

# **A ARBITRAGEM ENVOLVENDO SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO:**

## **Uma análise Jurídico-econômica**

Rodrigo Machado Moreira Santos<sup>1</sup>  
Edgar Gaston Jacobs Flores Filho<sup>2</sup>  
Afonso Henriques Moreira Santos<sup>3</sup>

O presente artigo tem como objetivo analisar, sob os focos jurídico e econômico, a possibilidade e as vantagens (ou desvantagens) da participação das sociedades de economia mista, que representam grande parte do setor elétrico brasileiro, em *arbitragens*. Esta análise é de grande importância para o citado setor, tendo em vista que a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, instituição com o objetivo de viabilizar as operações de compra e venda de energia elétrica no país, vincula seus agentes à *arbitragem* para a solução de litígios em algumas hipóteses elencadas na resolução normativa 109/2004 da ANEEL.

## **ÍNDICE**

- 1 – Introdução**
- 2 – Algumas mudanças no setor elétrico brasileiro**
- 3 – A “obrigatoriedade” da arbitragem no âmbito da CCEE**
- 4 – Sociedades de economia mista**
- 5 – O motivo da escolha da figura “sociedade de economia mista”**
- 6 – A solução de conflitos**
- 7 – A solução de conflitos através da arbitragem**
- 8 – Natureza jurídica da arbitragem**
- 9 – Arbitrabilidade subjetiva**
- 10 – Arbitrabilidade objetiva**
- 11 - A arbitragem nos contratos firmados por sociedades de economia mista**
- 12 - Conclusão**

---

<sup>1</sup> Advogado, formado pela Universidade Federal de Ouro Preto. Sócio da MS Consultoria Ltda.

<sup>2</sup> Professor adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica. É consultor na área de Assuntos Educacionais.

<sup>3</sup> Professor titular da Universidade Federal de Itajubá. Mestre em Engenharia Mecânica pela Universidade Federal de Itajubá. Doutor em Planejamento de Sistemas Energéticos pela Universidade Estadual de Campinas. Sócio da MS Consultoria Ltda.

## **1- Introdução**

A década de 80 marcou o início de profundas reformas econômicas na América Latina, com um forte movimento liberal, cotrapondo-se ao modelo estatal, que dominava a partir da década de 60. Isto foi, em parte, consequência das crises financeiras que assolavam a região, com elevado endividamento público, inflação e incapacidade de investir em infraestrutura. O Chile foi pioneiro nessas reformas, promovendo a abertura da economia e implantando sistemas mais competitivos em diferentes setores técnicos, destacando-se o setor elétrico. Este, tradicionalmente considerado monopólio natural em todas as suas atividades (geração, transmissão e distribuição), passou a ser visto como espaço de competição.

O Brasil seguiu esta tendência, ainda que tardiamente. Em 1990 foi criado o Plano Nacional de Desestatização – PND. Os objetivos centrais do citado plano eram, dentre outros: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura; III - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

Esta reforma trouxe uma consequente reestruturação do setor elétrico que, assim como no Chile, passou a ser visto como um terreno competitivo, o que já era previsto na Constituição da República, em seus arts. 175 e 176. Neste setor, porém, a grande maioria das empresas de geração e boa parte das empresas de distribuição ainda permaneceram sob a forma de sociedade de economia mista, ou seja, no âmbito da Administração Pública indireta.

Como um setor aberto à competição, este ficou mais propenso a litígios. Segundo observa o economista Oliver Williamson, criador da Economia dos Custos de Transação – ECT, “todo contrato complexo é inevitavelmente incompleto” (*apud*, LEMES, 2007, p. 179).

## **2- Algumas mudanças no setor elétrico brasileiro**

A reforma do setor elétrico brasileiro começou em 1993 com a lei 8631 e em 1995, a lei 9074 trouxe as bases institucionais para a sua reestruturação. No ano seguinte é criada a Agência Nacional de Energia Elétrica, órgão responsável pela regulação do setor.

Em 1996 foi implantado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Projeto RE-SEB), coordenado pelo Ministério de Minas e Energia. Como parte deste projeto, foi criado o Mercado Atacadista de Energia – MAE. O MAE era uma instituição onde era possível comercializar-se energia elétrica.

Em decorrência da crise de abastecimento no ano de 2001, o governo revisou o modelo planejado. Desta revisão vieram importantes alterações. A criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica em 2004, pelo decreto 5.177, foi uma delas. A CCEE substituiu o MAE em suas atribuições, além de assumir novas funções criadas pelo novo modelo.

Este modelo resultou, também, na criação de uma entidade responsável pelo planejamento do setor a longo prazo, a Empresa de Planejamento Energético – EPE, e de uma instituição com a função de monitorar permanentemente o setor, o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE (CCEE, 2009).

### **3- A “obrigatoriedade” da arbitragem no âmbito da CCEE**

A CCEE, impõe a seus agentes (considera-se “agentes” todos aqueles que distribuam, produzam, vendam ou comprem energia elétrica) a submissão de seus litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem. Esta imposição é feita através da resolução normativa 109/2004 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, que em seu art. 58, diz:

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 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.

Observa-se, portanto, que a CCEE vincula seus agentes à utilização da *arbitragem* para a resolução de seus conflitos, nas hipóteses acima apresentadas.

Como já dito acima, apesar da abertura do setor elétrico, a maior parte das empresas envolvidas com geração e distribuição são sociedades de economia mista. Estas empresas fazem parte da Administração Pública descentralizada ou indireta.

Sendo elas agentes, de acordo com o conceito acima apresentado, também estão vinculadas à *arbitragem*.

Importante se torna, então, uma análise jurídico-econômica das sociedades de economia mista, da possibilidade de participação destas em *arbitragens*, e das vantagens econômicas trazidas por este tipo de resolução de litígios (o que pode justificar vinculação trazida pela Resolução 109 da ANEEL).

#### **4- Sociedades de economia mista**

Denominam-se empresas estatais aquelas que são, direta ou indiretamente, administradas e controladas pelo Poder Público. São empresas estatais as empresas públicas e as sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias.

As sociedades de economia mista, em respeito ao princípio administrativo da legalidade, só poderão ser criadas com prévia autorização legal. Usa-se o termo *autorização legal*, pois a lei não dá início à sociedade. A lei autoriza sua criação que ocorre posteriormente, com a transcrição de seus atos constitutivos no registro público competente.

Antes da emenda constitucional 19/98, a Constituição expunha, no art. 37, XIX, que a lei criaria a sociedade de economia mista, o que não é fato. A citada emenda modificou o texto da lei, trocando “criar” por “autorizar”, que é o verbo correto a ser empregado. Manteve-se o termo “criar” somente para as autarquias públicas.

Em relação à sociedade de economia mista afirma o autor Erimá Carneiro, citado por Alberto Venâncio Filho:

Ela obedece em suas linhas mestras às normas que presidem à formação das demais entidades mercantis, mas são sempre de origem estatal [...] ela se situa dentro das normas de direito privado salvo naquilo que deixa de ser atividade meramente administrativa, gestiva e repercute no interesse nacional. Nas sociedades de economia mista há, pois, uma estrutura privada e uma superestrutura pública. (1968, p. 428 e 429)

As sociedades de economia mista são sociedades anônimas e, assim sendo, conforme pode ser compreendido através da citação acima, regem-se pela lei das sociedades anônimas (lei 6.404/76). A citada lei contempla o tipo de sociedade em estudo em seus arts. 235 a 241 e diz expressamente que “as sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”.

Esta afirmação da citada lei diz respeito, exatamente, ao fato de que as sociedades de economia mista seguem os padrões das sociedades anônimas em

geral, e, ao fazê-lo, não infringem o ordenamento jurídico. Caso haja outra norma relativa a alguma especificidade deste tipo de sociedade, esta última deve ser seguida.

Como fazem parte da Administração Pública, as sociedades de economia mista estão sujeitas a um sistema externo de controle, além daquele realizado internamente pelo conselho fiscal, conselho administrativo e pelos acionistas. Pode-se entender que este controle compõe a chamada “superestrutura pública” mencionada por Erimá Carneiro, sendo exercido pelas três esferas de poder do Estado, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Além do controle indireto, ou fiscalização, feita pelo Estado, o controle interno também pertence, ainda que indiretamente ao Estado. Esta afirmação pode ser feita pelo fato de que o poder legal de determinar o destino da sociedade, que se traduz na eleição da maioria dos administradores da mesma, está em mãos estatais. Isto porque o Estado possui a maioria das ações ordinárias, aquelas com direito a voto, ainda que não possua capital majoritário.

Pode-se dizer então, que, segundo o art. 116 da lei das sociedades anônimas, o Estado é o acionista controlador das sociedades de economia mista. Assim sendo, como dispõe a lei:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Vê-se, assim, que nas sociedades de economia mista, apesar de prevista a participação de sócios privados, o controle quase que completo está nas mãos do Estado. Conforme observa Rubens Requião a pessoa jurídica controladora da sociedade de economia mista pode “orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”, segundo o princípio da *supremacia do interesse público* (2007, p. 48).

Isto não influencia o fato de que, como já dito anteriormente, elas possuem personalidade jurídica de Direito Privado. Em relação ao regime jurídico das sociedades de economia mista observa a autora Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Embora elas tenham personalidade desta natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em personalidade jurídica de direito privado, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que esteja na presença de norma expressa de direito público. (1992, p.285)

Esta interpretação, feita pela autora, do regime jurídico diferenciado, por ela chamado de “híbrido”, ajuda a compreender a verdadeira natureza jurídica das citadas sociedades. Além disto, o fato de as empresas estatais regerem-se primordialmente pelo Direito Privado é, na verdade, a razão pela qual elas existem. É este fato que

levou o Estado a concebê-las, pois seria a única forma de explorar diretamente o domínio econômico sem caracterizar abuso de poder e sem desfigurar o mercado.

## **5- O Motivo da escolha da figura “sociedade de Economia Mista”**

Torna-se importante a análise dos motivos que levaram o legislador a regulamentar as sociedades de economia mista.

Segundo a Constituição da República, em seu art. 173, parágrafo 1º, inciso II, as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Com uma organização corporativa nos moldes de empresas privadas, as empresas estatais conseguem uma diminuição dos *custos de transação*. Kenneth Arrow, citado pelo economista americano Oliver Williamson, define os *custos de transação* como sendo: “costs of running the economic sistem” (1985, p. 18). Isto é atingido através de, entre outras coisas, uma diminuição dos entraves burocráticos inerentes aos entes públicos.

As sociedades de economia mista seguem, portanto, as regras referentes às sociedades anônimas. A própria lei diz isto expressamente, como já citado acima. Desta maneira, a intenção do legislador foi permitir que as empresas estatais se organizassem de uma maneira viável para o mercado.

Uma sociedade empresarial opta pela organização de sociedade anônima por uma razão principal: facilidade em capitalizar a empresa. Neste tipo de sociedade, tanto na fechada quanto na aberta, não é necessária, em regra, nenhuma mudança estatutária para incrementar o capital social.

Ao possuir uma proposta forte e uma empresa já consolidada, a sociedade pode recorrer à abertura do capital para atrair pessoas que acreditam no crescimento da empresa e querem lucrar com isto.

Estas pessoas tornam-se, então, acionistas da sociedade empresarial, que consegue aumentar o seu capital e, conseqüentemente, os seus investimentos. Isto, em suma, é o que direciona a decisão de se abrir o capital de uma sociedade.

Esta mesma explicação serve para fundamentar a escolha deste tipo de sociedade pela Administração Pública.

Na década de 60, quando foi promulgado o Decreto-lei 200/67, o Brasil se deparava com uma enorme demanda por serviços essenciais e o governo não possuía

verbas nem estruturas suficientes para atender a esta demanda. Esta situação, de certa forma não mudou e não tende a mudar, pois os recursos públicos são limitados e os gastos normalmente crescentes.

A solução encontrada pela Administração foi a de se submeter ao Direito Privado e, através dele, explorar as atividades de uma maneira economicamente viável. Isto quer dizer, com fim de lucro, mesmo não sendo este o seu principal objetivo.

Ainda, o legislador manteve as exigências postas às sociedades anônimas ditas “comuns”, às sociedades de economia mista, quais sejam: conselho fiscal e administrativo, auditorias externas, e outras. Isto é uma maneira de fiscalização e de incentivo às sociedades que se deparam com a necessidade de apresentar bons resultados, não somente relativos ao Estado, mas também econômicos. Até porque, são os resultados econômicos que trarão investidores e possibilitarão o aumento do valor da empresa.

Desta maneira as sociedades de economia mista atingem o seu objetivo (de explorar determinada área do domínio econômico) utilizando não somente recursos públicos, mas capital privado atraído por seu desempenho econômico.

Isto, somado a uma maior flexibilidade na atuação perante o mercado, implica em um melhor desempenho da sociedade de economia mista, segundo os moldes da já mencionada Administração de resultados.

Portanto a opção pela figura da sociedade de economia mista vem da necessidade de uma maior sustentabilidade econômica para o desenvolvimento de atividades econômicas pelo Estado.

## **6- A solução de conflitos**

O fortalecimento do Estado ao longo dos tempos provocou uma centralização da ação pacificadora de litígios, gerando uma quase exclusividade da jurisdição estatal, principalmente depois da primeira guerra mundial. O exercício da autotutela é considerado crime pelo Código Penal brasileiro, tanto quando praticada pelo particular (art. 345), quanto pelo Estado (art. 350).

O grande problema é que o particular, qualquer que seja, não pode, com sucesso, impedir o surgimento de todo e qualquer litígio referente ao contrato. Segundo Oliver E. Williamson: “Todos os contratos complexos são inevitavelmente incompletos” (*apud*, LEMES, 2007, p. 179). Esta afirmação baseia-se na *racionalidade limitada*, ou seja, não se podem prever todos os possíveis problemas futuros ligados à execução do contrato.

O autor americano sustenta a teoria de que, graças a esta *racionalidade limitada* e às lacunas causadas pela mesma, as partes do contrato podem aproveitar para quebrá-lo em momentos que lhes pareçam oportunos, em nome do interesse próprio. É o que Williamson chama de *oportunismo* das partes.

Sempre que estes dois pilares da teoria de Williamson (*racionalidade limitada* e *oportunismo*) (1985) são manifestados, tem-se um litígio referente àquele contrato.

O desenvolvimento das relações negociais, provenientes de um Estado capitalista e de uma economia de mercado, sobrecarregaram o sistema preponderantemente estatal. Assim foram se formando formas alternativas de solução de conflitos fundamentados pela lei.

## **7- A solução de conflitos através da arbitragem**

A *arbitragem* pode ser definida como uma instituição através da qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Percebe-se, assim, que a *arbitragem* é tratada pelo presente estudo como uma “instituição”. Assim o é, pois se reconhece a existência de um conjunto de normas jurídicas que a regulamentam e a intencionalidade coletiva (consenso) que a sustenta.

Para que o litígio a ser pacificado seja submetido à *arbitragem*, é indispensável a manifestação da vontade das partes, uma vez que nenhum litígio pode, forçosamente, ser afastado do judiciário. Este é um princípio constitucional contido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República.

Outro quesito essencial da arbitragem é a presença de um terceiro, ou de terceiros (juízo arbitral), que é chamado para solucionar o conflito. Este terceiro é denominado árbitro. Segundo o art. 18 da lei de *arbitragem* “o árbitro é juiz de fato e de direito”. Pode-se entender que o árbitro é revestido de jurisdição para o caso específico no qual foi chamado a intervir. Ou seja, ele tem uma jurisdição limitada a cada caso.

Como bem define René David, os árbitros “detêm seus poderes de uma convenção privada e julgam com base nesta convenção, sem serem investidos dessa missão pelo Estado” (*apud*, LEMES, 2007, p. 59). Disto pode-se compreender que, segundo argumenta Carreira Alvim, o árbitro não deveria ser chamado de juiz de fato e de direito, como expõe a lei, mas sim de juiz *do* fato e *do* direito, pois é do acordo das partes que nasce seu poder, sua jurisdição (2007, pp. 126-127).



Cabe ainda dizer que, apesar de possuir esta jurisdição, o árbitro não possui o poder de constrição ou coerção que possuem os juízes togados. Desta maneira, durante o procedimento arbitral, a presença do judiciário pode ocorrer, sempre que forem necessárias medidas coercitivas. O árbitro possui a jurisdição, mas não possui o império (do latim: *imperium*), que é o poder de utilizar medidas coercitivas, o qual é inerente ao Estado e, assim sendo, à toga.

Deve-se agora direcionar a atenção à matéria sujeita a arbitragem. Conforme se lê no art. 1º da lei 9.307/96, somente poderão ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis. O legislador limitou o direito a ser posto em juízo privado, não somente à patrimonialidade, mas também à sua disponibilidade. Ou seja, cuidou para que se limitassem somente a direitos negociáveis.

A disponibilidade ou não dos direitos relativos à Administração Pública indireta é questão de grande importância para o presente estudo. Este assunto voltará a ser abordado quando for estudada a arbitrabilidade objetiva, que diz respeito à matéria a ser submetida à *arbitragem*.

Foram estudados até o presente momento vários elementos formadores do conceito da *arbitragem*, mas ainda há de se observar o seu resultado no mundo jurídico. Este resultado é manifestado pela *sentença arbitral*.

A *sentença arbitral* vincula as partes; é obrigatória. Uma vez prolatada, ela constitui título executivo judicial, segundo o inciso IV, do artigo 475-N, do Código de Processo Civil. A grande inovação trazida pela lei 9.307/96 foi a de dispensar a necessidade de homologação da *sentença arbitral* para que esta adquira seu caráter obrigacional. Além disto, a sentença prolatada pelo árbitro, ou juízo arbitral, é irrecorrível. Podem, entretanto, as partes pedir esclarecimentos referentes à sentença ou correção referente a algum erro de material, segundo o art. 30 da citada lei.

Portanto a *arbitragem* impede, em um primeiro momento, que o judiciário conheça da questão. Somente poderá fazê-lo posteriormente, no caso de anulação ou no caso de impugnação à execução da *sentença arbitral* ou durante o processo arbitral quando se torne necessário o poder de império de um juiz togado.

## **8- Natureza jurídica da arbitragem**

A natureza jurídica da *arbitragem* é tema controvertido. Pelo menos três correntes têm disputado a identificação da natureza jurídica do instituto: a contratual, a jurisdicional e a híbrida.

A corrente contratual defende que a *arbitragem* é um instituto de direito privado, disciplinado no direito das obrigações. Observa-se que esta teoria se baseia

na manifestação da vontade das partes, quesito indispensável para a instituição da *arbitragem*. Inclusive a matéria é tratada no Código Civil de 2002 nos artigos 851 a 853.

Alguns autores, que defendem esta natureza jurídica para o instituto, afirmam que o caráter jurisdicional aparece somente quando torna a sentença arbitral vinculante por si própria. Pode-se citar o autor francês Jean Robert, que afirma:

[...] l'aspect volontariste de l'arbitrage lui donne donc un caractère essentiellement contractualiste, qui en est la marque. Si l'arbitrage va comporter nécessairement un composante juridictionnelle en ce qu'il aboutit à une sentence comportant en elle-même une potencialité d'exécution directe, il est hors de doute que la composante contractuelle est de loin la plus importante." (*apud*, GONÇALVES VILELA, 2004, p. 43).

Como se pode ver, reconhece-se o caráter jurisdicional da *arbitragem*, mas este é considerado, somente, como uma medida de viabilização do instituto.

A corrente jurisdicional toma como base o fato de que a sentença prolatada pelo árbitro, ou árbitros, é obrigatória e vinculativa, além disto, em nosso ordenamento, ela faz coisa julgada.

Outro argumento é que o instituto sob estudo substitui a jurisdição estatal. Como visto anteriormente, o princípio constitucional contido no artigo 5, inciso XXXV da Constituição da República, diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito”. Desta maneira, a *arbitragem* corresponderia à jurisdição estatal, não ferindo este princípio.

Argumenta-se também, que se for considerada a natureza jurídica da *arbitragem* como sendo contratual, não há como se justificar a desnecessidade de homologação no judiciário da sentença prolatada pelo árbitro, assim como o poder do mesmo de fazer coisa julgada.

A terceira corrente pacífica as contradições existentes nas outra duas citadas. A corrente híbrida considera a *arbitragem* como contratual na fonte e jurisdicional no objeto, não impondo uma hierarquia entre os dois.

Como bem explica José Carlos de Magalhães, “o laudo arbitral não é ato integrativo do compromisso, nele tem seus fundamentos e seus limites, mas seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes” (*apud*, LEMES, 2007, p. 61). Observa-se que o autor se refere a “laudo arbitral”, mas, como já esclarecido anteriormente, para fins deste estudo, este não é considerado o termo correto. Leia-se sentença arbitral.

O autor acima citado expõe de maneira clara o motivo de se considerar a *arbitragem* como sendo de natureza tanto contratual quanto jurisdicional. A manifestação da vontade das partes é onde o instituto se baseia e nela se justificam seus poderes (jurisdição do árbitro e poder vinculante da sentença). Mas, apesar de se

justificarem na manifestação da vontade, estes poderes derivam da lei, assumindo assim, caráter jurisdicional.

Um outro fato que suporta a corrente híbrida é que o compromisso arbitral é contemplado pelo Código Civil de 2002, assim sendo considerado norma de direito material. Já a lei de *arbitragem*, é considerada norma de direito processual.

Para fins deste estudo, porém, considerar-se-á a *arbitragem* como tendo uma natureza jurídica contratual, pois, como sustenta Eros Grau, ela não exclui a jurisdição estatal, mas a precede (2008, p. 308). Vê-se assim que este instituto, ainda que regulado pela legislação, decorre unicamente da vontade das partes ao firmarem o contrato.

No caso dos agentes da CCEE, pode-se afirmar que a vontade das partes é externada ao se vincularem à entidade, uma vez que, como expresso anteriormente, a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica obriga a utilização da *arbitragem*.

## 9- Arbitrabilidade Subjetiva

Segundo a autora Selma Lemes:

O Estado como pessoa jurídica de Direito Público e Privado (sociedade de economia mista e empresa pública), tem **capacidade legal** para assumir obrigações, direitos e responsabilidades e, por consequência, firmar contratos com particulares (LEMES, 2007, p. 42) (grifo nosso).

Com esta afirmação a autora demonstra que, ao menos quanto ao critério subjetivo da arbitrabilidade, não existe muitas dúvidas de que a Administração pode participar de *arbitragens*. A lei diz: “toda pessoa capaz de contratar”. A Administração é formada por pessoas jurídicas de Direito Público, que eventualmente assumem a estrutura de Direito Privado, e, assim sendo, pode firmar contratos.

A capacidade apresentada no texto da lei refere-se à capacidade civil, ou seja, pessoa no gozo de seus direitos e obrigações. Quando se discutiu a natureza jurídica da *arbitragem* percebeu-se que o seu caráter é, preponderantemente, contratual. Desta maneira, impedir que o Estado firme a convenção de arbitragem, tanto através da cláusula arbitral como do compromisso arbitral, seria impor uma restrição à sua autonomia contratual.

Não há muito que se discutir quanto à arbitrabilidade subjetiva nos casos que envolvam o Estado, salvo, como defende Castro Nunes, quando este age como Poder Público (*apud*, LEMES, 2007, p. 116 e 117), hipótese na qual estaria representando um direito indisponível e não poderia optar por este instituto.

Portanto, quanto à capacidade de firmar a convenção arbitral, esta é a mesma de contratar e deriva, como defendido no item anterior, de um acordo de vontades. Desta maneira, não há que se discutir “se” o Estado pode se valer da *arbitragem*, mas sim “em relação a quais direitos”.

## 10- Arbitrabilidade Objetiva

A segunda parte do artigo 1º da lei 9.307/96 apresenta os direitos que poderão ser objetos da *arbitragem*. Estes devem ser “patrimoniais disponíveis”. Como exposto no item 4.2, a lei limita a possibilidade de submissão à *arbitragem* aos direitos negociáveis.

Se for assim entendido, quando a Administração contrata com o particular, o direito envolvido naquela obrigação é, sem dúvidas, negociável e, por esta razão, arbitrável.

A maior discussão quanto a este assunto surge ao se analisar o interesse público. Este último é indisponível e é o objetivo central da Administração Pública, segundo o princípio da *supremacia do interesse público*. Marçal Justen Filho sustenta que “[...] o regime jurídico de Direito Público, que preside o direito administrativo, caracteriza-se pela supremacia e indisponibilidade do interesse público” (2006, p. 36). Indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício.

Não se deve confundir interesse público com interesse do Estado. Este último é o instrumento existente para salvaguardar os interesses públicos. Assim, estes pré-existem em relação àquele. Isto é bem apresentado pelo autor Cesare Beccaria, quando sustenta o motivo da existência da supremacia do Estado e porque os homens a ela se sujeitam.

Fatigados de viver apenas em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de a manter tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir o restante com mais segurança. A soma destas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e o encarregado pelas leis e depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo. (2003, p. 18)

Do trecho apresentado pode-se compreender que os cidadãos abdicam um pouco de sua liberdade em favor do Estado, em nome de sua proteção e do interesse público. A expressão “bem geral”, contida no texto, diferencia-se de bem público e pode ser entendida como uma parte constitutiva do interesse público.

Logicamente, o interesse público como entendido atualmente é mais amplo do que a idéia inicial apresentada por Beccaria. A sociedade não se contenta somente

com a segurança oferecida pelo Estado e a manutenção da liberdade individual, mas a razão motivadora se manteve a mesma.

Os argumentos acima apresentados sustentam o fato de o interesse público ser indisponível, pois foi quem motivou e motiva a existência do Estado. Assim sendo, não pode o Estado dele dispor.

Para a manutenção do interesse público, o Estado possui mecanismos de gestão de suas atividades. Estes mecanismos integram a Administração Pública. Esta possui seus interesses para melhor perseguir seu objetivo, o interesse público.

Existe, desta maneira, o interesse público primário, que é aquele responsável pela boa vivência em sociedade dentro do Estado. Para atingi-lo, porém, existem os interesses públicos secundários que fazem parte da gestão administrativa e que possuem natureza instrumental e características patrimoniais. O interesse público secundário corresponde, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao interesse da Administração (BRASIL, 2005).

Então, os meios pelos quais a Administração trabalha para atingir seu fim maior, são negociáveis, inclusive para melhor atender o seu próprio objetivo.

Afirma Eros Roberto Grau que “[...] não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público” (2008, p. 313).

No caso das empresas estatais, não restam dúvidas quanto à possibilidade da utilização da *arbitragem* e a validade das cláusulas compromissórias por elas firmadas, ao se analisar o voto do Ministro do STJ João Otávio da Noronha referente ao recurso especial n. 606.345 – RS de 17 de maio de 2007. Nele o citado Ministro expõe:

[...] pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito [...], os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. (BRASIL, 2007)

Conforme o entendimento do STJ em decisões recentes como a acima citada, a cláusula compromissória pode figurar em contratos administrativos celebrados pelas empresas estatais sem nenhum prejuízo ao interesse público.

Portanto estes entes da Administração Pública indireta podem valer-se da *arbitragem* sem obstáculos legais.

## **11- A arbitragem nos contratos firmados por sociedades de economia mista**

Segundo o que já foi aqui esclarecido, pode-se afirmar que as sociedades de economia mista, quando contratam com particulares, estão agindo em conformidade com o interesse público secundário. Firmam contratos para terem os meios de atingirem o seu objetivo de explorar determinada área do domínio econômico, cumprindo, desta maneira a sua função administrativa segundo o interesse público.

Foi sustentado, também, que este tipo de sociedade é um ente da Administração Pública indireta, mas que se sujeita, segundo a Constituição da República, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. No caso das sociedades de economia mista, por configurarem um tipo de sociedade anônima, deve-se seguir os ordenamentos contidos na lei das sociedades anônimas (lei 6.404/76), além daqueles contidos em legislação especial.

Cabe agora apresentar e defender as vantagens trazidas pela utilização da *arbitragem* nos contratos firmados pelas sociedades de economia mista, pois a possibilidade desta utilização já foi sustentada acima. Viu-se que não há impedimentos legais para tal em uma análise legal. Conforme afirma o Ministro João Otávio de Noronha:

É certo que a Emenda Constitucional n. 19/98 previu a edição, por lei, de estatuto jurídico para as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica (CF, art. 173), com vistas a assegurar sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade, bem como sua sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública. Isto não representa, entretanto, o engessamento destas empresas no que diz respeito à possibilidade de se utilizarem dos mecanismos de gerência e administração próprios da iniciativa privada, direcionados para o pleno desenvolvimento de suas atividades comerciais [...]. (BRASIL, 2007)

Respeita-se, desta forma, o princípio da *legalidade*.

Ainda, segundo os princípios da *eficiência* e da *economicidade*, a solução dos conflitos provenientes de contratos administrativos firmados pelas sociedades de economia mista por *arbitragem*, é a melhor opção.

Já foram apresentados os pilares da teoria do economista Oliver Williamson. Quais sejam: A *racionalidade limitada*, o *oportunismo* e os *custos de transação*. Através de uma análise geral pode-se concluir que, como “todos os contratos complexos são inevitavelmente incompletos” (*apud*, LEMES, 2007, p. 179), sempre é possível que uma das partes do contrato o descumpra, motivada pelo *oportunismo*. Descumprido o contrato, surge um litígio. Este litígio deve ser solucionado, o que traz, inevitavelmente, custos. Este é o porquê de os *custos de transação* serem influenciados pelos litígios relativos aos contratos.

Os custos trazidos pela solução destes litígios influenciarão os valores presentes no contrato. Segundo Marçal Justen Filho, “o preço de um produto não reflete apenas seus custos diretos, mas também todas as despesas indiretas. [...] Com

a redução da incerteza e a proteção do particular contra eventos extraordinários, viabiliza-se o pagamento do menor preço possível” (2006, p. 301).

Mesmo não podendo os litígios ser evitados, pode-se amenizar a incerteza do particular com a inclusão da cláusula compromissória no contrato. Desta maneira o contratante saberá que, caso surjam conflitos, as perdas por eles trazidos serão menores, devido menor valor da *arbitragem* (na grande maioria dos casos) frente ao judiciário. Saberá ainda que o tempo de solução de tais conflitos será menor. Isto reflete no preço por ele exigido, como afirma o autor.

Segundo o João Otávio de Noronha, as sociedades de economia mista podem utilizar de mecanismos de gestão que lhes propiciem um melhor desenvolvimento de suas atividades (REsp n. 606.345 – RS de 17 de maio de 2007). Esta afirmação é feita em afinidade com as razões pelas quais tais sociedades foram criadas. No item 3.2.1, demonstrou-se que a razão da existência destas era diminuir os custos de transação e permitir que elas se capitalizassem. É, pois, ofensivo ao interesse público não permitir que as decisões de gerência sejam tomadas livremente pelas sociedades de economia mista.

Ao optar-se pela utilização da *arbitragem*, tem-se em vista a diminuição de prováveis *custos de transação*. Em uma comparação feita por Oliver Williamson, estes custos são comparados ao atrito em um sistema mecânico (1985, p. 18 e 19). O atrito representa energia desperdiçada durante o trabalho do sistema. A diminuição deste atrito resulta em um sistema mais eficaz.

Desta maneira, pode-se comparar a *arbitragem* a um rolamento num sistema mecânico. O rolamento minimiza o atrito e a *arbitragem* diminui os *custos de transação*, fazendo as atividades das sociedades de economia mista ficar mais eficazes. Contribui-se então para o princípio da *eficiência*. Quando a sociedade se torna mais eficiente, consegue explorar melhor o seu objeto, apresentando melhores resultados.

Presume-se então que, se as sociedades de economia mista foram criadas para explorar certas atividades do domínio econômico em nome do Estado, elas devem fazê-lo da melhor maneira possível, atendendo o interesse público, que é a razão de sua existência e o seu principal objetivo.

Portanto, por serem sociedades anônimas, a apresentação de melhores resultados das sociedades de economia mista implica, segundo as regras de mercado, em uma valorização das ações da empresa e, conseqüentemente, dela mesma. Isto representa uma melhor gestão dos recursos públicos, o que, segundo já afirmado, é um dever da Administração, e um melhor atendimento à sua função administrativa e ao interesse público.

## 12- Conclusão

O fato de a CCEE vincular a solução de litígios entre seus agentes à *arbitragem* não fere a voluntariedade, requisito básico para a utilização da instituição, se for entendido que a declaração da vontade das partes é dada no momento em que se associam à Câmara.

No caso das sociedades de economia mista, representantes de grande parte do setor elétrico, a utilização da *arbitragem* se mostra uma opção, não somente amparada pela lei, como também altamente recomendável, em atendimento aos princípios administrativos aos quais ela se submete.

Segundo a economia dos custos de transação – ECT, é impossível atingir um contrato perfeito, sem falhas ou lacunas. Porém, quanto mais destas falhas ele puder prever, menos litígios podem dele se derivar. Encontra-se aí a grande vantagem de um contrato conter a cláusula compromissória. Quando prevista desde o início da relação contratual, as partes possuem a segurança trazida pela instituição da *arbitragem*, pelas suas características já apresentadas.

Logo, a opção da CCEE pela *arbitragem*, traz vantagens, de certo modo, à Administração Pública. Isto pode ser dito se observarmos que, se esta vinculação não estivesse expressa, este meio de solução de conflitos provavelmente não seria utilizado pelas sociedades de economia mista do setor, tendo-se em vista o preconceito que ainda existe frente a esta instituição por parte da Administração.

## BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas, São Paulo, Rideel, 1ª ed., 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. II. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Comentários à lei de Arbitragem. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora. 2008.

Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, sítio de internet.  
<http://www.ccee.org.br/cceeinterdsm/v/index.jsp?vgnextoid=96a0a5c1de88a010VgnVCM100000aa01a8c0RCRD>, último acesso em: 07 de março de 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.



- FIUZA, César. Teoria Geral da Arbitragem. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- GONÇALVES VILELA, Marcelo Dias. Arbitragem no Direito Societário, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. Direito Posto e o Direito Pressuposto, O. 7 ed. São Paulo. Malheiros, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Cláusula Compromissória. RDBA 18/401, out./dez. 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública, A. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29 ed. São Paulo, Malheiros, 2004.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, São Paulo, Saraiva, 2007
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. Intervenção do Estado no Domínio Econômico, A. O Direito Público Econômico no Brasil. 1 ed. Renovar, 1998.
- WILLIAMSON, Oliver E.. Economic Institutions of Capitalism, The. Firms, Markets, Relational Contracting. Nova York. Free Press, 1985.