

Giamundo e Queiroz: Convenção de arbitragem da CCEE

13/04/2022

Recentemente, os agentes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica aprovaram a revisão da convenção de arbitragem, documento que regula as regras para a utilização da arbitragem como mecanismo de solução de determinadas disputas. As novas regras atualizam a Convenção Arbitral da CCEE que vigorava desde 2007 e trazem modificações positivas e pontos que merecem avaliação, especialmente no atual cenário de expansão do setor.



É inegável que o setor de energia elétrica vivencia uma

euforia. Há uma multiplicação de projetos de geração de energia de fontes renováveis, em boa parte voltados ao atendimento de grandes consumidores que integram a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Este fenômeno se intensificou a partir de 2016, quando se iniciou uma expressiva migração de grandes empresas para o denominado Mercado Livre (Ambiente de Contratação Livre). Neste ambiente, as empresas podem formalizar contratos de compra e venda de energia elétrica diretamente com geradores e agentes comercializadores, desfrutando de maior liberdade para estabelecer volumes, preços, prazos e outras condições comerciais para o seu suprimento. A tendência é que este movimento se intensifique. E a aceleração da transição energética, com a migração de matrizes energéticas estruturadas em fontes de combustíveis fósseis para fontes renováveis, desempenha papel importante nesta mudança.

Nesse cenário de ampliação do número de agentes, espera-se uma majoração natural do número de disputas entre eles e, conseqüentemente, do número de procedimentos arbitrais. A lógica é cartesiana: quanto maior a quantidade de agentes e de relações contratuais, maior o número de potenciais disputas. Nesta conjuntura, a revisão da Convenção de Arbitragem da CCEE vem em boa hora.

Em 19 de outubro de 2021, foi realizada a 68ª Assembleia Geral Extraordinária da CCEE [\[1\]](#). Dentre os temas deliberados constou a revisão da Convenção de Arbitragem.

Um grupo de trabalho formado pela CCEE e representantes de todas as associações do setor dedicou-se, desde 2017, a avaliar os principais pontos que demandariam a atualização da convenção arbitral.

O diagnóstico realizado pelo grupo de trabalho apontou quatro eixos principais que justificavam a revisão da norma:

- "(I) A falta de competitividade entre as Câmaras, dada a atual exclusividade da Câmara da Fundação Getúlio Vargas (FGV);*
- (II) A possível afetação do mercado decorrente de decisões arbitrais proferidas em processos com questões bilaterais;*
- (III) A necessidade de consolidar a regra já adotada que fixa as hipóteses em que não se aplica a Convenção Arbitral, decorrentes da própria Convenção de Comercialização (instituída pela Resolução Normativa Aneel nº. 109/2004 e revogada recentemente pela Resolução Normativa Aneel nº 957/2021); e*
- (IV) Aprimoramentos decorrentes da própria evolução do mercado e da experiência alcançada desde a entrada em vigor da atual Convenção Arbitral."*

A partir desta radiografia, foram indicadas as principais modificações propostas para o novo texto da Convenção Arbitral:

- "(I) Pluralidade de Câmaras: elaborou-se uma cláusula em que se previu a possibilidade de os agentes escolherem qualquer Câmara Arbitral que esteja previamente homologada pela CCEE, criando-se competitividade entre Câmaras e flexibilidade operacional para os agentes. Desta forma, após aprovação, será criado um procedimento para a homologação e desabilitação das Câmaras Arbitrais, com a colaboração do mesmo grupo de trabalho que participou da elaboração da nova proposta. O procedimento de homologação/desabilitação será aprovado no âmbito da CCEE e tornado público, sem necessidade de passar por nova Assembleia;*
- (II) Conflitos arbitráveis: são aqueles definidos na Convenção de Comercialização. A atual Convenção Arbitral replica o texto da Convenção de Comercialização. A proposta de alteração sugere a mera remissão à Convenção de Comercialização, evitando-se que eventual alteração tenha que ser integralmente reproduzida na Convenção Arbitral;*
- (III) Exceção à via arbitral para solucionar conflitos bilaterais: a alteração proposta tem como objetivo o aprimoramento do texto vigente uma vez que a redação atual deixava os agentes em dúvida quanto a esta exceção. O texto foi aprimorado para esclarecer que a Convenção Arbitral não se aplica aos conflitos bilaterais que não afetam direitos de terceiros e, por consequência, não repercutem nas operações da CCEE;*
- (IV) Exceção à via arbitral para cobrança, pela CCEE, de valores inadimplidos, inclusive penalidades: alterou-se a Convenção Arbitral para consolidar essa regra já adotada pela CCEE. Os dispositivos inseridos ratificam a utilização da via judicial pela CCEE para cobrança de valores inadimplidos por agentes ou não agentes, inclusive penalidades;*
- (V) Mecanismo de Proteção ao Mercado: propõe-se mecanismo apto a garantir que o Tribunal Arbitral exija garantias das partes em relação aos efeitos financeiros das decisões arbitrais que afetem terceiros. A proposta permite à CCEE requerer ao Tribunal Arbitral a prestação de garantias idôneas nos casos em que a operacionalização da decisão venha a impactar outros agentes que não estejam envolvidos no conflito;*

(VI) *Suspeição de árbitros e prazo de quarentena: buscou-se ampliar o rol de potenciais árbitros a serem selecionados, com a alteração das hipóteses de impedimento por suspeição. A sugestão de modificação permite que os critérios de afastamento dos árbitros sejam analisados pelas partes, as quais poderão recusar ou consentir com a indicação do árbitro diante da revelação efetuada. Em relação a ex-prestador de serviço, ex-colaborador e ex-consultor de umas das partes, o prazo da quarentena será reduzido de dois anos para seis meses;*

(VII) *Divulgação de banco de jurisprudência: com o objetivo de dar previsibilidade sobre as decisões arbitrais, a alteração propõe criar repositório público de ementas por parte das Câmaras Arbitrais, respeitando a confidencialidade das partes envolvidas; e*

(VIII) *Regras de transição: a inserção de cláusulas específicas sobre a vigência da Convenção Arbitral a partir da homologação pela Aneel. Além disso, também é reforçada em cláusula específica que a utilização da via judicial pela CCEE para cobrança de valores inadimplidos por agentes ou não agentes, inclusive penalidades, é a regra estabelecida desde a vigência da atual Convenção Arbitral e que é ratificada pela nova Convenção Arbitral".*

As alterações propostas convergem para temas candentes e atuais debatidos pela comunidade arbitral: publicidade de decisões, confidencialidade e dever de revelação do árbitro.

Especificamente em relação às disputas no setor de comercialização de energia elétrica, dois pontos demandam reflexão: a definição clara dos conflitos arbitráveis e as hipóteses de exceção à via arbitral.

A delimitação dos conflitos arbitráveis é disposta na cláusula 1ª da minuta da nova Convenção de Arbitragem:

"CLÁUSULA 1ª. Nos termos da legislação e regulamentação vigentes, são considerados conflitos ('CONFLITOS') passíveis de resolução através da Arbitragem aqueles definidos na Convenção de Comercialização vigente."

A solução alvitrada é elegante, ao contornar a necessidade de contínua atualização da convenção de arbitragem, mas pode ensejar eventuais interpretações divergentes quanto ao seu efetivo alcance. Atualmente, os conflitos que devem ser objeto de solução pela via arbitral são elencados no artigo 44 da Resolução Normativa Aneel nº 957/2021:

"Artigo 44. Os Agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, nas seguintes hipóteses:

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

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

III – sem prejuízo do que dispõe cláusula específica nos 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".

Diante do desenvolvimento do mercado, e maior complexidade de suas estruturas de controle, a definição objetiva das matérias arbitráveis pode vir a ensejar questionamentos. Um exemplo prático e atual: eventuais medidas preventivas para mitigação de riscos de inadimplência, conforme proposta recentemente apresentada pela CCEE [2], estariam sujeitas à discussão pela via arbitral? Esta é uma questão a ser ponderada, inclusive em razão da Estrutura de Salvaguardas Financeiras com mecanismos mitigadores de perdas decorrentes da inadimplência no Mercado de Curto Prazo, também proposta na aludida Nota Técnica da CCEE. A conformação destas estruturas propostas poderia gerar questionamento acerca do que efetivamente deveria ser objeto de escrutínio pela via arbitral.

De outra parte, a precisa delimitação do fato gerador para o enquadramento dos conflitos previstos no inciso III do artigo 44 da REN 957/2021 poderia deflagrar interpretações dissonantes, especialmente em situações em que convém ao requerido postergar a decisão sobre o conflito.

De todo modo, e a despeito de questionamentos que possam surgir, caberá sempre ao tribunal arbitral realizar esta avaliação, em consonância com o princípio *kompetenz-kompetenz*, referendado inclusive em recente precedente do Superior Tribunal de Justiça [3]. Em relação à exceção à via arbitral nas demandas propostas pela CCEE, em que se exija o pagamento de valores inadimplidos de agentes, deve ser avaliada se de fato esta seria a solução mais adequada:

"Parágrafo 3º. Esta CONVENÇÃO não se aplica às demandas em que a CCEE exija valores inadimplidos de agentes ou não agentes, incluindo penalidades, as quais são promovidas exclusivamente perante o Poder Judiciário".

A justificativa para esta exceção encontra-se disposta no parágrafo 4º da cláusula 1ª:

"Parágrafo 4º. Com base no artigo 113, §2º, e no artigo 421-A, I, Código Civil, as partes declaram que a CCEE, ao exigir valores inadimplidos, age na condição de substituta processual da coletividade, com base nos artigos 18, Código de Processo Civil, artigo 4º, Lei n. 10.848/2004, artigo 2º, VII, do Decreto 5.177/2004, artigo 3º do Decreto 5.163/2004; artigo 2º, §2º, da Resolução Normativa/ANEEL 545/2013; em razão disso, as respectivas ações serão propostas perante o Poder Judiciário".

Em primeiro lugar, há uma possível incongruência nesta sistemática tendo em vista que a inadimplência de um determinado agente ocasionaria justamente efeitos às operações da CCEE, o que atrairia a incidência da regra prevista no parágrafo 1º da cláusula 1ª, reafirmando a jurisdição arbitral para a solução do conflito:

"Parágrafo 1º. Esta CONVENÇÃO não se aplica a conflitos entre Agentes da CCEE, decorrentes de contratos bilaterais, que não afetem direitos de terceiros estranhos ao negócio jurídico objeto do conflito e, por consequência, não repercutem nas operações da CCEE".

Em segundo lugar, em razão dos predicados inerentes à arbitragem, a resolução de disputas dessa natureza pelo procedimento arbitral poderia permitir maior celeridade para a ulterior recuperação de eventual crédito dos agentes impactados, caso confirmado pelo tribunal arbitral (ainda que sua satisfação dependa de posterior cumprimento de sentença arbitral).

Por fim, o fato de a CCEE figurar como substituta processual dos demais agentes credores (caso assim se repute a sua atuação [4]), ou mesmo como representante processual, não a impediria, *a priori*, de formular o requerimento de instauração do procedimento arbitral em seu próprio nome, desde que expressamente autorizada por eles.

Esta é uma questão delicada e que, de certa forma, se correlaciona com a necessidade de aprimoramento da sistemática de *negative option* usualmente empregada pela CCEE. De acordo com este procedimento, a CCEE encaminha aos agentes impactados comunicado solicitando a manifestação quanto ao seu *desinteresse* em ser representado pela Câmara em futura demanda de cobrança. Em caso de ausência de resposta do agente, é presumida a outorga de autorização à CCEE para representá-lo.

Existem questionamentos quanto a este formato sob o fundamento de que a CCEE poderia representar os agentes apenas nas hipóteses de manifestação expressa, e positiva, de seu associado conferindo-lhe poderes para tanto.

De outra parte, argumenta-se que a legitimidade da CCEE estaria escorada nos dispositivos assinalados no parágrafo 4º da cláusula 1ª da minuta da Convenção de Arbitragem.

De todo modo, cabe a reflexão quanto à possibilidade de modificação da Convenção de Arbitragem para que a CCEE promova a cobrança, em nome de seus associados, por meio de procedimento arbitral, sobretudo diante da celeridade deste mecanismo de solução de disputas.

Em suma, as propostas de atualização da Convenção de Arbitragem da CCEE são positivas e devem ser louvadas. Dentre elas, destaca-se a possibilidade de utilização de outras Câmaras, o que ampliará a autonomia dos agentes diante de maior número de opções. Deve ser saudada ainda a proposta de instituição de um repositório de precedentes, o que conferirá maior segurança jurídica aos agentes em suas tomadas de decisões, na medida em que poderão mapear melhor a orientação das Câmaras sobre determinados conflitos do setor.

Por fim, cabe assinalar que proposta de atualização da Convenção de Arbitragem encontra-se atualmente em análise pela Aneel. Espera-se que a sua homologação ocorra de forma célere, especialmente diante da corrida para a implementação de novas usinas de geração de fontes renováveis, deflagrada pela janela regulatória aberta pela Lei nº 14.120/2021. Estes empreendimentos são em boa parte financiados por contratos de comercialização de energia elétrica (*Power Purchase Agreements — PPAs*). Há, portanto, a possibilidade de expressivo número de conflitos em breve, vinculados a estes contratos. Seria recomendável que a nova Convenção de Arbitragem já estivesse em vigor para disciplinar estas disputas.

NOTAS

[1]

https://www.ccee.org.br/documents/80415/919507/ATA%2068%C2%AA%20AGE_19_10_2021.pdf/9955757-1afa-e32e-d8cf6a8b0e2d



[2] Conforme a Nota Técnica NT CCEE 06735/2021, de 16 de dezembro de 2021:

https://www.ccee.org.br/documents/80415/919440/Nota%20T%C3%A9cnica%20CCEE%20-%20CCEE06735-2021_site.pdf/79bd0de3-916b-c75b-e545-0b8ecc709144

[3]

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=interposto

[4] Existe divergência quanto à atuação da CCEE como substituta processual de seus associados, conforme decisões proferidas no Recurso Especial nº 1.511.140/PR:

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=interposto

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-abr-13/giamundo-queiroz-revisao-convencao-arbitragem-ccee/>