

## Há espaço para a arbitragem no novo modelo para o setor elétrico?

José Emilio Nunes Pinto\*

Pondo fim a uma longa fase de expectativa e ansiedade no mercado, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE aprovou, em 21 de julho passado, a Resolução nº 005, estabelecendo as diretrizes gerais para a implantação do novo modelo para o setor elétrico brasileiro. Dentre as diversas diretrizes contidas no plano de reforma do setor, destaca-se a criação de dois ambientes para a negociação de energia elétrica, um deles integralmente regulado e outro livre. No primeiro caso, embora mantido o relacionamento bilateral entre os agentes, cria-se uma nova entidade destinada a organizar a contratação de energia e proceder à liquidação das operações, denominada Administradora de Contratos de Energia Elétrica – ACEE. O ambiente regulado assemelha-se ao MAE, mas o novo modelo prevê que as distribuidoras de energia elétrica contratem nele a totalidade de suas necessidades para atendimento de consumidores cativos.

Por outro lado, na ponta da geração, retorna-se ao conceito de empreendimentos de serviço público, enquanto que novos projetos serão sempre objeto de licitação prévia em que o fator determinante da proposta vencedora será a menor tarifa cobrada pelo gerador. Com vistas a propiciar a expansão da geração, a diretriz adotada é assegurar, como ocorre no segmento da transmissão, uma receita estável ao gerador de forma que os projetos sejam financiáveis.

No entanto, dentre as diretrizes aprovadas, vale citar a preservação dos contratos assinados e a criação de um sistema de transição entre os dois modelos. Além disso, o estabelecimento da expansão da geração estará alicerçado em contratos de compra de energia (PPAs), obedecendo a modelo-padrão e que integrarão obrigatoriamente os editais de licitação. A despeito de se tratar de um conjunto de diretrizes que serão, a partir de então, discutidas com todos os segmentos interessados e transformadas em textos legais e regulamentares destinados a dar corpo a esse novo modelo, certo é que se pode, desde já, antecipar a necessidade de criação de mecanismos de solução de controvérsias entre os agentes setoriais na multiplicidade de suas relações bilaterais e multilaterais.

Assim é que o Secretário Executivo do Ministério de Minas e Energia, em recente manifestação pública divulgada pela imprensa[1], declarou que, embora em fase embrionária, “o Governo começa a estudar uma instância administrativa para resolver as

divergências entre os agentes do setor elétrico, que poderia ser parecida com o Conselho de Contribuintes, hoje existente na área de tributos, sendo que essa instância administrativa funcionaria como uma espécie de tribunal de arbitragem”.

Nessa linha de idéias, o objetivo deste Artigo é analisar a razão pela qual se estuda um mecanismo na instância administrativa que se assemelha a um tribunal de arbitragem e, mais do que isso, se haveria espaço e fundamento para que se adotasse diretamente a arbitragem e, ainda, se haveria alguma identidade entre os pressupostos de funcionamento do Conselho de Contribuintes e os do Tribunal Arbitral.

É indubitável que, apesar da mudança pretendida de modelo para reforma do setor elétrico, as relações entre segmentos e agentes de cada um desses segmentos é e continuará a ser pautada por um conjunto de relações complexas, cujos efeitos podem se cingir às partes envolvidas, mas também poderão ir além dessa relação bilateral, afetando o setor como um todo, numa espécie de efeito dominó. Por outro lado, ainda que alteradas as regras para o planejamento e implementação da expansão da oferta de energia elétrica e a natureza da concessão que vier a ser concedida, certo é que o desenvolvimento de novos empreendimentos é uma atividade bastante complexa e estará relacionado com a comercialização da energia produzida, assegurando uma receita estável ao gerador que servirá de garantia para a financiabilidade do projeto. Junte-se a isso a intenção já manifestada pelo Governo de contar com empreendimentos conjuntos entre o setor público e privado, sob a forma de parcerias, no modelo PPP[2].

Quando estudamos o modelo das parcerias público-privadas[3], insistimos na necessidade do estabelecimento, dentre outros requisitos, de um sistema eficiente e célere de solução de controvérsias como elemento estimulador dos investimentos privados em projetos conjuntos de infraestrutura. Pareceu-nos naquele momento, e nada desde então modificou a nossa convicção, de que a arbitragem se moldaria perfeitamente às necessidades de solucionar de forma eficiente e célere as controvérsias que fatalmente haverá de surgir.

A controvérsia em qualquer relação bilateral ou multilateral é da natureza mesma dessa relação. A questão se torna mais aguda quando focamos em relações de longo prazo em que os interesses e desavenças se repetem ao longo do período de duração e, em especial, quando nos referimos a empreendimentos de infraestrutura, como as usinas de geração de energia elétrica, que arremessam montantes expressivos de recursos e cujo funcionamento se insere em regras estritas de mercado. Se acrescermos que esse mercado é totalmente regulado e que o empreendimento conta com a participação de capitais públicos e privados, atendendo a interesse público, a necessidade de criação de um mecanismo de solução de controvérsias assume maior relevância. E o Governo não ignora essa questão e se lança a estudar, de imediato, alternativas que sejam coerentes com o novo modelo apresentado ao CNPE. No entanto, embora assevere que não há uma definição quanto ao

modelo a ser adotado, sugere que a solução possa estar na criação de uma instância administrativa e toma como exemplo os Conselhos de Contribuintes na área tributária.

Muito embora coincidamos com a posição governamental de que as controvérsias no setor de energia elétrica mereçam um sistema de solução específico, o que expressamente endossamos, cremos, no entanto, que esse sistema de solução de controvérsias deva ser desenhado de modo a por fim a estas e não ser, apenas e tão somente, uma etapa de uma longa disputa. A pretendida instância administrativa poderá servir para alongar o período de indefinições e desaguar, a seu final, num litígio a ser resolvido pelo Poder Judiciário, já que não há garantia de que essa sistemática seja capaz de operar como a instância final e definitiva. Nesse sentido, entendemos que a solução mais adequada seria a utilização da arbitragem.

Vimos pisando e repisando no fato de ser a arbitragem percebida, no Brasil, como um sistema de solução de controvérsias distante de assegurar a neutralidade desejada no deslinde de questões submetidas ao mecanismo. Acresça-se a isso o questionamento recorrente quanto à indisponibilidade de direitos sob a titularidade de empresas sob controle estatal. Recentemente, em artigos específicos[4], examinamos cada um desses aspectos, o que nos permite concluir que a falta de compreensão do funcionamento do instituto da arbitragem e, sobretudo, de determinação em utilizá-lo, tem levado a conclusões equivocadas e reticentes.

Neste passo, parece-nos necessário examinar os fundamentos da estruturação e funcionamento do Conselho de Contribuintes[5], já que este foi expressamente mencionado como parâmetro na fase embrionária de exame da propalada instância administrativa. O Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda é, na realidade, um órgão colegiado de 2ª instância, destinado a apreciar recursos interpostos pelo contribuinte em relação a autuações fiscais em matéria de tributos federais. O Conselho tem composição paritária, sendo formado por um mesmo número de representantes do Tesouro Nacional e dos contribuintes, dos quais se exige experiência em matéria fiscal. Além disso, os representantes indicados pelos dois lados deverão observar, a todo tempo, os impedimentos à sua participação previstos nas normas vigentes, devendo declarar a inexistência desses ou, caso existam e não sejam tempestivamente declarados, estarão sujeitos a alegações de suspeição levantadas por terceiros. Além disso, perderá o mandato de Conselheiro aquele que assumir posições fora do Conselho de Contribuintes que sejam incompatíveis com o exercício do cargo. No entanto, nas hipóteses previstas em normas regulamentares em vigor, das decisões dos Conselhos de Contribuintes poderá caber recurso ao denominado Conselho Superior de Recursos Fiscais. O traço marcante do Conselho de Contribuintes é que suas decisões se referem à solução de conflitos na esfera administrativa, nada impedindo que o contribuinte, em etapa posterior, recorra ao Poder Judiciário, caso não veja a sua pretensão atendida. O recurso ao Poder Judiciário, com ou sem defesa no âmbito administrativo, está garantido pela Constituição Federal[6].

Não se interprete a análise contida no parágrafo anterior como uma crítica ao mecanismo de contestação e defesa propiciado pelo Conselho de Contribuintes. Esse mecanismo se adequa muito bem à natureza das questões discutidas e dos direitos a elas relativos, seja no âmbito federal, seja no nível estadual[7]. Os lançamentos fiscais e as receitas públicas são vinculados à lei, caracterizando-se, portanto, como direitos indisponíveis pelo Fisco. Quanto à indisponibilidade de tais direitos não resta a menor dúvida, sendo esta uma das hipóteses em que não cabe a arbitragem por se situar fora do escopo de aplicação.

Examinada a natureza do mecanismo representado pelo Conselho de Contribuintes e sua respectiva competência, devemos questionar se esse modelo é apropriado para solucionar as controvérsias surgidas entre agentes do setor elétrico, foco central deste Artigo.

No sistema vigente e no novo modelo aprovado para operação do setor elétrico brasileiro, encontraremos necessariamente duas categorias de direitos – disponíveis e indisponíveis – comportando os primeiros o recurso à arbitragem, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Para os direitos indisponíveis, a criação de uma instância administrativa, similar ao Conselho de Contribuintes, poderia ser uma decisão adequada, cabendo ressaltar que há muito revela-se desejável a institucionalização de um órgão colegiado, contando com representação paritária, para a solução de controvérsias entre o Poder Concedente, os concessionários e autorizados e a respectiva agência reguladora. A exemplo do que ocorre na área fiscal, a instância administrativa poderá ser suficiente para solucionar controvérsias relativas a direitos indisponíveis e que hoje são discutidas no Judiciário, com inquestionáveis desvantagens para todos os envolvidos e, em última análise, para todo o sistema. Admitindo-se a criação dessa instância administrativa com representação paritária para a solução de controvérsias fundadas em direitos indisponíveis, pode-se prever que se logre obter a solução de parte das mesmas no âmbito dessa pretendida instância, reduzindo-se o recurso ao Judiciário.

No tocante aos direitos disponíveis, em grande parte decorrentes dos contratos de concessão, constituindo o que a lei hoje denomina de direitos emergentes, dentre eles, a própria energia produzida e a ser comercializada pelos concessionários, assim como o cumprimento das obrigações impostas às partes e decorrentes dos PPAs, não vemos razão para submeter a uma instância administrativa as controvérsias a eles relativas, já que poderá assumir a natureza de uma instância intermediária e adicional, quando essas controvérsias podem ser solucionadas, em caráter definitivo, pela arbitragem. A criação dessa instância administrativa para este tipo de controvérsias terá por resultado alongar o processo de solução sem o benefício de necessariamente representar uma decisão definitiva não mais sujeita a qualquer recurso. Insatisfeita qualquer das partes, poderá ela sempre recorrer ao Judiciário, revelando que a discussão na esfera administrativa, ainda que uma tentativa justificada, teve como efeito prolongar a controvérsia. Aliás, em função da natureza mesma de uma instância recursal, não se deve esquecer que, por mais célere que possa ser o procedimento, o espaço de tempo a ser percorrido na busca de uma solução administrativa

poderá representar um passo meramente adicional, caso a parte insatisfeita venha a recorrer ao Judiciário. A estrutura de instância administrativa, na área fiscal, por envolver controvérsias entre o contribuinte e o Fisco e, portanto, fundadas em direitos indisponíveis, assume caráter distinto, já que a parte insatisfeita, neste caso, será sempre o contribuinte, na medida em que o Fisco acata sempre o controle da legalidade do ato, nesse nível, ainda que a decisão final administrativa seja a favor do contribuinte. No caso do setor elétrico, no entanto, em que se cuida de buscar um mecanismo para a solução de controvérsias entre os agentes (ainda que se tenha em conta a presença de concessionários sob controle acionário estatal) fundadas em direitos disponíveis, as vantagens indicadas desaparecem.

A arbitragem, no entanto, dá lugar a uma decisão não mais sujeita a recurso, solucionando de vez a controvérsia. O marco legal a ela aplicável contém todos os mecanismos de preservação da regularidade do procedimento, sendo que, em caso de desvios, fica facultado o uso de remédios legais que reconheçam a nulidade da sentença arbitral, seja por meio de ação própria para a decretação de nulidade existente, seja em embargos do devedor, em caso de execução. Ademais, vale a pena lembrar que, na sua essência, a arbitragem está fundamentada na independência dos árbitros e em sua neutralidade, durante todo o procedimento, em relação à questão objeto da controvérsia. Da mesma forma que no Conselho de Contribuintes, estes pressupostos se encontram presentes e caracterizam o traço da Ética no procedimento arbitral[8]. Por outro lado, na formação do Tribunal Arbitral, as partes poderão assegurar, quando da indicação daqueles que pretendem ver assumir a posição de árbitros, a exigência de conhecimento do setor elétrico e de suas operações, o que é um requisito contido nas normas relativas ao provimento de cargos no Conselho de Contribuintes.

Na medida em que o novo modelo tem como um de seus pilares a criação de um ambiente propício à retomada dos investimentos e, nessa mesma linha, pretende, ainda, o Governo Federal incentivar a formação de parcerias para a implementação de projetos de infraestrutura, voltamos ao ponto inicial de que o sucesso dos empreendimentos conjuntos, na modalidade PPP, dependerá, em boa parte, da existência de mecanismos eficientes de solução de controvérsias. Admitindo-se parcerias ou projetos privados na expansão do sistema de geração, na forma preconizada pelo novo modelo, o retorno do investimento efetuado estará vinculado à estabilidade do fluxo de caixa dos geradores[9], sendo expressamente reconhecido que “o mesmo se faz necessário para suportar o serviço de financiamento das obras”. Ademais, o princípio do novo modelo é o de afastar do gerador o risco hidrológico, sendo que a receita autorizada ao gerador visa a mitigar esse risco.

Entretanto, não bastará criar um fluxo de caixa conceitualmente estável para os geradores decorrente da celebração de PPAs, se bem que isso seja um grande avanço. Faz-se necessário que esses geradores disponham dos meios para realizar, na prática, esse fluxo de caixa e assegurar a sua estabilidade e integridade, dotando-os dos meios hábeis para corrigir desvios no que vier a ser projetado. Divergências e controvérsias fazem parte da operação e sua ocorrência é previsível, porque não dizer inafastável. De igual forma, é desejável que os meios para solucioná-las se encontrem disponíveis e que os geradores não

fiquem à mercê de intermináveis procedimentos judiciais. Agregue-se a isso o fato de controvérsias nessa área serem marcadas pela complexidade das relações jurídicas envolvidas. Seria ingenuidade imaginar-se que, num projeto de expansão do sistema elétrico, especialmente com a ênfase dada pelo novo modelo a desenvolvimentos hidrelétricos, que a comercialização da energia no ambiente regulado da ACEE não está intimamente vinculada a uma cadeia contratual que suporta o desenvolvimento e operação do próprio aproveitamento. Ademais, não há como se perder de vista que a complexidade será ainda maior se estiver sendo utilizada estrutura de PPP. Isso sem mencionar que as controvérsias, como já foi mencionado, podem ter um efeito sobre diversos agentes ou parcela substancial do sistema.

Se, de um lado, o desenvolvimento de projetos nessa área, com ou sem a utilização de estruturas PPP, irá exigir um enorme esforço de harmonização de contratos do projeto[10], especialmente em razão da anunciada padronização dos PPAs, essa tarefa se torna ainda mais complexa quando se deva decidir qualquer controvérsia surgida, por exemplo, entre agentes e que afete a estabilidade e integridade do fluxo de caixa. Dependendo do grau de controvérsia, a não solução desta, de forma satisfatória e em prazo compatível com o desenvolvimento do próprio projeto ou de sua operação regular, poderá desencadear situações de inadimplemento nos demais contratos ou de imposição de pesadas penalidades, seja pela não-conclusão da obra ou por problemas em sua operacionalização. Assim sendo, não vemos como se possa conviver, a um só tempo e dada a teia contratual e de acordos variados, com questões e controvérsias cuja solução dependa de decisões judiciais, enquanto para outras, e aqui nos referimos especificamente aos demais contratos do projeto (EPC, financiamentos e garantia, p. ex.), a solução se fará fatal e obrigatoriamente por meio de arbitragem. A harmonização desejável abrange não só os contratos mas, sobretudo, o modo de solução de controvérsias deles decorrentes.

Por todas essas razões, estamos convictos de que a resposta à pergunta contida no título deste Artigo é afirmativa. Não há dúvida de que há espaço para uso da arbitragem no novo modelo do setor elétrico brasileiro. Seria de todo conveniente e sobretudo desejável que, no momento em que o Governo Federal se lança a estudos para criação de mecanismos para solução de controvérsias contratuais entre agentes no contexto desse novo modelo, a idéia de criação de uma instância administrativa, à imagem e semelhança do Conselho de Contribuintes existente na área fiscal, não deva ser vista como excludente da análise de outros mecanismos, como é o caso da Arbitragem. Esta, por suas características, marco legal e fundamentos sólidos, reúne todos os ingredientes necessários para contribuir para a manutenção da estabilidade e integridade do fluxo de caixa dos geradores, afastando obstáculos à retomada dos investimentos na expansão do sistema e propiciando condições necessárias à implementação de estruturas de PPP nesse segmento.

São Paulo, agosto de 2003.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

PINTO, José Emilio Nunes. Há espaço para a arbitragem no novo modelo para o setor elétrico. Disponível na Internet: . Acesso em xx de xxxxxxxx de xxxx

(substituir x por dados da data de acesso ao site)

Artigo publicado no Mundo Jurídico ([www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)) em 13.08.2003

---

[1] Cf. notícia de Oldon Machado, de 29 de julho de 2003, publicada em [www.canalenergia.com.br](http://www.canalenergia.com.br)

[2] O Plano contém referência expressa a projetos a serem desenvolvidos em áreas de fronteira em que, a despeito da regra geral de licitação, poderão ser atribuídos a uma geradora federal ao qual poderão se juntar parceiros privados, caso em que a licitação será destinada à seleção destes. No entanto, para os demais casos, admitir-se-ão nas licitações empresas estatais e privadas, não havendo qualquer referência a restrições que impedissem a formação de parcerias ou consórcios entre os dois tipos de empresas.

[3] Cf. o artigo “As Parcerias entre o Setor Público e o Setor Privado” publicado em [www.tozzini.com.br](http://www.tozzini.com.br)

[4] Cf. os artigos “A Arbitrabilidade das Controvérsias oriundas de Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica com Concessionários sob Controle Estatal”, “A Importância da Ética na Arbitragem” e “O Árbitro deve Decidir” publicados em [www.tozzini.com.br](http://www.tozzini.com.br)

[5] Cf. Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998 e Portaria nº 103, de 23 de abril de 2002.

[6] Cf. art. 5º, inciso xxxv da Constituição Federal. No âmbito da arbitragem, a questão relativa à constitucionalidade de determinados dispositivos da Lei nº 9.307, de 1996, já foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

[7] O Grupo de Trabalho 21 da Comissão Técnica Permanente do Conselho de Política Fazendária está estudando a unificação da legislação processual dos tribunais administrativos estaduais na perspectiva da reforma fiscal, inclusive quanto à paridade na composição dos mesmos.

[8] Cf. artigo denominado “A Importância da Ética na Arbitragem” mencionado acima.

[9] Cf. item 3.3 do documento aprovado pela Resolução nº 005, do CNPE, onde está explicitado que “Assim, a idéia de aplicar ao serviço de geração os mesmos conceitos hoje aplicados ao serviço de transmissão, ou seja, assegurar receita adequada pelo prazo de concessão em contrapartida ao serviço de geração, caracterizado pela disponibilidade das instalações e equipamentos das plantas geradoras para o sistema, retira do investidor essa componente de risco, contribuindo para aumentar sua segurança e, portanto, a atratividade dos investimentos.”

[10] Cf. artigo denominado “A Importância dos Contratos do Projeto na Perspectiva das Operações de Project Finance” publicado em [www.tozzini.com.br](http://www.tozzini.com.br) Este artigo aborda a questão da multiplicidade de contratos e a necessidade de sua harmonização.

\*Sócio responsável pela área de Arbitragem de  
Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados  
[jenp@tozzini.com.br](mailto:jenp@tozzini.com.br)

Disponível em:

<[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=552](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=552)>. Acesso em:  
11 jun. 2007.