diante desse cenário, é possível que haja um agente que consuma mais energia do que contratou, configurando uma situação de déficit energético. Logo, ocorrendo tal déficit, deve-se adquirir a energia faltante, ou seja, a energia que foi consumida, mas não foi contratada, no mercado. Esse mercado é justamente o mercado de curto prazo, ou MCP.

Segundo a Resolução Normativa da Aneel N° 622/2014, o MCP é a denominação do processo em que se procede à contabilização e liquidação financeira das diferenças apuradas entre os montantes de energia elétrica contratados, gerados e consumidos. Ou seja, no MCP são contabilizadas e liquidadas as diferenças entre os montantes gerados, contratados e consumidos.

Os contratos de compra e venda de energia devem então ser registrados na CCEE, que

por sua vez é responsável por realizar o encontro de contas entre a energia adquirida e a energia efetivamente consumida pelos agentes. Uma vez registrados os contratos de compra e venda de energia, eles são contabilizados. A contabilização é feita com o objetivo de apurar eventuais diferenças existentes entre os montantes de energia consumidos e contratados. Essas diferenças, que podem refletir em sobra ou em ausência de energia elétrica contratada, serão, por sua vez, liquidadas financeiramente no MPC, valorando-se ao PLD¹⁹.

A CCEE faz a comparação entre quanto cada agente produziu ou comprou de energia e quanto vendeu ou consumiu de energia. Do ponto de vista de um agente consumidor, por exemplo, pode acontecer de ele consumir mais energia do que o contratado ou comprado, gerando dessa forma um déficit energético ou diferença. Nesse caso, de consumo maior que a compra, há uma falta de energia. Essas diferenças ou défices que podem acontecer devem ser saneados ou liquidados, e o local em que essa liquidação deve ocorrer é justamente o MCP.

Retomando o exemplo dado acima, em que o agente consumiu mais energia do que comprou, temos que o mesmo, por ter um déficit de energia, deve adquirir a energia faltante. O agente tem, portanto, duas opções, ou celebra um contrato de compra de energia de modo a cobrir o seu déficit e garantir o seu lastro contratual²⁰, ou então adquire essa energia no MCP.

O MCP, ou mercado das diferenças, é o “local” onde todas as sobras e défices de energia são liquidadas. Esse Mercado, contudo, possui natureza multilateral, ou seja, aquele agente com déficit irá adquirir energia no MCP comprando não diretamente de algum outro agente, mas sim comprando diretamente do MCP. Isso porque não é possível saber de onde saiu o elétron que foi consumido a maior pelo agente com déficit energético.

Diante dessa natureza multilateral, tem-se que os credores (agentes com sobra de energia, a exemplo de um consumidor que usou menos energia de que a contratada) e os devedores (agentes com déficit, a exemplo do consumidor que consumiu mais energia do que a que fora contratada) que comercializam no MCP são credores diante do mercado como um todo e devedores diante do mercado como um todo, e não diante de um agente em particular.

Surge então um importante conceito relacionado ao MCP, que é o do rateio da inadimplência, conhecido também como *loss sharing*. Quanto a esse conceito, vejamos o que afirma Pedro Magalhães Humbert (2017, p. 114),

Todos os agentes, do MRE ou não, que venderam mais energia do que produziram ou utilizaram mais energia do que compraram devem vender/comprar a energia

¹⁹O PLD, ou preço de liquidação das diferenças, pode ser conceituado como um preço de referência de mercado, calculado por meio de sistemas computacionais que levam em consideração, por exemplo, a previsão de chuva. Tal preço é utilizado para valorar os montantes de energia que são contratados no MCP.

²⁰ Segundo o Decreto n° 5163/2004, as aquisições de energia devem ser acobertadas por contratos bilaterais. Desta forma, o consumo de energia deve estar coberto por algum contrato respectivo, que garanta que aquela energia consumida num determinado período foi contratada. Essa cobertura é o que se denomina lastro contratual.

excedente/faltante no MCP (...) Ou seja, é possível consumir-se mais do que o contrato, mas não é possível identificar quem é o fornecedor daquele elétron que está sendo consumido a maior (...) Após o processamento da contabilização do MCP, os agentes passam a ser identificados como: (i) agentes credores do mercado – aqueles que produziram mais energia do que venderam, ou aqueles que consumiram menos energia do que compraram; (ii) agentes devedores do mercado – aqueles que produziram menos energia do que venderam ou aqueles que consumiram mais energia do que compraram (...) Assim, caso um agente tenha vendido mais energia do que forneceu, ou outro agente tenha consumido mais energia do que comprou, essa diferença será dirimida perante o MCP

Portanto, a posição do agente no MCP, se credor ou devedor, é determinada em função do mercado como um todo, não se estabelecendo a referida posição em termos bilaterais. Os valores devidos pelos agentes, resultantes da contabilização realizada no âmbito da CCEE, são levados à liquidação financeira. Nessa liquidação, os devedores depositam os valores devidos em um dia e os credores recebem os valores devidos no dia útil subsequente. Por conta disso, o MCP é um mercado de soma zero, ou seja, a somatória de débitos é igual à de créditos. Aquele que consumiu mais energia do que comprou irá pagar àquele que produziu mais energia do que vendeu. Assim, quando um agente devedor deixa de depositar os recursos de sua responsabilidade, resta configurada sua inadimplência, sendo então os credores afetados diretamente, pois deixam de receber proporcionalmente os recursos previstos, por conta da aplicação do rateio da inadimplência ou *loss sharing*.

3. JUDICIALIZAÇÃO DO RATEIO DA INADIMPLÊNCIA NO MERCADO DE CURTO PRAZO (MCP)

Este capítulo trata da primeira CONTROVÉRSIA JURÍDICA ENVOLVENDO A COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE a ser analisada por este trabalho. Antes, porém, de se entender o que significa o rateio da inadimplência e por qual motivo o mesmo foi judicializado, é necessário entender primeiro o funcionamento do MRE e compreender o papel do ONS.

3.1 Despacho do Operador Nacional do Sistema (ONS)

Conforme dito inicialmente, a matriz energética brasileira é predominantemente hidráulica e o funcionamento das usinas hidrelétricas obedece a um padrão peculiar, na medida em que os proprietários dessas usinas não determinam a quantidade de energia que irão produzir. O despacho centralizado proferido pelo ONS estabelece quais usinas irão gerar energia e em quais quantidades. O mundo físico da geração e do consumo depende, portanto, do despacho centralizado do ONS.

Esse despacho considera as disponibilidades de água do sistema inteiro e de cada uma das usinas em condições de operação no SIN. Uma das funções do ONS é coordenar o melhor aproveitamento do potencial energético do país, sendo o órgão responsável por definir a energia elétrica que será gerada em um determinado momento. Cabe ao ONS, por exemplo, determinar o acionamento de usinas termoeletricas, na hipótese de haver um risco hidrológico. Essas usinas são despachadas com o objetivo de minimizar os custos operacionais e visando o menor custo marginal possível, tendo-se em vista as afluências hidrológicas, o armazenamento de água dos reservatórios, os preços ofertados pelas usinas térmicas e as restrições operacionais. Isso é importante para se otimizar o uso da água, evitando-se desperdícios e propiciando menores custos de operação do sistema inteiro (HUMBERT, 2017, p. 110)

Esse modelo adotado no Brasil de despacho centralizado visa a otimizar o uso dos recursos hidrológicos. Dizer que o despacho é centralizado significa dizer que o ONS é quem vai determinar quando e quanto de energia cada central hidrelétrica irá produzir. Ou seja, os proprietários das usinas não têm liberdade para escolher quanto de energia irão gerar, pois essa escolha cabe ao ONS. As razões desse despacho dizem respeito à própria estrutura física do sistema de geração hídrica, pois sendo a água um bem compartilhado por todos os agentes de geração e estando as usinas muitas vezes dispostas em cascata²¹, a escolha individualizada do montante de energia a ser gerado poderia não configurar a melhor situação para o sistema como um todo.

Afirmar que o modelo adotado é o do despacho centralizado, visando a otimizar o uso dos recursos hidrológicos, significa também que a formalização de um contrato de comercialização de energia não implica em entrega física, ou seja, não implica na obrigatoriedade da entrega física de energia elétrica.

As regras de operação do sistema elétrico retiram de cada gerador, individualmente considerado, a decisão operativa. O gerador entrará em operação quando e se determinado pelo ONS, não importando os contratos que tenha firmado (TOLMASQUIM, 2015, p. 57 *apud* HUMBERT, 2017, p. 111)

Ainda segundo Tolmasquim, temos então que, caso o ONS opte por não despachar determinado gerador, este gerador deverá permanecer à disposição do sistema. O atual modelo de geração, planejado e centralizado no ONS, permite verificar o potencial de geração do país e avaliar a geração de energia suficiente para atender a demanda, levando em conta questões conjunturais, como riscos hidrológicos, e questões estruturais, como a qualidade das redes de transmissão.

3.2 Mecanismo de Realocação de Energia (MRE)

A Aneel, em sua Resolução Normativa nº109/2004, define o MRE como um “mecanismo de compartilhamento dos riscos hidrológicos associados à otimização eletro-energética do Sistema Interligado Nacional - SIN, no que concerne ao despacho centralizado das unidades de

²¹ Usinas hidrelétricas dispostas em cascata são as usinas alocadas num mesmo curso de rio.

geração de energia elétrica”.

O MRE pode ser compreendido como um sistema contábil de compensação que existe por conta da realidade geográfica em que estão inseridas as usinas hidrelétricas. É dizer, o Brasil, por conta de suas dimensões continentais, apresenta diferenças hidrológicas consideráveis entre as suas regiões. Os períodos secos e chuvosos não são coincidentes, de modo que ao longo do ano, certas regiões estão com elevados índices de chuva, enquanto outras atravessam momentos de escassez. Por conta disso, deve haver um fluxo permanente de energia entre as regiões, já que algumas, que estão em período seco, estão armazenando água e produzindo menos energia por meio das suas usinas hidrelétricas, já outras, que atravessam períodos úmidos, estão produzindo mais energia e transferindo essa energia, sempre que possível, para as outras regiões. O MRE nada mais é do que, num sentido figurado, um “condomínio” habitado pelas usinas hidrelétricas dessas diferentes regiões, que estão submetidas ao despacho centralizado do ONS.

As usinas compõem este “condomínio” com o objetivo de reduzir os riscos hidrológicos existentes na comercialização de energia a longo prazo. O risco hidrológico, por sua vez, nada mais é do que o risco de não chover, pois como se falou no parágrafo acima, as usinas hidrelétricas estão localizadas em regiões com diferentes condições climáticas, algumas com maior propensão a chuva, outras com maior risco de estiagem. No MRE, as condições favoráveis de algumas centrais hidrelétricas compensam as condições hidrológicas desfavoráveis de outras centrais. Ou seja, há uma “transferência” da energia gerada a maior pelas usinas que atravessam períodos de alta umidade para as usinas que enfrentam períodos de escassez de chuva. Tem-se deste modo um sistema de compartilhamento de riscos, integrado por usinas hidrelétricas conectadas ao SIN, que estão submetidas ao despacho centralizado do ONS.

O MRE é, portanto, um “condomínio” de hidrelétricas que compartilham entre si os riscos hidrológicos, com o objetivo de reduzir a exposição individual ao risco de não chover, que por sua vez cria riscos na comercialização de energia a longo prazo, podendo a usina não conseguir gerar a energia vendida por conta da falta de chuva.

Pode-se perceber que existe então um problema com relação a comercialização de energia a longo prazo realizada pelas usinas hidrelétricas, pois existe o risco da estiagem, capaz de comprometer a geração da usina, fazendo com que a mesma não possa gerar a energia que se comprometera a entregar quando firmou determinada operação de venda de energia a longo prazo. Como viabilizar então a comercialização de energia a longo prazo pelas usinas geradoras, diante do risco de não chover? Um mecanismo foi criado para lidar com esse problema: a garantia física. Para viabilizar a venda de energia no mercado, é definido para cada uma das usinas geradoras um valor de garantia física, que representa, grosso modo, a energia que o gerador pode vender.

Segundo a Resolução Normativa da ANEEL n. 514 de 2012, garantia física é o “Montante, em MW médios, correspondente à quantidade máxima de energia relativa à Usina que

poderá ser utilizada para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos, estabelecido na forma constante da Portaria MME nº 258, de 28 de julho de 2008”. Ou seja, a garantia física é um limite que determina quanto cada usina poderá comercializar de energia elétrica. Essa garantia é a base que o agente de geração possui para comercializar energia no mercado, é o montante de referência para comercialização de energia, ou seja, a quantidade de energia que pode ser comprometida em contratos pelos empreendimentos de geração, constituindo dessa forma um limite de contratação. O agente poderá, portanto, comercializar energia, por meio da celebração de contratos, até o limite da sua garantia física.

Esse limite é uma previsão ou estimativa de quanto a usina irá gerar de energia, ou seja, é o máximo de energia que a usina poderia gerar e comercializar²².

Vale ressaltar que o valor dessa garantia é determinado pelo MME, conforme Decreto 5.163/04, e está vinculado à capacidade máxima de geração da usina. Não é também um valor pético, pois pode ser revisto, conforme as condições do sistema, e alterada com a aplicação do MRE, a ser detalhada mais abaixo.

Há então duas variáveis a se considerar: a energia efetivamente gerada pelas usinas (geração real) e a energia presumida, ou seja, a garantia física do sistema. Essas variáveis estão relacionadas por meio do Fator GSF²³, que nada mais é do que o fator de ajuste do MRE.

O MRE funciona por meio da aplicação do Fator GSF, que incide quando estamos diante do problema do déficit da geração hídrica. Deste modo, quando se fala em GSF, faz-se referência ao problema do déficit da geração hídrica, ou seja, o problema da falta de água nos reservatórios. Quando falta água, o conjunto das centrais hidrelétricas não gera o que estava estimado, é dizer, o conjunto de usinas gera energia abaixo da garantia física, gerando menos do que estava previsto ou estimado.

Vamos exemplificar, a fim de melhor entender o funcionamento do MRE. Conforme dito anteriormente, o Fator GSF correlaciona a geração efetiva total das usinas com seus níveis de garantia física. Com relação a esse fator, temos então 03 (três) situações possíveis: a) um primeiro cenário em que a geração do conjunto de hidrelétricas equivale a garantia física do sistema, ou seja, a estimativa de geração; b) um segundo cenário em que a geração do conjunto de hidrelétricas é maior do que a garantia física do sistema, o que configura uma situação de superávit de geração hídrica; c) e por último tem-se a situação em que a geração das hidrelétricas é menor do que a garantia física do sistema, o que configura um déficit de geração, ou seja, vendeu-se mais energia do que foi gerado. A aplicação do Fator GSF ocorre quando resta configurado este déficit.

²² A garantia física é uma estimativa de geração atribuída a todo o sistema, ou seja, é o máximo de energia que as hidrelétricas podem gerar e comercializar no contexto do MRE. Essa estimativa de geração é, portanto, projetada para todo o sistema e depois repartida para cada usina, passando a indicar a contribuição de cada usina para a máxima quantidade de energia possível de ser suprida pelo sistema como um todo. A garantia física de cada usina é, portanto, derivada da estimativa do conjunto.

²³ GSF, “Generation Scaling Factor”, é um acrônimo em língua inglesa para o fator que relaciona a energia produzida pelo conjunto dos geradores do MRE e a soma das garantias físicas dos mesmos

O MRE não cria energia, quem cria são as usinas e se elas não produziram, devem sofrer o impacto da ausência de produção. Nessa hipótese, haverá um corte na garantia física alocada a cada usina hidrelétrica, sendo essa variação denominada de fator GSF. Ex: supondo que o conjunto de usinas possui um valor total de garantia física de 100. Contudo, em um determinado mês, o conjunto de usinas gerou apenas 80, de modo que não houve energia elétrica suficiente para distribuição entre as usinas. Nessa hipótese será aplicado o fator GSF, dividindo-se a geração total do conjunto (80) pela garantia física total do conjunto (100). Assim, se uma usina hidrelétrica tinha uma garantia física de 10, após a aplicação do fator GSF (80%) ela receberá apenas 8 de energia naquele mês. Nesse caso, a usina deve adquirir a energia que faltou do mercado, se tiver comercializado naquele mês a integralidade de sua garantia física antes da aplicação do fator GSF (HUMBERT, 2017, p. 114).

Vale ressaltar que as situações de energia superavitária e de energia deficitária possuem consequências financeiras, pois, em primeiro lugar, esses montantes de energia produzidas a maior ou a menor serão liquidadas no processo de contabilização da CCEE, sendo valorados a PLD. Ou seja, as usinas deficitárias, por exemplo, devem adquirir no mercado a energia que deixaram de gerar.

As usinas vendem, portanto, contratos de energia. Caso haja uma exposição negativa, essa exposição deve ser liquidada no MCP, valorada a PLD. Ou seja, a usina deve compensar o mercado com o valor financeiro equivalente ao montante não gerado. No MRE, contudo, o montante não entregue é compensado contabilmente pelo montante gerado por outras usinas. O MRE realoca, transfere o excedente dos superavitários, aqueles que geram acima da garantia física, para os deficitários, aqueles que geram abaixo da garantia física.

O MRE então reduz os riscos, já que a condição hidrológica momentaneamente favorável de certas usinas compensa as condições momentaneamente desfavoráveis de outras. Essa transferência de energia entre as usinas geradoras localizadas em regiões com diferentes condições climáticas é justamente a função do MRE, que ao realizar a referida transferência de energia de uma usina para outra, garante que no processo de contabilização da CCEE as usinas recebam seus níveis de garantia física, independentemente da produção real de energia.

Ainda com o objetivo de melhor compreender o funcionamento do MRE, imaginemos o seguinte cenário: consideremos um sistema composto por 03 (três) usinas (usinas A, B e C), em que a usina A e B tiveram déficit, e a usina C teve sobra. Ao se comparar a geração total com a garantia física total do referido sistema, resta configurada uma situação de equilíbrio, ou seja, a geração do conjunto de usinas hidrelétricas equivale a garantia física do sistema ou estimativa de geração. Nesse caso, por conta da aplicação do MRE, o excedente da usina C vai para a usina A e B, de modo que elas não precisam mais ir para o MCP, pois não ficarão expostas.

Levando-se em conta esse mesmo sistema de 03 usinas, imaginemos agora que a garantia física das usinas é maior que a geração total do sistema. Isso significa que o sistema está deficitário, ou seja, vendeu-se mais energia do que se gerou. O MRE é então acionado para que a

geração total do sistema se iguale a garantia física total do sistema. Esse nivelamento ocorre por meio de um rateio feito entre as usinas da diferença entre a garantia física total e a geração total do sistema. A garantia física de cada usina do MRE é então reduzida de forma proporcional à geração do MRE, por conta da aplicação do Fator GSF. A garantia física reduzida nada mais é do que o resultado do compartilhamento do prejuízo das usinas. Da mesma forma que no cenário anterior, a energia excedente da usina superavitária é repartida entre as usinas deficitárias.

Uma das consequências quando se tem uma situação de energia deficitária é a de que, como as usinas hidrelétricas não geraram a energia necessária, as termelétricas terão que ser acionadas para cobrir a energia faltante. Essas centrais térmicas, quando acionadas, precisam ser remuneradas, e a remuneração é feita pelas hidrelétricas. Nessa situação, o risco hidrológico, ou seja, o risco de não chover, é suportado pelos geradores, pois as centrais hidrelétricas é quem devem pagar as térmicas, caso não tenham conseguido gerar o montante esperado de energia.

Além do acionamento das térmicas, as situações de energia deficitária também têm como consequência a aplicação do Fator GSF, que, conforme dito anteriormente, é o fator de ajuste do MRE. Com a aplicação desse fator, as garantias físicas das usinas são reduzidas.

Como se verá no próximo capítulo, a partir de 2015, devido a uma redução dos índices de chuva e a uma diminuição do volume de água nos reservatórios, as situações de energia deficitária começaram a ser mais recorrentes. Por conta disso, determinadas entidades e associações representantes das usinas hidrelétricas²⁴ começaram a mover ações na justiça em face da Aneel pleiteando a limitação da aplicação do Fator GSF.

As usinas hidrelétricas não conseguiram gerar energia suficiente para fazer frente às suas garantias físicas, de modo que as usinas que venderam a totalidade da sua garantia física tiveram uma exposição negativa, na medida em que não havia energia a ser compartilhada no MRE. Em suma, uma vez que não havia energia elétrica a ser remanejada no condomínio do MRE, as usinas hidrelétricas que comprometeram a totalidade de sua garantia física com contratos de comercialização, tiveram de comprar a energia faltante no MCP, a um preço maior, já que valorado pelo PLD. A exposição negativa das usinas hidrelétricas impactou seriamente a sua capacidade de caixa, sendo esse o motivo pelo qual algumas usinas integrantes do MRE ingressaram com demandas para discutir a limitação da aplicação do Fator GSF. De acordo com o argumento exposto por essas usinas, a aplicação do Fator GSF deveria ser limitada à apenas 5% de sua garantia física. Exemplificando, independentemente da geração total do MRE, a diminuição da garantia física das usinas deveria ser limitada a 5%. Em termos práticos, se uma usina tinha uma garantia física de 100, independentemente do Fator GSF no mês ser de 80%, o que levaria à diminuição da garantia física da usina para 80 (aplicação correta do Fator GSF), a CCEE deveria diminuir a garantia física da usina hidrelétrica apenas para 95 (Fator GSF de 5%). Contudo, a aplicação do Fator GSF dessa forma leva a uma falta de 15 na energia contabilizada, já que a

²⁴ Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica (Apine) e Service Energy Gestão de Energia S/A são exemplos de entidades que judicializaram o ajuste do MRE. A discussão judicial envolvendo o Fator GSF, contudo, foi iniciada pela Santo Antônio Energia S.A em 2015, ao interpor Agravo de Instrumento perante o TRF-1, contra decisão de primeiro grau denegatória do seu pedido de tutela para limitar a aplicação do Fator GSF.

usina produziu somente 80 e a decisão liminar afirmou que ela deveria receber 95 de energia. (HUMBERT, 2017, p. 114)

As ações foram ajuizadas na comarca de Brasília. Na oportunidade, requereu-se a concessão de tutela de urgência para que as usinas não ficassem sujeitas ao ajuste do MRE, ou seja, à aplicação integral do Fator GSF, não precisando mais recompor seus défices energéticos na sua integralidade. Em primeira instância, o pedido da tutela de urgência foi indeferido, mas após recurso para a segunda instância, as entidades representativas das usinas geradoras conseguiram obter liminar para suspender a decisão de indeferimento da tutela de urgência e assim impedir que a Aneel aplicasse o ajuste do MRE. Essa decisão liminar, de caráter provisório, foi proferida pelo desembargador Souza Prudente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1).

Contudo, no ano de 2018, o STJ acabou por cassar a referida liminar que limitava a aplicação do Fator GSF e impedia a Aneel de ajustar o MRE. A suspensão dos efeitos dessa decisão provisória proferida pelo TRF-1 foi requerida pela Aneel, que alertou para o risco de sua manutenção, pois foi projetado um prejuízo de R\$ 3,8 bilhões para os demais agentes do setor de geração, caso o MRE continuasse sem poder se ajustado ²⁵.

3.3 Aumento da inadimplência no Mercado de Curto Prazo (MCP)

Conforme dito no capítulo anterior, a partir de 2015, por conta de uma diminuição dos reservatórios das usinas hidrelétricas, a capacidade de geração de energia reduziu drasticamente. Com essa redução, as usinas termelétricas tiveram que ser cada vez mais acionadas, já que as usinas hidrelétricas passaram a gerar cada vez menos energia, deixando assim de conseguir fazer frente a suas garantias físicas. Ocorreu, deste modo, uma diminuição sistemática da quantidade de energia gerada pelas usinas hidrelétricas.

O poder judiciário foi então acionado pelas centrais hidrelétricas que visavam a limitação da aplicação do Fator GSF. Ou seja, buscou-se limitar a aplicação integral do Fator GSF, de modo que as garantias físicas não diminuíssem a quantidade correta que deveriam diminuir, o que permitiria que os agentes deficitários não recompusessem os seus défices de maneira integral e efetiva. Com a concessão das liminares que não permitiam a aplicação correta do MRE, houve então um aumento significativo da inadimplência no MCP. Com esse aumento, aqueles que tinham créditos passaram a receber proporcionalmente cada vez menos os valores que lhes eram devidos, por conta do rateio da inadimplência. Esta redução proporcional dos valores devidos gerou uma nova judicialização, desta vez com o objetivo de fazer com que os credores do MCP fossem excluídos do referido rateio da inadimplência.

De acordo com capítulo 2.3.3, o mecanismo do rateio da inadimplência, também

²⁵Estadão. STJ derruba liminar que limitava perdas de hidrelétricas com baixa geração, 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/>>. Acesso em: 16/11/2019.

conhecido como *loss sharing*, é característico do MCP. Este mercado possui natureza multilateral, ou seja, nele os credores são credores diante do mercado como um todo e os devedores devem para o mercado como um todo, de modo que os credores só conseguirão receber seus créditos após o pagamento dos valores devidos pelos devedores. Caso os devedores comecem a deixar de pagar ao mercado o valor que devem, todos os credores serão prejudicados, na medida em que não conseguirão mais receber a totalidade de seus créditos.

Como a inadimplência aumentou bastante por conta das liminares²⁶ obtidas pelas usinas que as isentavam de recompor os seus défices energéticos, os agentes credores do MCP passaram a não mais receber os seus créditos na sua totalidade. Logo, com o aumento da inadimplência do MCP, algumas comercializadoras/agentes credores começaram a ajuizar ações em face da CCEE requerendo a sua exclusão ou isenção do rateio da inadimplência, para assim receber de modo privilegiado seus créditos.

Os argumentos utilizados nessas ações foram basicamente dois: a) as sentenças que foram proferidas nos processos envolvendo as usinas hidrelétricas, limitando a aplicação do Fator GSF, estavam criando efeitos em relação a terceiros que não atuaram nesses processos, que no caso seriam os agentes credores do MCP, o que violaria o artigo 506 do NCPC²⁷; b) infração a boa-fé objetiva, por conta do risco não contratado. Os agentes, ao integrarem a CCEE, estavam cientes dos riscos relacionados à comercialização de energia elétrica. Contudo, os riscos hidrológicos, que deveriam ser suportados somente pelas usinas geradoras, estariam sendo suportados também pelos demais agentes comercializadoras não integrantes do MRE.

A CCEE, por sua vez, alegou nessas ações os seguintes pontos: a) O mecanismo de rateio da inadimplência é intrínseco à estrutura e funcionamento do MCP (natureza multilateral) e já estava previsto nas convenções de comercializações e resoluções da Aneel; b) O referido artigo 506 do NCPC diz respeito aos efeitos da coisa julgada e não da sentença, que pode sim produzir efeitos com relação a terceiros; c) As liminares dessas ações, caso sejam concedidas, terão impacto financeiro sobre os agentes credores que não forem beneficiados por essas decisões judiciais

O posicionamento dos tribunais vem sendo no sentido de aplicação isonômica do rateio da inadimplência, não se permitindo que determinados agentes, por terem liminares em seu favor, recebam seus créditos de forma privilegiada.

²⁶As decisões concedidas em favor das usinas integrantes do MRE para limitar a redução das suas garantias físicas foram responsáveis por aumentar o inadimplemento do MCP. Com o aumento desse inadimplemento, os agentes credores passaram a receber uma porcentagem menor dos créditos a que tinham direito, pois no MCP os recursos usados para pagar os credores são oriundos justamente dos valores depositados pelos agentes devedores. Se o número de devedores que não pagam aumenta (crescimento da inadimplência), os credores não vão poder receber a totalidade dos seus créditos.

²⁷ Art. 506, CPC: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.”

4. A ADESÃO COMPULSÓRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO QUADRO DE ASSOCIADOS DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE)

De acordo com o que fora mencionado no capítulo 2, os consumidores podem contratar energia tanto no ACL, quanto no ACR.

No ACR, a contratação de energia ocorre entre os consumidores cativos e as distribuidoras de energia. Os consumidores cativos, em razão do seu consumo, remuneram as distribuidoras por meio do pagamento de tarifas de energia que são determinadas pela Aneel.

Já no ACL ocorre a livre contratação, de modo que os consumidores podem escolher o seu fornecedor de energia e assim negociar as condições comerciais dos seus contratos de compra e venda de energia, tais como preço, volume, período de suprimento e garantias financeiras.

Contudo, para que o consumidor consiga realizar operações de compra e venda de energia no ACL dois requisitos devem ser atendidos: demanda contratada e adesão à CCEE.

Conforme mencionado no capítulo 2.3.1, para que seja possível contratar no ACL, o consumidor deve ter uma demanda contratada de no mínimo 500 KW.

Para além desse requisito, deve também o consumidor ingressar no quadro de associados da CCEE. Ao se tornar um associado, o consumidor passar a ser reconhecido como um agente consumidor livre ou especial, recebendo assim a autorização para operar no mercado livre e então formalizar os contratos de compra e venda de energia elétrica.

O processo de adesão dos consumidores à CCEE obedece a uma série de etapas que devem ser observadas pelo candidato à agente. Essas etapas estão dispostas nos procedimentos de comercialização de energia²⁸. Deste modo, além do atendimento ao requisito técnico de demanda contratada, o consumidor deve também atender requisitos regulamentares e econômicos dispostos nos procedimentos de comercialização de energia que trata do processo de adesão à CCEE.

Uma das etapas da adesão do candidato à agente da CCEE é a apresentação das certidões negativas de falência e recuperação judicial²⁹.

A função, portanto, da apresentação da referida certidão é a de provar a incolumidade econômica e financeira do candidato a agente da CCEE. Com relação às crises por quais pode uma empresa passar, vale enfatizar a distinção feita por Luis Felipe Salomão (2012, p. 10),

Uma crise econômica se verifica, por exemplo, com a retração do negócio. Quando cai em desuso a marca que o empresário revende ou o insumo que ele fornece, ou ocorre qualquer outra causa que conduz à queda nas vendas, então a sociedade atravessa uma crise econômica. A turbulência pode ser segmentada, no setor em que atua, ou pode ser

²⁸ O referido procedimento de comercialização foi aprovado pela Aneel por meio do despacho 3.215, de 15 de outubro de 2012, e está disponível para consulta no site da CCEE.

²⁹ Segundo o “submódulo 1.1 – Adesão à CCEE” do procedimento de comercialização, o candidato a agente deve apresentar certidão negativa de falência e de recuperação judicial expedida pelo Poder Judiciário da sede do candidato a agente com data de emissão não anterior a 60 (sessenta) dias da adesão pretendida.

generalizada. A crise financeira é diferente, denominada "crise de liquidez", ou seja, o empresário ou a sociedade empresária não tem como honrar os seus compromissos, porque há quebra do fluxo entre receita e despesa. O terceiro e último tipo de crise é a patrimonial, caracterizada pela insolvência, vale dizer, passivo maior que o ativo.

Ocorre que a exigência de apresentação dessa certidão negativa foi judicializada. Ou seja, nos autos dos processos de recuperação judicial, os consumidores, que pretendiam ingressar nos quadros da CCEE, começaram a questionar a legalidade da referida exigência, de modo que formularam pedidos ao poder judiciário para que fosse expedido ofício à CCEE instando-a a dispensar a necessidade de apresentação da certidão negativa de falência e recuperação judicial para ingresso no quadro associativo câmara de comercialização de energia elétrica.

Os argumentos utilizados pelos consumidores se baseavam nas seguintes teses: a) o ingresso dos candidatos a agente na CCEE, e conseqüente autorização para operar no ACL, seria capaz de viabilizar seus planos de recuperação judicial, tendo em vista as vantagens financeiras que lhe seriam proporcionadas, pois a livre contratação muitas vezes representa uma economia na aquisição da energia, quando comparada com a contratação no ambiente regulado; b) a exigência de apresentação da referida certidão negativa viola o princípio da livre iniciativa, consubstanciado no artigo 170 da CRFB, bem como os artigos 47, 52, II e 69 da Lei 11.101/2005³⁰.

Esses pedidos foram formulados nos autos de dois processos de recuperação judicial, de modo que num deles houve decisão desfavorável ao pedido de dispensa da apresentação da certidão negativa, enquanto no outro a decisão foi de deferimento do pedido³¹.

Diante desse cenário, em que passou a ser possível, por via judicial, ingressar na CCEE e assim comercializar energia elétrica no ACL mesmo se estando submetido a um processo de recuperação judicial, faz-se necessário agora analisar quais os impactos e quais os problemas decorrentes dessa adesão compulsória.

4.1 Os impactos da adesão compulsória de empresas em recuperação judicial à CCEE no funcionamento do ACL

A decisão judicial que permitiu o ingresso da empresa em recuperação judicial ao quadro de associados da CCEE partiu do pressuposto de que, com a economia a ser obtida pela

³⁰ “Na fase de decisão do processamento, o magistrado faz um exame meramente formal do pedido em que, verificando a ordem da documentação apresentada, deferirá o processamento da recuperação judicial. Da decisão constará a nomeação do administrador judicial e as seguintes determinações relativas aos efeitos e aos atos de prosseguimento da ação. Quanto aos efeitos, a decisão determina a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei” (Ricardo Negrão, 2010, p. 201)

³¹ As decisões foram proferidas nos autos da recuperação judicial das empresas Agrenco Bioenergia Indústria e Comércio de Óleos e Biodiesel LTDA (“Agrenco”) e Reginaves Indústria e Comércio de Aves LTDA (“Reginaves”)

empresa ao comercializar energia no ACL, a recuperação judicial conseguiria atingir seu objetivo, ou seja, a empresa conseguiria superar o momento de instabilidade financeira.

Ocorre que, segundo dados oficiais³², somente 23% das empresas que pedem o processamento da recuperação judicial conseguem encerrar o processo de forma efetiva, ou seja, sem a decretação da falência e com a retomada da sua atividade econômica, garantindo assim os interesses dos credores e da sociedade.

Apenas 1 em cada 4 empresas que tem a recuperação judicial deferida pelo poder judiciário consegue efetivamente sair da situação de desequilíbrio econômico. Ou seja, os 75% das empresas restantes ou tiveram a falência decretada ou ainda se encontram em processo judicial de recuperação, que perdura, em média por 4 anos e sete meses (FERNANDA MUNARI CAPUTO, 2017, p. 100)

Os riscos desse cenário para o ACL são evidentes, na medida em que caso essas empresas em recuperação que estejam no mercado livre não consigam arcar com as responsabilidades assumidas, os eventuais prejuízos serão compartilhados com os demais agentes da CCEE.

Segundo Marlon Tomazette (2017, p. 41), a recuperação judicial, embora possa ser entendida como um meio de solução das crises, não é uma garantia da sua superação, representando apenas uma tentativa de resolver o problema. Caso a crise não possa ser superada, o único caminho a ser tomado é o da liquidação patrimonial, pois se tal liquidação não ocorrer, a manutenção de uma empresa inviável no mercado pode gerar prejuízos ainda maiores.

O aumento de consumidores inadimplentes no ACL aumentaria os prejuízos repartidos entre os agentes de modo a ocasionar a elevação do preço da energia.

Sob o ponto de vista jurídico, vale ressaltar que a discussão acerca da necessidade ou não de apresentação de certidão negativa de falência e recuperação judicial para fins de adesão à CCEE girou em torno da valoração que deve ser atribuída aos princípios da liberdade de associação, reconhecido nos incisos XVII, XVIII, XIX e XX do artigo 5º da CRFB, e os da preservação da função social da empresa, da manutenção da ordem econômica e da livre iniciativa, dispostos no artigo 170, também da CRFB.

Ao se fazer uma ponderação desses princípios, a fim de se definir qual deve prevalecer no caso concreto, entendemos que o entendimento que mais está em conformidade com a constituição é o de que se deve, nessa situação, privilegiar a garantia da liberdade de associação.

Em linhas gerais, a garantia fundamental da liberdade de associação pressupõe a possibilidade de união de pessoas com objetivo comum, lícito e em conformidade com a ordem pública. A CRFB garante, portanto, aos cidadãos a formação, a manutenção e a dissolução de associações civis permanentes e personificadas sem a necessidade de autorização do Estado.

³² Serasa Experian. Indicadores econômicos. Disponível em: <www.serasaexperian.com.br>. Acesso em: 21/10/2019.

Lembrando que a natureza jurídica da CCEE é a de associação civil sem fins lucrativos.

Deste modo, temos que as associações são livres e independentes para estabelecer os critérios de admissibilidade e permanência de seus membros, desde que em conformidade com a lei. Esses critérios de admissibilidade são estabelecidos pelos membros da associação para que, deste modo, se preserve da melhor maneira os interesses e finalidades do grupo. Não cabe, portanto, nessa seara qualquer interferência estatal.

De tal modo, inexistente qualquer obrigação relacionada a aceitação de candidatos a membros que não apresentem as características aderentes aos preceitos fundamentais da própria associação civil, além de existir a garantia constitucional que avaliza a impossibilidade de submeter os membros de associações ao recebimento forçado de novos integrantes, por ato do ente público (CAPUTO, 2017, p. 96)

Deve-se ter em mente que os membros da CCEE elegeram a incolumidade econômica como requisito essencial para o ingresso em seu quadro associativo. Essa incolumidade deve ser comprovada por meio da apresentação da referida certidão negativa. Somente assim será possível comercializar energia no ACL. A apresentação da certidão tem, portanto, o objetivo de garantir o adequado funcionamento do ACL, evitando-se ao máximo a submissão de seus integrantes a eventuais prejuízos financeiros a ser partilhado por todos.

Temos então que as decisões judiciais que interferem na dinâmica de funcionamento do mercado livre de energia ao permitirem que consumidores integrem o quadro de associados da CCEE, sem que para isso tenham que atender os requisitos mínimos de participação, possuem as seguintes repercussões: a) risco de aumento na inadimplência no ACL; b) afronta ao princípio da liberdade de associação; c) afronta ao princípio da livre concorrência, na medida em que concedem vantagem competitiva aos agentes econômicos beneficiados por estas decisões, na medida em que estes agentes poderão ingressar no ACL e assim ter acesso ao insumo energia a preços mais baixos do que os praticados no mercado cativo³³.

5. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Este capítulo trata do último aspecto jurídico da comercialização de energia elétrica a ser analisado neste trabalho. A análise que se pretender fazer neste tópico diz respeito aos contratos de comercialização de energia elétrica, já mencionados anteriormente, celebrados no ACL. Estes contratos podem ser definidos como instrumentos responsáveis por formalizar as transações de compra e venda de energia elétrica que ocorrem no mercado livre de energia entre os agentes

³³ TORTORO Jr, Carlos Augusto. Agravamento da inadimplência no mercado livre de energia elétrica. Disponível em: <<https://www.canalenergia.com.br>>. Acesso em: 17/11/2019.

comercializadores, geradores e consumidores.

5.1 Peculiaridades do bem energia elétrica

Com relação aos contratos de comercialização acima referidos, cabe ressaltar, num primeiro momento, as peculiaridades de seus objetos, ou seja, a energia elétrica. Conforme mencionado no capítulo 2.1, a energia elétrica pode tanto ser considerada um bem, dotado de valoração econômica, quanto pode ser analisada sob o aspecto de serviço público de transmissão e distribuição.

O Código Civil em seu artigo 83, I, afirma o seguinte:

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

- I - as energias que tenham valor econômico;
- II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;
- III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações;

A concepção da energia enquanto bem já estava presente na legislação penal e tributária³⁴. Com a redação do artigo 83 mencionado acima, sob a ótica do direito civil, não resta mais dúvidas quanto ao enquadramento legal da energia elétrica, dotada de valor econômico, como um bem móvel. De acordo com essa primeira feição da energia elétrica (bem móvel), a mesma pode ser objeto de negociações privadas, sendo, portanto, comercializável, por assumir as características de mercadoria ou produto.

Para além dessa concepção, pode-se também analisar a energia sob a perspectiva de serviço público. O aspecto do serviço público fica mais em evidência quando tratamos das concessionárias de distribuição e transmissão de energia.

Numa primeira análise, podemos ser induzidos a concluir que os contratos de comercialização de energia celebrados no ACL possuem a natureza de um típico contrato de compra e venda. Contudo, em virtude das características do bem ora comercializado, os contratos de comercialização de energia acabam sofrendo a influência de outros tipos contratuais, bem como apresentando uma dinâmica peculiar que, segundo tese defendida por Andréa Silva Rasga Ueda, faz com que possam ser caracterizados como um contrato *sui generis* de compra e venda.³⁵

Como exemplos das características mencionadas acima, temos que a energia é um bem imaterial, não estocável, e de produção e consumo simultâneos.

Com relação à imaterialidade do bem ora comercializado, já temos aí um fator

³⁴ Artigo 155, §3, do Código Penal e artigo 155 §3 da CRFB.

³⁵ UEDA, Andréa Silva Rasga. Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do direito civil. 2015. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

diferenciador entre o contrato de comercialização de energia e a maioria dos contratos de compra e venda, cujos bens negociados são em sua maioria bens materiais ou corpóreos. Segundo Andréa Silva Rasga Ueda, por conta da imaterialidade do objeto contratado, a denominação correta do contrato deveria ser cessão de direitos sobre energia elétrica. “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.” (UEDA, 2014, p. 230). Cessão de direitos, no caso, denomina a aquisição de bem imaterial. Por ter a mesma natureza da compra e venda, a autora pontua que continua sendo possível a aplicação das disposições legais do típico contrato de compra e venda ao contrato de comercialização de energia.

Entretanto, por se tratar de um contrato de compra e venda *sui generis*, ao contrato de comercialização de energia não se aplicam todos os dispositivos legais relativos ao típico contrato de compra e venda de energia. Isso ocorre em função de outra peculiaridade do bem energia elétrica, qual seja: ser um bem não estocável e com geração e consumo constantes, imediatos e simultâneos.

Conforme mencionado no capítulo 2.3.3, a energia, enquanto produto comercializável, não pode ser armazenada em grande escala. O que ocorre, quando se comercializa este bem, é que toda a energia produzida, em vez de ser armazenada e entregue para o seu comprador, é injetada no SIN. Logo, a energia que está sendo consumida num determinado momento está sendo produzida nesse mesmo momento. Por conta disso, o contrato de comercialização de energia se trata de uma compra e venda com entrega futura, pois no momento em que ocorre a formalização do contrato, o vendedor não tem “guardado” a energia que ele se comprometeu a entregar para o comprador. Nesse tipo de contrato, o que se negocia é a disponibilização futura de um bem.

Como não é possível inserir “marcações” nos pulsos elétricos injetados no sistema, também não é possível saber quem gerou a energia que foi consumida por determinado consumidor, em determinado momento, pois como se comentou mais acima, toda energia consumida está sendo, no mesmo momento, gerada. O agente vendedor negocia então um bem futuro, que não necessariamente será suprido ou gerado por ele. Ou seja, a energia será disponibilizada para o comprador no período acordado, mas a sua geração não ficará a cargo do vendedor, porque toda a energia produzida é imediatamente injetada no sistema, não podendo ser estocada em grande quantidade. Por isso, segundo Andréa Silva Rasga Ueda (2014, p. 230), não cabe conceituar a energia como um bem próprio do vendedor. O que ocorre de fato é que o vendedor ainda não tem a energia que ele se comprometeu a entregar quando formalizou um contrato de compra e venda, pois a energia que o consumidor receberá ainda será gerada. Nessa relação, em que se negocia um bem futuro, subsiste a obrigação de ter disponível determinada quantidade de energia na data acordada entre as partes, para então poder entregá-la ao consumidor.

Nesse momento, vale destacar mais uma peculiaridade do bem energia elétrica, que

dessa vez diz respeito a sua titularidade patrimonial, ou seja, saber se se trata de um bem público ou um bem privado. Podemos afirmar que o bem energia elétrica transcende essa dicotomia, pois ora pode ser tido como público, ora como privado, a depender da relação em que estiver inserido. Quando se leva em consideração a energia no âmbito dos serviços de distribuição e transmissão, temos aí um bem público. Já quando estamos na seara da comercialização, âmbito em que a energia assume características de mercadoria, temos então um bem privado. Contudo, conforme mencionado no parágrafo acima, a energia não pode ser compreendida como um bem de propriedade privada sem qualquer mitigação, no sentido de ser um bem de propriedade exclusiva do vendedor. Essa impossibilidade se deve aos seguintes fatores: (i) a natureza física da energia, que não permite que a mesma seja rastreada, marcada ou até mesmo armazenada em grande quantidade. Em virtude disso, não se aplicam a essa relação comercial o direito de sequela e a alegação de vícios redibitórios; (ii) o fato de o consumo ocorrer ato contínuo à sua geração, ou seja, consumo e produção imediatos; (iii) caso a energia não possa ser gerada e entregue no prazo acordado, o contrato de compra e venda deve continuar vigente, gerando efeitos, por conta do mecanismo de funcionamento do mercado livre, não se aplicando o artigo 483 do Código Civil³⁶.

5.2 Peculiaridades do Contrato de comercialização de energia elétrica

Já com relação ao contrato de comercialização de energia, podemos apontar a seguinte característica que lhe é própria: pode-se dizer que esse contrato possui uma comutatividade também *sui generis*.

Segundo Paulo Nader (2018, p. 75), contratos comutativos são os contratos onerosos cujas prestações, devidas por ambas as partes contratantes, apresentam uma certa previsibilidade. Ou seja, antes da formalização do negócio, é possível prever quais serão os ônus e os bônus atribuíveis a ambas as partes ao longo da execução do contrato. Já os contratos aleatórios são aqueles que contêm um elemento de incerteza ou de risco quanto aos resultados patrimoniais do contrato. As prestações, nesse tipo de contrato, não são equivalentes e podem variar de maneira que as partes podem ter apenas benefício ou apenas prejuízo, não sendo possível prefixar as obrigações a serem adimplidas. Desta forma, discutir a comutatividade ou aleatoriedade dos contratos de comercialização de energia diz respeito a discutir os riscos que podem incidir ao longo de sua execução. Juridicamente, o risco é definido como a possibilidade de ocorrência de perigo ou sinistro que cause dano ou prejuízo, e os contratos de comercialização de energia são concebidos, segundo Gerusa de Souza Côrtes Magalhães (2009, p. 80), como instrumentos voltados para a mitigação destes riscos, em especial o risco de inadimplemento.

Dentre os riscos envolvidos na comercialização de energia, podemos dizer que os

³⁶ Código Civil, art. 483: A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório

principais e mais comuns são o risco da disponibilidade da energia elétrica e o risco da variação de preços. Esses riscos são tidos como naturais ou previsíveis, por serem ínsitos à comercialização de energia elétrica no mercado livre.

Com relação à variação no preço, vale ressaltar que esse risco possui uma certa conexão com a operação de compra e venda de energia por conta da sistemática de precificação utilizada no mercado livre. O PLD, mencionado no capítulo 2.3.3 como um preço de referência tanto para o ACL quanto para o ACR, é calculado por meio de programas computacionais que contém fórmulas matemáticas que levam em conta as previsões dos regimes de chuva. As previsões de regimes de chuva, contudo, podem não se concretizar, de forma que o preço do PLD pode não corresponder ao que fora anteriormente previsto.

Já com relação a disponibilidade da energia, o risco aqui presente é referente à possibilidade de não se entregar para o comprador a energia anteriormente pactuada. Este risco está atrelado a fatores como problemas hidrológicos, períodos de escassez, falta de investimentos na expansão do setor de geração e racionamentos decretados pelo poder público.

Por conta desses riscos, não se pode afirmar que os contratos de comercialização possuem uma comutatividade definitiva, ou seja, não se pode afirmar que com o adimplemento da prestação incumbida a uma das partes, a prestação relativa ao outro polo contratante também será cumprida. Por exemplo, pode acontecer de o comprador pagar o preço, mas o vendedor não conseguir disponibilizar a energia pactuada em virtude de um racionamento decretado pelo poder público que force a redução do montante contratado. A aleatoriedade, desta forma, também existe nesse tipo de negociação. Contudo, dizer que o referido contrato é puramente aleatório também é descabido, tendo-se em vista que as partes conseguem alocar os riscos quando da formalização do contrato, pois acabam instituindo mecanismos de compensações e garantias financeiras para se protegerem de eventuais imprevistos, bem como pactuam condições comerciais de preço, montante e prazo de vigência. Desta forma, podemos dizer que se trata de um contrato híbrido, pois não é um contrato plenamente comutativo, nem plenamente aleatório.

Outra característica dos contratos de comercialização de energia elétrica a ser mencionada diz respeito à comprovação do cumprimento da obrigação de entrega da energia. Primeiramente, é importante destacar que esses contratos de comercialização não envolvem geração física de energia, ou seja, eles não regulam a entrega física de energia, mas somente a sua disponibilização econômica ou contábil. A geração física e a consequente entrega física do bem energia elétrica fica a cargo dos Contratos de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD) firmados entre o consumidor final e a concessionária de distribuição.

Não é objeto do contrato o fornecimento físico da energia elétrica. O contrato tem por objeto a compra e venda de energia, bem como a disponibilização econômica e contábil desse bem ao comprador. Contudo, essa disponibilização não ocorrerá por meio da entrega física do objeto,

mas sim por meio do registro do referido contrato na CCEE. O montante contratado será então contabilizado pela CCEE que, conforme mencionado anteriormente, encarrega-se de compatibilizar o mundo físico e o mundo contábil, ao, por exemplo, comparar quanto cada agente consumidor consumiu em determinado mês e quanto esse mesmo agente consumidor contratou de energia nesse mesmo mês. As obrigações regidas pelo referido contrato de comercialização são, portanto, de cunho contábil e financeiro, é dizer, em virtude do contrato, o comprador deverá pagar o preço e o vendedor deverá registrar o contrato na CCEE, indicando que disponibilizará ao comprador determinado montante de energia por determinado período de tempo, conforme as condições comerciais acordadas.

O que seria a tradição para um típico contrato de compra e venda, para o contrato de comercialização de energia equivale, de certo modo, ao registro. Vale lembrar que a tradição nos contratos típicos de compra e venda, representa a entrega da coisa comprada, transferindo-se a propriedade da mesma, e, ao ser efetivada, demarca no tempo o momento em que o contrato restou cumprido.

Portanto, os contratos de comercialização de energia, mesmo não envolvendo a geração física do bem, garantem, por meio do seu registro na CCEE, que o consumidor receberá a energia inicialmente contratada. Temos então que o mecanismo utilizado no ACL para aferir se houve ou não a entrega do bem energia é o do registro dos contratos na CCEE.

A comprovação do adimplemento das obrigações contratuais é então feita pela CCEE por meio de uma contabilização financeira, ou seja, a apuração do cumprimento das obrigações é efetivada em um sistema de contabilização em que se apura por medições de débito e crédito o atingimento das obrigações de ambas as partes contratantes.

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 registrares 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. (UEDA, 2014, p. 236).

Podemos concluir então que o contrato de comercialização de energia elétrica é tido como um contrato de compra e venda *sui generis*, ou seja, possui os mesmos elementos de um contrato típico de compra e venda (coisa, preço e partes) mas também sofre a influência de outros

tipos contratuais. Por exemplo: por ser a energia elétrica utilizada pelos consumidores livres como um insumo em suas linhas de produção, o contrato de comercialização de energia acaba adquirindo feições de contrato empresarial. Além disso, conforme mencionado acima, a apuração do cumprimento das obrigações presentes no contrato de comercialização é efetivada por meio de um sistema de contabilização da CCEE, em que se apura por medições de débito e crédito o atingimento das obrigações de ambas as partes contratantes, aproximando-se o contrato de comercialização de um contrato de financiamento.

Verificamos que se trata de uma compra e venda com entrega futura, mas com nuances de outros modelos contratuais, 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. (UEDA, 2014, p. 235).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto ao longo do trabalho, foi possível ter um vislumbre do desenvolvimento histórico e jurídico do setor elétrico brasileiro. Na parte do desenvolvimento histórico, presente no capítulo 2, podemos perceber a importância das reformas administrativas vivenciadas pelo Estado Brasileiro nos anos 90 para a modernização da indústria da energia elétrica nacional. Viu-se que referida modernização passou pela divisão entre o setor competitivo, ou seja, geração e comercialização, e o setor de monopólio natural, é dizer, transmissão e distribuição de energia. Foi também mencionada a composição da matriz energética brasileira, destacando-se o papel fundamental exercido pelas usinas hidrelétricas, que correspondem a mais de 60% da capacidade de geração do país.

Ainda no capítulo 2, fez-se uma descrição dos agentes e instituições que compõe o sistema elétrica brasileiro, a exemplo do ONS, da Aneel, do Ministério de Minas e Energia e da CCEE.

Com relação ao desenvolvimento jurídico, mencionado acima, destacou-se a relevância da Lei 10.848/2004, responsável por instituir o Ambiente de Contratação Livre (ACL) e autorizar a criação da CCEE. No ACL podem contratar energia os agentes geradores, comercializadores e consumidores livres. Estes últimos podem comercializar desde que preencham o requisito da demanda contratada de 500 KW. O ambiente de contratação regulada fica então responsável por abarcar os contratos celebrados entre as distribuidoras de energia e os consumidores cativos.

Ainda com relação a CCEE, vimos que a sua importância reside no fato de ser responsável por registrar os contratos de compra e venda de energia elétrica e dessa forma contabilizar quanto cada agente consumiu e contratou de energia. Essa contabilização permite saber se os agentes possuem défices, consumiu mais do que contratou, ou sobra de energia, contratou mais do que o que fora consumido. Essas diferenças de energia, para mais ou para menos, são então liquidadas financeiramente no Mercado de Curto Prazo, responsável pelo saneamento da posição de cada agente.

No capítulo 3 teve início a análise das discussões jurídicas envolvendo o mercado livre. A primeira dessas discussões diz respeito à judicialização da inadimplência do MCP. Viu-se que o MCP, por ter uma natureza multilateral, contém o mecanismo de rateio da inadimplência, pois a origem do pagamento dos credores é justamente o depósito dos valores devidos pelos agentes devedores, é dizer, aqueles que possuem déficit de energia. Contudo, em virtude das liminares que foram concedidas em benefício de usinas geradores de energia integrantes do MRE para que as mesmas não precisassem suportar o ônus da venda de energia a longo prazo, a inadimplência do MCP aumentou significativamente, fazendo com que os credores passassem a receber proporcionalmente cada vez menos seus créditos. A judicialização do rateio da inadimplência

ocorreu justamente porque determinados agentes credores pleitearam a exclusão do mecanismo do *loss sharing*, para assim receber de forma privilegiada seus créditos.

No capítulo 4, foram apresentados os riscos da adesão compulsória de empresas em recuperação judicial ao quadro de associados da CCEE. Na oportunidade, vimos que a CCEE foi constituída sob a forma de uma associação civil sem fins lucrativos e que a mesma apresenta uma série de requisitos para que os agentes possam tornar-se seus associados e assim comercializar energia no mercado livre. Um dos requisitos é a apresentação de certidão negativa de falência e recuperação judicial, com vistas a provar a incolumidade financeira do candidato a agente. As decisões judiciais que permitem a adesão de agentes à CCEE, mesmo sem apresentar a referida certidão negativa, põe em risco o funcionamento do ACL na medida em que, caso esse determinado agente se torna inadimplente, os seus prejuízos serão repartidos entre os demais, em virtude do mecanismo de *loss sharing*, mencionado acima. Os contratos de compra e venda de energia muitas vezes são de trato sucessivo, com prestações que se projetam ao longo do tempo, havendo um risco para o sistema caso o agente comprador, por exemplo, não possa mais cumprir com as obrigações contratadas.

Por fim, no capítulo 05, vimos que os contratos de compra e venda de energia elétrica apresentam uma natureza *sui generis*, em virtude das características do bem objeto do contrato. A energia elétrica, por exemplo, possui geração e consumo simultâneos e não pode ser estocada. Também não é possível “marcar” os elétrons, de modo a se identificar quem gerou a energia que está sendo consumida em determinado momento. Por conta disso, não se aplicam ao contrato de comercialização de energia a alegação de vícios redibitórios e direito de sequela.

7. REFERÊNCIAS

CAPUTO, Fernanda Munari. **Os principais problemas decorrentes da adesão compulsória de empresas em recuperação judicial ao quadro associativo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica**. São Paulo: Revista do Direito da Energia, Instituto Brasileiro de Estudos de Direito da Energia – IBDE, número 014, 2017.

GONÇALVES, João Alfredo Serra Baetas Gonçalves. **Possível conflito de competências entre a Aneel e a CCEE quanto à aplicação de penalidades**. Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais / Marcus Faro de Castro e Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (orgs.). Brasília: Aneel, 2010.

HUMBERT, Pedro Magalhães. **A judicialização do rateio da inadimplência do Mercado de Curto Prazo**. São Paulo: Revista do Direito da Energia, Instituto Brasileiro de Estudos de Direito da Energia – IBDE, número 014, 2017.

LEITE, Ary Bezerra. **História da Energia no Ceará**. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 1996.

MAGALHÃES, Gerusa de Souza Cortes. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: Uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado em Energia) - Energia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 3: contratos**. 9º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos de Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. 4º edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

PIMENTA, André Patrus Ayres. **Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais** / Marcus Faro de Castro e Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (orgs.). Brasília: Aneel, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

SALOMÃO, Luis Felipe / SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro. Forense. 2012.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas:** Volume 3. 5º edição. São Paulo. Atlas, 2017.

UEDA, Andréa Silva Rasga. **Os contratos de comercialização de energia elétrica: uma análise sob o prisma do direito civil.** Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.