

09.11.00 – 11,30 h – São Paulo - SP

**SIMPÓSIO JURÍDICO TRIBUTÁRIO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE
CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA**

“ARBITRAGEM NO MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA”

Cláudio Vianna de Lima.

SUMÁRIO –

Exposição a partir da consideração dos meios amigáveis, pacíficos, não-contenciosos dos conflitos de interesses, alternativos da **JUSTIÇA COMUM**, monopólio do ESTADO. Diferenciam-se, em uma ordem crescente de complexidade, o mais simples a **negociação direta**, entendimento entre as partes divergentes, seguido da **mediação**, em princípio a mera aproximação das partes conflitantes, por um terceiro ou por terceiros, para que façam a negociação pessoal, e da **conciliação**, em que se exige do terceiro ou dos terceiros, um esforço a mais, na busca de levar as partes desavindas a um acordo, pondo fim à pendência que as separa, tendo, finalmente, a **arbitragem**, em que a intervenção do terceiro ou dos terceiros se dirige a resolver o dissídio em que se envolvem.

Firmam-se as distinções:

- **JUSTIÇA COMUM**, fundada na soberania (o relativo, hoje, poder incontestável do ESTADO, no âmbito de seu território, com a personalidade internacional, ou capacidade de ter direitos e obrigações na órbita das demais Nações).

- **CONSENSO COMUM**, base das soluções alternativas, amigáveis, ou seja o livre acordo de vontade, assegurado pela autonomia da vontade e pelo princípio da liberdade de contratar: quem pode contratar, em princípio, pode destratar, DESFAZER livremente o que livremente convencionou.

- **MEIOS ALTERNATIVOS AMIGÁVEIS**, os diferentes instrumentos utilizados FORA DA JUSTIÇA ESTATAL, como alternativas não-contenciosas de resolver pendências. Os **sistemas legais** (ou a **ordem jurídica** dos diversos países) reconhecem que os atos jurídicos que traduzem **acordo de vontades** de duas ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, podem criar, modificar, transferir ou extinguir direitos. Estes instrumentos se classificam em duas categorias: **FORMAS SIMPLES**, que, em tese, podem solucionar os conflitos em um ato-único, nada importando que, acidentalmente, em caso dado, sejam necessários mais atos. Enumeram-se tais meios: **1. NEGOCIAÇÃO DIRETA; 2. MEDIAÇÃO; 3. CONCILIAÇÃO; FORMA COMPLEXA**, em que, jamais, se poderá resolver a pendência em um ato-único, carecendo de atos sucessivos, seguidos e articulados, que, em sentido, leigo se pode designar processo, na medida em que a receita de um bolo, executada no quotidiano doméstico, faz com que a dona de casa ou a empregada obedeçam a um processo de fabricação. Tenha-se em conta que, em sentido técnico, o Direito Processual só considera processo aquela sucessão de atos antecedentes e subseqüentes visando a um mesmo fim, a prestação JURISDICIONAL do ESTADO, declarando o direito aplicável à espécie, dirimindo o conflito de interesses. Em Direito Processual só existe processo se os respectivos atos sucessivos se prendem à prestação

jurisdicional, destinando-se a solucionar o conflito de interesses submetido ao ESTADO para tanto. Muitos autores, em razão disso, chamam de processo administrativo estes processos não comprometidos com a jurisdição. O prof. NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO emprega a expressão “expediente”, evitando a impropriedade da referência a “processo administrativo”.

A **ARBITRAGEM** é o único meio alternativo amigável em que há esta sucessão de atos e que jamais será solvida em um ato só, importando em um procedimento através de que as partes em conflito confiam a terceiro (árbitro único) ou a terceiros (árbitros colegiados) a solução do conflito que elas não conseguem resolver. O árbitro ou os árbitros conhecem da questão e julgam, com o poder que as partes em divergência a eles confiaram. Não podem, no entanto, praticar atos de mando ou executar as suas próprias ordens. Só têm poderes para a prática de atos consensuais (combustível único da arbitragem!). Mas se se tratar de execução voluntária do decidido – portanto ato de vontade ! – esta é possível no âmbito arbitral.

• **NEGOCIAÇÃO DIRETA** é expressão que passou a ser empregada para definir o entendimento pessoal, face a face, das próprias partes em conflito, visando a mais pronta solução da pendência.. É a primeira iniciativa das partes e, no comum das vezes, a mais exitosa. O desenvolvimento de técnicas para melhorar as relações humanas, surgiram as preocupações com a maior eficiência da negociação, de sorte que se chegou a formar uma disciplina, ciência ou arte se dedicando a tal matéria. Deu-se a ela a designação significativa de **NEGOCIAÇÃO PROFISSIONAL**, com o nítido objetivo de distinguir da **NEGOCIAÇÃO DIRETA**. Na verdade quer a **NEGOCIAÇÃO DIRETA** quer a

NEGOCIAÇÃO PROFISSIONAL se constituem, hoje em dia, verdadeira e utilíssima ferramenta para os meios alternativos amigáveis de solução de conflitos de interesses.

• **MEDIAÇÃO**, a rigor, é a intervenção de um ou mais terceiros, de confiança e escolha das partes, chamados **MEDIADOR** ou **MEDIADORES**, **PARA APROXIMAR** as partes em dissídio para que negociem diretamente a solução da divergência;

• **CONCILIAÇÃO**, por outro lado, já importa em um trabalho de convencimento das partes em divergência, para que acertem o seu entendimento. Há, assim, não uma **obrigação de resultado** mas **de esforço**. O **conciliador** ou os **conciliadores** tem que sugerir soluções, propor fórmulas, para obter o acordo, que, se obtido, muito bem, se não conseguido ou se passa para uma outra forma de alternativa, ou mesmo se aconselha a ir à **JUSTIÇA COMUM**. Esta passagem de um para outro modo amigável ou mesmo para o contencioso, agiliza ainda mais a forma de solução pacífica. Tomando como exemplo a expressão do art. 50 do Código Civil, que considera **FUNGÍVEIS** os bens móveis que podem e **NÃO FUNGÍVEIS** os que não podem substituir-se por outros da mesma **espécie, qualidade e quantidade**, fala-se em **FUNGIBILIDADE DOS MEIOS ALTERNATIVOS**, por esta facilidade de se passar de um para outro, conforme indicado pelas circunstâncias.

Nos dias correntes há uma tendência para simplificação maior do que é simples. Designam-se indiferentemente de mediação e conciliação as duas formas. Alguns fazem mais: limitam a conciliação aos casos em que a **JUSTIÇA COMUM** intenta praticar as formas amigáveis.

Mas dois conceitos continuam distintos: **ARBITRAGEM**, envolvendo a solução de conflitos e **ARBITRAMENTO**, que é a constituição de prova para a demonstração da

verdade de um fato, como o valor de um imóvel, de uma jóia ou de uma indenização, a qualidade ou quantidade de uma coisa, a existência ou não de uma doença, a idade de um morto, a hora em que foi morto, etc.

E O MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA ?

O **M.A.E.** , sigla correspondente a **MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA** bem simboliza o novo regime disciplinador – ou seria devido se referir a **novos regimes normativos ?** – do sistema legal da energia em nosso País. Em 1988 foi instituído o M.A.E., em contrato multilateral de adesão entre os agentes que se identificaram na atividade de geração, distribuição e comerciadotes da energia elétrica a que se agregou a participação dos chamados consumidores livres . A Lei 9.648 de 27.05.98, criando o M.A.E. dispõe que é organizado e regido por regras estabelecidas onde se processam a compra e venda de energia, tanto por contratos bilaterais como em operações em curto prazo (SPOT). Buscou-se facilitar o intercâmbio de energia elétrica e a definição dos preços da energia comercializada, de acordo com o mercado, prevendo-se uma implantação gradual até 2006.

Reestruturou a ELETROBRAS e criou a OPERADORA NACIONAL DO SISTEMA (ONS), COORDENADORA da geração do sistema.

A safra de novas leis com o advento da Constituição de 05 de outubro de 1988, de modo geral uma Carta inovadora, já no que interessa, havia destacado a Lei 8987, de 13.02.95.(lei de geral de concessões) em termos muito próximos do ideal reclamado até então.Houve também uma lei específica para o mercado de energia elétrica, com a obrigação de licitação

de novas concessões e fixação de tarifas das mesmas também por via de leilão ou então o pagamento de quantias definidas.

Sob o ângulo do objeto desta exposição há que se verificar a documentação normativa mais importante, desde o Código de Águas e o Decreto 41.019, de 26.02. de 1957, este regulamentando os serviços de energia elétrica a partir do Código de Águas.

A legislação mais recente aponta a Lei 8631, de 04.03.1993, que inicia o processo de mudanças. Extingue o regime de “remuneração garantida”. Eliminou a “equalização tributária”, inominável absurdo tributário e econômico.

A infra-estrutura também foi renovada com a criação da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL (Lei 9427, de 26.12.96).

Foi necessário conhecer o sistema legal para tratar do objeto desta exposição.