V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

EDINILSON DONISETE MACHADO

MAURINICE EVARISTO WENCESLAU

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Maurinice Evaristo Wenceslau; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-491-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

O V Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema ““Inovação, Direito e Sustentabilidade”, promoveu a quinta edição virtual dentro das inovações criadas pela Diretoria, com objetivo de dar continuidade das atividades de pesquisas da área, diante das grandes dificuldades enfrentadas nos últimos anos pela crise pandêmica.

No GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área do Direito Empresarial.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da inovação, Direito e sustentabilidade e suas implicações na ordem jurídica brasileira, na contemporaneidade.

O GT apresentou pesquisas e abordagem que contemplam a reflexão do cenário nacional, a saber:

A Escola Austríaca e a Função Empresarial; A Resolução Do Contencioso Societário Por Meio Da Arbitragem; Análise Da Carta Anual De 2021 Da Empresa Brasileira De Serviços Hospitalares (Ebserh) Em Relação Aos Objetivos Das Políticas Públicas Que Instruíram Sua Criação Como Empresa Pública; Antevisão De Norberto Bobbio Sobre Desafios Dos Direitos Humanos Frente Ao Informacionalismo Nas Relações Empresariais Da Atualidade; Capitalismo De Compadrio À Brasileira; Da Regulação Governamental A Autorregulação Por Instrumentos Societários; Direito Administrativo Sancionador – Punindo Duas Vezes Os Mesmos Fatos; Em Que Medida O Novo Entendimento Do Supremo Tribunal Federal Sobre O Funrural Interfere No Agronegócio E Nas Recuperações Judiciais; Manipulação De Preços E De Mercado: Desafios Regulatórios Diante De Novas Tecnologias; Medidas De Suspensão Do Pagamento De Cédulas De Crédito Bancário Durante Período De Crise Econômica; Mitigação Do Contrato De Fornecimento De Energia Elétrica Por Demanda Contratada De Potência Ativa, No Contexto Da Pandemia Do Covid-19. O Benchmarking E O Cenário Da Pandemia De Covid-19; O Pagamento Privilegiado No Regime Centralizado De Execuções Na Sociedade Anônima De Futebol: Perspectivas Em Prol Da Cidadania Empresarial; O

Processo Recuperacional E A Noção De Assimetria Informacional: A Figura Do Administrador Na Recuperação Judicial Das Sociedades Limitadas; Revogação Do Instituto Da Empresa Individual De Responsabilidade Limitada Pela Medida Provisória N. 1.085, De 2021; Sociedade Limitada: Da Unipessoalidade Temporária À Permanente; Submissão Dos Créditos Fiscais Ao Concurso De Credores No Processo De Recuperação Judicial À Luz Do Princípio Da Preservação Da Empresa;

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Florianópolis, junho de 2022

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Profª. Drª. Maurinice Evaristo Wenceslau

MITIGAÇÃO DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ATIVA, NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19.

MITIGATION OF THE ELECTRIC POWER SUPPLY AGREEMENT BY CONTRACTED DEMAND OF ACTIVE POWER IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC

Bruno Oliveira Dos Santos [1]

Resumo

O objetivo do presente artigo é discutir a mitigação do contrato de fornecimento de energia elétrica por demanda contratada de potência ativa oferecido por concessionárias de serviço público, no contexto da pandemia do COVID-19. O referido contrato é normatizado pela Resolução N. 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica, o qual prescreve que as empresas deverão arcar com os custos de energia elétrica, ainda que não efetivamente utilizada. Posto isso, será demonstrada, pela interlocução de vários institutos jurídicos, a sua mitigação no atual contexto de crise sanitária. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Contrato de fornecimento de energia elétrica por demanda contratada de potência ativa, Pandemia, Mitigação, Análise econômica ou pragmática do direito, Resolução por onerosidade excessiva

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to discuss the mitigation of the electric energy supply contract by contracted demand of active power offered by public service concessionaires, in the context of the COVID-19 pandemic. The aforementioned contract is regulated by Resolution N. 414/2010 of the National Electric Energy Agency, which prescribes that companies must bear the costs of electric energy, even if not actually used. That said, it will be demonstrated, through the interlocution of several legal institutes, its mitigation in the current context of health crisis. The methodology used was bibliographic and documental research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pandemic, Mitigation, Electricity supply contract by contracted demand of active power, Economic or pragmatic analysis of law, Resolution for excessive onerousness

[1] Doutorando em Difusão do Conhecimento pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

1 INTRODUÇÃO

A discussão abordada no presente trabalho emergiu no contexto da pandemia do COVID-19, que inaugurou novos desafios para as relações sociais, jurídicas, econômicas, dentre outras. Inicialmente, é importante realizar uma breve digressão sobre a teoria da complexidade de Edgard Morin (2007), esposada em sua clássica obra "Introdução ao Pensamento Complexo".

A perspectiva da disciplinaridade teve início na Grécia antiga pelos sofistas, que ministravam aulas compartimentando os saberes em áreas específicas do conhecimento, tais como antropologia, ética, política, filosofia, dentre outras.

No Século XVI, houve uma revolução científica no âmbito das ciências, com o advento do método cartesiano de Descartes, o qual utiliza a perspectiva da fragmentação de um determinado problema de pesquisa, dividindo-o em diversas partes, com vistas à elucidação e solução deste. Tal cenário, contribuiu significativamente para a especialização da ciência moderna, à medida que as disciplinas eram estudadas e aplicadas de maneira separada, mas de forma descontextualizada.

A partir da década de 50 do século XX, começaram a surgir críticas em relação ao método disciplinar da ciência positivista, em virtude da emergência de novos problemas e questões sociais contemporâneas. Consequentemente, a fragmentação do conhecimento sob a ótica da disciplinaridade mostrou-se insuficiente para a solução das barreiras complexas que emergiam, por limitar a compreensão da essência da realidade (MORIN, 2007).

É notório e evidente, que o atual contexto de pandemia provocada pelo COVID-19 ensejou, num curto espaço de tempo, uma quebra de paradigmas no âmbito da economia, do trabalho, das relações sociais, culturais, internacionais, dentre outras, sendo que o Poder Judiciário foi instado a resolver demandas de alta complexidade, restando-se insuficiente o manejo de institutos jurídicos clássicos, circunscritos tão somente à legalidade estrita e positivada, considerando que, à luz do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, inúmeras empresas e estabelecimentos comerciais foram obrigados a interromperem ou suspenderem as suas atividades, com vistas a evitar uma disseminação em massa do vírus, bem como o colapso dos sistemas público e privado de saúde.

Em outras palavras, significa dizer que as medidas de quarentena impostas pelo Poder Público na pandemia, as quais culminaram na suspensão ou interrupção de diversas atividades

econômicas, objetivaram, primordialmente, a prevalência do Interesse Público Primário, entendido como a razão de ser do Estado sintetizada na intencionalidade de promoção da justiça, segurança e bem-estar social, que são os interesses de toda a sociedade (MELLO, 2012). Sendo assim, os gestores do sistema de justiça foram provocados a pensar e refletir sobre a aplicação de normas e institutos jurídicos na perspectiva da interdisciplinaridade.

Nesse contexto, dentre as diversas ações que surgiram na esfera consumerista, destacam-se os pedidos formulados por diversas empresas e estabelecimentos comerciais de mitigação dos contratos de fornecimento de energia elétrica pelas concessionárias de serviço público, notadamente em relação àquelas demandas contratadas de potência ativa[1] disponibilizadas de maneira obrigatória e continuada pelas distribuidoras de energia elétrica no ponto de entrega, conforme valor e períodos de vigência previamente fixados em contrato, demandas estas que devem ser integralmente pagas, independentemente de serem ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW) (ANEEL, 2020).

Esse tipo de demanda contratada é normalmente disponibilizada para as empresas, de modo a evitar interrupções na atividade empresarial e, por conseguinte, queda de produtividade, tendo em vista que a energia é um insumo importante do processo produtivo. Todavia, não se mostra razoável que, num período de pandemia, as empresas arquem com esse custo sem utilizá-lo.

Dessa maneira, indaga-se: no período de excepcionalidade da pandemia do COVID-19, é justo que as empresas obrigadas a suspenderem ou interromperem as suas atividades econômicas arquem com os custos de fornecimento de demanda contratada sem a sua efetiva utilização?

Assim, para a resolução do problema em questão, é que o presente artigo objetiva abordar o tema sob a perspectiva interdisciplinar do Direito, considerando a correlação de diversos institutos jurídicos e a realidade que ora se apresenta.

Para tanto, será realizada uma breve elucidação de diversos institutos jurídicos, quais sejam, Teoria da Análise Econômica ou Pragmática do Direito, Ponderação de Princípios, Função Social da Empresa, Vedação ao Enriquecimento sem Causa e Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva.

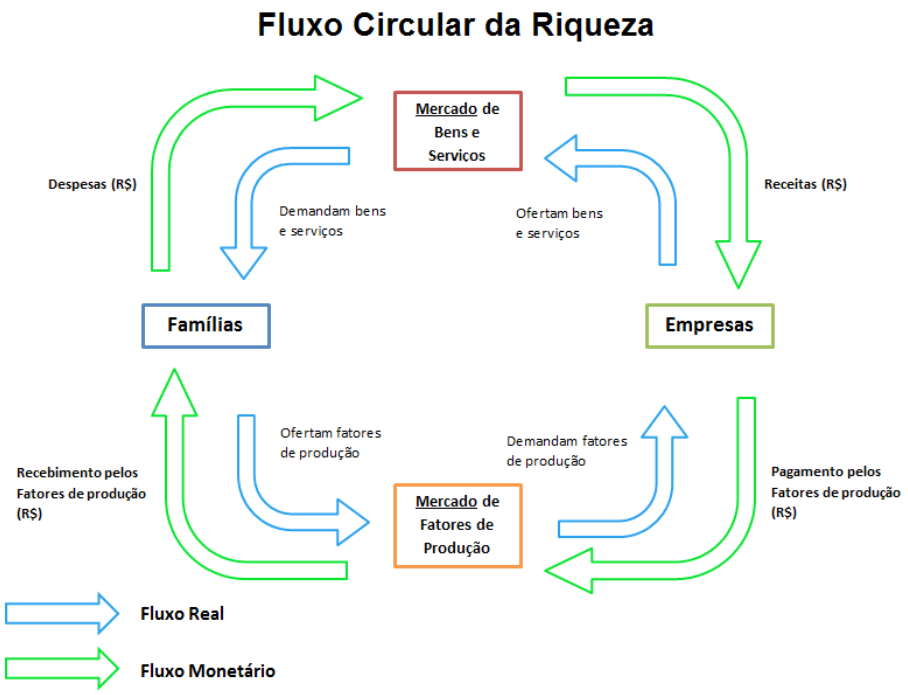
[1] O referido contrato é normatizado pela Resolução N. 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com a revisão de literatura sobre os temas abordados, além da pesquisa documental, com a análise da legislação aplicável e da jurisprudência dos tribunais pátrios.

2 TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA OU PRAGMÁTICA DO DIREITO E SUA APLICABILIDADE NA HIPÓTESE DE MITIGAÇÃO DOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ATIVA

A compreensão da Teoria da Análise Econômica ou Pragmática do Direito pressupõe o entendimento de um constructo teórico básico da ciência econômica, qual seja, o "fluxo circular da renda, de bens e serviços" abaixo ilustrado:

Figura 01 - Fluxo Circular da Renda, de Bens e Serviços.



Fonte: Rossetti (1991).

Considerando a ilustração acima, verifica-se que o consumo das famílias é de fundamental importância para o aquecimento de toda a cadeia produtiva, à medida que a

renda desprendida por estas demanda o mercado de bens e serviços que, por via oblíqua, demandam os produtores de bens e serviços e as empresas.

No sentido inverso, os produtores oferecem bens e serviços para os mercados, fomentando-se, por conseguinte, a circulação destes para as empresas e as famílias. Assim, mais aquecida será a economia, se o consumo das famílias for preservado, gerando, por ato contínuo, empregos e salários em toda a cadeia produtiva que retroalimentam o sistema econômico.

Com base nesse simples constructo teórico, constata-se que no atual cenário de pandemia, onde o consumo das famílias sofre um desaquecimento generalizado, inúmeros são os impactos em toda a cadeia produtiva, de modo que a diminuição de salários e postos de trabalho enseja um baixo consumo, cuja consequência é o fechamento de empresas.

Nessa perspectiva, a Teoria da Análise Econômica ou Pragmática do Direito de Richard Posner (2009) é uma metodologia de aplicação do Direito que funcionaliza a adequação das regras e institutos jurídicos, correlacionando-os com os aspectos econômicos, de modo a observar determinado fenômeno sob a lente de uma análise descritiva da realidade. Em outras palavras, significa dizer, "que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização da riqueza da sociedade (TOLEDO, 2014).

Posta essa premissa, Posner (2009) defendia que as decisões judiciais fossem pautadas pelo objetivo de maximização da riqueza, entendida esta não apenas no sentido de ganho pecuniário, mas de tudo quanto representasse acréscimo de valor para a sociedade e para o indivíduo. Trata-se, pois, de uma ética utilitarista pela busca de maximização da felicidade, com os conhecidos efeitos colaterais, tais como a possibilidade de realização de sacrifícios para a efetivação do bem estar da coletividade.

Dessa maneira, Roberto Gargarella (2008) assevera que "a visão utilitarista dessa metodologia tende a ver a sociedade como um corpo, no qual seja possível sacrificar algumas partes em virtude das restantes". Nesse sentido, como a questão da mitigação dos contratos de fornecimento de energia elétrica pelas concessionárias de serviço público por demanda contratada de potência ativa pode ser decidida pelo magistrado, ao analisar um processo judicial específico sob a lente dessa metodologia? A resposta é bastante simples: não se coaduna com a ideia de justiça, que o sacrifício ocorra tão somente por parte do consumidor (no caso em tela as empresas e estabelecimentos comerciais), mas também das grandes corporações (concessionárias de serviços públicos).

Sendo assim, havendo sacrifícios tanto do consumidor (que se esforça para arcar com os custos fixos de energia elétrica) quanto da concessionária de serviço público (que é obrigada a reduzir a margem de lucro), toda a cadeia produtiva é beneficiada. É importante registrar, que no período da pandemia do COVID-19, as concessionárias de serviço público fornecedoras de energia elétrica obtiveram lucros altíssimos, tendo em vista que muitas de suas ações e papéis são negociados na bolsa de valores, a exemplo da NEOENERGIA que, segundo a revista FORBES[2] (um conceituado periódico do mercado financeiro), obteve um lucro líquido no segundo trimestre de 2021 de quase um bilhão de reais. Assim, leia-se trecho da publicação da FORBES (2021) abaixo transcrito:

> O lucro líquido da elétrica Neoenergia atingiu R$ 1 bilhão no segundo trimestre de 2021, salto de 137% em relação a igual período do ano anterior, impulsionado pela recuperação do mercado após medidas mais rígidas para contenção da Covid-19, informou a empresa hoje (20).
>
> O Ebitda (lucro antes de juros, impostos, depreciação e amortização, na sigla em português) da companhia, controlada pela espanhola Iberdrola, avançou 108% no trimestre até junho, para R$ 2,3 bilhões.
>
> A elétrica, que possui operações de geração, distribuição e transmissão, reportou ainda receita de R$ 9,53 bilhões no segundo trimestre, alta de 45% na comparação anual.
>
> "Registramos resultados bastante consistentes", disse em nota o CEO da empresa, Mario Ruiz-Tagle. "A performance da Neoenergia é reflexo da recuperação do mercado, após um período de maior isolamento, em função da pandemia de Covid-19", acrescentou.
>
> Ele chamou atenção para esforços em aspectos como o combate a perdas, citando especialmente as distribuidoras Coelba e Celpe, e afirmou que a arrecadação e a energia injetada também foram destaques no trimestre.
>
> A Neoenergia ainda relatou investimentos (Capex) de R$ 3,5 bilhão no primeiro semestre do ano, alta de 51% ante mesmo período de 2020, puxados principalmente pelas áreas de transmissão e energias renováveis, "onde temos entregas importantes para este e o próximo ano", segundo Ruiz-Tagle.
>
> A companhia mencionou os avanços nas obras dos complexos eólicos Chafariz, na Paraíba, e Oitis, nos Estados de Bahia e Piauí. Enquanto o primeiro iniciou a fase de testes com mais de 20 aerogeradores, o segundo tem entrada em operação prevista para 2022.

Posto isso, pela lente da Análise Econômica ou Pragmática do Direito, uma pequena redução da margem bilionária do lucro líquido da concessionária de energia elétrica, decorrente da não cobrança por um determinado intervalo de tempo da demanda contratada de

[2] A referida informação é pública, podendo ser obtida no site: https://forbes.com.br/forbes-money/2021/07/lucro-liquido-da-neoenergia-mais-que-dobra-e-atinge-r-1-bilhao-no-2o-trimestre/

potência ativa não utilizada pelas empresas e estabelecimentos comerciais, possibilitaria que estas obtivessem um mínimo de liquidez decorrente da mitigação desse custo fixo, com vistas à manutenção de inúmeras unidades produtivas geradora de bens, serviços, empregos, salários e tributos.

Em outros termos, significa dizer, que o sacrifício de ambos ensejaria um ganho em toda a cadeia produtiva e na economia, que se coaduna com a lógica de equidade e justiça na vertente utilitarista da Teoria da Análise Econômica ou Pragmática do Direito. Ademais, num contexto de crise econômica ensejada por uma pandemia, mostra-se razoável que as empresas arquem apenas com o pagamento da demanda de energia efetivamente utilizada por estas, sob pena de violação ao Princípio da Vedação ao Enriquecimento sem Causa.

Ademais, dentre outros institutos jurídicos que podem ser utilizados pelo magistrado para aplicação do Direito em relação a esta matéria, também se destacam a Resolução por Onerosidade excessiva – "cláusula rebus sic stantibus" e a Função Social da Empresa, temas estes que serão tratados nos tópicos seguintes.

3 DA RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA ("CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS): APLICABILIDADE AO PROBLEMA EM QUESTÃO

Conforme exposto nos itens anteriores, a pandemia é um fato notório, cuja consequência mais contundente é o desaquecimento de toda a cadeia produtiva de bens e serviços, ocasionada, sobretudo, pela queda do consumo em massa, em virtude das medidas de isolamento impostas pelo Poder Público, que ensejaram e ainda ensejam, num curto e médio prazo, um custo social significativo, a exemplo da demissão em massa de trabalhadores e fechamento de empresas.

Especificamente, em relação ao problema abordado no presente artigo, qual seja, a mitigação dos contratos de fornecimento de energia elétrica por demanda contratada de potência ativa, as partes em tais avenças pactuaram as regras considerando a situação de fato existente no momento de sua celebração, à medida que antes do mês de março de 2020, tanto o Brasil quanto o mundo estava num período de normalidade sanitária.

Todavia, com a superveniência das consequências ocasionadas pela pandemia do COVID-19, é possível invocar a "cláusula rebus sic stantibus", à medida que ocorreram mudanças substanciais extraordinárias e imprevisíveis, as quais modificaram o equilíbrio

destes contratos, ocasionando, por ato contínuo, desvantagens para as empresas, tendo em vista que estas diminuíram significativamente seus respectivos faturamentos, os quais se tornaram insuficientes para a solvência de determinados custos fixos, a exemplo dos gastos com energia elétrica.

A referida cláusula é corolário da Teoria da Imprevisão, que trata da possibilidade alteração de um determinado pacto, a despeito da obrigatoriedade, sempre que as circunstâncias que envolveram a sua formação original não forem as mesmas no momento da execução da obrigação contratual, de modo a prejudicar uma parte em benefício da outra. Sobre o referido instituto, leia-se a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 55) a respeito:

> Entre nós, a teoria em tela foi adaptada e difundida por Arnoldo Medeiros da Fonseca, com o nome de teoria da imprevisão, em sua obra "Caso fortuito e teoria da imprevisão". Em razão da forte resistência oposta à teoria revisionista, o referido autor incluiu o requisito da imprevisibilidade, para possibilitar a sua adoção. Assim, não era mais suficiente a ocorrência de um fato extraordinário, para justificar a alteração contratual. Passou a ser exigido que fosse também imprevisível. É por essa razão que os tribunais não aceitam a inflação e alterações na economia como causa para a revisão dos contratos. Tais fenômenos são considerados previsíveis entre nós. A teoria da imprevisão consiste, portanto, na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa — o que, na prática, é viabilizado pela aplicação da ´cláusula rebus sic stantibus´, inicialmente referida.

É importante registrar, que tal teoria pode ser observada não somente no direito Civil, mas, especialmente, no Direito do Consumidor. No caso em tela, os contratos em questão apresentam todos os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão, tendo em vista que o fornecimento de demanda contratada de potência celebrado entre as Empresas e as Concessionárias de Fornecimento de Energia elétrica são de natureza continuada, cujo fato superveniente e imprevisível da pandemia ocasionou uma alteração substancial das condições originalmente pactuadas, cuja consequência, a posteriori, foi a onerosidade excessiva para toda uma cadeia produtiva de empresas. Em relação aos requisitos da aplicação da referida cláusula ora citados, leia-se um precedente judicial bastante didático do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais a respeito:

> APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CASO FORTUITO - OCORRÊNCIA – TEORIA DA IMPREVISÃO - APLICABILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. Os pressupostos para a aplicação da teoria da imprevisão são: a) vigência de um contrato de execução diferida ou continuada; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o am-

> biente objetivo no da celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade daquela modificação. Restando demonstrados tais requisitos, poderá ser aplicada a teoria da imprevisibilidade prevista no artigo 478 do Código Civil.
>
> (TJ-MG - AC: 10071100046342001 MG, Relator: Newton Teixeira Carvalho, Data de Julgamento: 10/04/2014, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/04/2014)

Nessa diretriz, com base nas premissas ora expostas, a Teoria da Resolução por Onerosidade Excessiva, conjuntamente com a Teoria da Análise Econômica ou Pragmática do Direito constituem argumentos jurídicos válidos para que as Empresas requeiram junto ao Poder Judiciário, na qualidade de consumidores do serviço de energia elétrica fornecido pelas concessionárias de serviço público, a mitigação do contrato, na perspectiva de pagarem tão somente pela energia consumida, em detrimento da demanda contratada de potência ativa não consumida.

Um outro argumento que deve ser levado em consideração para a situação ora apresentada, face à complexidade do tema, é a aplicação da metodologia de aplicação do Direito baseada na ponderação de princípios, que será melhor explicada no tópico a seguir.

4 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO, A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, A VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E O *PACTA SUNT SERVANDA*

Karl Larenz (*apud* ÁVILA, 2011, p. 97) define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, à medida que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

Por se tratarem de normas fundantes do ordenamento jurídico, a violação de um princípio é mais grave que a violação uma regra, pelo fato de configurar uma insurgência contra um sistema previamente estabelecido de valores fundamentais de um ordenamento jurídico. Assim, leia-se a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 902) a respeito:

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave ilegalidade ou

> inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Nessa diretriz, Ávila (2011, p. 97) endossa que os princípios são dotados de eficácia direta, pois atuam sobre outras normas sem intermediação ou interposição de uma regra, ou seja, no plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa, à medida que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras.

Essa lógica esposada por Ávila é denominada pela doutrina de eficácia horizontal dos princípios e direitos fundamentais, entendida como a aplicação destes na esfera jurídico-privada, ou seja, no âmbito das relações jurídicas entre particulares, sobretudo em relação aos contratos. Nesse sentido, leia-se um precedente bastante didático do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito:

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA CONVENCIONAL. ATO ANTISSOCIAL (ART. 1.337, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). **FALTA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONDÔMINO PUNIDO. DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PENALIDADE ANULADA.** 1. O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial, verbis: **"O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia". 2. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório.** Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais. Precedentes do STF. 3. Também foi a conclusão tirada das Jornadas de Direito Civil do CJF: En. 92: Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo. 4. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade. 5. Recurso especial a que se nega provimento.

> (STJ - REsp: 1365279 SP 2011/0246264-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/08/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/09/2015 RDDP vol. 153 p. 157) (grifo nosso).

Na mesma diretriz, densa é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da eficácia horizontal dos princípios e dos direitos fundamentais. Assim, leia-se um precedente da Suprema Corte sobre a matéria:

> SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. **A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da Republica, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.** III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à

> ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.
>
> (STF - RE: 201819 RJ, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577)

Contextualizando as premissas ora expostas com o caso em questão, verifica-se que há uma colisão nítida entre os Princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, do *Pacta Sunt Servanda*, da Vedação ao Enriquecimento sem Causa e da Função Social da Empresa.

Segundo lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 95), o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado é o princípio geral do Direito inerente a qualquer sociedade, e também condição de sua existência, ou seja, um dos fios condutores da atuação do Poder Público, pois a própria existência do Estado somente tem sentido se o interesse a ser por ele perseguido e protegido for o interesse público, isto é, o interesse da coletividade.

O Princípio da Vedação ao Enriquecimento sem Causa, positivado no Art. 884 do Código Civil de 2002, por sua vez, prescreve que "aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários ".

O Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, positivado no Art. 422 do Código Civil de 2002, prescreve que "os pactos devem ser cumpridos". Representa o princípio da força obrigatória dos contratos, que diz: se as partes estiverem de acordo e desejarem se submeter a regras estabelecidas por elas próprias, o contrato obriga seu cumprimento como se fosse lei.

Por fim, a Função Social da Empresa é compreendida como um conjunto de fenômenos importantes para a coletividade e indispensáveis para a satisfação dos interesses inerentes à atividade econômica. Nessa senda, a empresa, para além do lucro, tem uma finalidade social importantíssima na cadeia produtiva e social, à medida que um empreendimento gera inúmeros empregos direitos e indiretos, bem como receitas para o Estado por meio da arrecadação de tributos, além de movimentar diversas outras cadeias produtivas que, por conseguinte, geram inúmeros outros empregos direitos e indiretos, dentre outras consequências (COELHO, 2015).

Pois bem, conforme dito nas considerações introdutórias, inúmeras empresas e estabelecimentos comerciais foram obrigados a interromperem ou suspenderem as suas

atividades, com vistas a evitar uma disseminação em massa do vírus, bem como o colapso dos sistemas público e privado de saúde, sendo tais medidas impostas no período da pandemia do COVID-19 pelo Poder Público, no exercício legítimo do seu Poder de Polícia, as quais culminaram na suspensão ou interrupção de diversas atividades econômicas, objetivando a prevalência do Interesse Público Primário, com vistas à mitigação da crise sanitária.

Dessa forma, o conflito entre os Princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, do *Pacta Sunt Servanda*, da Vedação ao Enriquecimento sem Causa e da Função Social da Empresa não se resolve com base nos paradigmas clássicos de hermenêutica jurídica, mas com a técnica da ponderação de princípios.

Segundo a doutrina de Robert Alexy (2008, p. 90), na hipótese de colisão de princípios no caso concreto, o método da ponderação deverá ser solucionado a partir de uma cessão de um princípio em relação ao outro, em que o princípio cedente possui peso menor do que o princípio precedente.

Por esse viés, não se analisa a dimensão da validade dos princípios, pois estes são considerados válidos, sendo afastados pelo sopesamento de interesses exigidos no caso concreto. Sendo assim, a ponderação de princípios é balizada pelos postulados da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Os postulados da Razoabilidade e da Proporcionalidade são mandamentos de natureza axiológica, os quais emanam diretamente as ideias de justiça, moderação, proibição de excesso, direito justo e valores fins. Os elementos de tais princípios são: 1) Necessidade – entre a possibilidade de diversos meios previstos, deve ser utilizado aquele que cause menos limitações e sacrifícios a direitos; 2) Adequação – escolha dos meios mais hábeis para atingir os objetivos pretendidos; 3) Proporcionalidade em Sentido Estrito – equilíbrio entre o motivo ensejador da medida e a providência a ser tomada, de modo a gerar mais vantagens do que desvantagens.

Postas essas premissas, num contexto de pandemia e de crise sanitária, a manutenção da saúde financeira das empresas é fundamental para a preservação de toda a cadeia produtiva de bens, serviços, empregos (direitos e indiretos) e tributos.

Portanto, o fornecimento de energia elétrica e a mitigação dos custos de tal insumo é de fundamental importância para a coletividade, devendo os contratos de fornecimento de energia por demanda contratada de potência ativa serem flexibilizados durante o período que perdurar a crise sanitária, de modo que as empresas arquem apenas com o consumo

efetivamente utilizado, sob pena de provocar onerosidade excessiva em desfavor de toda a cadeia produtiva e, por ato contínuo, um caos generalizado na economia, além de danos sociais irreversíveis.

Posta essa premissa, é razoável e proporcional para a prevalência do Interesse Público Primário, que o Princípio da Função Social da Empresa prevaleça sobre o Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, tendo em vista que, se houve diminuição significativa do consumo de energia elétrica durante o período de pandemia em virtude das medidas restritivas impostas pelo Poder Público, deverá o preço da fatura de energia elétrica ser proporcional ao que foi efetivamente consumido pelas empresas, sendo irrazoável e desproporcional que estas movimentem recursos para pagamento de um custo fixo que não consumiram, sob pena de violação ao Princípio da Vedação ao Enriquecimento sem Causa.

5 CONCLUSÕES

Enquanto para grande parte da população brasileira a calamidade da COVID-19 constitui um cenário de luta pela dignidade, para alguns poucos agentes econômicos é uma oportunidade lucrativa. Foi justamente nesse contexto, que grandes empresas ampliaram a sua influência sobre a economia, potencializando os seus respectivos lucros às custas de outros empreendimentos, consumidores, trabalhadores e da sociedade como um todo, a exemplo da concessionária de energia elétrica NEOENERGIA, citada no presente artigo, que obteve um lucro líquido de 1 (um) bilhão de reais no segundo trimestre do ano de 2021.

Nesse contexto, não se coaduna com os paradigmas de justiça, que o sacrifício ocorra tão somente pelos hipossuficientes, a exemplo de pequenas e médias empresas, devendo também as grandes corporações arcarem com a sua cota de sacrifício para a manutenção do sistema e de toda a cadeia produtiva de bens, serviços e salários, com base no paradigma da Análise Econômica ou Pragmática do Direito.

Dessa maneira, não se mostra razoável que as empresas e estabelecimentos comerciais arquem com o custo fixo de demanda contratada por potência ativa de energia elétrica que efetivamente não consumiram, devendo tal regra ser flexibilizada nos termos da Cláusula de Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva, face ao contexto de crise sanitária

provocada pela pandemia, que ensejou o desaquecimento de toda a cadeia produtiva de bens e serviços e, por ato contínuo, o fechamento de inúmeras empresas.

Dessa maneira, mediante a realização de uma ponderação de princípios, há de prevalecer os Princípios da Função Social da Empresa e da Vedação ao Enriquecimento sem Causa, em detrimento do Princípio do *Pacta Sunt Servanda*.

Postas essas premissas, no contexto atual, o Direito deve ser pensado e operado para além de sua função regulatória e sancionatória, com vistas à efetivação não somente do ideal de Justiça, mas, sobretudo, para a democratização da riqueza em favor de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Bruno Sarmento et al. **Análise econômica das normas concedentes de incentivos fiscais e sua aptidão para prover direitos sociais**: um estudo sobre a eficiência do PRODESIN. 2014.

BRASIL, Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União, Brasília, DF**, v. 11, 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DESCARTES, René**. Discurso sobre o método:** para bem dirigir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. Tradução Marcos Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1998.

DE ANDRADE MONTEIRO, Vítor. O CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À HABITAÇÃO ADEQUADA. (The efficiency criteria on the realization of the social right to adequate housing). **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 4, n. 2, p. 50-67, 2013.

FERREIRA, Cicero Alberto Mendes; DE LIMA CATÃO, Adrualdo. O pragmatismo jurídico como método de interpretação constitucional. **IV Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**, 2016.

GARGARELA, Roberto. **As teorias da Justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Vol. 2 - Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva Educação S.A, 2014.

LUCRO líquido da Neoenergia mais que dobra e atinge R$ 1 bilhão no segundo trimestre. Forbes, São Paulo, 21 de jul. de 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/07/lucro-liquido-da-neoenergia-mais-que-dobra-e-atinge-r-1-bilhao-no-2o-trimestre>. Acesso em 30 de ago. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORIN, Edgar; LISBOA, Eliane. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NETTO, Antônio Alves Pereira. CONSIDERAÇÕES JUSFILOSÓFICAS ACERCA DO ATO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO PRAGMATISMO JURÍDICO (The judicial act in the brazilian law: a study based at the legal pragmatism). **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 4, n. 2, p. 68-84, 2013.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Wolters kluwer law & business, 2009.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. São Paulo: Ed. Atlas, 1991.

TORRES, Márcio Roberto; NUNES FILHO, José Tenório. JURISDIÇÃO, ATIVISMO E PRAGMATISMO JURÍDICO: PARA ALÉM DO SELF RESTRAINT**. IV Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**, 2017.

TOLEDO, Raphaela Sant´ana. A análise econômica do direito: contributos e limites da vertente de análise pragmática de Richard Posner ao Direito e Economia. In: CATÃO, Adrualdo de Lima; NETTO, Antônio Alves Pereira; MONTEIRO, Vítor de Andrade (Coord.). **Filosofia do Direito na Contemporaneidade**: Pragmatismo Jurídico, análise econômica do direito e conectividades. Curitiba: Juruá, 2014, p. 195-198.