



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

A ARBITRAGEM NO SETOR ELÉTRICO

por

FELIPE DE CARVALHO GUTLERNER

ORIENTADOR: ANDRÉ CHATEAUBRIAND

2016.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A ARBITRAGEM NO SETOR ELÉTRICO

por

FELIPE DE CARVALHO GUTLERNER

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-
Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em
Direito.

Orientador:
André Chateaubriand

2016.2

*A meus pais, Nardo e Andrea, pelo
amor e apoio incondicional. Ao
meu irmão Marcelo, sempre
presente ao meu lado, pelo
companheirismo e amizade.*

AGRADECIMENTOS

Como não poderia ser diferente, agradeço inicialmente à minha família, pilar básico de todas as conquistas realizadas na minha vida, bem como daquelas que estão por vir. Certamente, sem todo o carinho e amor incondicional que sempre me proporcionaram, nada seria possível. Em especial, agradeço aos meus pais por toda educação que me foi transmitida, sem a qual jamais alcançaria meus objetivos pessoais.

Ainda, agradeço ao Vitor Ferreira Alves de Brito, certamente o advogado mais competente que conheço, com quem tenho a grande honra de trabalhar e aprender todos os dias.

Agradeço, também, ao professor e amigo André Chateaubriand, não só pela orientação e atenção nesta monografia, mas por todo o conhecimento que pude adquirir enquanto seu aluno e companheiro de trabalho.

Por fim, agradeço a todos os amigos que fizeram dessa longa caminhada algo prazeroso, que agora chega ao fim, certamente com a sensação de dever cumprido.

RESUMO

GUTLERNER, Felipe de Carvalho. A ARBITRAGEM NO SETOR ELÉTRICO. Rio de Janeiro, 2016. 63 p. Monografia de final de curso – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

A presente monografia trata da utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias relativas à comercialização de energia elétrica no Brasil, apresentando suas particularidades e peculiaridades.

Após uma breve introdução acerca do panorama histórico do setor de energia elétrica no país, será apresentada a evolução legislativa ocorrida neste setor, que culminou com a escolha da arbitragem para a resolução de conflitos oriundos da comercialização de energia elétrica.

Com isso, será explicada a grande controvérsia oriunda da referida escolha, que diz respeito à manifestação expressa de vontade dos agentes do setor elétrico em solucionar seus litígios pela via arbitral, requisito indispensável para a vinculação da parte à determinada cláusula compromissória.

Posteriormente, passa-se a analisar os principais aspectos da Convenção Arbitral da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, como os conflitos que podem ser levados para a arbitragem e a sua polêmica redação.

Por fim, tendo em vista o interesse social em torno dos litígios relativos à comercialização de energia elétrica, que podem trazer impactos para a população em geral, será analisado o dever de confidencialidade nesses procedimentos arbitrais.

Palavras-chave: ARBITRAGEM. SETOR ELÉTRICO. ENERGIA ELÉTRICA. CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.

ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

CCEAR – Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

FGV – Fundação Getúlio Vargas

MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

PND – Plano Nacional de Desestatização

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
Capítulo I - A INTRODUÇÃO DA ARBITRAGEM NO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA.....	11
1.1 O MARCO REGULATÓRIO DO SETOR ELÉTRICO	11
1.1.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL	11
1.1.2 O INICIO DA REGULAMENTAÇÃO	13
1.1.3 O “NOVISSIMO” MODELO DO SETOR ELÉTRICO E A CCEE ..	20
1.2 O SURGIMENTO DA ARBITRAGEM NA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	22
1.3 A ARBITRAGEM DA CCEE	24
Capítulo II - A CONTROVÉRSIA ACERCA DA MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE VONTADE E A VINCULAÇÃO À CONVENÇÃO ARBITRAL.....	28
2.1 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE COMO REQUISITO DE VALIDADE DA ARBITRAGEM.....	28
2.2 A DELIBERAÇÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL DO MAE E A SUA ADESÃO	30
2.2.1 UM PARALELO COM O DIREITO SOCIETÁRIO	33
2.3 A SUCESSÃO DA CCEE E A VINCULAÇÃO A CLÁUSULA ARBITRAL	34
Capítulo III - PRINCIPAIS ASPECTOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL DA CCEE	38
3.1 EXPLORANDO A CONVENÇÃO ARBITRAL DA CCEE	38
3.2 A REDAÇÃO FALHA DA CONVENÇÃO ARBITRAL	43
3.2.1 A OPÇÃO PELA CLÁUSULA RESTRITA	46
Capítulo IV – O DEVER DE CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM DO SETOR ELÉTRICO.....	49
4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE CONFIDENCIALIDADE	49
4.2 O DEVER DE CONFIDENCIALIDADE NA CONVENÇÃO ARBITRAL DA CCEE E SUAS EXCEÇÕES.....	50
CONCLUSÃO.....	54
BIBLIOGRAFIA	58

INTRODUÇÃO

A segunda metade da década de 90 representou o início de um novo modelo do setor de energia elétrica brasileiro, no qual se implementou uma significativa reestruturação do setor, como já vinha ocorrendo em diversos outros países¹.

Como bem expõe GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE, era necessária a criação de condições para se estabilizar a economia à época, bem como a retomada do crescimento econômico em razão da crise que se instaurava no país, o que demandou a desconstrução de diversos paradigmas².

Era indispensável, portanto, a modernização do Estado brasileiro, a fim de colocá-lo no mesmo patamar do desenvolvimento que vinha ocorrendo em âmbito internacional.

Nesse sentido, explica ELENA LANDAU que:

Com a crise cambial e o agravamento dos problemas fiscais, na segunda metade da década de 80, o Brasil, seguindo uma tendência internacional, começa a discutir a possibilidade de se delegar ao setor privado o direito de explorar atividades até então de responsabilidade exclusivamente estatal.³

Segundo ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “*um dos fatores mais relevantes para a desestatização do setor elétrico foi o processo de esgotamento da capacidade de financiamento do Estado na década de 80*”⁴.

Em 1990, portanto, foi instituído no Brasil o Plano Nacional de Desestatização – PND, através da Lei nº 8.031, de 12.4.1990, que buscava, principalmente, (i) transferir à iniciativa privada atividades que o poder

¹ LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. “Introdução – O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1

² ANDRADE, Gustavo Fernandes de. “Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da câmara de comercialização de energia CCEE”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Tomo II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 226

³ LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. Op. cit., p. 5.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 263.

público já não conseguia mais explorar da maneira devida, (ii) permitir a modernização da infraestrutura do estado através do capital privado e (iii) permitir que administração pública voltasse seus esforços para as atividades na qual a presença do Estado fosse fundamental.

Comentando esse período, LUIS ROBERTO BARROSO assevera o seguinte:

Após a constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico⁵.

Importante notar que, nesse momento, o Estado passou a deixar de ser o executor de parte dos serviços públicos, para se tornar o regulador e fiscalizador de tais serviços, notadamente por meio da criação das chamadas agências reguladoras, como é o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL no âmbito do setor elétrico brasileiro⁶.

Essa atividade era de extrema importância para o funcionamento desse nosso mercado, marcado pela substituição dos investimentos estatais pelos privados, uma vez que, como bem explica MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, a ANEEL era encarregada de “acompanhar e de fazer surgir um mercado onde não necessariamente existia um cenário de livre entrada e permanência e de troca de bens e serviços”⁷.

Tal reforma gerou impactos positivos no setor elétrico brasileiro, na medida em que permitiu sua reestruturação através de investimentos privados, passando a ser visto como um terreno competitivo e com possibilidades de investimento.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. “Agências Reguladoras: Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31

⁶ LIMA, Ricardo Gobbi. “Comercialização de Energia – Alguns Conceitos e Princípios”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 366

⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 239

Além disso, grande avanço verificado na época foi a desverticalização das atividades do setor elétrico, a qual separou os serviços entre geração, transmissão, distribuição e comercialização, a fim de estimular o desenvolvimento do mercado⁸.

Assim, com a reforma do setor ocorrida nos anos 90, através da ampliação e sofisticação da legislação acerca da comercialização de energia elétrica, surgiram diversos novos agentes, mecanismos e instrumentos para auxiliar na evolução dessa atividade.

Nesse cenário, com um setor aberto à competição e ao investimento privado, esse ficou mais exposto ao surgimento de litígios, como é normal em diversas outras grandes atividades econômicas de âmbito nacional⁹.

Com isso, a utilização da arbitragem para solução de conflitos – que tem por principais características a celeridade do procedimento e a análise extremamente técnica e especializada da matéria¹⁰ –, surgia como uma possibilidade para o setor elétrico, o que veio a ser concretizado em meados dos anos 2000.

Assim, em que pesem todos os avanços legislativos no setor elétrico, que a partir dos anos 90 impulsionaram a comercialização de energia elétrica, para o presente trabalho se destacam três principais leis. São elas (i) a Lei nº 9.648/98, que criou o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE e o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, (ii) a Lei nº 10.433/02, que transformou o MAE em pessoa jurídica, e (iii) a Lei nº 10.848/04, que criou a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e alterou diversas leis setoriais e de comercialização de energia elétrica.

⁸ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. “Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da câmara de comercialização de energia - CCEE”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 226.

⁹ SANTOS, Rodrigo Machado Moreira; FILHO, Edgar Gastón Jacobs Flores; SANTOS, Afonso Henriques Moreira. “A arbitragem envolvendo sociedades de economia mista no setor elétrico brasileiro uma análise jurídico-econômica”. In: *Revista do Direito da Energia*, n. 9, pp. 133-157, set. 2009, p.135.

¹⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25

Tais leis são relevantes, pois, como será mais bem desenvolvido ao longo deste trabalho, foram elas que introduziram a arbitragem para a resolução de conflitos oriundos da comercialização de energia elétrica, tendo em vista que a inclusão da cláusula compromissória foi feita primeiramente no estatuto social do MAE, e posteriormente mantida pela CCEE quando esta sucedeu aquele.

Em síntese, todo esse avanço criado na década de 90, somado as alterações trazidas pela Lei nº 10.848/04, ficou conhecido como o chamado Marco Regulatório do Setor Elétrico.

Feitos esses breves esclarecimentos acerca do desenvolvimento do setor de energia elétrica a partir dos anos 90, passa-se a analisar mais profundamente a sua evolução legislativa, que culminou com a escolha da arbitragem para a resolução de conflitos relativos à comercialização de energia elétrica e as principais questões que surgiram a partir de tal escolha.

Capítulo I - A INTRODUÇÃO DA ARBITRAGEM NO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

1.1 O Marco Regulatório do Setor Elétrico. 1.1.1 Previsão Constitucional. 1.1.2 O Início da Regulamentação. 1.1.3 O “Novíssimo” Modelo do Setor Elétrico e a CCEE. 1.2 O Surgimento da Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica. 1.3 A Arbitragem da CCEE.

1.1 O MARCO REGULATÓRIO DO SETOR ELÉTRICO

1.1.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

De acordo com o art. 1º Emenda Constitucional nº 26/85¹¹, ficou estabelecido que “*os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional*”.

Foi a partir de tal reunião que foi elaborada e posteriormente promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹², que em seus arts. 21, XII, b, e 157 já norteava o modelo de exploração de energia elétrica a ser seguido pelo país nos anos subsequentes.

De acordo com o art. 21, XII, b, da CRFB/88, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Some-se a isso o disposto no art. 175 da CRFB/88, de que:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹¹ Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 23.11.16.

¹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23.11.16.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Como se pode perceber da análise dos dois dispositivos mencionados, o setor elétrico poderia vir a ser explorado indiretamente pela União, através de particulares, desde que mediante autorização, concessão ou permissão. Contudo, da clara redação do art. 175, I, da CRFB/85, depreende-se que tal exploração deveria ser regulada especificamente por meio de lei.

Assim, até que fosse criada uma lei dispondo sobre o assunto, o setor elétrico ficaria, de certa forma, engessado nas mãos do poder público, sem grandes investimentos dos agentes privados.

Contudo, como mencionado previamente, com a instituição do PND, em 1990, o Brasil começou a buscar a reestruturação do setor através da participação da iniciativa privada, principalmente pela via da privatização de empresas públicas.

Nos primeiros anos, contudo, a maioria das empresas de geração de energia elétrica, bem como as distribuidoras, permaneceu sob a forma de sociedades de economia mista, o que ainda as mantinha sob o controle da administração pública indireta¹³.

Dessa forma, podemos dizer que a reforma do setor elétrico brasileiro começou efetivamente em 1995, com a edição das Leis n° 8.987/95 e 9.074/95, que tinham como objetivo a regulamentação do art.

¹³ SANTOS, Rodrigo Machado Moreira; FILHO, Edgar Gastón Jacobs Flores; SANTOS, Afonso Henriques Moreira. “A arbitragem envolvendo sociedades de economia mista no setor elétrico brasileiro uma análise jurídico-econômica”. In: *Revista do Direito da Energia*, n. 9, pp. 133-157, set. 2009, p. 135.

175 da CRFB/88, sendo consideradas as leis gerais de concessão e permissão¹⁴.

1.1.2 O INICIO DA REGULAMENTAÇÃO

A regulamentação do art. 175 da CRFB/88, portanto, representou o início efetivo da reestruturação do setor elétrico pátrio, trazendo regras específicas e detalhadas sobre o funcionamento do regime de concessão e permissão.

Nesse sentido, ao comentar a edição da Lei nº 8.987/95¹⁵, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO explica o seguinte:

Depois de muita espera – espera que atravessou várias Constituições – foi finalmente promulgada a Lei nº 8.987, de 13.2.1995, que passou a dispor sobre o regime de concessão comum e permissão de serviços públicos, tal como previsto no art. 175 da vigente constituição¹⁶

Tal lei trouxe diversos avanços ao dispor especificamente sobre os encargos do concedente e do concessionário, sobre a utilização da licitação como mecanismo para obtenção de concessões, sobre a política tarifária a ser adotada, entre outros aspectos relevantes.

Pode-se dizer, assim, que esse foi o primeiro grande passo do setor elétrico na busca pela sua modernização, uma vez os contratos de concessão trazem como característica o processo de descentralização dos serviços públicos, através de negócios jurídicos celebrados entre a Administração Publica e o particular¹⁷.

Com isso, efetivou-se a ideia de que o Estado deveria passar a atuar somente aonde sua participação fosse indispensável, abrindo espaço para que pessoas jurídicas ou consórcios de empresas pudessem executar

¹⁴ WALD, Arnaldo; Moraes, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões (Análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e Legislação Subseqüente)*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 521.

¹⁵ Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 23.11.16.

¹⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 373

¹⁷ Ibid. p.189

serviços públicos, desde que provada sua capacidade, conforme dispõe art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95.

Sobre esse ponto, vale destacar o comentário de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ao explicar que:

Com o esgotamento do modelo público de financiamento das múltiplas funções assumidas pelo Estado Bem-estar, houve a necessidade de uma mudança na legislação aplicável à concessão de serviços públicos, de modo a viabilizar a segurança jurídica e lucratividade aos investimentos nesse setor¹⁸

No entanto, as novidades trazidas pela mencionada lei transformaram-na em objeto de muita controvérsia e alvo de polêmicas econômico-sociais.

Inclusive, no mesmo dia de sua promulgação, foi editada a Medida Provisória nº 809/94, que tratou de alterá-la. Outras medidas provisórias foram editadas nos meses subsequentes, até que pelo Projeto de Lei de Conversão nº 14, de 1995, foram incorporadas na Lei nº 9.074/95, de 7.7.1995¹⁹.

Assim, a Lei nº 9.074/95²⁰ veio para estabelecer normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, de modo a complementar a Lei nº 8.987/95.

Não só isso, mas a nova lei tratou especificamente dos serviços de energia elétrica, conforme disposto em seu Capítulo II, bem como da reestruturação dos serviços objeto de concessões.

Com a edição de tais leis, portanto, o Brasil passou a internalizar o modelo que vinha se espalhando no resto do mundo, de diminuição da participação estatal na prestação de serviços públicos, abrindo espaço para a entrada da iniciativa privada, como dispõe ARNOLDO WALD:

¹⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14.

¹⁹ FAGUNDES, Maria Aparecida de. “Pontos polêmicos da legislação sobre concessões e permissões de prestação de serviços públicos”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, pp. 65-87, jul./set. 1996

²⁰ Lei nº 9.074, de 07 de Julho de 1995, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em: 23.11.16.

Não resta dúvida de que o marco institucional mais importante foi a disciplina legislativa das Concessões e serviços Públicos – Lei n. 8.987/65 e a Lei n. 9.074/95, propiciando a privatização de concessionária do setor elétrico, mediante outorga ‘simultânea’ de nova concessão e a celebração do respectivo contrato²¹

A partir de então, o Estado passou a deixar de ser o executor dos serviços públicos, mas, por outro lado, passou a assumir outras funções de grande importância, como a de regulação e fiscalização, a fim de controlar e acompanhar a iniciativa privada na execução de tais serviços.

Nesse sentido, ao comentar o novo papel do Estado frente às transformações trazidas pelas privatizações, LUIS ROBERTO BARROSO leciona que “em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passaram a ser de planejamento, regulação e fiscalização”.

Para exercer essas novas funções, o Estado criou as chamadas agências reguladoras, sendo a Agencia Nacional de Energia Elétrica - ANEEL a primeira a ser instituída no Brasil, no ano de 1996, que é exatamente a que nos interessa no presente trabalho.

Afinal, quanto mais o setor elétrico se abria para a entrada de particulares e de investimentos privados, mais se fazia necessária a criação de estruturas sofisticadas de controle, a fim de alinhar os interesses desses novos investidores com o dos consumidores, de modo a atender o interesse social inerente ao fornecimento de energia elétrica.

Assim, através da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996²², foi criada ANEEL, autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que demonstrava, nas palavras de LUIS ALBERTO GURGEL DE FARIA, “o novo papel do Estado, não mais como agente praticamente exclusivo da

²¹ WALD, Arnaldo; Moraes, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões (Análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e Legislação Subseqüente)*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 521.

²² Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm. Acesso em: 23.11.16.

prestação de serviços elétricos, mas sim como facilitador e controlador da atuação dos diversos segmentos interessados”²³.

O art. 3º da Lei nº 9.427/96, por sua vez, nos traz a competência da ANEEL, além outras diversas atribuições a ela conferidas. Dentre elas, pode-se destacar como as mais relevantes as seguintes: (i) regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; (ii) gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; (iii) dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; e (iv) definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição.

Além de todas essas relevantes atribuições, a ANEEL, assim como as demais agências reguladoras, detém uma prerrogativa que não é estendida às demais autarquias normalmente, que é relativa à fixação de mandatos pelo período de quatro anos, na forma do art. 5º da Lei nº 9.427/96.

Tal prerrogativa assegura a independência de direção da ANEEL em relação ao Poder Executivo, de forma que seus dirigentes não podem ser destituídos a livre vontade do Presidente da República, por motivações estritamente políticas, mas somente nos casos previsto em lei, ficando livre, portanto, de pressões políticas externas.²⁴

²³ FARIA, Luis Alberto Gurgel de. “Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL” *In*: FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Fernando Quadros da (coord.). *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. “Agências Reguladoras: Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática”. *In*: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41/42.

Essa garantia foi inclusive objeto de discussão na ADI 1949/RS, na qual o Ministro Dias Toffoli entendeu que o dirigente de agência reguladora não pode ser demitido pela vontade unilateral da autoridade competente:

Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente. 1. O art. 7º da Lei estadual nº 10.931/97, quer em sua redação originária, quer naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, determina que a nomeação e a posse dos dirigentes da autarquia reguladora somente ocorra após a aprovação da indicação pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

(...)

5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo. 6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo²⁵ (grifou-se)

Com isso, pode-se perceber a formação de um novo arcabouço legal destinado ao desenvolvimento do setor elétrico através de investimentos privados, que seria regulado e fiscalizado por instituições especializadas e independentes, de modo a garantir a eficiente geração e distribuição de energia elétrica no Brasil.

Além do já exposto, outra grande inovação do setor elétrico brasileiro, na segunda metade da década de 90, foi o estabelecimento do

²⁵ STF, ADI n. 1.949/RS, Rel. Ministro Dias Toffoli, Brasília, julgado em 17.09.14

regime de livre negociação de energia elétrica entre as geradoras e distribuidoras de energia elétrica, por meio da Lei nº 9.648/98, que, por sua vez, também criou o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE.

De acordo com o art. 12 da Lei nº 9.648/98:

Art. 12. Observado o disposto no art. 10, as transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas elétricos interligados, serão realizadas no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, instituído mediante Acordo de Mercado a ser firmado entre os interessados

Assim, segundo explica ARNOLDO WALD, o “MAE foi concebido como um ambiente virtual para a realização de operações de compra e venda de energia elétrica, conforme definido no Acordo de Mercado”²⁶.

O MAE passou a operar efetivamente no final dos anos 2000, uma vez que as geradoras e distribuidoras de energia elétrica passaram a poder vender e comprar seus excedentes em determinados casos. Seria nesse ambiente, portanto, que a energia livre passaria a ser comercializada.

De acordo com GERALDO PEREIRA CALÇAS, caso o MAE fosse plenamente implantado, ele funcionaria como uma bolsa de valores de energia elétrica, em que os preços oscilariam conforme a demanda e a oferta. Segundo ele, os idealizadores dessa reforma esperavam que competição resultasse na redução dos preços de energia elétrica.²⁷

Com isso, o MAE deveria ser um agente livre de pressões externas, a fim de operar em um novo mercado competitivo, aonde se dirigiriam compradores e vendedores de energia elétrica com intuito comercial e lucrativo.

Contudo, dois grandes problemas que surgiram no início dos anos 2000 demonstraram as fragilidades desse novo sistema de comercialização, sendo um de ordem política e outro de ordem natural.

De acordo com MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO:

²⁶ WALD, Arnaldo; Moraes, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões (Análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e Legislação Subseqüente)*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 527

²⁷ CALÇAS, Geraldo Pereira. *Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica: Em Face da Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69

A não realização das privatizações das empresas geradoras controladas pelo Poder Público acabava por inviabilizar esse cenário livre de pressões.

Não obstante tal problema de ordem política, outro, de ordem natural, afetou significativamente a regulação do setor; a diminuição das chuvas colocou em risco o abastecimento nacional de energia, que ainda é calcada, basicamente, na matriz hidrelétrica²⁸

Assim, nesse ambiente de ausência de participação do capital privado no setor elétrico e de crise energética que se instaurava, diversos conflitos de interesses surgiram no âmbito do MAE, bem como alegações de irregularidades administrativas, o que acabou por reduzir sua credibilidade frente ao mercado.²⁹

A partir disso, o MAE deixou de ser um ambiente virtual, passando a ser pessoa jurídica de direito privado, submetida à regulamentação e fiscalização da ANEEL, com a finalidade de viabilizar as negociações de compra e venda de energia nos sistemas interligados, tudo conforme dispõe a Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002³⁰.

Mesmo com tal reestruturação, fato é que a crise energética acabou por evidenciar algumas falhas nesse novo modelo de energia elétrica que vinha sendo desenvolvido no Brasil.

Assim, em que pesem todas as alterações benéficas trazidas por esse “novo modelo” ora apresentado, em 11.12.03, foi publicada a Medida Provisória nº 144/03, que posteriormente veio a ser convertida na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004³¹, introduzindo profundas mudanças no setor de energia elétrica do país, que passou a ser conhecido como o “Novíssimo” Modelo do Setor Elétrico.

²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60.

²⁹ CALÇAS, Geraldo Pereira. *Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica: Em Face da Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69

³⁰ Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10433.htm. Acesso em: 23.11.16.

³¹ Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm. Acesso em: 23.11.16.

Segundo a exposição de motivos da referida medida provisória, tais alterações faziam-se necessárias para “correção das deficiências diagnosticadas no Sistema Elétrico brasileiro e a adequação de rumos tomados no passado que comprometeram a eficácia do planejamento e inibiram os investimentos na expansão desse Setor”³².

1.1.3 O “NOVISSIMO” MODELO DO SETOR ELÉTRICO E A CCEE

A Lei nº 10.848/04, portanto, instituiu o “Novíssimo” Modelo do Setor Elétrico, que trouxe diversas e profundas alterações no que diz respeito à comercialização de energia elétrica, e que somado a todas as alterações legislativas do setor elétrico a partir da segunda metade dos anos 90, formam o Marco Regulatório do Setor Elétrico.

Essa Lei, além de alterar diversas leis setoriais, também criou a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, que, no presente trabalho, é a novidade que realmente interessa.

Como leciona SOLANGE DAVID, a Lei nº 10.848/04 “alterou diversas outras leis, dentre elas a Lei de Concessões, e criou novas obrigações, direitos e deveres para os agentes, estabelecendo a *estrutura de comercialização de energia elétrica, via contratação livre ou regulada*”³³.

Deve-se ressaltar, inclusive, que com a promulgação da referida Lei, a possibilidade de livre contratação da compra e venda de energia elétrica por partes das distribuidoras, na forma do art. 10 da Lei nº 9.648/98, ficou vedada.

Como explica ADRIANE CRISTINA SPICCIATI PACHECO, isso ocorre por que:

Conforme a Lei nº 10.848/2004, a contratação da compra e venda de energia por parte das distribuidoras passou a ser atividade totalmente

³² Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 144/03, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EM95-MME-03.htm. Acesso em: 23.11.16.

³³ DAVID, Solange. “A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil”. In: WALD, Arnoldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 6, n. 20, pp. 86-121, jan./mar. 2009, p. 88.

regulada, ficando estas obrigadas a garantir o atendimento a 100% de seu mercado de consumo mediante contratação realizada no denominado Ambiente de Contratação Regulada ('ACR'), através de leilões.³⁴

Assim, a partir da nova lei, a compra e venda de energia elétrica é feita mediante leilão, de forma totalmente regulada. Finalizado o leilão, “a contratação é formalizada por meio dos denominados Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR”³⁵, que são celebrados entre as geradoras e distribuidoras de energia elétrica, conforme disposto no art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.848/04.

Contudo, pela ótica operacional, alguém deveria ficar responsável pela contabilização da energia que entra e sai do sistema, na medida em que os contratos de compra e venda de energia fossem firmados pelos agentes do setor elétrico, sob as regras trazidas pelo “Novíssimo” Modelo do Setor Elétrico.

Foi nesse sentido que foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, conforme dispõe o art. 4º da Lei nº 10.848/04:

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

Dessa forma, incumbe à CCEE “viabilizar as operações de compra e venda de energia, sendo responsável pelo registro dos contratos entre os agentes de geração, distribuição, comercialização e os consumidores livres”³⁶.

³⁴ PACHECO, Adriane Cristina Spicciati. “A Contratação da Compra e Venda de Energia Elétrica pelas Concessionárias de Distribuição – O ‘Novo’ e o ‘Novíssimo Modelo do Setor Elétrico’”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 384.

³⁵ PACHECO, Adriane Cristina Spicciati. “A Contratação da Compra e Venda de Energia Elétrica pelas Concessionárias de Distribuição – O ‘Novo’ e o ‘Novíssimo Modelo do Setor Elétrico’”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 386

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 273

Com isso, todos aqueles que buscassem comercializar energia elétrica no Brasil deveriam estar devidamente cadastrados e submetidos às regras da CCEE, responsável pela contabilização e fiscalização do cumprimento dos contratos de comercialização de energia elétrica, de modo que a CCEE veio a suceder o MAE em suas funções.

Importante notar, que no art. 4º, §5º da Lei nº 10.848/04, ficou estabelecido que os conflitos que surgissem entre os agentes da CCEE seriam dirimidos pela via arbitral, tal como ocorria no âmbito do MAE:

As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996

Com isso, já tendo entendido brevemente a evolução normativa do setor elétrico brasileiro, é partir de tal disposição que se pode, finalmente, começar a tratar do tema central do presente trabalho, qual seja, a arbitragem na comercialização de energia elétrica.

1.2 O SURGIMENTO DA ARBITRAGEM NA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Como visto, com a edição da Lei nº 10.433/02 o MAE transformou-se em pessoa jurídica de direito privado, com a finalidade de viabilizar as negociações de compra e venda de energia nos sistemas interligados e responsável pela contabilização e liquidação das transações de compra e venda de energia elétrica.

O referido texto legal também previu a que as controvérsias oriundas das relações de comercialização de energia elétrica seriam dirimidas por meio de arbitragem, de acordo com os termos da convenção arbitral a ser firmada por todos os agentes que atuassem no âmbito do MAE.

Conforme disposto no art. 2º, §§ 3º, 4º e 5º, da Lei nº 10.433/02:

Art. 2º São órgãos do MAE a Assembléia-Geral, o Conselho de Administração e a Superintendência.

(...)

§ 3º A forma de solução das eventuais divergências entre os agentes integrantes do MAE, será estabelecida na Convenção de Mercado e no estatuto, que contemplarão e regulamentarão mecanismo e convenção de arbitragem, a eles se aplicando os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; 520, inciso VI; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil.

§ 4º Ficam as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, autorizadas a aderirem ao MAE, inclusive ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 3o.

§ 5º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no MAE.

A regulamentação de tal dispositivo veio no mesmo ano de sua edição, através da Resolução ANEEL nº 102, de 01 de março de 2002, a qual instituiu a Convenção de Mercado do MAE.

Em meio a diversas disposições da referida Convenção, foi prevista a convenção de arbitragem para solucionar os conflitos surgidos entre os agentes do MAE, como se percebe da cominação dos seguintes dispositivos:

Art. 11. A adesão à Convenção Arbitral é obrigatória para todos os Agentes do MAE, conforme determina o § 3º do art. 2º da Medida Provisória nº 29/2002 .

(...)

Art. 25. O Conselho de Administração do Mercado Atacadista de Energia Elétrica é órgão colegiado constituído por 5 (cinco) executivos profissionais eleitos pela Assembléia Geral, conforme disposto no art. 20, admitida a reeleição, sendo um conselheiro indicado pelo Ministério de Minas e Energia ME, competindo-lhe:

(...)

§ 2º A critério do Conselho de Administração, o julgamento dos conflitos a que se refere o inciso X deste artigo poderá ser efetuado por meio de uma Câmara de Arbitragem, cuja Convenção deve ser submetida à aprovação da ANEEL.

(...)

Art. 40. Os agentes do MAE, em virtude da elevada especificidade do mercado e dos elementos que se afiguram como potenciais fontes de controvérsia e litígio, para a solução de conflitos, deverão celebrar, em um prazo de 30 (trinta) dias a contar da aprovação desta Convenção, uma Convenção Arbitral adotando processo de arbitragem e, para tanto, instituir seu respectivo Regulamento.

Assim, seguindo a orientação do art. 40, acima transcrito, os membros do MAE se reuniram em sua 14ª Assembleia Geral, realizada em 17 de julho de 2002, e aprovaram por unanimidade o texto da convenção arbitral³⁷.

Após tal aprovação, a ANEEL promoveu a audiência pública nº 004/2003, a fim de obter subsídios e informações dos agentes e consumidores do setor elétrico, para aprimorar o ato regulamentar que seria expedido homologação da referida convenção arbitral³⁸.

Em que pese tal aprovação, a Convenção não foi de grande utilidade para o setor elétrico brasileiro, tendo em vista que aproximadamente dois anos depois foi editada a Lei nº 10.848/04, a qual criou a CCEE, que acabou por suceder o MAE em suas funções.

1.3 A ARBITRAGEM DA CCEE

Com relação ao tema da arbitragem, especificamente, a nova lei manteve as disposições da Lei nº 10.433/02, não trazendo qualquer inovação:

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

(...)

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do

³⁷ PINTO, José Emilio Nunes. “A Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica”. In: WALD, Arnaldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 3, n. 9, pp. 173-193, abril/junho. 2006, p. 182

³⁸ FERRAZ, Rafaella. “Possibilidades e Limites à Aplicação da Arbitragem no Setor Elétrico”. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). *Arbitragem Doméstica e Internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 345

mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE.

A única diferença verificada, no entanto, foi a menção expressa à Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), ao invés dos artigos do Código de Processo Civil brasileiro, o que não traz qualquer alteração substancial no texto ou em suas implicações práticas.

Posteriormente, tais dispositivos foram regulamentados pelos Decretos nº 5.163, de 30 de julho de 2004, e nº 5.177, de 12 de agosto de 2004.

De acordo com o Decreto nº 5.163/04, que buscava disciplinar a comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação regulada, ficou estabelecido o seguinte:

Art. 27. Os vencedores dos leilões de energia proveniente de empreendimentos de geração novos ou existentes deverão formalizar contrato bilateral denominado Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado - CCEAR, celebrado entre cada agente vendedor e todos os agentes de distribuição compradores.

(...)

§ 3º O CCEAR deverá conter cláusula arbitral, nos termos do § 5º do art. 4º da Lei no 10.848, de 15 de março de 2004, conforme o disposto na convenção de comercialização.

Já o Decreto nº 5.177/04, que dispunha sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da CCEE, estabeleceu que:

Art. 3º A convenção de comercialização referida no § 1º do art. 1º do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004, deverá tratar das seguintes disposições, dentre outras:

(...)

IV - convenção arbitral

Com isso, no dia 26 de janeiro de 2005, os agentes da CCEE, reunidos em sua 32ª Assembleia Geral Extraordinária, aprovaram a Convenção Arbitral relativa à comercialização de energia elétrica³⁹.

Após a referida aprovação, a Convenção Arbitral foi homologada pela ANEEL na 29ª Reunião Pública Ordinária de Diretoria, nos termos da Resolução Homologatória nº 531/2007, publicada no diário oficial em 15 de agosto de 2007, marcando o início de sua vigência no âmbito da CCEE.

Importante destacar o art. 58 da referida Convenção de Comercialização da CCEE, que tornou a Convenção Arbitral parte integrante da Convenção de Comercialização, tornando-a obrigatória à CCEE e a seus respectivos agentes, bem como estabeleceu os conflitos que poderiam ser objeto dos procedimentos arbitrais relativos à comercialização de energia elétrica:

Art. 58. Os Agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, nas seguintes hipóteses:

I – Conflito entre dois ou mais Agentes da CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela;

II – Conflito entre um ou mais Agentes da CCEE e a CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela; e

III – sem prejuízo do que dispõe cláusula específica nos CEARs, conflito entre Agentes da CCEE decorrente de Contratos Bilaterais, desde que o fato gerador da divergência decorra dos respectivos contratos ou de Regras e Procedimentos de Comercialização e repercuta sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE.

Parágrafo único. A Convenção Arbitral é parte integrante desta Convenção de Comercialização, bem como obrigatória a todos os agentes da CCEE e à CCEE, conforme disposto nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 5º da Lei nº 10.848, de 2004.

³⁹ DAVID, Solange. “A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil”. In: WALD, Arnoldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 6, n. 20, pp. 86-121, jan./mar. 2009, p. 111

Além disso, ao lado da Convenção de Comercialização, temos os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica – CCEAR, os quais possuem cláusula compromissória, conforme definido pelo Decreto nº 5.163/04:

CLÁUSULA 14 – DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

14.1. Uma controvérsia se inicia com a NOTIFICAÇÃO DE CONTROVÉRSIA de uma parte a outra.

14.2. Na eventualidade de ocorrerem controvérsias derivadas deste CONTRATO, as partes buscarão solucioná-las amigavelmente no prazo de até quinze dias úteis contados do recebimento da NOTIFICAÇÃO DE CONTROVÉRSIA.

14.3. Caso as controvérsias decorrentes do presente CONTRATO não sejam solucionadas na forma da subcláusula 14.2, as partes deverão submetê-las ao processo de solução de conflitos por meio de arbitragem, incluindo o previsto na CONVENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, valendo a presente como cláusula compromissória.

14.4. Na hipótese de emissão de NOTIFICAÇÃO DE CONTROVÉRSIA anteriormente à instituição da CÂMARA DE ARBITRAGEM, as partes submeterão a controvérsia a uma câmara arbitral em funcionamento, de comum escolha entre as partes.

Pelo exposto, pôde-se perceber como foi feita a introdução da arbitragem no que tange a comercialização de energia elétrica no Brasil, através de toda a evolução legislativa respectiva, restando analisar os principais aspectos e consequências de tal introdução para o setor elétrico e seus respectivos agentes.

Capítulo II - A CONTROVÉRSIA ACERCA DA MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE VONTADE E A VINCULAÇÃO À CONVENÇÃO ARBITRAL

2.1 A Manifestação de Vontade Como Requisito de Validade da Arbitragem. 2.2. A Deliberação pela Convenção Arbitral do MAE e a sua Adesão. 2.2.1 Um Paralelo com o Direito Societário. 2.3 A Sucessão da CCEE e a Vinculação à Cláusula Arbitral.

2.1 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE COMO REQUISITO DE VALIDADE DA ARBITRAGEM

Como já explicado, a Convenção de Mercado do MAE determinava que a adesão à convenção arbitral fosse obrigatória a todos os seus agentes, o que se concretizou após a sua aprovação por unanimidade na 14ª Assembleia Geral.

Posteriormente, após a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, o entendimento permaneceu o mesmo. Como se viu, os agentes integrantes da CCEE continuaram obrigados a dirimir seus conflitos pela via arbitral, conforme disposto no art. 4º, §5º, da Lei nº 10.848/04:

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

(...)

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Em se tratando de arbitragem, a palavra “obrigatória” pode causar certa estranheza. Isso acontece, pois, como se sabe, a manifestação de vontade é requisito essencial para vinculação da parte à cláusula arbitral inserida nos contratos.

Como sustenta CARLOS ALBERTO CARMONA, “ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido”⁴⁰.

A doutrina internacional manifesta-se no mesmo sentido, como se pode perceber do posicionamento de ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER:

The agreement to arbitrate is the foundation stone of international arbitration. It records the consent of the parties to submit to arbitration – a consent which is indispensable to any process of dispute resolution outside the national courts⁴¹

No presente caso, portanto, ao se estabelecer a obrigatoriedade da arbitragem para os agentes do MAE, e, posteriormente, da CCEE, surgiriam dúvidas quanto a livre manifestação deles em se submeter à jurisdição arbitral e renunciar ao poder judiciário.

Não a toa, após a edição da Lei nº 10.848/04, ela foi alvo de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, movidas por partidos políticos, como, por exemplo, a ADI n. 3.100⁴², de titularidade do Partido da Frente Liberal.

Segundo o autor da demanda, a convenção arbitral a ser firmada pelos agentes do mercado de energia elétrica, no âmbito da CCEE, por ser obrigatória, violaria o art. 5º, XXXV, da CRFB, uma vez que restringiria o acesso ao poder judiciário. Não obstante tal argumentação, o Ministro Gilmar Mendes, relator da ação a época, indeferiu a pretensão autoral em sede liminar. Atualmente, o mérito da ação ainda não foi julgado, mas já há nos autos o parecer da Procuradoria Geral da República opinando pela sua improcedência.

Além disso, a ausência do elemento volitivo poderia ensejar, nos casos concretos, a argumentação de nulidade da cláusula compromissória

⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64

⁴¹ BLACKABY, Nigel et al.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 85

⁴² STF, ADI n. 3.100, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em 11.10.06

pela parte demandada, buscando obstruir o procedimento arbitral, na forma do art. 20, §1º, da Lei de Arbitragem:

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

Dessa forma, podemos perceber que a manifestação de vontade é um elemento que levanta certos questionamentos quando tratamos da utilização da arbitragem no setor elétrico.

Contudo, não há que se falar em arbitragem obrigatória no âmbito CCEE, como será demonstrado adiante, tendo em vista que opção pela jurisdição arbitral foi feita de forma inequívoca pelos agentes do setor elétrico.

2.2 A DELIBERAÇÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL DO MAE E A SUA ADESÃO

De início, deve-se ressaltar que não se pode negar o caráter consensual da arbitragem, uma vez que as partes, por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, decidem submeter qualquer controvérsia futura a jurisdição arbitral, afastando-se o poder judiciário⁴³.

Com isso mente, no caso da arbitragem relativa à comercialização de energia elétrica, a única conclusão possível é a de que os agentes do

⁴³ PINTO, José Emilio Nunes. “A Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica”. In: WALD, Arnoldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 3, n. 9, pp. 173-193, abril/junho. 2006, p. 182.

setor elétrico manifestaram a vontade de submeter seus litígios à via arbitral⁴⁴.

Para isso, vale recordar que, no caso do MAE, os seus membros aprovaram por unanimidade o texto da convenção arbitral em Assembleia Geral. Nesse sentido, não há que se falar em ausência de manifestação de vontade das partes, pois manifestaram expressamente seu voto em sentido favorável.

Ademais, não se pode tentar configurar a referida Convenção Arbitral como um contrato de adesão, mesmo que seus termos já estivessem pré-fixados, o que tornaria nula qualquer cláusula que determinasse a utilização compulsória da arbitragem, na forma do art. 51, VII, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, a comercialização de energia elétrica não pode ser configurada como uma relação típica de consumo. Ao comentar o mercado de energia elétrica, JOSÉ EMILIO NUNES PINTO assevera o seguinte:

Nesse mercado, estamos diante de relações comerciais no atacado, sendo que a esse mercado somente tem acesso agentes previamente qualificados por lei e detentores de autorização outorgada pelo órgão regulador setorial – a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Os consumidores que a ele podem ter acesso são apenas denominados “consumidores livres” e que, por sua carga de consumo e voltagem elevada, estão longe de poder ser tratados como hipossuficientes⁴⁵

Não bastasse isso, os agentes que atuam nesse mercado são especialmente qualificados para isso, bem como detentores de autorização expedida pelos entes competentes, a fim de prestar um serviço público, de alta relevância para a sociedade, o que retira qualquer possível alegação de hipossuficiência.

⁴⁴ PINTO, José Emilio Nunes. “A Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica”. In: WALD, Arnaldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 3, n. 9, pp. 173-193, abril/junho. 2006, p. 184

⁴⁵ Ibid. p. 183.

Nesse sentido, no caso do MAE, a celebração da convenção arbitral em assembleia deve ser interpretada como uma verdadeira e legítima manifestação de vontade por parte dos signatários, não se podendo falar que é o caso de arbitragem obrigatória por essa perspectiva.

Por outro lado, a discussão acerca da obrigatoriedade da arbitragem ainda poderia permanecer, uma vez que a convenção arbitral foi aprovada e assinada em assembleia geral do MAE, o que poderia dar ensejo a argumentação de que os agentes que votaram ou que ingressaram posteriormente na CCEE, por exemplo, não estariam vinculados a tal convenção. No entanto, isso não é tecnicamente correto.

O art. 11, VI, do Estatuto Social do MAE dispõe que compete a Assembleia Geral, por maioria simples, aprovar os termos da Convenção Arbitral. Ao comentar a aplicação de tal artigo, JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, de forma bastante precisa e clara, explica o seguinte:

O *quorum* da maioria simples é uma evidência de que a celebração da convenção arbitral não se fazia nesse nível e sim em ato posterior. A aprovação do texto pela Assembléia Geral visava a dotar o MAE de uma Convenção, em forma e substância que atendesse aos interesses das partes. A abstenção ou o voto negativo não pode ser interpretado como manifestação contrária e nem a celebração posterior, a despeito de eventual abstenção ou voto contrário, podem ser interpretados como cumprimento de mandamento legal que impõe a arbitragem obrigatória, até porque a abstenção ou voto contrário se refere ao texto e não ao mecanismo em si considerado⁴⁶

Com isso, podemos perceber que não é a manifestação de voto para aprovação do texto que vincula ou não o agente a Cláusula Arbitral do MAE ou da CCEE, mas sim a vinculação ao próprio Estatuto Social e à Convenção de Comercialização.

⁴⁶ PINTO, José Emilio Nunes. “A Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica”. In: WALD, Arnoldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 3, n. 9, pp. 173-193, abril/junho. 2006, p. 184

2.2.1 UM PARALELO COM O DIREITO SOCIETÁRIO

Para que o pensamento ora exposto fique mais claro, pode-se fazer um paralelo com o direito societário, no que diz respeito à inclusão de cláusula compromissória no estatuto social de sociedades anônimas fechadas.

Quando da votação em assembleia geral para inclusão de cláusula compromissória no estatuto social de companhias fechadas, a grande controvérsia que surge diz respeito à vinculação do acionista dissidente ou ausente, tendo em vista que, como já demonstrado no presente trabalho, a manifestação de vontade é requisito essencial na arbitragem.

No entanto, a doutrina pacífica sobre o tema entendeu pela aplicação princípio da maioria nesse caso⁴⁷, através do qual a vontade social é expressa pela vontade da maioria em assembleia, que deve ser respeitada pela minoria vencida, como se pode depreender das lições de PEDRO BATISTA MARTINS:

Muito embora seja a assembleia um órgão da sociedade, fato é que ela – assembleia- não representa a empresa; é a sua própria voz. As deliberações tomadas em assembleia são manifestações que externalizam o interesse da sociedade. (...) seja qual for o número de acionistas presentes na reunião, atingido o mínimo requerido por lei, a decisão adotada na assembleia expressará a vontade de todos os acionistas. E a todos vinculará, estejam presentes, ausentes ou sejam contrários à decisão. (...) Toda vontade juridicamente manifestada tem por vocação a materialização livre de um direito vinculante aos sócios.⁴⁸

Nesse sentido, podemos entender que não é o voto que vincula o acionista a cláusula compromissória, uma vez que serve apenas para formar a vontade social, mas a sua própria condição de sócio, a qual foi adquirida no momento em que decidiu entrar na companhia.

Em outras palavras, a manifestação de vontade em se submeter à arbitragem não está no voto contrário ou a favor em assembleia, mas sim no momento em que o acionista decide permanecer na companhia que incluiu a

⁴⁷ MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 87

⁴⁸ Ibid. p. 126-129

cláusula compromissória em seu estatuto social ou no momento em que ingressa em uma sociedade que já a tenha incluído.

Tal entendimento é endossado por CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, ao explicar o seguinte:

Não é o voto proferido na assembléia que vincula o acionista à Cláusula; o que o vincula é o fato de a Cláusula constar do estatuto, por força da vontade social formada na assembléia consoante o princípio majoritário. Por isso, alcança os acionistas que votaram contra a sua inclusão no estatuto, bem como os que deixaram de votar⁴⁹

É nesse sentido, portanto, que NELSON EIZIRIK sustenta que “estarão vinculados à cláusula compromissória estatutária todos os demais acionistas: os que votaram favoravelmente, os que se abstiveram e os que não compareceram à assembleia.”⁵⁰

Assim, fazendo o paralelo com o direito societário, podemos entender que os agentes da CCEE que eventualmente tivessem votado contrariamente ao texto da Convenção Arbitral, bem como aqueles que se abstiveram de manifestar seu voto, estão a ela vinculados, tendo em vista que tal vinculação decorreria da própria condição de agente da CCEE – a qual a companhia que decide ingressar no mercado de energia elétrica deve se submeter – e não da manifestação de voto em assembleia.

2.3 A SUCESSÃO DA CCEE E A VINCULAÇÃO A CLÁUSULA ARBITRAL

Apesar de já termos visto que a Convenção Arbitral foi aprovada também no âmbito da CCEE em 26.01.05, e homologada pela ANEEL em 15.8.07, pode-se dizer que os agentes da CCEE sequer estariam obrigados a firmar essa nova convenção.

Tal afirmação, em um primeiro momento, pode levar a errônea conclusão de que se estaria indo contra a necessidade de manifestação

⁴⁹ LOBO, Carlos Augusto Silveira. “A cláusula compromissória estatutária”. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 6, n. 22, pp. 11-32, julho/setembro, 2009, p. 31

⁵⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 617

expressa da parte para vinculação à convenção arbitral ou violando-se um mandamento legal.

No entanto, como será demonstrado, se analisarmos determinados elementos inerentes às Convenções Arbitrais do MAE e da CCEE, veremos que a afirmativa acima é procedente.

Em primeiro lugar, faz-se necessária a análise da Cláusula 1ª, §3º, da Convenção Arbitral do MAE:

CLÁUSULA 1ª - Eventuais conflitos fundados nas relações estabelecidas ao amparo do Estatuto Social do MAE e da Convenção do Mercado serão dirimidos, como alternativa ao Poder Judiciário, pela Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (Fundação Getúlio Vargas) - “Câmara” -, nos termos de seu próprio Regulamento e da presente Convenção Arbitral, aplicando-se subsidiariamente o disposto na Lei de Arbitragem, e regulamentação aplicável.

(...)

Parágrafo 3º Pela presente Convenção, obrigam-se os Signatários, aqueles que posteriormente vierem a aderir à presente Convenção Arbitral, o MAE e seus sucessores a qualquer título.

Como se pode perceber de tal dispositivo, a intenção dos signatários da Convenção Arbitral era a de manter a sua vigência ao longo do tempo, vinculando não só os seus signatários, como também aqueles que posteriormente viessem a aderir-lá, e aos seus sucessores a qualquer título.

Tratando especialmente da Convenção Arbitral do MAE, JOSÉ EMILIO NUNES PINTO destaca o seguinte:

Especialmente por revestir esta, no caso em análise, a forma de uma convenção multilateral, quaisquer alterações que viessem a ocorrer em relação às partes signatárias não deveria, e nem poderia por definição e características próprias, importar extinção da referida Convenção⁵¹

Nesse sentido, ao ser cedido um contrato, o cessionário assume não só todos os direitos e obrigações previstos no instrumento, mas também a cláusula compromissória nele prevista.

⁵¹ PINTO, José Emilio Nunes. “A Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica”. In: WALD, Arnoldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 3, n. 9, pp. 173-193, abril/junho. 2006, p. 185

Dessa forma, a escolha do cedente por uma forma de resolução de litígio é um direito, ao qual de contrapõe uma obrigação em relação à parte contrária, e que vincula cessionário no momento em que ocorre a cessão do contrato, ou ate mesmo uma sucessão. Por esse prisma, resta claro que a Convenção Arbitral do MAE seria mantida pelos sucessores de seus signatários, sendo de todo desnecessária a subscrição de uma nova convenção na prática.

Argumentar o contrário, no sentido de que a cláusula compromissória é extinta com a sucessão, seria o mesmo que admitir que a sucessão implique na extinção de todos os direitos e obrigações estabelecidos previamente pelas partes, o que não é correto.

Esse é exatamente o posicionamento da doutrina majoritária sobre o tema, no sentido de que nenhuma hipótese de sucessão, cessão ou sub-rogação é capaz de extinguir uma cláusula compromissória existente⁵².

Podemos perceber, portanto, que a sucessão não possui o condão de extinguir a cláusula compromissória já existente, motivo pelo qual a CCEE e seus agentes permaneceram vinculados à jurisdição arbitral quando sucederam o MAE, na forma descrita no art. 5º da Lei 10.848/04:

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

A luz do entendimento trazido, no sentido de que a clausula compromissória vincula não só as partes signatárias, mas também seus sucessores, e de que a CCEE é sucessora do MAE, por força da Lei nº 10.848/04, pode-se concluir que a Convenção Arbitral do MAE permanece em vigor, configurando-se como desnecessária a assinatura e homologação de uma nova convenção por parte da CCEE.

⁵² PINTO, José Emilio Nunes. “A Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica”. In: WALD, Arnaldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 3, n. 9, pp. 173-193, abril/junho. 2006, p. 187

Resta claro, portanto, que a regra prevista no art. 4º, §5º, da Lei 10.848/04 é uma mera ratificação da opção pelo uso da arbitragem também no âmbito da CCEE, como já ocorria previamente no MAE, reconhecendo o efeito vinculativo da convenção anterior, como era da vontade dos signatários, refletida na Cláusula 1ª, §3º da Convenção Arbitral do MAE.

Capítulo III - PRINCIPAIS ASPECTOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL DA CCEE

3.1 Explorando a Convenção Arbitral da CCEE. 3.2 A Redação Falha da Convenção Arbitral. 3.2.1 A Opção Pela Cláusula Restrita.

3.1 EXPLORANDO A CONVENÇÃO ARBITRAL DA CCEE

Demonstrada a vinculação dos agentes do setor elétrico à Convenção Arbitral da CCEE, cabe agora explorar os seus principais aspectos, a fim de entender como se desenvolverá o procedimento arbitral no âmbito da comercialização de energia elétrica.

De início, logo em sua Cláusula 1ª, a Convenção Arbitral da CCEE já deixa clara a opção que seus agentes fizeram por escolher a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem para condução de todos os processos de arbitragem nela previstos, implicando aceitação incondicional aos termos de seu regulamento:

CLÁUSULA 1ª - Observado o disposto no § 7º do art. 4º da Lei nº 10.848, de 2004, e no art. 59 da CONVENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO, eventuais conflitos (“CONFLITOS”) fundados nas relações estabelecidas ao amparo do Estatuto Social da CCEE e da CONVENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO serão dirimidos no âmbito da Câmara FGV (Fundação Getúlio Vargas) de Conciliação e Arbitragem (“CÂMARA”), nos termos de seu próprio Regulamento e da presente CONVENÇÃO, aplicando-se subsidiariamente o disposto na Lei de Arbitragem e regulamentação aplicável. Os termos não definidos nesta CONVENÇÃO tem o significado a eles atribuído na CONVENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO. Na hipótese de CONFLITO entre os termos desta CONVENÇÃO e do regulamento da CÂMARA, prevalecerá o disposto nesta CONVENÇÃO.

A adoção de uma única Câmara para resolver todos os eventuais conflitos relacionados à comercialização de energia elétrica não aconteceu por acaso. Na realidade, devido especialidade da matéria, os árbitros que integram a Câmara escolhida acabarão por formar um corpo cada vez mais

especializado sobre a matéria, o que poderá acarretar em decisões mais precisas e técnicas⁵³.

Além disso, os árbitros acabarão por criar precedentes, que mesmo não vinculantes, certamente servirão para nortear suas decisões futuras em casos semelhantes. Isso poderá gerar um impacto positivo para o setor de energia elétrica, pois serão lavradas decisões mais céleres e, de certa forma, mais seguras do ponto de vista da previsibilidade.

Tal entendimento está de acordo com o previsto na Cláusula 16 da Convenção, que estabelece que “a Câmara disponibilizará aos árbitros do Tribunal Arbitral os extratos de sentenças já proferidas decorrentes desta CONVENÇÃO, que poderão ser consideradas para efeito meramente orientativo”.

Ainda na Cláusula 1ª, podemos perceber que o seus §§ 1º, 2º e 3º listam os conflitos que poderão ser objeto de arbitragem, reproduzindo aquilo que foi estabelecido no art. 58 da Convenção de Comercialização da CCEE:

Parágrafo 1º. Para os fins desta Cláusula, considera-se CONFLITO a oposição manifesta que envolva controvérsia ou divergência de interesses entre Agentes da CCEE e/ou entre esses e a CCEE, nas seguintes hipóteses

- I. CONFLITO entre dois ou mais Agentes da CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela;
- II. CONFLITO entre um ou mais Agentes da CCEE e a CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela; e
- III. sem prejuízo do que dispõe cláusula específica nos CCEARs, CONFLITO entre Agentes da CCEE decorrente de Contratos Bilaterais, desde que o fato gerador da divergência decorra dos respectivos contratos ou de Regras e Procedimentos de Comercialização e repercuta sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE.

⁵³ DAVID, Solange. “A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil”. In: WALD, Arnoldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 6, n. 20, pp. 86-121, jan./mar. 2009, p. 112

Parágrafo 2º. Esta CONVENÇÃO não se aplica aos eventuais conflitos entre os SIGNATÁRIOS e a ANEEL.

Parágrafo 3º. Observado o inciso III do parágrafo 1º deste artigo, esta CONVENÇÃO:

- I. é aplicável aos contratos que tenham origem no Ambiente de Contratação Regulada da CCEE; e
- II. não é aplicável aos eventuais CONFLITOS oriundos de Contratos Bilaterais que envolvam unicamente os SIGNATÁRIOS de referidos contratos.

Nesse ponto, também devemos deixar claro que tais conflitos se encontram em consonância com o disposto no art. 1º da Lei de Arbitragem, segundo o qual somente direitos patrimoniais e disponíveis podem ser objeto de arbitragem.

Quanto à disponibilidade de tais direitos, SOLANGE DAVID esclarece que “a Lei 10.848, de 2004, cuidou de declarar a disponibilidade dos direitos relativos aos créditos e débitos das operações realizadas no âmbito da CCEE, conforme previsão constante do § 7º do art. 4º da Lei ”⁵⁴.

Além disso, não há dúvidas de que se trata de direito patrimonial, uma vez que direitos relativos às operações da CCEE podem ser apreciados economicamente, inclusive por decorrerem de um contrato comercial, que possui sempre um valor econômico.

Com relação aos árbitros, a Cláusula 10 dispõe que “deverão ser todos pessoas físicas, residentes no país, fluentes no idioma português, que tenham a confiança das PARTES e preencham os requisitos constantes da Lei de Arbitragem e do Regulamento da Câmara”. Some-se a isso a Cláusula 11, no sentido de que o julgamento será realizado por árbitro único ou por um tribunal de composição trina, independente do número de partes, bem como o disposto na Cláusula 14, de que é proibido o julgamento por equidade.

A Cláusula 12, por sua vez, elenca as pessoas que não poderão funcionar como árbitros no âmbito dos conflitos relativos à comercialização

⁵⁴ DAVID, Solange. “A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil”. In: WALD, Arnoldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 6, n. 20, pp. 86-121, jan./mar. 2009, p. 112

de energia elétrica, a fim de manter a independência e imparcialidade dos árbitros no julgamento, o que se torna ainda mais importante quando estamos falando da prestação serviços públicos, dos quais a sociedade tem interesse nos julgamentos dos conflitos:

CLÁUSULA 12 - Além das hipóteses previstas na Lei de Arbitragem e no Regulamento da Câmara, não poderá ser nomeado árbitro no CONFLITO, a pessoa que:

- I. for empregado, funcionário ou que exerça cargo de direção ou de administração de quaisquer das PARTES no CONFLITO, de qualquer Agente da CCEE ou, ainda, da própria CCEE;
- II. for acionista controlador de uma das PARTES ou empregado, funcionário, dirigente ou administrador da empresa que controlar quaisquer das PARTES;
- III. tenha tomado conhecimento do CONFLITO na qualidade de procurador, testemunha, perito, consultor ou assistente técnico de uma das PARTES;
- IV. for cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, de controlador de uma das PARTES ou de dirigente ou administrador de quaisquer das PARTES, de qualquer Agente da CCEE ou, ainda, da própria CCEE;
- V. for cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, do procurador de uma das PARTES no CONFLITO;
- VI. tiver qualquer interesse em que o resultado do CONFLITO beneficie quaisquer das PARTES e/ou outro Agente da CCEE;
- VII. for credor ou devedor de uma das PARTES ou de pessoa que controle ou exerça cargo de direção ou de administração de uma das PARTES ou de qualquer Agente da CCEE;
- VIII. receber dívida de empregado, funcionário ou de pessoa que exerça cargo de direção ou de administração de uma das PARTES antes, durante ou depois de iniciado o CONFLITO;
- IX. aconselhar alguma das PARTES ou pessoa que exerça a direção ou administração de uma das PARTES acerca do objeto do CONFLITO;
- X. tiver atuado como mediador ou conciliador, antes da instituição da arbitragem, naquele CONFLITO; ou
- XI. for ex-contratado, ex-prestador de serviço em caráter permanente ou temporário ou ex-consultor, nos últimos 2 (dois) anos, de quaisquer das PARTES no CONFLITO, de qualquer Agente da CCEE ou, ainda, da própria CCEE.

Outra cláusula que desperta curiosidade é a Cláusula 13, que estabelece que recebido o requerimento de arbitragem, a Câmara enviará cópia a todos os signatários da Convenção Arbitral, para que manifestem sua intenção de integrar um dos polos da demanda arbitral:

CLÁUSULA 13 - Ao receber o requerimento de arbitragem, e mantendo a confidencialidade de informações, quando requerido expressamente pelo Agente, a Câmara enviará a todos os SIGNATÁRIOS cópia do requerimento de arbitragem, no prazo de 10 (dez) dias a contar de seu recebimento, para que os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias a contar de seu recebimento, manifestem a intenção de integrar um dos pólos da relação arbitral.

Nesse caso, podemos perceber algo não muito comum nos litígios arbitrais, que é a participação de terceiros que não são partes do contrato que originou o procedimento arbitral.

Contudo, em se tratando de comercialização de energia elétrica, pode-se dizer que tal disposição possui um sentido lógico, pois um litígio que possivelmente cause impacto na quantidade de energia elétrica que será disponibilizada no sistema integrado, por exemplo, pode causar danos a toda uma coletividade, e especialmente aos agentes que lá operam, possuindo, portanto, um interesse que vai além das partes contratantes.

Outro aspecto interessante da Convenção é a aplicação de multa pelo descumprimento da sentença arbitral, o que normalmente é aplicado já no processo judicial, a título de astreintes, quando da execução da sentença pela parte vencedora:

CLÁUSULA 17 - As PARTES ficam obrigadas a cumprir a sentença arbitral, tal como proferida, na forma e prazos consignados, devendo ser observado, ainda, o disposto no Parágrafo 1º da CLÁUSULA 13.

Parágrafo 1º. Na hipótese de descumprimento da sentença arbitral, caberá aplicação de multa a ser fixada no Compromisso Arbitral, de acordo com o parágrafo segundo desta CLÁUSULA, sem prejuízo do exercício das medidas cabíveis para execução da sentença arbitral. Neste caso, a Parte prejudicada poderá comunicar o fato à Câmara, para que esta o divulgue aos SIGNATÁRIOS.

Parágrafo 2º. A multa de que trata o parágrafo anterior será de, no mínimo, 0,1% (um décimo por cento) ao dia sobre o valor da condenação, que incidirá a partir da data da configuração da inexecução da sentença e estará limitada ao valor da condenação.

Deve-se esclarecer, ainda, que será sempre aplicável ao procedimento arbitral o idioma português e a legislação brasileira,

conforme disposto, respectivamente, nos arts. 20 e 22 da Convenção Arbitral da CCEE.

Por fim, maiores digressões quanto ao sigilo do procedimento arbitral, previsto na Clausula 18, serão feitas mais adiante, no capítulo pertinente, tendo em vista se tratar de questão mais complexa que as ora apresentadas.

3.2 A REDAÇÃO FALHA DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Como se pôde ver, a Cláusula 1ª da Convenção Arbitral da CCEE elenca os litígios que necessariamente serão submetidos à arbitragem, deixando outras hipóteses fora de seu escopo de incidência.

Em regra, todos os conflitos “fundados nas relações estabelecidas ao amparo do Estatuto Social da CCEE e da CONVENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO serão dirimidos no âmbito da Câmara FGV (Fundação Getúlio Vargas) de Conciliação e Arbitragem”⁵⁵.

Ademais, visando evitar discussões acerca da jurisdição do tribunal arbitral e limitar o campo de incidência da Convenção, a fim de que fossem levados ao referido tribunal somente as discussões técnicas pertinentes, a Cláusula 1ª buscou especificar em seus parágrafos os conflitos que deveriam ou não ser apreciados pela jurisdição arbitral.

Dessa forma, serão levadas à Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem as controvérsias entre os agentes da CCEE, ou entre a própria CCEE e seus agentes, que decorrerem das relações jurídicas surgidas em razão Estatuto Social da CCEE ou da Convenção de Comercialização.

No entanto, da simples leitura dos parágrafos da Clausula 1ª, pode-se concluir que a especificação dos conflitos submetidos à jurisdição arbitral não foi feita com a clareza necessária, fazendo surgir certas dúvidas quanto à interpretação de tais dispositivos.

⁵⁵ Cláusula 1ª da Convenção Arbitral da CCEE

Primeiramente, em uma primeira leitura do § 1º da Cláusula 1ª, poderíamos ter a ideia de que equivocada de que o tribunal arbitral poderia rever as decisões da ANEEL proferidas em âmbito administrativo. Isso ocorre, pois o inciso I do § 1º faz menção expressa ao esgotamento das vias administrativas como condição para instauração do procedimento arbitral que envolva assuntos de competência direta da ANEEL.

A interpretação, contudo, não pode ser essa, tendo em vista que somente direitos disponíveis podem ser objeto de arbitragem, de acordo com o art. 1º da Lei de Arbitragem, de modo que o tribunal arbitral não pode rever decisões de competência administrativa da ANEEL, as quais carecem de disponibilidade.

Nesse sentido, com relação a tal matéria, GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE explica de maneira clara o seguinte:

Considerando-se que somente *direitos patrimoniais disponíveis* podem ser objeto das arbitragens reguladas pela Convenção, a sentença arbitral não poderá reformar as decisões e os atos proferidos pela ANEEL no exercício de suas competências administrativas. Para dar exegese útil à norma, o aludido parágrafo 1º deve ser interpretado no sentido de que os *efeitos meramente patrimoniais*, decorrentes de atos e decisões da ANEEL, poderão ser examinados pela sentença arbitral.⁵⁶

Pode-se concluir, com isso, que a interpretação correta do §1º da Cláusula 1ª é a de que apenas as questões patrimoniais que permeiem as decisões administrativas da ANEEL serão objeto das arbitragens relativas à Convenção Arbitral da CCEE, ficando vedado ao tribunal arbitral exercer o chamado *Judicial Review*.

Outra questão que gera dúvidas de interpretação, diz respeito aos limites de jurisdição do tribunal arbitral, em razão de um aparente conflito entre a redação do §1º, I e do §3º, II, ambos da Cláusula 1ª da Convenção Arbitral:

⁵⁶ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. “Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da câmara de comercialização de energia - CCEE”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 240

Parágrafo 1º. Para os fins desta Cláusula, considera-se CONFLITO a oposição manifesta que envolva controvérsia ou divergência de interesses entre Agentes da CCEE e/ou entre esses e a CCEE, nas seguintes hipóteses

- I. CONFLITO entre dois ou mais Agentes da CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela;
- (...)

Parágrafo 3º. Observado o inciso III do parágrafo 1º deste artigo, esta CONVENÇÃO:

(...)

- II. não é aplicável aos eventuais CONFLITOS oriundos de Contratos Bilaterais que envolvam unicamente os SIGNATÁRIOS de referidos contratos.

Veja-se, que em um primeiro momento, tais dispositivos poderiam parecer conflitantes, ao estabelecerem que é arbitrável o “CONFLITO entre dois ou mais Agentes da CCEE”, mas ao mesmo tempo que a Convenção Arbitral da CCEE “não é aplicável aos eventuais CONFLITOS oriundos de Contratos Bilaterais que envolvam unicamente os SIGNATÁRIOS de referidos contratos”.

Claramente, uma leitura inadvertida dos dispositivos citados daria a impressão de que eles se excluíam mutuamente, não sendo possível a arbitragem instaurada entre os agentes da CCEE. No entanto, em que pese à necessidade de reformulação da redação da Convenção Arbitral da CCEE, a interpretação correta não é a literal, de modo que tais dispositivos convivem concomitantemente sem se excluir.

Mais uma vez, GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE analisa a problemática relativa aos conflitos que estão dentro do escopo da Convenção, e leciona que:

o que se pretendeu instituir com as aludidas regras foi a possibilidade de escolha de outro modo de solução de controvérsias (judicial ou mesmo arbitragem por outras regras) *quando a disputa não produzir qualquer efeito na implementação das regras de comercialização da CCEE e,*

portanto, não precisa ser levada em consideração pelo órgão para fins de contabilização e de liquidação das diferenças.

Em outras palavras, caso surjam conflitos entre os agentes da CCEE que não impliquem discussões acerca da implementação das regras de comercialização da CCEE, e que não digam respeito à contabilização do montante de energia comercializado no sistema elétrico brasileiro, as partes são livres para escolher o modo de solução do conflito.

Inclusive, ao comentar a intenção por trás do inciso II do § 3º da Cláusula 1ª, SOLANGE DAVID esclarece que o objetivo foi “registrar que as controvérsias que digam respeito unicamente aos signatários dos contratos bilaterais não deveriam ser, obrigatoriamente, resolvidas pela via arbitral”⁵⁷.

Dessa forma, podemos perceber que há falhas na redação da Convenção Arbitral em um de seus pontos mais sensíveis, que dizem respeito aos litígios que se encontram dentro de seu escopo, o que pode gerar discussões acerca de sua interpretação, fazendo-se necessária sua reformulação nesse aspecto.

3.2.1 A OPÇÃO PELA CLÁUSULA RESTRITA

Note-se, que a redação confusa da Cláusula 1ª da Convenção Arbitral poderia ser facilmente afastada, caso a CCEE e seus agentes optassem por utilizar o modelo de cláusula normalmente sugerido pelas instituições arbitrais e utilizado na grande maioria dos contratos, no sentido de que todos os conflitos relativos ao contrato seriam dirimidos pela via arbitral.

Como exemplo, podemos citar a cláusula padrão de arbitragem recomendada pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA, câmara arbitral localizada na cidade do Rio de Janeiro, no seguinte sentido

⁵⁷ DAVID, Solange. “A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil”. In: WALD, Arnoldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 6, n. 20, pp. 86-121, jan./mar. 2009, p. 114

de que “todas as controvérsias oriundas ou relacionadas ao presente contrato serão resolvidas de forma definitiva por arbitragem (...)”⁵⁸.

Trata-se, portanto, de cláusula “ampla”, que abrange todo e qualquer conflito relativo ao contrato em que está inserida, sem limites a jurisdição arbitral, o que acabaria por afastar a discussão se determinada controvérsia repercute “nas relações estabelecidas ao amparo do Estatuto Social da CCEE e da Convenção de Comercialização”, que às vezes é imperceptível no início do procedimento.

Além disso, quando se limita o escopo de arbitrabilidade objetiva da Convenção da CCEE, corre-se o risco de existir uma disputa com diversos pedidos, dentre os quais somente alguns deverão ser decididos por arbitragem, enquanto outros irão para o poder judiciário ou até mesmo para outro tribunal arbitral⁵⁹.

Tal quadro, como é de fácil percepção, pode gerar decisões conflitantes sobre um mesmo objeto, uma vez que existirão procedimentos paralelos em curso, o que traz uma grande insegurança jurídica para as partes.

Por outro lado, a cláusula “restrita” adotada pela Convenção Arbitral da CCEE não é injustificada por completo, podendo trazer benefícios ao procedimento arbitral, caso seja analisada pela ótica da especialização dos árbitros.

Como já foi tratado no presente trabalho, a opção pela arbitragem e a escolha de uma única Câmara para resolver os litígios, teve o condão de criar um “foro especializado para dirimir controvérsias decorrentes da comercialização de energia elétrica”, bem como criar um “corpo de árbitros especializados nas regras de mercado de energia elétrica, uma vez que, por ser uma área de extrema complexidade, o Poder Judiciário dificilmente poderia oferecer um tutela jurisdicional adequada”⁶⁰.

⁵⁸ Disponível em http://www.cbma.com.br/clausula_comprom_arb_1. Acesso em: 23.11.16

⁵⁹ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. “Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da câmara de comercialização de energia - CCEE”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 241

⁶⁰ Ibid. p. 243

Nesse sentido, a criação desse tribunal especializado não teve por objetivo levar qualquer tipo de controvérsia ao seu conhecimento, o que poderia criar um problema estrutural, mas somente os litígios que dissessem respeito exclusivamente a comercialização de energia elétrica e que decorressem diretamente do Estatuto Social da CCEE e dos Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica.

Assim, a restrição imposta pela Cláusula 1ª da Convenção Arbitral da CCEE, com relação às matérias que podem ser objeto de arbitragem, pode ser justificada pela necessidade e conveniência de se ter um tribunal especializado para julgá-las.

Capítulo IV – O DEVER DE CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM DO SETOR ELÉTRICO

4.1 Considerações Sobre o Dever de Confidencialidade. 4.2 O Dever de Confidencialidade na Convenção Arbitral da CCEE e suas Exceções.

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE CONFIDENCIALIDADE

Antes de adentrarmos as questões acerca do sigilo na Convenção Arbitral da CCEE, faz-se necessário esclarecer a distinção entre a discrição no procedimento arbitral e dever de confidencialidade.

Normalmente, como se sabe, os procedimentos arbitrais não são públicos, só tendo acesso ao seu conteúdo aquelas pessoas que realmente participam do procedimento, como, por exemplo, as partes, os árbitros e as testemunhas, o que evidencia a sua discrição.

A Lei de Arbitragem Brasileira, por sua vez, não traz o dever de confidencialidade em seu texto, mas determina o dever de discrição sobre o procedimento arbitral. Tal entendimento está expresso no art. 13, §6º da Lei de Arbitragem, como se vê:

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

(...)

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.
(grifou-se)

Através do referido dispositivo, pode-se perceber que ao árbitro não é imposto nenhum dever de sigilo, mas somente de discrição com relação ao procedimento arbitral. Conforme ensina CARLOS ALBERTO CARMONA, “uma coisa é a sobriedade do árbitro, de quem se espera comportamento discreto, outra, bem diversa, é o sigilo”⁶¹.

⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 246

Nesse sentido, pode-se afirmar que o procedimento é discreto e privado entre as pessoas envolvidas, mas possui o potencial de ser tornar confidencial, caso assim desejem as partes.

Esse é, inclusive, exatamente o entendimento da doutrina internacional acerca do sigilo nos procedimentos arbitrais, como se pode concluir das lições de ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER:

It is essentially a private process, and therefore has the potential for being a confidential process. Increasingly, however, confidentiality cannot generally be relied upon as a clear duty of the parties to arbitral proceedings. Parties concerned to ensure the confidentiality of their proceedings would do well, therefore, to include confidentiality provisions in their agreement to arbitrate, or in a separate confidentiality agreement concluded at the outset of their arbitration⁶²

Seguindo a mesma ideia acima transcrita, no direito brasileiro, o dever de confidencialidade só irá existir quando decorrer da incidência de norma explícita, através da vontade das partes expressa no contrato ou do regulamento aplicável ao procedimento arbitral, que varia conforme a instituição escolhida para secretariá-lo⁶³.

4.2 O DEVER DE CONFIDENCIALIDADE NA CONVENÇÃO ARBITRAL DA CCEE E SUAS EXCEÇÕES

Como visto, o dever de confidencialidade pode decorrer da vontade das partes na elaboração do contrato, tendo em vista que a legislação brasileira de arbitragem só previu a necessidade de discrição do procedimento.

No caso da Convenção Arbitral da CCEE, esse foi exatamente o entendimento aplicado, tendo em vista que foi expressamente previsto o dever de confidencialidade em sua Cláusula 18:

⁶² BLACKABY, Nigel et al.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 136

⁶³ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. “Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da câmara de comercialização de energia - CCEE”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 247

CLÁUSULA 18 - As PARTES e quaisquer outros envolvidos em um determinado procedimento arbitral, inclusive os árbitros, testemunhas e membros da Câmara, deverão abster-se de comunicar, revelar ou disponibilizar a terceiros, no todo ou em parte, os documentos, dados e informações a que tiver acesso em razão de tal procedimento arbitral, salvo se houver autorização escrita, prévia e expressa da(s) outra(s) Parte(s) envolvida(s).

Parágrafo 1º. Não serão consideradas informações confidenciais aquelas que qualquer uma das PARTES possa comprovar serem de domínio público. As informações serão consideradas de domínio público se tiverem sido obtidas de outra fonte que não através do procedimento arbitral em questão e desde que não seja violado acordo de confidencialidade a que estiverem vinculadas as PARTES.

Parágrafo 2º. Não obstante o acima exposto, referidas informações confidenciais poderão ser divulgadas por exigência das leis aplicáveis ou por ordem, decreto, regulamento ou norma governamental ou, ainda, conforme exigido por qualquer intimação legal ou outro procedimento atinente a processos judiciais, administrativos ou arbitrais.

Contudo, de acordo com os §§ 1º e 2º da cláusula transcrita acima, pode-se concluir que o referido dever assume algumas exceções que precisam ser observadas.

No caso da Convenção Arbitral em questão, podemos perceber que o dever de confidencialidade não será aplicado no caso de informações de domínio público ou de determinação legal ou judicial.

Sobre o tema, GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE esclarece que “as exceções são razoavelmente amplas para cobrir o dever de informar que a parte, na maioria dos casos, terá com relação aos seus acionistas, o mercado e o regulador, em observância ao interesse público”⁶⁴.

Ademais, o art. 4º, §6º, da Lei nº 10.848/04 permite que empresas públicas ou de economia mistas possam integrar a CCEE e aderir à sua Convenção Arbitral:

Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a

⁶⁴ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. “Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da câmara de comercialização de energia - CCEE”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 247

finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

(...)

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

Contudo, de acordo com o art. 37 da CRFB/88, as empresas públicas e de economia mista estão sujeitas ao princípio da publicidade, necessitando, muitas vezes, prestar contas a terceiros. Como bem destaca CARLOS ALBERTO CARMONA:

O ponto é importante, na medida em que cresce a tendência de levar a solução arbitral questões que envolvem entidades públicas (autarquias, empresas públicas), sujeitas a controles externos que não ficam absolutamente vetados⁶⁵

Contudo, o princípio da publicidade não se traduz em uma autorização para a entidade pública a divulgar toda a informação relativa ao procedimento arbitral, de modo a não observar por completo o dever de confidencialidade previsto na Convenção Arbitral da CCEE.

De acordo com GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE, “deve o ente público, em observância ao princípio constitucional da ponderação, revelar apenas aquilo que for estritamente necessário para prestar contas aos órgãos de controle e dar transparência às suas atividades”⁶⁶. Ainda segundo o autor, “a confidencialidade cede na medida em que a parte está obrigada a divulgar informações exigidas por norma legal, mas subsiste quanto aos demais aspectos da arbitragem”⁶⁷.

Dessa forma, pode-se concluir que o dever de confidencialidade previsto na Convenção Arbitral da CCEE deve ser relativizado em nome do

⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 246

⁶⁶ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. “Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da câmara de comercialização de energia - CCEE”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 225-250, p. 249.

⁶⁷ Ibid. p. 249

interesse público, mas sempre sendo observado o princípio constitucional da ponderação, quando da revelação de informações relacionadas ao procedimento arbitral.

CONCLUSÃO

Na presente monografia, buscou-se demonstrar o surgimento e o funcionamento da arbitragem no setor de energia elétrica, através de sua evolução legislativa, principalmente a partir dos anos 90.

Seguindo uma tendência internacional, o Estado Brasileiro passou a buscar a modernização, passando a discutir a possibilidade participação de investimentos privados em atividades exploradas exclusivamente por entes públicos, a fim de que fosse possível a retomada do crescimento econômico.

Nesse sentido, como se viu, foi instituído no Brasil o Plano Nacional de Desestatização – PND, através da Lei nº 8.031, de 12.4.1990, justamente para buscar investimentos privados nas atividades que o poder público já não conseguia mais explorar da maneira devida.

Estado começa, portanto, a deixar de ser o grande executor dos serviços públicos, passando a se tornar o regulador e fiscalizador. É nesse momento que são criadas as chamadas agências reguladoras, como é o caso ANEEL, que atua especificamente no âmbito de energia elétrica.

Assim, diante de tais transformações, o setor elétrico passou a ser mais complexo, tendo em vista que estava aberto à competição e ao investimento privado, ficando mais exposto ao surgimento de litígios. Com isso, a utilização da arbitragem nesse setor altamente especializado e competitivo se tornou uma possibilidade.

Contudo, os contornos da utilização da arbitragem nos litígios relativos à comercialização de energia elétrica começam a surgir efetivamente com a criação do MAE, por meio da Lei nº 9.648/98, ambiente no qual as geradoras e distribuidoras de energia elétrica passaram a poder vender e comprar seus excedentes em determinados casos. Seria nesse ambiente, portanto, que a energia livre passaria a ser comercializada.

Posteriormente, como se viu, com a edição da Lei nº 10.433/02 o MAE transformou-se em pessoa jurídica de direito privado, com a

finalidade de viabilizar as negociações de compra e venda de energia nos sistemas interligados e responsável pela contabilização e liquidação das transações de compra e venda de energia elétrica.

A referida lei, no entanto, não só promoveu transformações no MAE, mas também previu as controvérsias oriundas das relações de comercialização de energia elétrica nesse âmbito seriam dirimidas por meio de arbitragem, conforme disposto no art. 2º, §§ 3º, 4º e 5º, da Lei nº 10.433/02:

Art. 2º São órgãos do MAE a Assembléia-Geral, o Conselho de Administração e a Superintendência.

(...)

§ 3º A forma de solução das eventuais divergências entre os agentes integrantes do MAE, será estabelecida na Convenção de Mercado e no estatuto, que contemplarão e regulamentarão mecanismo e convenção de arbitragem, a eles se aplicando os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; 520, inciso VI; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil.

§ 4º Ficam as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, autorizadas a aderirem ao MAE, inclusive ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 3o.

§ 5º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no MAE.

Essa foi, portanto, a primeira previsão de utilização da arbitragem no setor elétrico, que serviria para resolver as controvérsias decorrentes das operações realizadas nesse novo ambiente de comercialização de energia que passava a ser construído.

Atualmente, como se pôde explorar no presente trabalho, a arbitragem relativa à comercialização de energia elétrica encontra-se legalmente prevista na Lei nº 10.848/04, sendo regulada pela Convenção arbitral da CCEE, aprovada em 26 de janeiro de 2005, na 32ª Assembleia Geral Extraordinária da CCEE.

Após a instituição da arbitragem no âmbito da CCEE, pôde-se perceber que algumas controvérsias surgiram principalmente no que tange a

manifestação de vontade dos agentes do setor elétrico para se vincular a convenção arbitral. Isso ocorre, pois desde a edição da Lei nº 10.433/02 a arbitragem seria, de certa forma, obrigatória para todos aqueles que buscassem comercializar energia elétrica.

No entanto, como amplamente debatido, não há que se falar em arbitragem obrigatória no presente caso. Em primeiro lugar, como demonstrado, o texto da Convenção Arbitral do MAE foi aprovado por unanimidade pelos agentes do setor elétrico, manifestando, assim, a sua vontade de se submeter às suas disposições. Assim, quando da sucessão do MAE pela CCEE, tal manifestação de vontade continuaria a prevalecer, como restou evidente.

Por outro lado, ainda restaria a dúvida acerca daqueles agentes que não teriam participado da deliberação, bem como com relação àqueles que teriam aderido à CCEE após a referida deliberação. No entanto, como restou claro, não é no momento da manifestação do voto que o agente se vincula à cláusula compromissória, mas sim no momento em que decide se submeter ao Estatuto Social da CCEE e à sua Convenção de Comercialização por livre e espontânea vontade.

Em um paralelo com o direito societário, pôde-se explorar que não é voto que em assembleia que vincula o acionista à cláusula compromissória inserida no estatuto social de determinada companhia, mas sim a sua própria condição de sócio, no momento em que opta por entrar ou permanecer na companhia.

Além da controvérsia com relação à manifestação de vontade, como se demonstrou, a redação falha da Cláusula 1ª da Convenção Arbitral da CCEE poderia ensejar discussões acerca dos conflitos que poderiam ou não ser submetidos à arbitragem, uma vez que a cláusula restrita utilizada não os limita com precisão.

Como apresentado, a opção por uma cláusula ampla poderia acabar com tais discussões, uma vez que todos os conflitos relacionados à comercialização de energia elétrica passariam a ser dirimidos pela via

arbitral, sem a necessidade de maiores interpretações do texto. Por outro lado, viu-se que especialização do tribunal arbitral poderia ser prejudicada nesse caso, uma vez que qualquer litígio minimamente ligado à comercialização de energia elétrica chegaria ao seu conhecimento.

Nesse sentido, em uma ponderação acerca dos dois posicionamentos, uma saída seria a reformulação do texto em questão, a fim de que fossem melhor detalhados os conflitos abrangidos pela Cláusula Arbitral da CCEE, principalmente atualmente, quando já há discussões claras acerca de seus pontos obscuros.

Por fim, com relação ao dever de confidencialidade do procedimento arbitral, pôde-se concluir que a arbitragem no âmbito da CCEE assume algumas exceções. Como visto, o dever de confidencialidade deve ser relativizado em nome do interesse público, tendo em vista o grande interesse social em torno da comercialização de energia elétrica, que é um serviço originariamente estatal.

Além disso, a participação de muitas entidades públicas nesse ramo também denota essa relativização, uma vez que sujeitas ao princípio da publicidade, previsto no art. 37 da CRFB/88, necessitando prestar contas a terceiros.

Pelo que foi exposto, portanto, pode-se concluir que a escolha pela arbitragem foi feita de forma correta para dirimir os litígios relativos à comercialização de energia elétrica, diante de toda evolução e complexidade que esse setor apresenta atualmente.

Contudo, ainda há desafios que devem ser superados, principalmente quanto às alegações de inconstitucionalidade de tal escolha, bem como com relação à incerteza dos conflitos que estão abrangidos pela Convenção Arbitral da CCEE, que podem ensejar constantes discussões acerca da jurisdição do tribunal arbitral.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. “Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da câmara de comercialização de energia - CCEE”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 225-250

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013

BARROSO, Luis Roberto. “Agências Reguladoras: Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 29-56

BLACKABY, Nigel et al.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

CALÇAS, Geraldo Pereira. *Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica: Em Face da Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009

DAVID, Solange. “A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil”. In: WALD, Arnaldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 6, n. 20, pp. 86-121, jan./mar. 2009

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011

FAGUNDES, Maria Aparecida de. “Pontos polêmicos da legislação sobre concessões e permissões de prestação de serviços públicos”. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 250, pp. 65-87, jul./set. 1996

FARIA, Luis Alberto Gurgel de. “Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL” *In: FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Fernando Quadros da (coord.). Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 101-127

FERRAZ, Rafaella. “Possibilidades e Limites à Aplicação da Arbitragem no Setor Elétrico”. *In: FERRAZ, Rafaela; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). Arbitragem Doméstica e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014

LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. “Introdução – O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória”. *In: LANDAU, Elena (coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 1-26

LIMA, Ricardo Gobbi. “Comercialização de Energia – Alguns Conceitos e Princípios”. *In: LANDAU, Elena (coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 365-376

LOBO, Carlos Augusto Silveira. “A cláusula compromissória estatutária”. In: Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 6, n. 22, pp. 11-32, julho/setembro, 2009

MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012

PACHECO, Adriane Cristina Spicciati. “A Contratação da Compra e Venda de Energia Elétrica pelas Concessionárias de Distribuição – O ‘Novo’ e o ‘Novíssimo Modelo do Setor Elétrico’”. In: LANDAU, Elena (coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 377-388

PINTO, José Emilio Nunes. “A Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica”. In: WALD, Arnaldo (coord.). Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 3, n. 9, pp. 173-193, abril/junho, 2006

SANTOS, Rodrigo Machado Moreira; FILHO, Edgar Gastón Jacobs Flores; SANTOS, Afonso Henriques Moreira. “A arbitragem envolvendo sociedades de economia mista no setor elétrico brasileiro uma análise jurídico-econômica”. In: Revista do Direito da Energia, n. 9, pp. 133-157, set, 2009

SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro”. In: LANDAU, Elena (coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 235-260

_____. *Direito Administrativo das Concessões*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

WALD, Arnaldo; Moraes, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões (Análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e Legislação Subseqüente)*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004

Jurisprudência:

STF, ADI n. 1.949/RS, Rel. Ministro Dias Toffoli, Brasília, julgado em 17.09.14

STF, ADI n. 3.100, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em 11.10.06

Outros:

Cláusula Compromissória do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA. Disponível em:

< http://www.cbma.com.br/clausula_comprom_arb_1 >

Acesso em: 23.11.16

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

Acesso em: 23.11.16.

Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>

Acesso em: 23.11.16.

Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 144/03. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EM95-MME-03.htm >

Acesso em: 23.11.16.

Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>

Acesso em: 23.11.16.

Lei nº 9.074, de 07 de Julho de 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>

Acesso em: 23.11.16.

Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm>

Acesso em: 23.11.16.

Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm>

Acesso em: 23.11.16.

Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10433.htm>

Acesso em: 23.11.16.

Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm>

Acesso em: 23.11.16.