



AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029752-17.2020.8.19.0000

ORIGEM: 16ª VARA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL

AGRAVANTE: ENGIE BRASIL ENERGIA COMERCIALIZADORA LTDA

**AGRAVADOS: CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER PRAIAMAR e
CONDOMÍNIO COMERCIAL SHOPPING BRISAMAR**

RELATORA: DES. JACQUELINE LIMA MONTENEGRO

DECISÃO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por ENGIE BRASIL ENERGIA COMERCIALIZADORA LTDA contra decisão proferida pelo Juízo da 16ª Vara Cível da Comarca da Capital, que nos autos do Procedimento Tutela Antecipada em caráter antecedente à Instituição de Arbitragem proposto pelo CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER PRAIAMAR e pelo CONDOMÍNIO COMERCIAL SHOPPING BRISAMAR, deferiu parcialmente a tutela de urgência para afastar a obrigação contratual dos autores, ora agravados, de arcar com o pagamento mínimo contratado de energia elétrica, determinando, no entanto, que arquem com o pagamento do valor correspondente ao valor efetivo de consumo em cada um dos shoppings, mais 50% da diferença entre o valor efetivo de consumo e o valor mínimo contratado, pelo período que os shoppings autores permanecerem fechados por força de ordens emanadas das autoridades públicas em razão da pandemia COVID – 19, ou até que haja decisão diversa do Poder Judiciário ou do Juízo Arbitral, a partir da fatura de março com vencimento em abril, bem como para determinar que este pagamento parcial não seja considerado inadimplemento contratual, não podendo ainda se impor aos autores qualquer medida sancionatória ou compensatória, desde que mantidos os pagamentos na forma do *decisum*.

A decisão agravada foi assim proferida:

Trata-se de Procedimento de Tutela Antecipada em caráter antecedente à Instituição de Arbitragem interposta por CONDOMÍNIO SHOPPING





CENTER PRAIAMAR e CONDOMÍNIO COMERCIAL SHOPPING BRISAMAR em face de ENGIE BRASIL ENERGIA COMERCIALIZADORA LTDA, onde pretendem o deferimento da tutela para que não venha a ser exigido o cumprimento do contrato firmado no que tange à exigência de aquisição e pagamento de volume mínimo de energia elétrica, de forma que o faturamento se faça mediante a apuração da energia efetivamente consumida e medida, durante o período em que vigorarem as restrições em decorrências do Covid-19 nas atividades dos autores, abstendo-se ainda a ré de impor qualquer medida sancionatória ou compensatória em razão do não cumprimento da obrigação de aquisição mínima.

Alega a parte autora que administra o Praiamar Shopping, na cidade de Santos/SP, e o Brisamar Shopping, na cidade de São Vicente/SP e que para suprir a necessidade energética dos empreendimentos as partes firmaram o Contrato de Compra e venda de energia elétrica convencional, em 05/12/2019, onde os autores assumiram a obrigação de adquirir da ré um volume mínimo mensal de energia (demanda contratada). Aduz ainda, que em 01/01/2020, as partes firmaram o 1º aditivo ao contrato supracitado, onde basicamente as partes unificaram os contratos anterior firmados e aumentaram a quantidade de energia contratada para os anos de vigência do contrato (2020 a 2023).

Sustenta que por determinação dos Poderes Públicos Estaduais e Municipais em razão da pandemia do Covid-19 as atividades de shopping center se encontram totalmente suspensas desde o dia 20/03/2020, e assim devem permanecer ao menos até o próximo dia 10/05/2020, conforme recente entrevista do Governador do Estado de São Paulo.

Narra que em razão da crise sanitária e das medidas restritivas determinadas pelo Governo, houve queda vertiginosa do consumo de energia nos dias que antecederam a ordem de suspensão das atividades, mas principalmente após o dia 20/03, quando as atividades foram totalmente paralisadas, e que, com as atividades encerradas, os autores estão enfrentando grande dificuldade em honrar seus compromissos, visto que não há nenhuma geração de caixa pelos lojistas enquanto os shopping centers estiverem fechados. Logo, é fundamental para sobrevivência do negócio a redução de despesas, adequando-se todas as partes ao momento único e imprevisível que estamos vivenciando.





Assevera, por fim, que após o início das restrições de funcionamento os autores encaminharam à ré uma correspondência explicando o difícil momento que o seguimento de shopping center estava passando, e solicitou renegociação dos termos do contrato para que, enquanto vigentes as restrições de funcionamento, a ré faturasse tão somente a energia efetivamente consumida e não a demanda contratada. Contudo, até o momento não lograram êxito em uma composição amigável, de forma que a ré, em 06/04/2020, emitiu as faturas relativas ao mês de março/2020 com base na energia contratada e não na efetivamente consumida, gerando as diferenças de R\$ 53.106,99 para o Shopping Praiamar e R\$ 72.167,67 para o Shopping Brisamar.

Dispõe o artigo 22-A da Lei 9307 (lei de arbitragem) que antes de instituída a Arbitragem as partes poderão recorrer ao Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. O contrato celebrado entre as partes prevê cláusula de arbitragem, assim como que antes da instituição do Tribunal Arbitral e, em circunstâncias excepcionais, pode-se requerer a qualquer autoridade judicial competente a concessão de tutela de urgência e as medidas judiciais previstas ou compatíveis com o regulamento da arbitragem ou com a Lei 9307/96.

No caso em tela, verifica-se que não foi instaurado o procedimento arbitral, sendo competente o Judiciário para a apreciação do presente pedido de tutela de urgência em caráter antecedente, conforme contrato e a Lei específica. Estabelece o art. 300 do NCPC, que o Juiz pode conceder a tutela de urgência quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

De início, deve-se consignar que a competência deste Juízo se limita à apreciação de liminares e procedimentos necessários para evitar danos graves e ou irreparáveis enquanto não for instaurado o procedimento arbitral de acordo com as cláusulas 4.6 e 4.6.5 do contrato de fl.26/53.

No estágio atual da pandemia provocada pela disseminação do COVID-19, as autoridades asseveram que tanto as medidas de isolamento quanto de quarentena são necessárias ao “achatamento” da curva de contágio,





pois quanto mais radical é a linha de subida no gráfico (pessoas infectadas x tempo), maior será o caos na saúde pública, podendo haver, nesse caso, a necessidade cruel de se decidir quem vive e quem morre nos hospitais, com prejuízo evidente de idosos e pessoas do grupo de risco. Desde então diversos decretos e medidas provisórias vêm sendo editados pela Administração Pública com intuito de restringir a circulação de pessoas e impedir a disseminação do vírus. Entre as medidas, há notória determinação para o fechamento do comércio e dos Shoppings Centers, sendo que, na data de hoje, conforme divulgado pela mídia, houve o aumento das restrições impostas pelo Estado de São Paulo para a circulação de pessoas, visando tornar ainda mais efetivo o isolamento social. Assim, não há, neste momento, qualquer perspectiva de reabertura dos shoppings centers, mormente na data de 10 de maio do corrente, como aventado na exordial.

Dos documentos carreados aos autos, vê-se que as partes já travaram, previamente, inúmeras tentativas de acordo para equacionar os anseios de ambas em relação ao novo cenário instaurado em decorrência da decretação do estágio de pandemia mundial, que atingiu nosso país fortemente. Contudo, não obstante as diversas contrapropostas encaminhadas pela parte ré, como se depreende da leitura das mensagens trazidas aos autos, não se logrou a composição, por entender a parte autora que as mesmas não atendiam a seus interesses de reequilíbrio contratual durante este período excepcional. Assim, superada neste momento as tratativas de acordo entre as partes, cabe ao Judiciário intervir, para análise da pretensão que lhe foi deduzida através da presente inicial.

O contrato de compra e venda de energia celebrado entre as partes estabelece a compra de volume mínimo de energia pela parte autora, mesmo que não seja consumida a totalidade da energia disponibilizada a mesma por contrato. Esses contratos no Mercado Livre de Energia são contratos extremamente complexos e encontram amparo na Lei 10.848/2004. Assim, em que pese os contratos em análise terem sido celebrados somente entre as partes integrantes da lide, há uma verdadeira cadeia negocial indireta, envolvendo as empresas geradoras de energia, os comercializadores de energia, as empresas transmissoras de energia e até mesmo o Poder Concedente das linhas de transmissão que são licitadas. Assim, não é difícil concluir que as bases negociais firmadas entre as partes





sofrem influência de diversos outros contratos firmados, inclusive para a formação do preço, e que qualquer alteração nos termos do contrato ora em análise, ainda que por período determinado, pode causar reflexos em outras relações negociais correlatas.

A ré, como é de conhecimento público e notório, é uma empresa cujo objeto precípua é a comercialização de energia, ou seja, ela compra energia das empresas geradoras (Fontes de Geração) e as revende para terceiros. Portanto, a energia que a ré vende para a autora ela compra das denominadas Fontes de Geração, para as quais certamente paga pelo volume adquirido (MW). Por outro lado, esse sistema de aquisição de energia também se mostra benéfico para os adquirentes, como os autores, pois os contratos de médio/longo prazo garantem o fornecimento do fluxo da energia necessário para o funcionamento de seu negócio com melhores preços pré-fixados, se comparados com as Tarifas das Distribuidoras de Energia atuantes no mercado regulado, que, normalmente, cobram pelo efetivo consumo, havendo apenas a cobrança de tarifa mínima para a disponibilização do fornecimento do serviço. Para tanto, basta analisar o contrato trazido aos autos, que estabelece obrigações mútuas entre as partes até 2023 e que o preço do MW decresce a cada ano do contrato, de forma pré-fixada, diante das previsões e estimativas feitas por ambas as partes, que livremente analisaram a conveniência da celebração do ato negocial antes de firmá-lo, até mesmo como proteção financeira para a variação do preço da energia elétrica.

Estabelecidas essas premissas sobre a especificidade do contrato objeto da lide, passo a decidir.

Não há dúvidas de que as atividades dos autores diminuíram drasticamente e de forma abrupta, com o grande decréscimo no consumo da carga, como demonstram os gráficos que instruem a inicial e que levaram a uma diferença considerável entre o efetivo consumo e o valor do consumo mínimo contratado e que foi faturado para cobrança pela ré, conforme apontado no parágrafo 6º supra. As bases fáticas sobre as quais o contrato foi firmado, sem dúvida, sofreram alterações de fato extraordinário e imprevisível- pandemia da COVID-19, pois obviamente quando se estabeleceu o consumo mínimo a ser adquirido tomou-se por base o consumo aproximado, médio, dos shoppings em pleno funcionamento, o que não ocorre neste momento.





A teoria da imprevisão, prevista no artigo 317 do Código Civil, permite que o Judiciário venha, excepcionalmente, a intervir nas relações jurídicas privadas para reaver o equilíbrio econômico-financeiro de contratos, no caso, para que o ônus financeiro resultante da pandemia atinja de forma equânime ambas as partes que celebraram o contrato em cenário diverso, antes da pandemia, quando os shoppings podiam funcionar livremente. Essa situação inédita em tempos recentes está forçando a revisão de negócios jurídicos de naturezas diversas não para se dividir lucros, mas para dividir prejuízos, visando a manutenção da comutatividade dos contratos e para tentar assegurar que todos, de alguma forma, possam sobreviver ao caos econômico já instaurado e cujas consequências ainda são tão incertas.

Assim, não resta dúvida de que manter a obrigação dos réus em pagar por consumo mínimo estabelecido no contrato enquanto não haja reabertura dos shoppings é lhe impor ônus excessivo e exclusivo, de modo a causar desequilíbrio contratual. . Por outro lado, neste mesmo momento, também temos que considerar que a empresa ré, muito possivelmente, assim como praticamente todos os setores da sociedade, também sofre com os efeitos financeiros dessa grave crise e que esta certamente já pagou para as empresas geradoras pela energia que adquiriu e revendeu para os autores, com base no volume de consumo mínimo contratado. Portanto, entende esta Magistrada que deve haver uma socialização, repartição dos prejuízos para se manter a comutatividade do contrato de forma mais próxima possível da base original deste.

Determinar neste momento que somente haja o faturamento sobre o efetivo consumo, como pretende a parte autora, quando a ré já adquiriu a quantidade (MW) de energia vendida para os autores das empresas geradoras (assumiu obrigações e até mesmo já pagou) seria, em uma análise perfunctória, típica do presente momento processual, imputar o prejuízo unicamente ao réu, quando este não tem nenhuma responsabilidade sobre o fato imprevisível, assim como a parte autora.

Somente após a instauração do Juízo Arbitral poderão ser produzidas provas documentais e notadamente técnicas para decidir a questão de forma mais equânime para preservação máxima do equilíbrio contratual e



das bases do negócio jurídico original. Isso, contudo, não afasta a presença dos requisitos legais para à concessão da tutela parcial, na medida que resta demonstrado, como acima já exposto, que a manutenção da cobrança na forma como está, integralmente com base nos termos do contrato, indica a probabilidade de desequilíbrio contratual em desfavor da parte autora de forma exclusiva, impondo-lhe ônus excessivo.

O perigo de dano é evidente, pois na impossibilidade de funcionamento regular dos shoppings a exigência de compra de valor mínimo de consumo poderá acarretar a impossibilidade de pagamento de faturas elevadas, em valores muito superiores ao consumo efetivo e em momento onde o fluxo de entrada de ativos financeiros certamente sofreu redução drástica, levando a mora com todos os consectários inerentes a ela, nos termos do contrato. Insta ainda salientar que não há perigo de irreversibilidade da medida, já que eventual diferença inadimplida poderá ser posteriormente cobrada pela ré, se o caso for, em sede de procedimento arbitral. Da mesma forma, acaso se apure que diante de outras renegociações contratuais venha a se constatar que a ré obteve maiores reduções na compra da energia que revende, com impactos neste contrato, poderá a autora cobrar a diferença cobrada a maior sobre o consumo efetivo.

Desta forma, visando equacionar essa tormentosa questão, entendo que diante dos elementos de convicção presentes nos autos nesse momento e visando a repartição dos prejuízos e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, DEFIRO EM PARTE A TUTELA antecedente requerida para afastar a obrigação contratual da parte autora de ter que arcar com o pagamento mínimo contratado, determinando, no entanto, que esta arque com o pagamento do valor correspondente ao valor efetivo de consumo em cada um dos shoppings, mais 50% da diferença entre o valor efetivo de consumo e o valor mínimo contratado, pelo período que os shoppings autores permanecerem fechados por força de ordens emanadas das Autoridades Públicas ou até que haja decisão diversa do Poder Judiciário ou do Juízo Arbitral, a partir da fatura de março com vencimento em abril. Concedo ainda Tutela na forma requerida para que este pagamento parcial não seja considerado inadimplemento contratual, não podendo ainda se impor aos autores qualquer medida sancionatória ou compensatória, desde que mantidos os pagamentos na forma da presente decisão.



Os pagamentos das faturas já vencidas devem ser feitos no prazo de cinco dias diretamente a parte ré ou não havendo aceitação para recebimento por partes desta os valores deverão ser depositados em juízo no sexto dia. As faturas vincendas, calculadas na forma da presente decisão, deverão ser pagas diretamente para a parte ré, nas respectivas datas de vencimento e, em não havendo aceitação, deverão ser depositadas em Juízo no dia subsequente ao vencimento, sob pena de revogação da tutela ora deferida.

INTIME-SE e Cite-se a ré de preferência PELA VIA ELETRÔNICA nos termos do AVISO CONJUNTO TJ/ CGJ nº 05/ 2020, ou certificado a impossibilidade, por OJA no endereço da ré nesta Comarca, no Centro do Rio de Janeiro, com urgência, pelo OJA de plantão.

Certifique o Cartório o correto recolhimento das custas.

Defiro ainda à parte autora a possibilidade de Emenda à inicial na forma do parágrafo 6º, do artigo 303 do NCPC, no prazo de 5 dias, sob pena de indeferimento e extinção.”

Afirma a Agravante que a decisão recorrida dever ser reformada, pois não teria levado em conta: a) a natureza jurídica e a dinâmica da relações envolvidas no Mercado Livre de Energia; b) que o evento COVID – 19, por si só e no âmbito do contrato, não inviabiliza o cumprimento da obrigação, característica de eventos de caso fortuito ou força maior, que não se aplicam ao caso; c) que os Agravados possuem meios de vender a energia que compraram e que não irão consumir, de modo que não há qualquer dano ocasionado pelo evento, tampouco impossibilidade de cumprimento da obrigação; d) o perigo de dano inverso que atinge não somente a Agravante, mas todos os demais agentes que dela dependem com o cumprimento de suas obrigações e fornecimento de energia; e) que ao deferir o pedido, ainda que parcialmente, a magistrada *a quo* teria transferido todo o impacto do evento exclusivamente à Agravante, que





também tem compromissos financeiros a serem cumpridos e já comprou a energia para atender exclusivamente os Agravados.

Narra quem os Agravados pretendem alterar de forma infundada os termos da negociação, buscando permissão para simplesmente suspenderem as suas obrigações, transferindo à ENGIE todo o prejuízo, de modo que Recorrente terá que suportar sozinha o impacto de uma situação para a qual também não concorreu e também é impactada.

Aduz que a energia que foi vendida através do contrato *sub judice* já foi adquirida para entrega aos Agravados, e ao receber menos pela energia, a Recorrente não terá condições de quitar o contrato que firmou para justamente atender ao contrato dos Agravados, afigurando-se um verdadeiro espiral de morte na qual a ENGIE assume os impactos de forma exclusiva.

Sustenta não ser possível o Poder Judiciário conceder tratamento excepcional e desigual, infundadamente vantajoso e violador dos mais básicos princípios que regem o Mercado Livre de Energia Elétrica, mercado esse que os Agravados optaram de forma voluntária - por lhes ser mais vantajoso financeiramente - e agora querem afastar as dinâmicas que entendem que lhes são prejudiciais.

Requer, desta forma, a concessão de efeito suspensivo para sustar os efeitos da decisão recorrida em sua integralidade, e a antecipação da tutela recursal para que seja autorizada a expedição das faturas de energia elétrica dos agravados no valor total da demanda mínima contratada. No mérito, pugna pelo provimento do recurso, confirmando-se o *decisum* liminar para cassar a decisão agravada.

Relatados, decido.





A decisão agravada está devidamente fundamentada, em especial no tocante à necessidade de repartição dos prejuízos diante de fato imprevisível que hoje acomete a toda a sociedade, qual seja, a pandemia do COVID -19.

No entanto, em exame perfunctório observo que o *decisum*, se mantido integralmente na forma como proferido, é capaz de gerar risco de dano grave ou de difícil reparação.

Isto porque, em que pese as atividades dos Agravados estarem paralisadas e, conseqüentemente, suas receitas terem sofrido uma grande queda, é fato que a Recorrente também vem sofrendo os graves efeitos da pandemia, tanto que em 18/05/2020 o Governo Federal editou o Decreto 10.350/2020 (Criação da Conta Covid, que será administrada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica), ainda pendente de regulamentação pela ANEEL, que visa justamente amparar temporariamente via empréstimos as empresas do setor elétrico, em razão dos custos da sobrecontratação de energia resultante da queda da demanda, do adiamento dos reajustes tarifários de algumas distribuidoras, bem como em razão da postergação ou parcelamento do pagamento de grandes consumidores, nos casos como o ora em análise, com demanda mínima de energia elétrica contratada.

Com efeito, a ré já adquiriu a quantidade (MW) de energia vendida para os autores das empresas geradoras (assumiu obrigações e até mesmo já pagou), de modo que o pagamento do valor acordado entre as partes, em especial em razão da natureza do ajuste firmado, que fora de situações excepcionais traz vantagens para ambas as partes, deverá ser honrado, mesmo que de forma diferida ou parcelada.

Por outro lado, acolher integralmente o pedido de efeito suspensivo pleiteado pela ENGIE, autorizando-se o faturamento da demanda mínima contratada neste período excepcional, acabará por transferir todos os





impactos econômicos da pandemia sobre o contrato exclusivamente aos Recorridos o que, conforme bem consignado na decisão ora impugnada, não se afigura razoável.

Por tais razões, DEFIRO PARCIALMENTE OS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL para, mantendo o pagamento pelos agravados do valor efetivamente consumido acrescido de 50% (cinquenta por cento) da diferença entre a demanda mínima contratada e o valor efetivamente consumido enquanto persistir os efeitos da pandemia, garantir o pagamento futuro dos outros 50% (cinquenta por cento) das diferenças apuradas, de forma diferida, qual seja, em duas parcelas, vencendo-se a primeira 60 (sessenta) dias após a autorização de reabertura total e pleno funcionamento dos Shoppings recorridos pelas autoridades públicas, e a segunda 30 (trinta) dias após o vencimento da primeira parcela.

Oficie-se ao Juízo de origem comunicando acerca da presente decisão, bem como requisitando as informações de praxe.

Intimem-se os Agravados para, querendo, ofertarem contrarrazões ao recurso no prazo legal.

Após, voltem conclusos para julgamento.

Rio de Janeiro, 21 de maio de 2020.

JACQUELINE LIMA MONTENEGRO
Desembargadora Relatora

