

REGULADO

MERCADO MERCADO REGULADO - 11 de Maio de 2020

Caso Fortuito e Força Maior nos contratos de compra e venda de energia? Provavelmente não, mas isso não significa o fim da história (Parte I)

O contrato é uma figura inventada pelo direito e por ele disciplinada. Mas todo contrato traduz ou veicula uma determinada operação econômica.

Introdução

Nas últimas semanas temos assistido, um tanto desnorteados, a uma



ARTIGO

JEAN ALBINO E GUSTAVO KAERCHER

LOUREIRO

Consultor e sócio do Souto-Correa Advogados

enxurrada de notificações e contranotificações no âmbito dos contratos de compra e venda de energia. Telegráficas e ansiosas correspondências dando conta da (in)ocorrência de eventos qualificáveis como “Força Maior” ou “Caso Fortuito”, para “os fins do contrato”. Nessas reações reflexas, provocadas por compreensível instinto de sobrevivência, pouco mais do que um alerta foi lançado. Não muitos tiveram tempo, disposição, possibilidade ou mesmo coragem de explorar aparentes sutilezas de cada caso concreto, tais como identificar a causa exata da paralisação das atividades que levou à redução do consumo de energia: foi uma decisão voluntária da empresa ou foi uma determinação compulsória do governador ou do prefeito? Talvez mais difícil ainda tenha sido relacionar, de modo preciso, o evento com suas consequências: em que medida a redução de consumo deveu-se especificamente à Pandemia, e não a outras circunstâncias já existentes antes dela? De supetão e sem muito interrogatório, jogou-se toda a culpa pela confusão sobre as pobres categorias de Caso Fortuito e Força Maior (por simplicidade, aqui referidas como CF/FM).

Essa, podemos dizer, foi a “primeira onda”.

Quando a poeira da explosão assentar, sutilezas deixarão de ser sutilezas. Pode ser que uma decisão unilateral de paralisar a produção (prudente, sob a perspectiva de saúde pública) não seja tratada da mesma forma que a impossibilidade absoluta de manter a linha de montagem, determinada por uma proibição clara e inapelável proveniente de um Decreto Estadual. Pode ser que a parte que recebeu a notificação genérica de diminuição de consumo deseje comprovação de que os exatos montantes de energia reduzidos não estavam infectados por um vírus oportunista diferente do Novo Coronavírus (Covid-19), o “Caronavírus -2020”. Vai se querer fazer distinção entre “Pandemia em si” e “crise econômica sucessiva”. E assim por diante .

Dentro desse universo de dúvidas e desencontros, vamos pinçar uma específica questão: é a invocação das categorias de Caso Fortuito e Força Maior a melhor leitura do que está se passando no âmbito dos contratos de compra e venda de energia no Ambiente de Contratação Livre – ACL? Não haveria melhores – ou, ao menos, alternativos ou conjugáveis – ângulos de análise, tais como a perspectiva da onerosidade excessiva ou a da frustração do fim do contrato (frustration ou quebra da base objetiva do negócio)?

Em tempos incertos e de desconfiança generalizada, impõem-se alguns disclaimers (ou, mais elegantemente: caveats) antes de avançar. Primeiro: a resposta que se pode dar num artigo de poucas linhas e descolado das circunstâncias concretas de cada caso é necessariamente genérica, reducionista e provisória. Só à vista dos fatos e dos contratos é que as hipóteses são confirmadas ou rejeitadas, se aperfeiçoam ou completam. Segundo: as categorias e figuras jurídicas que vamos encontrar adiante são objeto de discussões infundáveis na literatura jurídica e nos tribunais. As polêmicas que suscitam começaram (literalmente) séculos antes do surgimento desse vírus maldito, e seria ridícula a pretensão de aqui resolver venerandos imbróglis que há tempos se enrolam e desenrolam, recheados de juridiquês e latim. Há quem diga, por exemplo, que CF/FM combinam-se com onerosidade excessiva ou quebra da base do negócio; que as primeiras noções indicam as causas das segundas. Pode ser. Mais do que fundar Nomenclatura e Verdade, o que pretendemos é, como dito acima, indicar padrões de análise ou chaves de leitura possíveis e adequadas para entender e lidar com o que está se passando. O leitor pode trocar os nomes se entender os conceitos.

Premissas de compreensão

Tudo termina bem se começa bem. Vamos, pois, estabelecer algumas premissas de compreensão das análises que faremos mais adiante. De modo muito sintético:

o *Centralidade do contrato*: o negócio celebrado entre as partes é o ponto de partida e de chegada para o trato e para a solução do problema que elas têm diante de si. Em princípio, cada negócio é um microcosmo, um todo supostamente coerente. E, do ponto de vista jurídico, é o acordo (e não as disposições legais supletivas) o referencial primeiro para lidar com o problema e parir a sua solução.

Assumir a centralidade do contrato significa também que devemos tomar em consideração não apenas as disposições e cláusulas que distribuem e modulam direitos, obrigações e riscos, mas também elementos estruturais de cada pacto e suas circunstâncias específicas, como, por exemplo: o prazo de duração do contrato vis-à-vis a duração dos eventos tidos como perturbadores do arranjo contratual; o conjunto total de pagamentos vis-à-vis o exato dimensionamento dos prejuízos sofridos; a capacidade e grau de sofisticação das partes etc.

Essa premissa marca intensamente o ACL, pois ajustes aí celebrados regem-se (ainda que com algumas derrogações, como veremos) pelo direito privado que consagra a autonomia da vontade das partes.

Em resumo: antes de olhar para livros de direito ou para o Código Civil, leia, interprete e contextualize o contrato.

o *Paridade de armas*: como decorrência da premissa anterior, os contratos no ACL, em princípio (notar: em princípio), devem ser interpretados e executados presumindo-se que as partes estejam em pé de igualdade. Ou seja, é difícil – ainda que não impossível – fazer vingar nesse ambiente (ACL) as normas protetivas do direito do consumidor (mas não se esqueça do art. 423 do Código Civil, que não é norma consumerista). Até prova em contrário, ninguém se aproveitou da ingenuidade de ninguém.

o *Pacta sunt servanda*: essa é uma expressão latina tão usada e abusada que até dispensa tradução – e cujo sentido já está contemplado na ideia de centralidade do contrato. Mas ela encerra uma verdade óbvia que vale enfatizar em momentos de ânsia pela modificação de ajustes feitos em condições de idílica normalidade: contratos devem ser cumpridos como feitos; a resolução ou mesmo a revisão imposta de suas cláusulas por uma das partes, com a ajuda da mão forte do Estado ou do Árbitro, é uma exceção. A regra geral – ou princípio – é o da preservação dos pactos; o evento fora da curva é a revisão (e, se inevitável, que seja feita na menor medida possível). A menos que as partes negociem.

o *Teoria da Sinuca de Bico*: essa teoria, na verdade, não existe. Mas convém inventá-la. Ela chama a atenção para a dura situação atual e serve para balizar pleitos e avaliações de reequilíbrio de contratos, alegações de onerosidade excessiva e quetais. Nos tempos bicudos pelos quais passamos, é bem possível que “aliviar” para um lado acabará implicando “pesar”, em igual medida, para o outro. Isso porque as partes, num determinado contrato, podem estar não apenas em paridade de armas, mas em paridade de infortúnio. Tecnicamente, teríamos uma espécie de dupla onerosidade excessiva, como já escrevemos em outra ocasião.

Essas são as premissas gerais que aplicaremos ao problema.

Vamos agora ver o que caracteriza, exatamente, um contrato de compra e venda de energia. Isso é absolutamente necessário para que possamos falar com propriedade sobre o que está acontecendo. Para quem não pertence ao setor, contratos desse tipo são geralmente cercados de mistério e de idiosincrasias, especialmente para um ator decisivo nesse cenário de latente litigiosidade: o Poder Judiciário. É preciso desde logo dizer que os contratos de compra e venda de energia, pelo nome que têm, aparentam ser o que, na verdade, não são. E isso faz uma enorme diferença na hora de aplicar teorias como CF/FM, imprevisão, quebra da base do negócio e outras que povoam a imaginação jurídica.

Contratos de compra e venda de energia: compra de mercadoria, seguro, negócio aleatório, contrato de “natureza meramente financeira” – afinal, que operação econômica ele esconde?

O contrato é uma figura inventada pelo direito e por ele disciplinada. Mas todo contrato traduz ou veicula uma determinada operação econômica. Por meio dele, a riqueza é criada e circula entre indivíduos. Utilidades materiais (“coisas corporais”) ou imateriais (“oportunidades”, “prerrogativas”, “riscos”, “informações” etc.) são produzidas ou transferidas das mais variadas maneiras. Sem esse substrato real, empírico, da operação econômica, a figura cultuada pelos juristas não existe.

Pois bem. Qual é a operação econômica realizada por um contrato de compra e venda de energia? Se o leitor já sabe, pode pular até último parágrafo dessa seção. Lá está nossa conclusão formulada de forma sintética. Se não sabe ou quer entender melhor nossa tese, siga em frente.

O nome do negócio já deveria resolver essa questão. Uma vez que foi chamado de “compra e venda”, bastaria ler a definição que dela dá o Código Civil, e com isso se descobriria a operação econômica subjacente. Trata-se de uma relação de troca,

comutativa: por meio desse tipo de contrato, um sujeito, dito vendedor, obriga-se a transferir a outro, dito comprador, a propriedade de uma coisa, e esse outro obriga-se a pagar o preço. A equiparação que o Código Civil faz da energia a uma “coisa móvel” ajuda a tornar mais intuitiva essa narrativa. Quid pro quo ou do ut des. Simples e fácil.

Tal descrição não é de forma alguma destrambelhada; ela pode permanecer mesmo diante das conhecidas peculiaridades dessa coisa “hipermóvel”, “fungível por natureza” e “consumível por definição” que é a energia elétrica. Como diria Pontes de Miranda, o direito é uma técnica de adaptação – e não uma teoria filosófica sobre a realidade – e, se necessário ou conveniente, cria uma penca de ficções e de metáforas jurídicas, para forçar a realidade às suas categorias. É isso o que explica, por exemplo, a entrega “simbólica” da coisa no centro de gravidade do submercado contratado e a previsão de que o contrato é adimplido quando o comprador recebe a coisa “do sistema”.

O custo, porém, desse faz-de-conta não é negligenciável. Ele funciona para certos fins, mas não para o que mais nos preocupa. Tanta ficção obscurece, afinal, a operação econômica subjacente ao contrato. No setor elétrico, os negócios de compra e venda prestam-se a algo substancialmente diferente do que apenas propiciar a propriedade da coisa ao comprador.

Dada a maneira como está disciplinada juridicamente a indústria, o contrato de energia não é o mecanismo que disponibiliza fisicamente a coisa para o comprador, como ocorre em um banal contrato de compra e venda de um livro ou em um corriqueiro fornecimento de sacas de café, ao longo de determinado período, por um agricultor a uma companhia de torrefação. Nesses exemplos triviais, se o comprador não paga, a coisa simplesmente não chega, e ele dela não se aproveita.

No setor elétrico, é diferente.

A disponibilidade da coisa é dada por circunstâncias que não são contratuais, mas, simplesmente, físicas, a saber (i.) as condições de operação do sistema elétrico e (ii.) o comportamento efetivo (físico) do consumidor que estiver conectado a esse sistema. Se tudo estiver ok com usinas e redes, basta o consumidor ligar a tomada e fruirá da coisa. Ter ou não ter energia à disposição depende, em condições normais, da operação do sistema a cargo de um sujeito esquisito chamado Operador Nacional do Sistema – ONS, que não produz ou transporta energia e que não conhece, não quer conhecer e não se orienta por quaisquer contratos celebrados entre geradores e consumidores. Na verdade, para o ONS, não existem “vendedores” e “compradores”,

mas apenas elementos físicos, equipamentos elétricos que interagem e que são partes integrantes de sistemas elétricos – e que devem funcionar em harmonia. O consumidor será atendido, terá a coisa, quando ligar a tomada (e só).

Em resumo: o contrato de compra e venda não regula a presença e a disponibilidade físicas da energia para o comprador.

Se não nos contentarmos, então, com o nome do contrato, teremos de repetir a questão: qual é a operação econômica realizada por um contrato de compra e venda de energia?

Nossa resposta: os contratos de compra e venda de energia de cobertura contratual para o consumo são feitos para propiciar a disponibilidade futura da “coisa energia” a um certo preço (ou a um preço certo). A diferença pode ser sutil em relação à simplória compra e venda, mas é importantíssima. O consumidor não contrata porque quer, ao ligar a tomada, ter certeza de que terá energia ; ele contrata porque quer, ao ligar a tomada, ter certeza de que pagará certo preço pela energia que lhe chegará independentemente do contrato. Dada a dinâmica dos contratos de energia – que supõe, como seu complemento, a existência de um mercado spot, cf. adiante –, a razão de ser desses negócios está em que, “fechado o acordo”, determinando bilateralmente montantes, períodos e preços, o comprador estará assegurado contra as variações do PLD. No momento da “entrega”, ele pagará pela energia apenas e tão-somente o preço previamente ajustado , e não o preço para entrega à vista da mercadoria (que é volátil e um tanto imprevisível, sujeito – literalmente – a chuvas e trovoadas).

E, lembre-se, sequer é o vendedor que produz, controla ou entrega a energia. Sua obrigação principal é cumprida (a compra e venda é adimplida) quando ele realiza um ato muito peculiar, o registro do contrato na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. No mundo da ficção, com isso o vendedor “transfere a propriedade” da coisa ao comprador . Em termos mais prosaicos e mais aderentes à realidade da operação econômica, com isso ele declara e informa urbi et orbe que aquele consumidor poderá usufruir das benesses do sistema elétrico, até um certo limite, por um certo preço. Em palavras banais: o contrato de compra e venda de energia não tem efeito prático se não for registrado e reconhecido para fins de contabilização na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Reitere-se, pois, que no contrato de compra e venda de energia o consumidor não compra a coisa, mas “compra” o direito de pagar um certo preço por certa quantidade da coisa num certo momento, isto é, num tempo futuro em que o seu valor será

incerto . Trata-se de fazer, ao fim e ao cabo, uma gestão de risco quanto ao preço da utilidade transacionada (preço do contrato vis-à-vis preço do momento do consumo, ou PLD).

Isso explica a razão de se falar, muitas vezes, do contrato de energia como hedge, derivativo, ajuste de natureza financeira ou mesmo como um negócio aleatório (esta última qualificação evoca a disciplina dos arts. 458 e segs. do Código Civil, à qual voltaremos. Desde já antecipamos que “aleatório”, nos contratos de energia, não é, de ordinário, a existência da coisa, mas o seu valor no mercado spot. E isso complica um pouco a qualificação do negócio como aleatório, como veremos na Parte II deste artigo).

Como quer que se chame e qualifique o contrato, a operação econômica por ele veiculada é esta: compra da segurança de pagar um preço conhecido de antemão para determinado montante de consumo futuro de energia, em face do valor desconhecido e variável do preço que se teria de pagar à vista, o PLD.

A essa operação econômica está associada uma característica importante da dinâmica desses negócios: a inevitável liquidação de disparidades (para mais ou para menos) entre o montante contratado e o montante consumido de energia, no MCP. Para ficarmos com a hipótese que ora nos interessa, eventual diminuição das quantidades de energia contratada não faz com que, comercialmente, a coisa seja perdida ou inutilizada para o “comprador da estabilidade”: ela será por ele (re)vendida, ou no mercado de curto prazo (a PLD), ou nas famosas cessões. Ele pode se dar mal com isso, como veremos, mas, conceitualmente, a coisa vendida é dele e será por ele negociada com terceiros, caso não a use em proveito próprio.

De posse dessas informações, podemos, finalmente, perguntar o que está ocorrendo.

Estamos mesmo diante de Caso Fortuito ou Força Maior?

A julgar pela linguagem de alguns contratos de energia, estaríamos, sim, diante de Caso Fortuito ou Força Maior. Mais exatamente, diante de CF/FM passageiros, isto é, que impossibilitam temporariamente a execução da obrigação de uma das partes. Por isso, nada mais natural e intuitivo do que surfar a primeira onda de reações à Pandemia equilibrando-se sobre esses conceitos. Reforçam a impressão de que

efetivamente estamos sob o domínio de tais eventos o efeito geral atribuído ao CF/FM e a definição que deles fornece o artigo 393, caput e parágrafo único, do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Vamos deixar de lado as infindáveis discussões e controvérsias que a expressão “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” suscita na doutrina e na jurisprudência. Vamos também negligenciar as distinções que podem parecer escolásticas – mas não são – entre impossibilidade absoluta e relativa, ou entre impossibilidade definitiva e temporária. Concentremo-nos nos efeitos que esses eventos supostamente devem produzir no contrato e sejamos simplistas: eles orbitam em torno da impossibilidade da prestação.

As perguntas, então, são as seguintes: impossibilidade de quem? E impossibilidade do quê?

Em princípio, o perrengue não é do vendedor. Aliás, e ao contrário do que ocorreu quando do racionamento – situação que ensejou discussões semelhantes por outros motivos –, pode-se dizer que há hoje energia de sobra. No mundo da carochinha da compra e venda que pintamos acima, o gerador tem a coisa à disposição, para dar e vender; e nada lhe impede de fazer o registro do negócio na CCEE – ele nem sai de casa para fazer isso. No mundo menos fantasioso, ele não está impedido de assegurar ao comprador o gozo da coisa a um certo preço, ao longo do período de fornecimento ajustado.

A impossibilidade, então, é do comprador. Mas o que, exatamente, ele não pode fazer (definitiva ou temporariamente)? Vejamos.

Supondo-se que o comprador tenha paralisado sua produção de modo justificado para os fins do contrato (e o motivo concreto, não esqueçamos, é relevante para decidir isso), duas coisas provavelmente irão lhe acontecer. Primeira: sofrerá um baque de caixa, de faturamento. Segunda: consumirá menos energia.

Assumindo que assim seja, qual o impacto dessas circunstâncias no contrato?

A pura e simples impossibilidade de consumir a energia em seus processos produtivos não configura, por certo, impossibilidade de cumprir uma obrigação contratual, e isso simplesmente porque o contrato não lhe atribui o dever de consumir a energia – ideia essa que sequer faz muito sentido. A obrigação legal que o comprador tem de contratar 100% de seu consumo por meio de contratos bilaterais nem de longe tem relação com as relações específicas comprador/vendedor. Se o comprador não puder consumir, a coisa vendida não terá se perdido ou perecido, como fruta velha em dia de feira fracassada. Ela poderá ser cedida a outro consumidor ou, se tudo der errado, será liquidada a preço de mercado de curto prazo (PLD). Já voltaremos a esse ponto.

Se não é essa a obrigação atingida pelos eventos supervenientes – porque, como visto, essa obrigação inexistente –, sobram duas alternativas: a.) a impossibilidade de pagar o preço contratado, *tout court*; b.) a impossibilidade de suportar a diferença entre o preço contratado e o preço do mercado de curto prazo (PLD), onde a sobra decorrente da falta de consumo é liquidada (sabendo-se que o PLD, atualmente, está no *rés-do-chão*). Mais uma vez, podemos simplificar e ignorar eventuais casos desviantes e dizer que, ao fim e ao cabo, temos problema de pagamento do devedor.

Se assim estamos, calha esclarecer, antes de mais nada, que a doutrina jurídica é normalmente arredia a considerar de modo frouxo a impossibilidade de pagamento de obrigações pecuniárias. Sendo o dinheiro a coisa mais fungível do mundo depois da energia elétrica, a impossibilidade de solver é configurada em termos estreitos e sempre tida por relativa – porque se refere à condição deste ou daquele específico devedor, e não ao universo todo dos viventes. Diferença entre impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa.

Mas, vá lá, não sejamos tão estritos. Não se ignora a possibilidade de que determinado sujeito em determinado contrato esteja realmente impossibilitado de cumprir o contrato por estar “curto de caixa”. Essa, porém, será uma situação extrema, em que, depois de raspado o tacho, nada se encontrou para pagar e honrar o contrato.

É mais provável, no entanto, que o sujeito, tendo raspado o tacho, encontre menos do que antes tinha, ou que possa pagar menos do que está obrigado a pagar. Ou que, tendo encontrado o que devia, pagará o vendedor com extremo sacrifício seu e de outros contratos em que está metido. E esse é o ponto: em muitos casos, não estaremos diante de uma impossibilidade de pagamento – pressuposto de aplicação do Caso Fortuito e Força Maior. Estaremos, isto sim, diante de um aumento da

dificuldade de pagar o que estava combinado (seja porque faltou dinheiro pura e simplesmente, seja porque o prejuízo que se está tendo com o contrato, por força da diferença entre preço da energia comprada antes e o PLD, é muito grande).

Se tal se verificar, melhor parar de pensar em CF/FM e em impossibilidade de adimplemento e passar a tratar o problema como um caso de onerosidade excessiva. Pode-se pagar, mas o sacrifício é grande demais, a tal ponto que desequilibra a idealizada equivalência de prestações estabelecida originalmente (equilíbrio econômico-financeiro do contrato). Essa é uma hipótese prevista sobretudo no art. 478 do Código Civil. Ela possui certos pressupostos e leva a certos resultados (prima facie, conduziria à resolução do contrato, mas pode, sob algumas condições, levar à sua revisão). Vamos explorá-la na Parte II deste artigo.

Por ora, vamos especular um pouco mais.

Pode também ocorrer que, por força dessas circunstâncias supervenientes, o contrato tenha perdido para o comprador – com ou sem abalo em seu caixa – sua utilidade objetiva ou seu propósito econômico. Nesses casos, fala-se não em onerosidade excessiva, mas em frustração do fim do contrato ou quebra da base objetiva do contrato. Essa hipótese poderá ser explorada sobretudo nos contratos em que as partes – e especialmente o comprador – tenham vinculado de modo particularmente intenso a compra – e o consumo – de energia a específicas unidades e necessidades do comprador. Nesses casos, o comprador terá celebrado o contrato não sob o pressuposto de ganhar ou perder consistentemente no mercado de curto prazo, de tal sorte que, se isso acontecer, esse negócio terá perdido para ele completamente a função econômica que tinha quando de sua celebração, em razão da superveniência de circunstância inesperada. Essa pressuposição deve ter ficado vincada no ajuste por declarações das partes ou por meio de determinadas cláusulas que induzam à sua existência, como, por exemplo, a previsão de repartição de ganhos entre comprador e vendedor com a venda de determinados montantes no MCP. Nesses casos, o viés puramente “financeiro” do contrato pode ser mitigado.

Uma e outra figura – onerosidade excessiva e quebra da base do negócio – não são simples de identificar, mas talvez traduzam melhor a dificuldade que estamos enfrentando nestes tempos de Pandemia. Com elas, voltam a nos inquietar considerações semelhantes àquelas que povoam as noções de CF/FM, mas seus pressupostos e efeitos são diferentes.

Vale, pois, conhecê-las um pouco mais a fundo. Temos de definir, entre outros aspectos, quais os requisitos para a aplicação de cada figura, qual a base legal que possuem, quais os efeitos que podem produzir. Combinadas a outras teses, tais como as relativas ao dever de negociar e à necessidade de reprimir o abuso de direito (art. 187 do Código Civil), as noções de onerosidade excessiva e de quebra da base do negócio podem nos ajudar a navegar por estes mares revoltos – ou, ao menos, a neles não naufragar.

Gustavo Kaercher Loureiro é Doutor em Direito. Coordenador da área jurídica do Monitor Regulatório (<http://www.coregmonitor.org/>), iniciativa do CERI-FGV/RJ. Advogado, sócio do Souto-Correa Advogados. Jean Albino é engenheiro, M.Sc., MBA; e consultor em Assuntos Regulatórios e Gestão de Clientes de geração e de consumo.