ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS ARBITRAGENS E AS REGRAS DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA – CCEE*

Gustavo Fernandes de Andrade**

Sumário: 1. Introdução; 2. Estrutura Normativa; 3. A jurisdição dos tribunais arbitrais na convenção arbitral CCEE; 4. A confidencialidade do procedimento e a transparência do mercado CCEE.

1. Introdução***

A história das nações é repleta de exemplos de ocorrência de crises, das mais variadas naturezas, sucedidas por mudanças legislativas e jurisprudenciais significativas, modificadoras do quadro normativo e da ideologia então vigentes.¹ Pense-se, por exemplo, no *New Deal* de Roosevelt, o conhecido conjunto de reformas da economia americana, implementado entre 1933 e 1938 em resposta ao *crash* da bolsa de 1929. Essa legislação inovadora alterou por completo as bases sobre as quais o sistema econômico e legal dos Estados Unidos havia sido concebido, só tendo sido efetivamente incorporada ao regime constitucional americano após a sua aceitação, pela Suprema Corte, no caso *West Coast Hotel Co. v Parrish*, julgado em 1937.² Igualmente significativo, o inédito movimento de constitucionalização dos países do leste europeu, nos anos seguintes à emblemática derrubada do muro de Berlim, teve como resultado final a promulgação de constituições modernas, visivelmente preocupadas com a proteção dos direitos fundamentais e com a abertura das economias daqueles países aos mercados internacionais.³ Esse movimento propiciou ainda as condições necessárias para

* Este artigo foi publicado originalmente em LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico – Tomo II*, Ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 391-416

** Advogado. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. *Master of Laws*, University of Cambridge 2005 (gustavofernandes@sbadv.com.br)

*** Este artigo é dedicado a Marcos Juruena Villela Souto. O seu incrível talento profissional e a sua incomparável generosidade humana contribuíram, de modo indelével, para a formação de várias gerações de advogados dedicados ao estudo e à prática do direito público no Brasil. Seremos sempre gratos a ele.

¹ CHANCELLOR, Edward. *Devil take the hindmost: a history of financial speculation*, Straws and Giroux, 1ª ed. Nova Iorque: Farrar, 1999. Capítulo 1.

² 300 U.S. 379 (1937). Antes desse julgamento, a Suprema Corte Americana declarava inconstitucionais as legislações estaduais e federais que procuravam regular variados aspectos da economia, o que acabou ficando conhecido como a era "*Lochner*", em referência ao caso *Lochner v New York* (cf. *Lochner v New York* (198 U.S. 45, 1905), *Allgeyer v Louisiana* (165 U.S. 578, 1897), *Hammer v Dagenhart* (247 U.S. 251, 1918), *Bailey v Drexel Furniture Co.* (259 U.S. 20, 1922), e *Adkins v Children's Hospital* (261 U.S. 525, 1923), entre outros).

³ SCHEPPELE, Kim Lane. *Living Well is the Best Revenge: The Hungarian Approach to Judging the Past*, 155, in *Transitional Justice in New Democracies*, University of Notre Dame Press, 1996.

que o antigo bloco soviético se tornasse protagonista na proliferação dos tratados internacionais sobre o investimento estrangeiro que se verificou nos anos seguintes.⁴

No Brasil, presenciou-se, na década de 1990, uma substancial alteração de paradigmas e regras constitucionais, o que se impunha para criar as condições indispensáveis para a estabilização da economia e a retomada do crescimento.⁵ Diante da necessidade de modernizar o estado brasileiro para colocá-lo no compasso do desenvolvimento internacional, houve inúmeras modificações, constitucionais e legais, para, *e.g.*, tornar viável a privatização de empresas estatais; ampliar a participação do capital privado na exploração de atividades econômicas; criar o regime das agências reguladoras independentes; facilitar o recebimento do investimento estrangeiro, para ficar apenas nos exemplos mais conhecidos.

No caso do setor elétrico, a gravíssima crise ocorrida no início desse século deixou marcas profundas e exigiu a concepção de um novo arcabouço normativo. Com o vertiginoso crescimento da demanda de energia e o colapso da matriz energética brasileira, fez-se necessário reformular inúmeros aspectos da legislação do setor, o que ocorreu com a promulgação das Leis nº 10.847 e 10.848, ambas de 15 de março de 2004, e do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, que criaram o que acabou sendo conhecido no jargão do setor como o *novíssimo modelo do setor elétrico*.

Além de aperfeiçoar as regras que já haviam sido incorporadas ao sistema jurídico a partir da edição da Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002 (que regulava a comercialização de energia e autorizou a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE), os objetivos pretendidos pela nova legislação eram claros: garantir a *segurança do suprimento* de energia elétrica, assegurar a *modicidade tarifária* e promover, a exemplo do que havia ocorrido com êxito no setor de telecomunicações, a *universalização do serviço*. Na verdade, o projeto de reforma do setor elétrico brasileiro se iniciou mais de uma década antes, quando, acertadamente, se operou a desverticalização das atividades, segregando-se o serviço em geração, transmissão, distribuição e comercialização, para estimular investimentos na ampliação da oferta de energia no Brasil.

Outra alteração relevante no marco regulatório, que seguiu a tendência verificada em outros países, foi a introdução de um ambiente de maior competição no setor elétrico, com a criação das figuras do produtor independente, do comercializador e do consumidor livre. Buscou-se, com esse conjunto de medidas, ampliar a concorrência e com ela a eficiência econômica do setor elétrico nacional.

Para dar concretude e eficácia prática ao modelo legal, todos os agentes do setor relacionam-se, *necessariamente*, no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (sucessora do MAE),⁶ criada pela referida Lei nº 10.848, entidade legalmente responsável pela implementação e cumprimento

⁴ VANDELVELDE, Kenneth J.. *U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave*, 14 Mich. J. Int'l L. 621, 1993, p. 630; Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010, p. 96.

⁵ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirização e regulação*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 11 e seguintes.

⁶ É o que estabelece o art. 5º da Lei 10.848: “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”.

das regras e pelas operações de comercialização de energia no (a) Ambiente de Contratação Regulada (ACR), do qual participam agentes de geração e de distribuição de energia elétrica; no (b) Ambiente de Contratação Livre (ACL), do qual participam agentes de geração, comercialização, importadores e exportadores de energia, e consumidores livres; e (c) no mercado de curto prazo.⁷ Dentre as inúmeras atribuições da CCEE, ressalta-se a sua atuação como a *clearing house* do sistema, cabendo-lhe realizar os leilões de oferta de energia, o registro dos contratos de compra e venda e seus montantes de potência e energia, além de efetuar a contabilização final de todas as operações realizadas no âmbito do Sistema Integrado Nacional – SIN,⁸ que responde por cerca de noventa e sete por cento de toda a energia elétrica comercializada no país.⁹

A relevância da CCEE para a confiabilidade do sistema elétrico e a eficiência do serviço prestado é, pois, manifesta: é no âmbito da CCEE que as operações de entrega *física* da energia consumida (que observam os critérios de prioridade no despacho determinado pelo Operador Nacional do Sistema) e os *contratos de compra e venda* de energia (celebrados entre os agentes do mercado, de acordo com as regras aplicáveis) se encontram e se harmonizam¹⁰. De acordo com o modelo legal, a CCEE realiza a medição da energia gerada e consumida, registra os dados referentes às operações e aos contratos de compra e venda e efetua a denominada *contabilização* dos montantes de energia elétrica comercializados.¹¹ Essa operação de contabilização destina-se, precipuamente, a permitir que a própria CCEE faça, em seguida, a *liquidação financeira* dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica registrada no sistema, para determinar os créditos e os débitos a serem atribuídos aos participantes do mercado.

Logicamente, esse complexo procedimento de contabilização e apuração de valores, obsequioso do regramento legal, pode gerar disputas significativas entre diversos participantes da CCEE, com repercussões relevantes para os agentes envolvidos e quiçá para todo o mercado. Por tal razão, fazia-se absolutamente imperioso instituir um mecanismo de solução de controvérsias eficiente, célere e especializado, essencial para conferir segurança e homogeneidade de tratamento às relações jurídicas reguladas no âmbito da CCEE. Ciente das peculiaridades do setor elétrico, o legislador optou pela *arbitragem* como sistema de composição dos

⁷ PACHECO, Adriane Cristina Spicciati. *A contratação da compra e venda de energia elétrica pelas concessionárias de distribuição*, in LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 377.

⁸ Cf. art. 2º do Decreto nº 5.177, de 12.08.04.

⁹ Dado coletado do sítio eletrônico do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, in http://www.ons.org.br/conheca_sistema/o_que_e_sin.aspx, acessado em 04.12.10.

¹⁰ LIMA, Ricardo Gobbi. *Comercialização de Energia Elétrica – Alguns Conceitos e Princípios*, in LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 p. 368.

¹¹ Confira-se Visão Geral das Operações na CCEE (versão 2010), p. 22, disponível em “http://www.ccee.org.br/StaticFile/Visao_Geral_das_Operacoes_CCEE_2010.pdf”, acessado em 04.12.10.

conflitos existentes entre os integrantes da CCEE e a própria CCEE.¹² Por tal razão, as disputas no setor elétrico abrangidas pela Convenção Arbitral CCEE sujeitam-se, *exclusivamente*, a arbitragem, cujos procedimentos são administrados pela Câmara FGV (Fundação Getúlio Vargas) de Conciliação e Arbitragem.¹³

Muito embora o resultado da opção legislativa pela arbitragem no setor elétrico, três anos após a homologação da Convenção Arbitral CCEE pela ANEEL,¹⁴ seja, indiscutivelmente, positivo e alvissareiro, há aspectos ainda não inteiramente abordados pela doutrina e jurisprudência arbitrais sobre o tema. Dentre as inúmeras questões que demandam reflexões, ressaltam-se, a meu sentir, a questão dos limites da *jurisdição* dos tribunais arbitrais constituídos para solucionar os litígios do setor e da *confidencialidade* dos procedimentos.

O objeto do presente trabalho, portanto, não é, propriamente, o exame geral dos variados aspectos e peculiaridades que as arbitragens do setor elétrico, relacionadas com as regras de comercialização de energia implementadas pela CCEE, apresentam. De modo bem menos ambicioso, pretende-se, aqui, analisar apenas os temas indicados no parágrafo anterior, selecionados em razão da sua relevância e da sua importância prática para as arbitragens CCEE. Com esse propósito, depois de expor brevemente a estrutura normativa, criada pelo novíssimo modelo do setor elétrico a partir de 2004 especificamente para as arbitragens do setor, discutirei as questões mais controversas que os temas da jurisdição dos tribunais arbitrais e da confidencialidade dos procedimentos suscitam nesse mercado.

2. Estrutura normativa

As arbitragens relacionadas à comercialização de energia na CCEE possuem uma disciplina legal singularmente vasta e heterotópica. Por tal razão, para se determinar o regime legal aplicável a tais arbitragens, é necessário examinar um amplo conjunto de normas, contidas em leis, decretos, resoluções, convenções, regulamentos e no próprio Estatuto Social da CCEE, todas elas relevantes e que precisam ser

¹² A referida Lei nº 10.848, de 15.03.04, que disciplina a comercialização de energia elétrica, estabelece, no § 5º do seu art. 4º que 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”.

¹³ De acordo com o *Glossário de Termos da CCEE*, aprovado pelo Despacho ANEEL nº 3.042, de 14 de agosto de 2008, entende-se como Câmara de Arbitragem a “entidade externa eleita pelos Agentes da CCEE destinada a estruturar, organizar e administrar processo alternativo de Solução de Conflitos, que, no exercício estrito dos direitos disponíveis, deverá dirimir Conflitos por meio de arbitragem, nos termos da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica e do Estatuto da CCEE.” A escolha da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem como instituição responsável pela administração das arbitragens reguladas pela Convenção Arbitral CCEE ocorreu na 32ª Assembleia Geral Extraordinária da CCEE, realizada em 26.01.05.

¹⁴ Resolução Homologatória ANEEL nº 531, de 15.08.07.

harmônica e sistemicamente interpretadas. Como no caso das arbitragens CCEE há uma miríade de fontes normativas, cuja compatibilização nem sempre é simples, torna-se indispensável ter uma visão do conjunto, para lhe dar conformidade e coesão. Se sistema pode ser definido como o complexo de “*elementos ou componentes direta ou indiretamente relacionados numa rede causal, de sorte que cada componente se relaciona pelo menos com alguns outros, de modo mais ou menos estável, dentro de determinado período de tempo*”,¹⁵ não se poderá compreender o regramento aplicável aos procedimentos arbitrais aqui discutidos sem conhecer, adequadamente, as suas variadas fontes normativas.

A Lei nº 10.848 e os decretos de regulamentação

Dentro do marco regulatório do novíssimo modelo do setor elétrico, a Lei nº 10.848, além de instituir novas regras acerca da comercialização de energia elétrica e autorizar a criação da CCEE, estabeleceu disciplina própria para a arbitragem no setor. No seu conhecido art. 4º,¹⁶ a Lei esclarece que a resolução das divergências existentes entre os agentes integrantes da CCEE se submete a procedimento arbitral, de acordo com as normas da Lei de Arbitragem e segundo o que dispuserem a Convenção de Comercialização e a Convenção de Arbitragem.¹⁷

Para pôr fim a uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial, que, por longo tempo, colocou em xeque a eficácia da arbitragem envolvendo o Estado e as suas instrumentalidades,¹⁸ a Lei, de modo meramente expletivo, declara autorizadas a

¹⁵ BUCKLEY, Walter Frederick. *A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas*, São Paulo: Cutriz, 1971, p. 81.

¹⁶ “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. § 1º. A CCEE será integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização, por outros agentes vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, e pelos consumidores enquadrados nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. (...) § 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. § 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”.

¹⁷ Acerca da questão da sucessão do MAE pela CCEE e dos seus efeitos com relação à convenção de arbitragem existente antes da edição da Lei nº 10.848/04, confira-se José Emilio Nunes Pinto, *A arbitragem na comercialização de energia*, Revista de Arbitragem e Mediação, RT, vol. 09, p. 173 (2006).

¹⁸ Acerca da validade da utilização da arbitragem envolvendo a administração pública, confirmam-se, entre outros, GREBLER, Eduardo. *Jurisprudência Comentada*, Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 3, RT, 2004, pp. 196-208 (2004); MEDEIROS, Suzana Domingues. *A arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro*, Revista de Direito Administrativo, vol. 233, 2003, p. 71; NETO, Diogo de Figueiredo Moreira e SOUTO, Marcos Juruená Vilela. *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*, Revista de Direito Administrativo, vol. 236, 2004, p. 246; DALLARI, Adilson Abreu Dallari. *Arbitragem na concessão de serviço público*, Revista de Informação Legislativa, n.º 128, p. 63; GRINOVER, Ada

participar do processo de arbitragem as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e os titulares de concessão, permissão e autorização, afirmando serem *disponíveis* os direitos relativos a “*créditos e débitos decorrentes de operações realizadas no âmbito da CCEE*”.¹⁹ Pode-se afirmar, portanto, que a fonte legislativa *primária* das normas reguladoras das arbitragens relacionadas à CCEE decorre da conjugação das regras constantes da Lei de Arbitragem, da Lei nº 10.848/04 e dos princípios constitucionais do processo civil aplicáveis a todo e qualquer procedimento de solução de controvérsias, inclusive a arbitragem.²⁰⁻²¹

Pellogrini. *Arbitragem e prestação de serviços públicos*, Revista de Direito Administrativo, vol. 233, 2003, p. 377; DE LIMA, Cláudio Vianna. *A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões*, Revista de Direito Administrativo, vol. 209, 1997, p. 91; TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*, Revista de Direito Administrativo, vol. 210, 1997, p. 111, FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 101 e BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 627.

¹⁹ Como tive a oportunidade de expor em artigo específico sobre o tema, “no que se refere aos contratos com o Estado, a questão que surge em tema de arbitrabilidade é a alegada impossibilidade de se sujeitar tais contratos, em razão da sua natureza, à apreciação de um tribunal arbitral. Segundo se alega, seja porque tais contratos envolveriam o exame de interesses indisponíveis — pois a supremacia do interesse público, sobre o do particular, conferiria, de modo inevitável, esta característica ao direito discutido —, ou ainda porque, nestas hipóteses, as leis de processo outorgariam competência exclusiva e inderrogável ao Judiciário local para o julgamento de tais questões, a apreciação desta matéria não poderia ser realizada em processo arbitral pelo critério objetivo. Em primeiro lugar, percebe-se que o simples fato de a administração pública figurar com parte de uma relação contratual não significa que o contrato será, necessariamente, administrativo. Como se sabe, muito embora a presença do Estado em um negócio bilateral seja suficiente para qualificá-lo como contrato da administração, a diferença entre as duas modalidades contratuais reside na incidência, nos contratos administrativos, das denominadas cláusulas exorbitantes, que conferem à administração pública certas prerrogativas e privilégios incompatíveis com o regime de direito privado. Já nos contratos da administração, reconhecidos, entre nós, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina, o Estado ostenta posição de igualdade perante o particular, sendo válido convencionar-se que as normas comuns de direito privado regerão a disciplina do negócio jurídico por eles celebrado. Ademais, se os atos praticados pelo Estado são daqueles que se podem qualificar como atos de gestão, não há porque, ausente vedação expressa em lei (como ocorre, e.g., na França, por força do art. 2.060 do Código Civil, para as arbitragens domésticas), negar-se a arbitrabilidade da disputa apenas porque uma das partes do contrato é o Estado ou porque o contrato discutido foi por este firmado” (DE ANDRADE, Gustavo Fernandes. *As arbitragens comerciais internacionais e domésticas e os contratos com o Estado*, in LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 368).

²⁰ O § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem estabelece que serão, sempre, “respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”. Além disso, a Lei de Arbitragem comina pena de nulidade para a sentença arbitral proferida em desatenção aos referidos “*princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei*” (inciso VIII, do art. 32).

²¹ LEMES, Selma M. Ferreira. *Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem*, in MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 92-95 e JR. Humberto Theodoro, *Arbitragem e Terceiro – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*, in GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre Arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, São Paulo: LTr, 2002, pp. 247/248.

No plano da regulamentação das referidas normas legislativas, o Decreto nº 5.163, de 30.07.04 (o denominado Decreto de Comercialização), estabeleceu, ao disciplinar a comercialização de energia elétrica no *ambiente de contratação regulada*, que, dos contratos firmados nesse regime, constaria cláusula arbitral, redigida de acordo com as normas da Lei nº 10.848 e da respectiva Convenção de Comercialização.²² De igual modo, o Decreto nº 5.177, de 12.08.04, ao dispor sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da CCEE, determinou que a Convenção de Comercialização a ser editada, tal como previsto pelo Decreto de Comercialização,²³ deveria instituir uma Convenção Arbitral.²⁴

A Convenção de Comercialização

A Convenção de Comercialização foi editada por intermédio da Resolução Normativa ANEEL n.º 109, de 26.10.04. No que toca especificamente à arbitragem, a Convenção reforçou o comando legal, estabelecendo que as disputas relativas à comercialização de energia no âmbito da CCEE devem ser solucionadas por arbitragem, a ser conduzida de acordo com a Convenção Arbitral, à qual os integrantes da CCEE devem aderir.²⁵ A exemplo do que hoje já ocorre, com êxito, quanto às controvérsias existentes entre as entidades da Administração Federal, que possui mecanismo próprio de mediação e conciliação de conflitos, conduzido pela Advocacia Geral da União,²⁶ a Convenção de Comercialização contém ainda normas específicas estimulando o uso

²² “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”.

²³ O Decreto nº 5.163, de 30.07.04, dispõe: “Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á nos Ambientes de Contratação Regulada ou Livre, nos termos da legislação, deste Decreto e de atos complementares. § 1º. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL expedirá, para os fins do disposto no caput, em especial, os seguintes atos: I - a convenção de comercialização; II - as regras de comercialização; e III - os procedimentos de comercialização”.

²⁴ “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*”.

²⁵ É o que se infere da interpretação sistemática dos dispositivos da Convenção de Comercialização, que estabelecem regras específicas acerca da arbitragem: “Art. 2º. Esta Convenção estabelece as condições de comercialização de energia elétrica e as bases de organização, funcionamento e atribuições da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, incluindo: (...) IV - a forma de solução de Conflitos”; e “Art. 17. Os Agentes da CCEE deverão cumprir as seguintes obrigações, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação e em regulação específica da ANEEL: (...) VII - aderir à Convenção Arbitral”. A mesma regra consta do art. 8º do Estatuto Social da CCEE: “Artigo 8º. São deveres dos Agentes da CCEE: (...) IX - aderir à Convenção Arbitral”.

²⁶ A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF, criada pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, foi constituída com a finalidade de evitar litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal. Sua atuação é regulamentada pela Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007.

da mediação e a submissão prévia de disputas à CCEE para evitar, no que couber, a instauração do contencioso arbitral.²⁷ Ademais, a Convenção de Comercialização delimitou, de modo específico, as *matérias* suscetíveis de composição por arbitragem, sem prejuízo de outras que as partes, nos respectivos contratos, decidam incluir no escopo da cláusula arbitral.²⁸⁻²⁹

O Estatuto Social da CCEE

A exemplo do que ocorre em outros mercados nos quais há um estatuto de associação para regular as relações dos participantes do respectivo setor de atividade, inclusive quanto à escolha dos mecanismos de solução de controvérsias,³⁰

²⁷ Confrim-se os arts. 16 (“São direitos dos Agentes da CCEE: (...) V – submeter eventuais Conflitos ao Conselho de Administração da CCEE, sem prejuízo de sua submissão a processo de arbitragem”), e 59 (“Fica obrigada a Câmara de Arbitragem a instituir processo de mediação com o objetivo de promover, no âmbito privado e de forma prévia ao procedimento arbitral, uma solução amigável de Conflitos”) da aludida Convenção de Comercialização.

²⁸ No que se refere à definição do tipo de disputa sujeita à arbitragem regulada pelas regras da CCEE, o art. 58 da Convenção de Comercialização dispõe: “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 n. 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 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. 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.”

²⁹ De acordo com o *Glossário de Termos da CCEE*, aprovado pelo Despacho ANEEL nº 3.042, de 14 de agosto de 2008, Conflito é definido como a “oposição manifesta que envolve controvérsia ou divergência de interesses entre Agentes da CCEE e/ou entre esses e a CCEE.” Como se exporá adiante, tanto a Convenção de Comercialização, quanto a Convenção de Arbitragem, não permitem que toda e qualquer controvérsia relacionada à comercialização de energia, disciplinada em contrato firmado entre agentes da CCEE, se resolva, necessariamente, pela arbitragem regida por aquelas Convenções. Como indica o art. 58 da Convenção de Comercialização, para que se possa validamente instaurar a arbitragem das matérias reguladas pela CCEE é necessário que a disputa decorra dos contratos de comercialização, das Regras e Procedimentos de Comercialização ou do Estatuto Social da CCEE e que a divergência “repercuta sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE”.

³⁰ No mercado de valores mobiliários negociados na BOVESPA, a adesão ao *Novo Mercado*, implantado em dezembro de 2000, se dá por intermédio de contrato assinado entre a companhia, seus controladores, administradores e a BM&FBOVESPA, por meio do qual as partes se comprometem a cumprir o Regulamento de Listagem do Novo Mercado. Dentre os compromissos de governança corporativa que as empresas registradas assumem, está a submissão à arbitragem de eventuais controvérsias envolvendo a aplicação e interpretação das normas de funcionamento do mercado de capitais. Para tanto, foi constituída a Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM, oficialmente instalada em 27.7.01. Além do Novo Mercado, a adesão de companhia ao segmento Níveis Diferenciados de Governança Corporativa – Nível 2 também implica sujeição à convenção arbitral. Também no mercado de resseguros, as denominadas Normas Gerais de Resseguro e Retrocessão (NGRR), estabelecidas por meio da Circular PRESI-032/2005, editada pela IRB–Brasil Resseguros S/A (sociedade de economia mista, responsável pelas operações de fiscalização e regulação do resseguro), prevêm, ainda que de forma não excludente,

o Estatuto da CCEE, de 10.11.04, confere aos órgãos sociais da entidade inúmeras responsabilidades no que concerne à disciplina da arbitragem. Veja-se que, dentre as demais atribuições da CCEE, cabe à sua assembleia geral a aprovação dos termos da Convenção Arbitral,³¹ cuja minuta é de iniciativa do seu conselho de administração.³² Congregando participantes que possuem interesses diversos e representam segmentos variados do mercado e da própria sociedade, a promulgação e a modificação das regras de arbitragem observam um prudente e equilibrado sistema de freios e contrapesos, para assegurar transparência e a ampla participação dos integrantes da CCEE na criação e aprimoramento do sistema de composição de divergências. Logicamente, os conflitos decorrentes da interpretação e execução do próprio Estatuto Social da CCEE resolvem-se, igualmente, mediante processo arbitral,³³ sem prejuízo das competências do Conselho de Administração da CCEE e da ANEEL para apreciar e decidirem conflitos insuscetíveis de solução por arbitragem.³⁴

A Convenção Arbitral CCEE

A Convenção Arbitral da CCEE é o instrumento legal onde se encontram as regras fundamentais que regerão os procedimentos arbitrais relativos às operações de comercialização de energia realizadas no âmbito da CCEE. Lido em conjunto com o Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, escolhido pelos participantes da CCEE, a Convenção, nas suas vinte e três cláusulas, disciplina variados aspectos do procedimento arbitral, reduzindo, inevitavelmente, a flexibilidade mais ampla que a Lei de Arbitragem confere aos procedimentos sujeitos apenas às suas regras.

a submissão a procedimento arbitral de eventuais litígios entre segurador (ressegurado) e ressegurador, para solução das controvérsias oriundas das relações de resseguro e retrocessão.

³¹ “Artigo 11. A Assembleia-Geral é a reunião dos Associados da CCEE no pleno exercício do direito de voto, sendo seu órgão máximo de deliberação, competindo-lhe, privativamente: (...) VIII - aprovar os termos da Convenção Arbitral, observado o parágrafo único do art. 58 da Convenção de Comercialização”.

³² Cf. arts. 24 (“Compete ao Conselho de Administração: (...) XX - encaminhar para aprovação da Assembleia-Geral, minuta de Convenção Arbitral, observado o parágrafo único do art. 58 da Convenção de Comercialização”) e 40, §4º (“Caberá ao Conselho de Administração propor os termos da Convenção Arbitral e eventuais alterações para aprovação da Assembleia-Geral e posterior encaminhamento à ANEEL para homologação.”).

³³ “Artigo 40. Eventuais conflitos fundados nas relações estabelecidas ao amparo do presente Estatuto Social ou decorrentes da comercialização de energia elétrica no âmbito da CCEE serão dirimidos pela via da arbitragem, no âmbito da Câmara de Arbitragem definida pela Assembleia-Geral dos Agentes, sem prejuízo da atuação da ANEEL ou do Conselho de Administração da CCEE, conforme disposto na Convenção de Comercialização. §1º. Para os fins deste Estatuto, considera-se conflito aquele definido na Convenção de Comercialização. §2º. Os processos de arbitragem deverão ser desenvolvidos nos termos da Convenção Arbitral celebrada pelos Agentes da CCEE e do Regulamento da Câmara de Arbitragem definida em Assembleia-Geral, sempre em observância ao disposto na Lei nº 9.307, de 1996 e regulamentação aplicável.”

³⁴ “Artigo 9º. São direitos dos Associados: (...) V - submeter eventuais conflitos ao Conselho de Administração da CCEE, à ANEEL ou a arbitragem, nos termos da Convenção de Comercialização”.

Ciente das peculiaridades do setor e atenta à necessidade de adotar regras aptas a serem prontamente assimiladas e aceitas pelos diversos integrantes do setor, a Convenção Arbitral contém disposições específicas acerca da delimitação das disputas sujeitas à arbitragem;³⁵ da propositura de medidas cautelares;³⁶ dos critérios de escolha dos árbitros;³⁷ da participação de terceiros no procedimento;³⁸ da confidencialidade do

³⁵ O parágrafo 1º da Cláusula 1ª da Convenção Arbitral reproduz as hipóteses descritas no art. 58 da Convenção de Comercialização (cf. nota 28, *supra*).

³⁶ A Convenção Arbitral regula a tutela de urgência em duas cláusulas. Na cláusula 2ª, a Convenção, dando eficácia plena ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição), torna indubitosa a possibilidade de se postularem medidas de urgência diretamente ao Poder Judiciário, antes de constituído o tribunal arbitral, devendo a medida ser proposta no foro da capital do Estado de São Paulo sempre que a CCEE tiver que figurar como parte do processo. Na sua cláusula 15ª, a Convenção, reproduzindo a redação defeituosa do § 4º do art. 22 da Lei de Arbitragem (“§ 4º. Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”), estabelece o procedimento de postulação de medidas de urgência *depois* de constituído o tribunal arbitral, o que poderia gerar a falsa impressão de que os árbitros não teriam poderes para conceder, diretamente, tais medidas no curso da arbitragem. Em sintonia com a doutrina que deu acertada exegese ao referido § 4º do art. 22 da Lei de Arbitragem, a adequada interpretação da cláusula 15 da Convenção Arbitral deve ser no sentido de se considerarem implícitos na jurisdição arbitral os poderes gerais de cautela dos árbitros, sendo necessário o recurso ao Poder Judiciário se ocorrer descumprimento da decisão cautelar proferida pelos árbitros (BERMUDES, Sérgio. *Medidas Coercitivas e Cautelares no Processo Arbitral*, in GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.), *Reflexões sobre Arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, São Paulo: LTr, 2002, pp. 279/280). Note-se, todavia, que a Convenção Arbitral, a rigor, não impede que, mesmo no curso do procedimento arbitral, a parte interessada requeira a concessão de medida cautelar diretamente ao Poder Judiciário. Considerando-se que os árbitros possuem, indiscutivelmente, poderes para concederem tutelas de urgência no curso da arbitragem, deve-se interpretar a possibilidade de recurso ao judiciário após a constituição do tribunal arbitral com cautela, exigindo-se a demonstração de circunstâncias excepcionais a justificar a intervenção do judiciário no procedimento arbitral antes de proferida a sentença.

³⁷ A Cláusula 10 especifica as qualificações necessárias para a escolha dos árbitros nos procedimentos regulados pela Convenção Arbitral (“Os árbitros a serem indicados pelas PARTES deverão ser todos pessoas físicas, residentes no país, fluentes no idioma português, que tenham a confiança das PARTES e preenchem os requisitos constantes da Lei de Arbitragem e do Regulamento da Câmara”). Como se sabe, as partes podem, na cláusula compromissória ou no regulamento escolhido, impor qualificações específicas para que determinada pessoa atue como árbitro (cf. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas and KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 236), e a inobservância dessas qualificações pode levar à anulação da sentença arbitral sob o fundamento de que o tribunal não foi constituído de acordo com as regras escolhidas pelas partes (cf. OKEKEIFERE, Andrew I. *The Parties' Rights against Dilatory or Unskilled Arbitrator*, 15(2) Journal of International Arbitration 135 (1998)), e, por isso, “*emanou de quem não poderia ser árbitro*” (Lei de Arbitragem, art. 32, II). Acerca desse ponto, dois comentários adicionais se impõem. Em primeiro lugar, a Convenção Arbitral permite que os árbitros escolhidos sejam *estrangeiros*, desde que, como esclarece o seu art. 10, sejam residentes no país e fluentes no idioma português. Além disso, as partes estão livres para *acrescentar*, nas cláusulas compromissórias inseridas nos respectivos contratos, outras qualificações e requisitos que elas repute apropriadas para a escolha dos árbitros, podendo, dessa maneira, ampliar os critérios de qualificação constantes da referida Cláusula 10.

³⁸ Cf. 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. Parágrafo 1º. Os SIGNATÁRIOS que não exercerem a prerrogativa

processo³⁹ e da sentença arbitral;⁴⁰ do idioma e da sede da arbitragem;⁴¹ da lei aplicável,⁴² entre outras matérias reguladas de modo explícito pela referida Convenção Arbitral.

Interpretada no contexto do conjunto de normas editadas especialmente para realizar uma profunda reforma do setor elétrico brasileiro, que optou pela arbitragem como mecanismo próprio e predominante de composição dos litígios nesse mercado, a legislação (empregado o vocábulo na sua acepção mais abrangente) derivada do novíssimo modelo do setor elétrico constitui o *corpus iuris* das arbitragens relativas à comercialização de energia elétrica disciplinadas pela CCEE.⁴³

Passados mais de seis anos desde a implementação das reformas, pode-se afirmar que o novo modelo de comercialização de energia elétrica fundamenta-se em três pilares essenciais. O primeiro deles é o pilar *legislativo*, consistente na opção por uma legislação específica para regular a comercialização de energia, regulamentada por decretos e convenções; o segundo pilar é o *administrativo*, consistente na atribuição de variadas competências à CCEE para executar e fiscalizar o cumprimento das regras de comercialização, sob o controle da ANEEL; o terceiro pilar, objeto do presente estudo, é o *jurisdicional*, consistente na deliberada escolha da arbitragem como mecanismo padrão de composição dos litígios no setor.

Para reformular uma tradição histórica e avessa a mudanças, fruto de um misoneísmo injustificado, o novo marco regulatório alterou radicalmente o paradigma,

prevista no caput desta CLÁUSULA não poderão se eximir dos eventuais efeitos da sentença arbitral que sobre eles vier a recair”.)

³⁹ Cf. 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”).

⁴⁰ Cf. Cláusula 16 (“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”) e Cláusula 19 (“Caberá a Câmara divulgar o extrato da sentença arbitral a todos os SIGNATÁRIOS, exceto aqueles que tenham sido parte no procedimento arbitral, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data em que foi proferida, observado o disposto na CLÁUSULA 18”).

⁴¹ Cf. Cláusula 20 (“O idioma aplicável ao procedimento de arbitragem previsto neste regulamento será o português”) e Cláusula 21 (“O local de cada procedimento de arbitragem deverá ser indicado no Compromisso Arbitral assinado pelas PARTES ou, caso as PARTES não entrem em acordo, designada pela Câmara”).

⁴² Cf. Cláusula 22 (“A legislação aplicável à solução dos CONFLITOS será a brasileira”).

⁴³ Note-se que a legislação revogada disciplinava, de modo praticamente idêntico, a utilização da arbitragem nas disputadas envolvendo os participantes do extinto MAE. Isso porque o art. 2º, §§ 3º, 4º e 5º, da Lei nº 10.433, de 2002; o art. 2º da Convenção do MAE (editada pela Resolução ANEEL nº 102, de 01.03.02) e o art. 39 Estatuto Social do MAE já continham regras permitindo o uso da arbitragem nos casos contemplados pela atual legislação da CCEE.

para permitir que o árbitro se tornasse o *juiz natural* para a solução das controvérsias reguladas pela Convenção Arbitral CCEE, devendo o judiciário, de acordo com o sistema da Lei de Arbitragem, exercer a sua jurisdição em cooperação com a jurisdição dos árbitros e para coibir eventuais abusos.⁴⁴

Como ensina Bernard Hanotiau, a definitiva incorporação da arbitragem pela esmagadora maioria dos países ocidentais, por deliberação soberana dos parlamentos, constitui prova eloquente de que o legislador já não vê a arbitragem como um mecanismo secundário (e de segunda classe) de composição de litígios. Muito ao contrário, a arbitragem é, hoje, seguramente, o método mais eficiente para a resolução de certas disputas e essencial para reduzir a asoerbada pauta do judiciário.⁴⁵ Ciente dessa tendência internacional,⁴⁶ o novíssimo modelo do setor elétrico abandona, em boa hora, um princípio obsoleto, segundo o qual a escolha da arbitragem implicaria renúncia da parte ao foro natural de solução de conflitos, com os consecutórios inerentes a essa suposta renúncia.⁴⁷ No caso específico das questões relativas à comercialização de energia, o foro próprio e natural para a composição de litígios é o arbitral, que se rege pelas disposições da Lei de Arbitragem, da legislação que disciplina a comercialização de energia, do Estatuto da CCEE, da Convenção Arbitral CCEE e do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem.⁴⁸

3. A jurisdição dos tribunais arbitrais na convenção arbitral CCEE

A natureza consensual da arbitragem restringe a jurisdição dos árbitros às questões contempladas pelo acordo de vontades das partes contratantes. Diferentemente

⁴⁴ Como bem destacado pelo Min. João Otávio de Noronha na famosa disputa envolvendo a AES Uruguaiana e a Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, “(...) em se tratando a energia elétrica de commodity de tamanha importância para o País, sobretudo a partir da desregulamentação do setor promovida a partir dos anos 90, cumpre assegurar às empresas que se dedicam a sua comercialização e o seu fornecimento, sejam elas privadas ou estatais, mecanismos ágeis, seguros e eficientes na gestão desses negócios, que possam, efetivamente, contribuir para o aprimoramento desses serviços, com reflexos positivos para o consumidor. Nesse contexto, não resta dúvida de que, sob o ponto de vista jurídico, a cláusula compromissória constitui um desses mecanismos.” (STJ, 2ª Turma, REsp. n. 612.439, in DJU de 14.09.06).

⁴⁵ *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues – An Analysis*, Journal of International Arbitration, vol. 18, n. 3 (2001), p. 254.

⁴⁶ Como decidiu a Suprema Corte americana no conhecido caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth* (473 U.S. 614, 1985), “*The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts. (...) We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts.*” (p. 629).

⁴⁷ Na obra citada, Bernard Hanotiau critica, asperamente, a postura tradicional adotada acerca dessa questão: “*A large number of courts, arbitral tribunals and writers in continental Europe continue to contend that arbitral clauses should receive a restrictive interpretation, since they remove the parties from the jurisdiction of their “natural” judge: the national network of law courts. Such reasoning is obsolete, at least in international matters. (...) I therefore propose to bury once and for all this obsolete principle of restrictive interpretation of arbitral clauses, one of the last relics of the ice age of arbitration.*” (ob. cit., pp. 234-5).

⁴⁸ Acerca dessa questão, confira-se artigo de André Chateaubriand Martins e Elena Landau, publicado no *Jornal Valor Econômico*, de 26.12.07.

do processo judicial, onde a jurisdição do poder judiciário é *compulsória* e se impõe independentemente de qualquer ato de aquiescência dos interessados, na arbitragem a jurisdição do tribunal arbitral está diretamente vinculada à intenção da parte em se submeter a esse mecanismo de solução de controvérsias.⁴⁹ Assim, para que o tribunal arbitral estabeleça a sua jurisdição é necessário determinar a abrangência do consentimento da parte, a fim de verificar se ela, efetivamente, concordou em submeter determinada matéria ao procedimento arbitral.⁵⁰

Note-se que essa atividade não se limita apenas a definir quais *partes* estão vinculadas à arbitragem. Como se sabe, mesmo que elas tenham acordado em submeter certos litígios à arbitragem, isso não significa que toda e qualquer disputa existente entre elas se insere, necessariamente, no escopo da cláusula arbitral.⁵¹ Sendo a arbitragem um mecanismo contratual, os poderes dos árbitros derivam e são limitados pela manifestação de vontade das partes, que deve ser apurada para se conhecer os exatos limites da jurisdição dos árbitros.⁵² Por tal razão, *e.g.*, os tribunais arbitrais devem se recusar a unificar temas que as partes, inequivocamente, pretenderam manter separados, mediante a escolha de outros mecanismos de composição de controvérsias.⁵³

Em estudo específico sobre o tema, SELMA M. FERREIRA LEMES esclarece que “*o elemento volitivo que permeia a arbitragem é sua razão de ser e existir. É no princípio jurídico da autonomia da vontade que repousa a arbitragem, posto que como forma de solução de controvérsias só pode surgir como sucedâneo à via judicial, quando as partes no negócio entabulado preveem a cláusula compromissória ou sobre ela disponham em documento apartado*”.⁵³

⁴⁹ BLESSING, Marc. *Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration*, 14(4) Journal of International Arbitration 23, p. 40, 1997.

⁵⁰ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan Redfern e HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, 2009, p. 341.

⁵¹ “*Determining the exact scope of an arbitration agreement will often entail considering not only the parties thereto but also the subject-matter that those parties agreed to refer to arbitration. The parties to a submission agreement are under no obligation to have all aspects of their dispute resolved by arbitration, just as the parties to a contract containing an arbitration clause need not agree to submit all disputes which might arise between them to arbitration. Because the basis for arbitration is the will of the parties, arbitrators can only hear disputes over issues which the parties have agreed to put before them.*” (GAILLARD, Emmanuel and SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 296-297).

⁵² Foi o que se decidiu no caso CCI n° 6.829, de 1991: “[4] *There might be circumstances under which a tribunal’s duty is to look beyond the specific contract brought before it and to take into account the economic or business realities behind the legal structure. In the present case, however, the intent of the creator of the complex business structure in question has clearly been to set up different legal entities, entering into different contractual relationships, with different dispute settlement mechanisms. This clear and undisputed intent would be frustrated if the Tribunal were to disregard the explicit provisions of the legal instruments agreed upon by the various parties with a view to reassembling what the parties had reason to separate.*” (ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves e HASCHER, Dominique. *Collection of ICC Arbitral Awards – 1991/1995*, Kluwer Law International e ICC Publishing, 1997, p. 285).

⁵³ LEMES, Selma M. Ferreira. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*, in GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre Arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, São Paulo: LTr, 2002, p. 188.

Perceba-se, ademais, que, ao interpretar a cláusula compromissória, não se deve, em princípio, adotar uma interpretação extensiva, nem restritiva da cláusula, mas sim perquirir a efetiva intenção das partes,⁵⁴ devendo-se, ademais, solucionar as eventuais ambiguidades da cláusula compromissória em favor da arbitragem, e não em seu detrimento.⁵⁵

No caso específico das arbitragens relativas às operações de comercialização de energia realizadas no âmbito da CCEE, a opção pela arbitragem ocorre no momento em que os agentes aderem à Convenção Arbitral ou subscrevem o Estatuto Social da CCEE.⁵⁶ Portanto, o contrato de comercialização de energia, do qual conste cláusula compromissória, é apenas mais um documento escrito no qual o agente se compromete a submeter eventuais divergências relativas à comercialização de energia à arbitragem, não sendo, todavia, a cláusula compromissória *originária*, como ocorreria normalmente numa relação meramente contratual. Tendo em vista que, no caso da CCEE, há a adesão dos agentes a um mercado específico de comercialização

⁵⁴ No caso *Amco v. Indonésia*, o tribunal arbitral decidiu que “[...] like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle *pacta sunt servanda*, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law”. (*Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, ICSID Reports, Vol. 1, p. 376). No mesmo sentido, no caso *Société Ouest Africain des Bétons Industriels v. Senegal*, afirmou-se que “Arbitration agreements must be interpreted consistently with the principle of good faith, taking into account the consequences which the parties must reasonably and legitimately be considered to have envisioned as flowing from their undertakings.” (*Société Ouest Africain des Bétons Industriels (Soabi) v. State of Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, ICSID Reports, vol. 2, p. 164).

⁵⁵ No caso *Sonatrach v. KCA Drilling Ltd.*, o Tribunal Federal Suíço decidiu que “if it is established that an arbitration clause exists, there is no reason to interpret that clause restrictively.” (ATF 116 I 56).

⁵⁶ As disposições referentes ao processo arbitral, constantes da Lei nº 10.848/04, foram introduzidas, inicialmente, pela Medida Provisória nº 144, 11.12.03, que foi objeto da ADI nº 3.090-MC/DF, apresentada ao Supremo Tribunal Federal. No julgamento do pedido de concessão de medida liminar, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, afastou-se a alegação de inconstitucionalidade do art. 4º, § 4º, da Medida Provisória, nos seguintes termos: “A alegação de inconstitucionalidade do art. 4º, §4º, também não me parece plausível. Note-se que a análise de tal dispositivo, na parte em que transfere à convenção de comercialização as regras para solução de controvérsias, fica prejudicada em face da suspensão do art. 1º, IV. Todavia, ainda que desconsiderada a convenção de comercialização, remanesce no dispositivo comando útil, a permitir que tais regras venham definidas no estatuto da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. Nessa parte, não vejo plausibilidade na alegada inconstitucionalidade. Há três fundamentos para a impugnação. O primeiro é baseado no art. 5º, XXXV (que veda que a lei exclua da apreciação do Judiciário quanto a lesão ou ameaça a direito). Alega-se que a MP estaria impondo o uso da arbitragem para a resolução de conflitos entre os membros da CCEE, ‘sem que eles manifestem previamente sua concordância’. Não vejo plausibilidade em tal argumento, sobretudo a partir da remissão, existente no final do dispositivo, à Lei nº 9.307. Diz a disposição que ‘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.’ Ora, nesse primeiro exame, vê-se que a disciplina da arbitragem deverá ter como paradigma os termos da Lei 9.307. Ao menos nesse juízo cautelar, não vislumbro tal inconstitucionalidade.” (p. 33 do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11.10.06, in DJE de 26.10.07).

de energia, a eventual ausência de cláusula compromissória no respectivo contrato de compra e venda não afasta a jurisdição do tribunal arbitral, que, nessa hipótese, decorrerá, inequivocamente, da aceitação e adesão do participante à Convenção Arbitral e ao Estatuto Social da CCEE.

No que se refere à definição das disputas que, necessariamente, serão solucionadas pelo procedimento arbitral administrado pela Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, a Convenção Arbitral CCEE delimitou de modo explícito, na sua Cláusula 1ª, as controvérsias contempladas pelas suas regras, deixando outras, inevitavelmente, fora do seu campo de incidência. A regra geral, estatuída no *caput* da cláusula 1ª da Convenção Arbitral CCEE, é no sentido de que todos os conflitos “fundados nas relações estabelecidas ao amparo do Estatuto Social da CCEE e da Convenção de Comercialização” sujeitam-se ao procedimento de arbitragem conduzido pela FGV.⁵⁷ Assim, no caso de litígio entre agentes da CCEE (ou entre esses e a própria CCEE), decorrente das relações jurídicas instituídas em razão da aplicação (a) das normas do Estatuto da CCEE ou (b) da Convenção de Comercialização, o procedimento arbitral seguirá as regras da Convenção Arbitral CCEE e do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem.

Afastando-se das regras de experiência,⁵⁸ indicadoras de que a simplicidade é elemento essencial para a validade e eficácia da cláusula compromissória e para evitar litígios indesejados acerca da jurisdição do tribunal arbitral,⁵⁹ os parágrafos da referida Cláusula 1ª pretenderam, sem a clareza desejável, especificar os conflitos submetidos à jurisdição dos tribunais arbitrais e aqueles outros excluídos do âmbito de incidência da Convenção Arbitral CCEE, nos seguintes termos:

“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

⁵⁷ “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 têm 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”.

⁵⁸ Código de Processo Civil, art. 335.

⁵⁹ “Drafting an arbitration agreement should follow the same rules as drafting generally: clarity and simplicity often lead to the least ambiguity” (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas and KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 166).

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 repercute sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE.

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”.

A redação dúbia e indevidamente longa das exceções à jurisdição dos árbitros, contidas nos parágrafos da referida Cláusula 1ª da Convenção Arbitral, exige, inevitavelmente, alguns esclarecimentos.

Em primeiro lugar, a leitura inadvertida do parágrafo 1º da Cláusula 1ª poderia dar a impressão equivocada de que os tribunais arbitrais, constituídos de acordo com as regras da Convenção Arbitral CCEE, poderiam exercer o *judicial review* de decisões e atos proferidos pela Aneel (veja-se que a cláusula se refere ao esgotamento das vias administrativas da Aneel antes da instauração do procedimento arbitral). Considerando-se que somente *direitos patrimoniais disponíveis* podem ser objeto das arbitragens reguladas pela Convenção,⁶⁰ a sentença arbitral não poderá reformar as decisões e os atos proferidos pela Aneel no exercício das suas competências administrativas.⁶¹ 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 depois de exauridas

⁶⁰ Cf. o § 7º do art. 4º da Lei 10.848/04; o art. 58 da Convenção de Comercialização e o Glossário de Termos da CCEE, aprovado pelo Despacho ANEEL nº 3.042, de 14.08.08, no verbete “Câmara de Arbitragem”.

⁶¹ Fora a conhecida distinção entre *atos de gestão* e *atos de império*, criada pela denominada *teoria do fisco*, tem-se invocado a *teoria dos fins* para se determinar se o interesse da administração é ou não disponível. Por esta doutrina, defendida, entre nós, por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, há que se distinguir entre os interesses *primários* e os *secundários* da administração pública, sendo que estes últimos, por possuírem expressão meramente patrimonial, seriam disponíveis e, portanto, poderiam ser discutidos em arbitragem: “Por este motivo, a teoria dos fins, distinguindo simplesmente os primários dos secundários, parece ainda a mais indicada para definir a existência ou não da disponibilidade administrativa de interesses e de seus correlatos direitos, seja por parte do Estado ou de seus delegados” (Arbitragem nos contratos administrativos, Revista de Direito Administrativo, vol. 209, 1997, p. 213). Todavia, os atos e decisões proferidos pela Aneel, no exercício das suas competências administrativas, contemplam, indiscutivelmente, *interesses primários* e, por tal razão, são insuscetíveis de revisão por arbitragem.

“todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela”.^{62,63}

A segunda restrição imposta à aplicação da Convenção Arbitral diz respeito à natureza da disputa submetida à arbitragem. De acordo com a norma contida no inciso III do parágrafo 1º da Cláusula 1ª da Convenção Arbitral CCEE, há conflito suscetível de composição por arbitragem desde que o fato gerador da divergência decorra dos respectivos contratos ou de Regras e Procedimentos de Comercialização “e repercute sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE.” A exceção é ainda reforçada pelo inciso II do parágrafo 3º da aludida Cláusula 1ª, que declara inaplicável a Convenção Arbitral “aos eventuais Conflitos oriundos de Contratos Bilaterais que envolvam unicamente os Signatários de referidos contratos”.

A redação é manifestamente defeituosa e tem gerado conflitos de interpretação acerca dos limites da jurisdição dos tribunais arbitrais constituídos segundo as regras da Convenção Arbitral CCEE. Note-se que, em um primeiro exame, poderiam parecer conflitantes as regras do parágrafo 1º, I (“Conflito entre dois ou mais Agentes da CCEE”), e do parágrafo 3º, II (“Não é aplicável aos eventuais Conflitos oriundos de Contratos Bilaterais que envolvam unicamente os Signatários de referidos contratos”), ambos da Cláusula 1ª. A maioria dos casos instaurados perante a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem diz respeito, precisamente, a um conflito existente, apenas, entre os signatários de um contrato de compra e venda de energia e, logicamente, essa disputa se insere na jurisdição dos tribunais arbitrais se os demais requisitos da jurisdição estiverem presentes. Fazendo-se abstração da imperfeição do texto da Convenção Arbitral, que é evidentiíssima e exige pronta reformulação, 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 precisar ser levada em consideração pelo órgão para fins de contabilização e de liquidação das diferenças.⁶³

Todavia, como diz o ditado, *easier said than done*. Primeiramente, perceba-se que a determinação do que pode ou não repercutir sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE é tarefa das mais difíceis, pois tal efeito pode não ser perceptível no início do procedimento, quando, necessariamente, a questão da falta de jurisdição (ainda que parcial) dos árbitros deverá ser suscitada.⁶⁴ Ademais, pode ocorrer

⁶² A revisão, por Tribunal Arbitral, de decisão administrativa proferida pela ANEEL no exercício de sua competência é objeto de ação ordinária de nulidade de sentença arbitral, distribuída sob o nº 2009.002.022917-0, em curso perante a 8ª Vara Cível da Comarca de Niterói, Estado do Rio de Janeiro.

⁶³ Comentando especificamente o tema, Solange David informa que “quando da discussão da redação do inciso II do § 3º, depreende-se que a intenção foi estabelecer que não existiria a obrigatoriedade de utilização da arbitragem para solução de conflitos quando estes não tivessem repercussão no âmbito da CCEE, como no caso de divergências quanto à emissão de documentos de cobrança, valores de compra e venda de energia, faturamentos mensais e outros. O previsto no inciso II do § 3º não impede que os agentes, caso assim desejem, optem pela via arbitral para solução de conflitos.” (A arbitragem e a comercialização de energia no Brasil, Revista de Arbitragem e Mediação, Ed. RT, vol. 20, p. 114 (2009))

⁶⁴ A Lei de Arbitragem, no seu art. 20, determina que “A parte que pretender arguir 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”.

que uma mesma disputa contenha causas de pedir e pedidos diversos, com apenas parte deles preenchendo o requisito da *repercussão* exigido pela Convenção Arbitral CCEE. Nesse caso, o processo poderia ter que ser desmembrado, diante da recusa de uma das partes (quicá legítima) em submeter ao procedimento o tema excluído pela Convenção Arbitral, suscitando a possibilidade da instauração de procedimentos paralelos e passíveis de decisões conflitantes, ao menos parcialmente.⁶⁵

Note-se que a redação adotada na Cláusula 1ª da Convenção Arbitral CCEE diferencia-se das cláusulas normalmente sugeridas por instituições arbitrais. Veja-se, por exemplo, a redação da cláusula padrão adotada pelo regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI): “Todos os litígios emergentes do presente contrato, *ou com ele relacionados*, serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento.”

A diferença entre as duas cláusulas reside, essencialmente, no fato de a cláusula padrão da CCI incluir no seu escopo os litígios “*relacionados*” ao contrato. Por ser claramente mais abrangente, a cláusula padrão da CCI engloba não somente as disputas contratuais de qualquer natureza, mas também as *extracontratuais* que estejam relacionadas à execução do contrato. Por esta razão, denomina-se este tipo de cláusula como “*cláusula ampla*”, justamente pelo fato de as partes não terem limitado a jurisdição arbitral a questões estritamente contratuais.

Já a cláusula compromissória adotada pela Convenção Arbitral CCEE, pelo fato de contemplar apenas as disputas que decorram diretamente da execução dos contratos e que *repercutam sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE*, mas não aquelas que a eles estejam relacionadas, pode ser classificada como uma “*cláusula restrita*”. Como os participantes da CCEE preferiram limitar o seu consentimento às *disputas contratuais qualificadas*,^{66 67} qualquer pretensão contratual que não se adéque aos critérios da Convenção está excluída da jurisdição arbitral. Diferentemente da tendência da moderna arbitragem,^{67 68} a Convenção Arbitral CCEE

⁶⁵ Pense-se, por exemplo, na hipótese de o réu, na reconvenção, pedir a condenação do requerente por violação à sua honra, imagem ou reputação. O pedido de ressarcimento do dano moral, no caso, não poderia ser apreciado, diante da ausência de jurisdição dos árbitros para julgarem tal matéria.

⁶⁶ No sistema vigente da Convenção Arbitral, mesmo uma disputa tipicamente contratual pode não ser suscetível à arbitragem regulada pela Convenção. Se as partes, no contrato, se limitarem a reproduzir, na cláusula compromissória, as hipóteses contempladas pela Cláusula 1ª da Convenção, poderá haver discussão acerca da jurisdição dos árbitros para julgarem as questões contratuais *sem repercussão* na CCEE. Para evitar essa situação, que seria esdrúxula, as partes devem ter o cuidado de inserir na cláusula compromissória do contrato de compra e venda de energia uma redação que torne indubitoso que *qualquer litígio oriundo do contrato*, ainda que sem repercussão no âmbito da CCEE, se sujeita ao procedimento arbitral.

⁶⁷ “Fortunately, most national courts now regard arbitration as an appropriate way of resolving international commercial disputes and accordingly seek to give effect to arbitration agreements wherever possible, rather than seeking to narrow the scope of the agreement so as to preserve the court’s jurisdiction. Thus, the English Court of Appeal referred to a ‘presumption of one-stop arbitration’ in the interpretation of the arbitration agreement that is increasingly reflected in law and practice around the world” (BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan e HUNTER, Martin. Ob. cit., p. 108).

adotou a distinção entre cláusulas amplas e restritivas, conferindo à sua Cláusula 1ª a natureza de *cláusula restritiva*.⁶⁸

Indiscutivelmente, a Convenção Arbitral deixou de fora da sua incidência as pretensões (a) contratuais *sem repercussão* no âmbito da CCEE e as (b) *extracontratuais* que os signatários de um contrato de compra e venda de energia possam ter uns contra os outros, ainda que tais pretensões estejam relacionadas com uma pretensão abrangida pela Convenção. Salvo disposição inserida pelas partes no respectivo contrato, que deve incluir as matérias excluídas pela Convenção Arbitral CCEE, inserem-se no campo de aplicação da Convenção somente as disputas referentes às regras do Estatuto da CCEE e às normas de comercialização de energia com repercussão para o mercado CCEE.

Esclareça-se que, mesmo em países que adotam uma política judicial favorável à arbitragem, diversas decisões reconheceram que a adoção de cláusulas com redações restritivas exclui determinadas controvérsias, especialmente as *extracontratuais*, do escopo da arbitragem.

Nos Estados Unidos, esse entendimento foi adotado pela Corte de Apelações do 2º Circuito no caso *In re Kinoshita & Co.* Segundo a decisão, o fato de as partes não terem convencionado que as disputas “*relacionadas ao contrato*” seriam submetidas à arbitragem torna o escopo da cláusula compromissória restrito e exclui do seu âmbito qualquer questão que não esteja estritamente ligada à execução do contrato.⁶⁹ No mesmo sentido, no caso *Mediterranean Enterprises, Inc. v. Sangyong Corporation*, a Corte de Apelações do 9º Circuito concluiu que uma cláusula compromissória na qual se dispõe que controvérsias oriundas de um contrato serão resolvidas em arbitragem, mas sem se referir a controvérsias “*relacionadas ao contrato*”, “*is intended to cover a much narrower scope of disputes, i.e., only those relating to the interpretation and performance of the contract itself*.”⁷⁰

Na Austrália, o mesmo entendimento foi adotado pela Corte Federal da Nova Gália do Sul no caso *Hi-Fert Pty. Ltd. and Cargill Fertilizer Inc. v. Kiukiang Maritime Carriers Inc. and Western Bulk Carriers (Austrália) Ltd.* Neste caso, as partes convencionaram que as disputas decorrentes da execução do contrato seriam submetidas à arbitragem, mas não estipularam que as diferenças relacionadas ao contrato seriam dirimidas na arbitragem. Por esta razão, a Corte australiana concluiu

⁶⁸ O problema decorrente da adoção das cláusulas arbitrais restritivas foi devidamente enfrentado pela *Court of Appeals inglesa* no caso *Fiona Trust and others v. Privalov and others*: “For our part we consider that the time has now come for a line of some sort to be drawn and a fresh start made at any rate for cases arising in an international commercial context. Ordinary businessmen would be surprised at the nice distinctions drawn in the cases and the time taken up by argument in debating whether a particular case falls within one set of words or another very similar set of words (...). If any businessman did want to exclude disputes about the validity of a contract, it would be comparatively simple to say so” ([2007] 1 All ER (Comm) 891 at 900).

⁶⁹ “[W]here the clause restricts arbitration to disputes and controversies relating to the interpretation of the contract and matters of performance, fraud in the inducement is not included. The agreement to arbitrate is limited to such matters as those just enumerated when it refers to dispute or controversies ‘under’ or ‘arising out of’ the contract.” (287 F.2d 951 (1961), p. 953).

⁷⁰ 708 F.2d 1458 (1983), p. 1465.

que as controvérsias extracontratuais estariam excluídas do âmbito da cláusula compromissória.⁷¹

Observe-se, que, a rigor, a opção por uma cláusula restritiva não é de todo injustificada. Como se sabe, as normas de comercialização de energia elétrica impõem àqueles que pretendam adquirir ou vender energia neste mercado a adoção de cláusulas compromissórias nos contratos de compra e venda de energia. A finalidade da norma é estabelecer um foro especializado para dirimir as controvérsias decorrentes da comercialização de energia elétrica. Elegendo-se uma única câmara arbitral, pretendeu-se criar um corpo de árbitros especializados nas regras do mercado de energia elétrica, uma vez que, por ser uma área de extrema complexidade, o poder judiciário dificilmente poderia oferecer uma tutela jurisdicional adequada para os agentes do mercado de energia elétrica. Todavia, a criação de um órgão especializado para o mercado de energia elétrica não teve por finalidade conferir a tal órgão jurisdição compulsória sobre toda e qualquer disputa envolvendo aqueles que comercializam energia elétrica, o que suscitaria problemas constitucionais de difícil composição.

Por esta razão, a Convenção Arbitral preferiu limitar o escopo da cláusula compromissória para as disputas decorrentes (a) do Estatuto Social da CCEE e (b) dos contratos de compra e venda de energia, nos dois ambientes de contratação, ou das Regras e Procedimentos de Comercialização, que possuam *repercussão* sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE.⁷²

4. A confidencialidade do procedimento e a transparência do mercado CCEE

A Convenção Arbitral CCEE fez uma escolha explícita pela confidencialidade dos procedimentos arbitrais sujeitos às suas regras. Nos termos da sua 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), criando para os seus signatários, portanto, um dever geral de confidencialidade acerca de toda e qualquer informação obtida em razão da instauração do procedimento arbitral.”^{73 74}

⁷¹ “The non-contractual claims against WBC are not the basis of a dispute ‘arising from’ the charter contract, nor are they matters that, in pursuance of the charter contract, are capable of settling by arbitration.” ([1999] 2 Lloyd’s Rep. 782, p. 801).

⁷² Para evitar a existência de procedimentos simultâneos sobre questões conexas relacionadas a uma mesma relação jurídica é recomendável que, na cláusula compromissória inserida no contrato, as partes adotem uma redação ampla que abranja todas as disputas contratuais (e não apenas aquelas com *repercussão* no âmbito da CCEE) e extracontratuais, administradas, sempre, pela mesma instituição arbitral.

⁷³ Note-se que o modelo de confidencialidade dos procedimentos arbitrais, relativo aos negócios de comercialização de energia, vige desde a época em que o MAE exercia as atividades hoje atribuídas à CCEE, como explica, com acerto, Selma M. Ferreira Lemes: “Nas arbitragens referentes ao Mercado Atacadista de Energia – MAE, a regra é observar a privacidade e o sigilo (ou confidencialidade), desde

Antes de se examinar, especificamente, a regra de confidencialidade contida na Convenção Arbitral CCEE e apontar os seus limites, deve-se fazer uma diferenciação entre a *privacidade* dos procedimentos arbitrais e o *dever de confidencialidade* imposto pela regra da Convenção Arbitral. Como se sabe, os procedimentos arbitrais não são públicos e, por tal razão, somente as partes, seus representantes e as pessoas por elas expressamente autorizadas podem comparecer às audiências e, de modo geral, participar do procedimento. Essa regra consta expressamente de diversos regulamentos de instituições estrangeiras,⁷⁴⁷⁵ nacionais⁷⁵ e da UNCITRAL Arbitration Rules.⁷⁶ Em razão da privacidade do procedimento arbitral, comumente indicada como uma das suas principais características,⁷⁷ a posição tradicional da doutrina e da jurisprudência sobre o tema foi a de associar a privacidade do procedimento a um dever implícito de confidencialidade.⁷⁸

que não exista impedimento legal.” (Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? in <http://www.ccbc.org.br/ingles/arbitragem.asp?subcategoria=artigos&codnoticia=28>, visitado em 26.12.10).

⁷⁴ CCI, art. 21.3 (“O Tribunal Arbitral determinará como se desenrolarão as audiências, às quais as partes têm direito de estar presentes. Salvo autorização do Tribunal Arbitral e das partes, não será permitida nas audiências a presença de pessoas estranhas ao procedimento); ICDR, art. 20.4 (“As audiências serão privadas, salvo acordo em contrário das partes ou salvo disposição contrária em lei. O tribunal poderá determinar que qualquer testemunha se retire durante o depoimento de outras testemunhas. O tribunal poderá determinar a forma pela qual as testemunhas serão interrogadas”) e LCIA, art. 19.4 (“Todas as reuniões e audiências serão realizadas em sessão privada a menos que as partes acordem em contrário por escrito ou o Tribunal de Arbitragem decida em contrário”).

⁷⁵ CCBC, art. 9.8. (“O procedimento arbitral é rigorosamente sigiloso, dele participando somente as pessoas que tenham legítimo interesse. Nas audiências o presidente do Tribunal Arbitral diligenciará para que qualquer testemunha se retire do recinto da audiência durante o depoimento das partes ou de outras testemunhas.”).

⁷⁶ Nas regras revisadas em 2010, o art. 28.3 estabelece: “Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses, including expert witnesses, during the testimony of such other witnesses, except that a witness, including an expert witness, who is a party to the arbitration shall not, in principle, be asked to retire”. (in <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised.pdf>, visitado em 23.12.10).

⁷⁷ “Just as national courts are public, arbitration is generally private. In the same way as every contract between parties is a private matter between them, so too the arbitration agreement is private between the parties. Accordingly, when a dispute arises it is to be resolved in the private dispute resolution system agreed between the parties, subject to certain safeguards. Having selected arbitration, the intention is for the arbitrators to determine the dispute and the entitlements and obligations of the parties in respect of the issues raised.” (LEW, Julian M.; MISTELIS, Loukas A. and KRÖLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 4)

⁷⁸ Esse princípio tem sido reconhecido pelas cortes inglesas desde o caso *Russel v Russel* (1880) 14 Ch. D 471 (“The only point that is in contest is whether it is a case in which the Court, having regard to the discretion given by the 11th section of the Common Law Procedure Act, 1854, ought in the exercise of that discretion to refuse to allow the matters which have been expressly agreed to be referred to arbitration to be so referred. Now, of course that discretion was given because there might be cases in which it ought to be exercised, but, as a rule, I should say those cases are few and exceptional. As a rule, persons enter into these contracts with the express view of keeping their quarrels from the public eyes, and of avoiding that discussion in public which must be a painful one, and which might be an injury even to the successful party to the litigation, and most surely would be to the unsuccessful.” p. 474/475).

Essa tem sido a posição da jurisprudência inglesa sobre o tema, que, atualmente, possui três regras bem claras sobre a confidencialidade da arbitragem, apesar do English Arbitration Act de 1996 ser silente sobre o tema: os procedimentos arbitrais são *privados*;⁷⁹ em função da privacidade do procedimento, há um *dever implícito de confidencialidade* que deve ser observado pelas partes e pelos árbitros;⁸⁰ e a confidencialidade do procedimento *pode ser afastada* pelo acordo das partes, por determinação judicial ou para atender ao interesse público na obtenção de certas informações.⁸¹ De um modo geral, até meados da década de 1990 essa era a posição tradicional acerca da confidencialidade dos procedimentos arbitrais.

Todavia, duas decisões proferidas acerca dessa questão mudaram radicalmente o panorama. No caso *Esso Australia Resources Ltd v The Honourable Sidney James Plowman and others*, a High Court australiana decidiu que, embora a privacidade do procedimento deva ser respeitada, a confidencialidade não é um elemento essencial da arbitragem, não existindo, portanto, um dever implícito de confidencialidade como mera decorrência da opção pela arbitragem,⁸² conclusão a que também chegou a Suprema Corte da Suécia no julgamento do caso *AI Trade Finance Inc v Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd*.⁸³ Nos Estados Unidos, o Federal Arbitration Act e o Uniform Arbitration Act não impõem o dever de confidencialidade. Por tal razão, salvo acordo expresso entre as partes, não há obrigação de conferir confidencialidade

⁷⁹ *Oxford Shipping Co. Ltd. v Nippon Yusen Kaisha*, [1984] 3 All ER 835.

⁸⁰ *Dolling-Baker v Merrett* [1991] 2 All ER 890; *Hassneh Insurance Co of Israel v Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep. 243; e *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* [1998] 2 All 136. No referido caso *Hassneh Insurance Co of Israel v Mew*, a Corte de Apelação inglesa resumiu da seguinte forma a sua posição acerca da questão da confidencialidade na arbitragem: "If it be correct that there is at least an implied term in every agreement to arbitrate that the hearing shall be held in private, the requirement of privacy must in principle extend to documents which are created for the purpose of that hearing. The most obvious example is a note or transcript of the evidence. The disclosure to a third party of such documents would be almost equivalent to opening the door of the arbitration room to that third party. Similarly witness statements, being so closely related to the hearing, must be within the obligation of confidentiality. So also must outline submissions tendered to the arbitrator. If outline submissions, then so must pleadings be included" (p. 247).

⁸¹ *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* [1998] 2 All 136 e *John Forster Emmott v Michael Wilson & Partners Limited* [2008] EWCA Civ 184; WLR (D) 82. No mesmo sentido, cf. Mark W. Friedman, Luca G. Radicati di Brozolo e Filip De Ly, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, The Hague Conference 2010, in <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>, visitado em 23.12.10.

⁸² [1995] 193 CLR 10. Em outro caso julgado na Austrália, decidiu-se da seguinte forma: "Whilst private arbitration will often have the advantage of securing for the parties a high level of confidentiality for their dealing, where one of those parties is a government, or an organ of government, neither the arbitral agreement nor the general procedural powers of the arbitrator will extend so far as to stamp on the governmental litigant a regime of confidentiality or secrecy which effectively destroys or limits the general governmental duty to pursue the public interest" (*Commonwealth of Australia v Cockatoo Dockyard Pty Ltd*, [1995] 36 NSWLR 662, p. 682).

⁸³ *Mealey's Intl Arb Rep*, vol. 15, Issue 12, A-1, 27 de outubro de 2000.

ao procedimento arbitral e às informações nele obtidas.⁸⁴ No direito francês,⁸⁵ enquanto a Corte de Apelações de Paris decidiu, no caso *Aita v Ojeh*, que a simples propositura de ação anulatória de sentença arbitral configurava violação do dever de confidencialidade,⁸⁶ a mesma Corte, no julgamento do caso *Nafimco*, concluiu que a parte que alegava a violação do dever de confidencialidade deveria demonstrar a existência e o fundamento desse dever no direito francês.⁸⁷

No âmbito das arbitragens de investimento, pode-se dizer que a presença do Estado como parte da arbitragem, aliado ao interesse público no acompanhamento das decisões e na obtenção de informações divulgadas nesses procedimentos, levou ao completo afastamento do dever de confidencialidade. Nos casos *Amco Corporation and other v Republic of Indonesia*,⁸⁸ *Metalclad Corporation v Mexico*⁸⁹ e *R Loewen & Loewen Corporation v US*,⁹⁰ os tribunais arbitrais afastaram a pretensão à confidencialidade diante do dever das autoridades públicas e das partes envolvidas nesses procedimentos de divulgar informações relativas aos casos e prestar contas do que ali se julgava.

Pode-se afirmar, portanto, que a tendência atual das arbitragens internacionais é a de não considerar implícito na cláusula arbitral o dever de confidencialidade,⁹¹

⁸⁴ *Cl. Industrotech Constructors Inc v Duke University* (1984) 67 N/C/ App 741, 314 S.E. 2d 272; *Giacobazzi Grandi Vini S.p.A. v Renfield Corp.* (1987) US Dist. LEXIS 1783; *Contship Containerslines, Ltd v PPG Industries, Inc* (2003 WL 1948807 (SDNY Apr 23, 2003)); e *Lawrence E Jaffee Pension Plan v Household International, Inc* (2004 WL 1821968 (D Colo Aug 13, 2004)). No mesmo sentido, BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan e HUNTER, Martin. Ob. cit., p. 139.

⁸⁵ O art. 1469 do Código de Processo Civil francês estabelece que "Les délibérations des arbitres sont secrètes".

⁸⁶ (1986) *Revue de l'Arbitrage* 583.

⁸⁷ Corte de Apelações de Paris, 22 de janeiro de 2004 (*apud* BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan e HUNTER, Martin, Ob. cit., p. 141).

⁸⁸ (1983) 1 ICSID Reports 410, 9 de dezembro de 1983.

⁸⁹ "There remains nonetheless a question as to whether there exists any general principle of confidentiality that would operate to prohibit discussion of the arbitration proceedings by either party. Neither the NAFTA nor the ICSID (Additional Facility) Rules contain any express restriction on the freedom of the parties in this respect. Though it is frequently said that one of the reasons for recourse to arbitration is to avoid publicity, unless the agreement between the parties incorporates such a limitation, each of them is still free to speak publicly of the arbitration ... Indeed, as has been pointed out by the Claimant in its comments, under US security laws, the Claimant, as a public company traded on a public stock exchange in the US, is under a positive duty to provide certain information about its activities to its shareholders, especially regarding its involvement in a process the outcome of which could perhaps significantly affect its share value". (ICSID n. ARB(AF)97/1)

⁹⁰ "In its Decision the Tribunal rejected the Claimants' submission that each party is under a general obligation of confidentiality in relation to the proceedings. The Tribunal stated that in an arbitration under NAFTA, it is not to be supposed that, in the absence of express provision, the Convention or the Rules and Regulations impose a general obligation on the parties, the effect of which would be to preclude a Government (or the other party) from discussing the case in public, thereby depriving the public of knowledge and information concerning government and public affairs. The decision concluded by repeating the comment made by the Metalclad Tribunal, namely that it would be of advantage to the orderly unfolding of the arbitral process if during the proceedings, the parties were to limit public discussion to what is considered necessary". (Loewen Group v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)98/3, ICSID Reports, vol. 7, p. 425).

⁹¹ "Our conclusion is that a general obligation of confidentiality cannot be said to exist de lege lata in international arbitration. At best, it is a duty in statu nascendi. Most national jurisdictions have not addressed the issue at all. As shall be seen, those that have seem to produce more questions than answers" (PAULSSON, Jan e

que, todavia, pode decorrer da aplicação da lei arbitral,⁹² das regras institucionais incidentes,⁹³ ou do acordo de vontade das partes com a inclusão de cláusula de confidencialidade no contrato.

A Lei Brasileira de Arbitragem não contempla a confidencialidade, mas assegura a *privacidade* dos procedimentos no dispositivo que impõe o dever de *discrição* aos árbitros na condução dos processos arbitrais (“*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*”).⁹⁴ Muito embora haja posições respeitáveis em contrário,⁹⁵ pode-se afirmar que, no direito brasileiro, não há um dever implícito de confidencialidade,⁹⁶ que só decorrerá da incidência de regra explícita, escolhida pelas partes no contrato ou no regulamento arbitral aplicável.⁹⁷

Há, logicamente, inúmeras razões para que se revelem informações e documentos produzidos no curso de um procedimento arbitral. Por exemplo, a parte pode estar obrigada a prestar informações a seus auditores independentes, a seus acionistas ou às autoridades responsáveis pela fiscalização de um determinado segmento de atividade; companhias com ações em bolsa, aqui e alhures, têm o dever de fornecer detalhes das suas atividades comerciais, o que pode incluir o prognóstico e a explicação minuciosa acerca de um processo arbitral relevante; a parte pode também ter o interesse legítimo na utilização, em outro processo (judicial ou arbitral), de um documento produzido no procedimento arbitral, não sendo razoável obrigá-la, na ausência de um impedimento legal objetivo, a pedir a exibição do documento em um processo judicial, inevitavelmente longo. Esses exemplos práticos dão boa mostra do

acerto do legislador em afastar a confidencialidade como dever implícito das partes de uma arbitragem, facultando-lhes, todavia, a possibilidade de regular a matéria de modo expresse no contrato.

No caso específico da Convenção Arbitral CCEE, houve, como se expôs acima, a opção expressa pelo dever de confidencialidade, que vincula as partes, os árbitros e a instituição responsável pela administração dos procedimentos, que podem responder pela inobservância desse dever. A obrigação de confidencialidade, no entanto, encontra variadas exceções, que precisam ser observadas para se assegurar a regularidade do procedimento.

Em primeiro lugar, note-se que os parágrafos 1º e 2º da referida cláusula 18 da Convenção Arbitral CCEE ressalvam da sua incidência a divulgação de informações de domínio público e aquelas que devam ser prestadas em razão de exigência legal ou por ordem judicial, administrativa ou arbitral.⁹⁸ As exceções são razoavelmente amplas para cobrir o dever de informar que a parte, na maioria dos casos, terá com relação a seus acionistas, o mercado e o regulador, em observância do interesse público subjacente à obtenção de informações relevantes.⁹⁹

Além disso, o dever de confidencialidade não poderá ser exigido, sem temperamentos, no caso das entidades da administração pública integrantes da CCEE que participem do procedimento arbitral. Como se expôs, a Lei n.º 10.848/04 autoriza, no § 6º do seu art. 4º, as empresas públicas e as sociedades de economia mista a integrarem a CCEE e a aderirem à Convenção Arbitral. Por expressa determinação constitucional (art. 37, *caput*), essas entidades sujeitam-se ao *princípio da publicidade* e, conseqüentemente, precisam informar aos Tribunais de Contas as suas atividades, nelas incluídas as informações referentes a processos arbitrais.¹⁰⁰

RAWDING, Nigel. *The trouble with confidentiality*, ICC Bulletin, vol. 5, n. 1, maio de 1994, p. 48).

⁹² Por exemplo, a Lei de Arbitragem Espanhola, Lei n.º 60, de 2003, estabelece, no seu art. 24.2, que “*Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales*”.

⁹³ O Regulamento do Centro Brasileiro de Medição e Arbitragem (CBMA) prevê: “15.1. Salvo acordo em contrário das partes, ou se exigido por lei aplicável às partes, os membros do Tribunal e do Centro manterão confidencialidade sobre os assuntos relacionados à arbitragem, salvo aqueles porventura já de domínio público ou que já tenham sido de alguma forma divulgados. 15.2 O Centro poderá dar publicidade à sentença arbitral, caso previamente autorizada pelas partes ou, em caso negativo, poderá o Centro, de qualquer modo, divulgar excertos de sentença arbitral, desde que preservada a identidade das partes”.

⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo, Um comentário à Lei 9307/96*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 211.

⁹⁵ PINTO, José Emilio Nunes. *A Confidencialidade na Arbitragem*, Revista de Arbitragem e Mediação, Ed. RT vol. 6, pp. 25-36 (2005).

⁹⁶ MUNIZ, Joaquim T. de Paiva e BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Huntington, Ny: Juris Publishing Inc., 2006, p. 104.

⁹⁷ ⁹⁸ Em estudo específico sobre o tema, José Cretella Neto assim se posiciona: “Esses exemplos mostram que a confidencialidade, na moderna arbitragem comercial internacional, parece não manter mais o caráter absoluto de poucas décadas atrás e, portanto, as empresas devem estar atentas para sua abrangência e as consequências de apresentar determinados documentos, durante um processo arbitral, e estes poderem ser carreados a outros processos arbitrais ou a processos judiciais, sempre que determinado interesse relevante - como o interesse público - ou a necessidade imperiosa desses documentos for demonstrada” (*Quão sigilosa é a arbitragem?*, Revista de Arbitragem e Mediação, Ed. RT, vol. 25, p. 61 2010).

⁹⁸ As exceções ao dever geral de confidencialidade encontram-se nos parágrafos 1º e 2º da cláusula 18: “Parágrafo 1º. Não serão consideradas informações confidenciais aquelas que qualquer uma das PARTES possa comprovar serem de domínio público. As informações serão consideradas do 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”.

⁹⁹ É o que ensina Jose Emilio Nunes Pinto: “Na esteira da defesa do interesse público, mais especificamente dos recursos arrecadados no mercado, a legislação brasileira impõe a divulgação de fatos que possam, de maneira positiva ou negativa, afetar os resultados e desempenho das companhias abertas. Surgem daí as obrigações de emissão dos denominados Fatos Relevantes e de inclusão de notas explicativas às demonstrações financeiras que venham a ser publicadas. O cumprimento desse dever legal específico, alinhado que está com a preservação da poupança popular e dos recursos de acionistas ou investidores privados detentores de posições minoritárias, tem um caráter de interesse público a proteger, cabendo aos administradores e respectivos reguladores zelar, a um só tempo, pela divulgação da informação e preservação do dever de sigilo” (PINTO, José Emilio Nunes. *A Confidencialidade na Arbitragem*, Revista de Arbitragem e Mediação, RT, vol. 6, p. 36 (2005)).

¹⁰⁰ “É evidente que, diante dos diversos mecanismos de controle que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos de tudo quanto foi feito para garantir o interesse público (a publicidade garante o maior de todos os controles, ou seja, o controle popular), não se pode garantir sigilo absoluto na arbitragem de que participe o Estado, sem que isso implique a impossibilidade de utilizar-se o mecanismo para resolver questões

Ressalte-se, todavia, que o simples fato de uma entidade da administração pública sujeitar-se à regra constitucional de publicidade não lhe confere o direito de divulgar toda e qualquer informação obtida no curso do procedimento arbitral. Diante da regra de confidencialidade contida na Convenção Arbitral CCEE, deve o ente público, em observância do princípio constitucional da ponderação, revelar apenas aquilo que for estritamente necessário para prestar contas aos órgãos de controle e dar transparência às suas atividades. Os eventuais excessos podem e devem ser coibidos pelo tribunal arbitral e pelo poder judiciário.

Note-se que o aparente conflito entre o dever de informar e a confidencialidade não é exclusivo das arbitragens envolvendo o Estado e as suas instrumentalidades no âmbito das regras da Convenção Arbitral CCEE. No processo administrativo nº RJ 2008/0713, a Comissão de Valores Mobiliários teve a oportunidade de examinar a reclamação de um investidor que entendia que a submissão de uma companhia às regras de arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM — que contem regras assegurando o sigilo do procedimento —, violaria o seu direito de fiscalizar a boa condução dos negócios sociais (artigo 109, III, da Lei das S.A.). No seu voto, o relator, Diretor Otavio Yazbek, decidiu “*que não existe um direito à informação in abstracto, motivo pelo qual não vislumbro irregularidade nas disposições do Regimento e do Regulamento da CAM ora atacadas. Irregularidade haveria se o sigilo neles previsto fosse impeditivo da prestação de informações obrigatórias ao mercado. Não é o que ocorre, porém: a rigor, o dever de sigilo não vigora – e nem poderia vigorar – se houver obrigação de efetuar comunicação ao mercado*”.¹⁰¹¹⁰² Em outras palavras, 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.¹⁰²

Ressalte-se que, no julgamento do caso *Guggenheim*, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que o princípio da publicidade dos atos administrativos, constante do *caput* do referido art. 37 da Constituição, vedava a confidencialidade da arbitragem quando dela fosse parte um ente da administração pública e declarou, também por esse fundamento, nulo o contrato celebrado pelo Município do Rio de Janeiro.¹⁰³ Colocada a decisão no seu devido contexto, deve-se ressaltar que existência de cláusula de confidencialidade em um contrato firmado com o

que possam interessar ao interesse público. A solução de compromisso, neste ponto, é de rigor: o princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral.” (CARMONA, Carlos Alberto, ob. cit., p. 67).

¹⁰¹ In <http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=6517-0.HTM>, visitado em 23.12.10.

¹⁰² Veja-se, ainda, que a Instrução CVM nº 358, de 3 de janeiro de 2002, no seu art. 2º, parágrafo único, XXII, considera relevante, a exigir a publicação do respectivo fato, a “*propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia*”, devendo-se incluir nessa definição a instauração de procedimento arbitral que possa ter a mesma relevância para as finanças da companhia.

¹⁰³ AI nº 07839/2003, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 26.05.03, rel. Des. Ademir Paulo Pimentel. Confira-se, também, LAMPERT, Cláudio e JR., Joel Rennó. *A eficácia da arbitragem e da cláusula de confidencialidade nos contratos da Administração Pública*, Revista Brasileira de Arbitragem Ed. Thomson IOB, n.º 4, 2004, pp.149-162.

Estado não torna nulo o negócio, bastando afastar-se a obrigação de confidencialidade empre que o ente administrativo estiver obrigado a informar e prestar contas dos atos praticados no processo arbitral.

No que se refere à confidencialidade da *sentença arbitral*, as cláusulas 16 e 19 da Convenção Arbitral CCEE impõem à Câmara FGV a obrigação de disponibilizar aos árbitros e aos signatários da Convenção extratos das sentenças arbitrais já proferidas, preservando-se tudo mais em estrita confidencialidade. Logicamente que, além das partes do processo, a CCEE deve receber, na *íntegra*, a sentença arbitral proferida sob as regras da sua Convenção Arbitral. Como compete à CCEE efetuar variados procedimentos para assegurar que o seu sistema de contabilização reflète, fielmente, as operações realizadas e as normas legais incidentes, é imperioso que a CCEE receba cópia integral da sentença proferida, sem a qual ela, muito provavelmente, terá dificuldades para dar pleno cumprimento ao que se decidiu no procedimento arbitral. A confidencialidade também cessa na medida em que se fizer necessário pedir o cumprimento judicial da sentença arbitral, pois a parte vencida não poderá invocar a confidencialidade para obstruir a execução do que se decidiu na arbitragem.

Considerando-se a importância da CCEE para a segurança e a confiabilidade do sistema elétrico brasileiro e a participação de empresas que respondem por cerca de noventa e sete por cento da energia gerada e consumida no país, deve-se refletir acerca da conveniência de se ter a confidencialidade com a regra geral para os procedimentos sujeitos à Convenção Arbitral CCEE. Diante da imperiosa necessidade de se conferir transparência ao sistema e permitir uma eficiente fiscalização do seu funcionamento, a *publicidade* das sentenças arbitrais referentes aos contratos de comercialização de energia teria, certamente, um efeito extremamente positivo para o mercado.

O conhecimento detalhado dos precedentes das questões envolvendo a comercialização de energia no Brasil, proferidos por especialistas renomados na matéria, indubitavelmente traria maior previsibilidade para o mercado, com inegáveis vantagens para os órgãos reguladores, os participantes e o consumidor final. A exemplo do que ocorre nos processos administrativos conduzidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, poder-se-ia assegurar o sigilo de certas informações sensíveis produzidas no curso do procedimento arbitral, que poderiam ficar registradas em autos apartados e, simultaneamente, franquear a todos os interessados o conhecimento das sentenças proferidas de acordo com as regras da Convenção Arbitral CCEE, assegurando-se, logicamente, a privacidade do procedimento. Os benefícios decorrentes da divulgação ampla das sentenças arbitrais e a aplicação do princípio da transparência seriam, a meu sentir, enormes, o que justificaria a alteração da prioridade conferida pela Convenção Arbitral CCEE à questão da confidencialidade dos procedimentos.