



Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP  
Mestrado Profissional em Direito

JOSÉ BATISTA SOARES NETO

**DESAFIOS E POSSIBILIDADES DA ARBITRAGEM NOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DO SETOR ELÉTRICO  
BRASILEIRO**

Brasília-DF  
2026

JOSÉ BATISTA SOARES NETO

**DESAFIOS E POSSIBILIDADES DA ARBITRAGEM NOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DO SETOR ELÉTRICO  
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu*, como parte do requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Luís Felipe Perdigão de Castro

Brasília-DF  
2026

JOSÉ BATISTA SOARES NETO

**DESAFIOS E POSSIBILIDADES DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu*, como parte do requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Luís Felipe Perdigão de Castro

Brasília, 26 de janeiro de 2026.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Luís Felipe Perdigão de Castro – IDP

Orientador

---

Prof. Dr. Guilherme Pereira Pinheiro – IDP

Examinador

---

Prof. Dr. Felipe Faiwichow Estefam – PUC/SP

Examinador

Código de catalogação na publicação – CIP

S676d Soares Neto, José Batista

Desafios e possibilidades da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro / José Batista Soares Neto. — Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2026.

165 f. : il. color.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). Luís Felipe Perdigão de Castro

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2026.

1. Arbitragem. 2. Contratos administrativos. 3. Sistema de distribuição de energia elétrica - Brasil. I.Título

CDDir 341.4618

À minha família, Cassandra, Enzo e Mila,  
fonte de apoio, cuidado e proteção.

Aos meus colegas de trabalho, Luís  
Eduardo, Isadora Miranda, Gabriel  
Valadares e Lucas Baggio, com quem  
tanto compartilho meu dia a dia.

Ao Ludovico Einaudi, pelas excelentes  
trilhas sonoras que me acompanharam na  
pesquisa e redação da presente  
dissertação. O mundo precisa de mais  
Ludovico.

## RESUMO

Esta dissertação examina os desafios e possibilidades para adoção da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro, partindo da constatação de que o modelo regulatório vigente, apesar de sua relevância para o desenvolvimento econômico e social do país, tem enfrentado intervenções políticas malsucedidas, falhas de governo e distorções regulatórias que estimularam a judicialização em larga escala de temas tecnicamente complexos. A pesquisa identifica que, especialmente entre 2015 e 2025, houve um aumento expressivo de demandas judiciais envolvendo a regulação dos serviços de energia elétrica, com repercussões econômicas, concorrenciais e sistêmicas que ultrapassaram a formação jurídica e a experiência habitual do Poder Judiciário. O cenário se torna ainda mais crítico quando se observa uma severa fragmentação da jurisprudência sobre a matéria, o que é agravado pela morosidade judicial. Nesse contexto, como marco teórico, a pesquisa utiliza a teoria dos custos de transação e a teoria processual administrativa da regulação, destacando que a solução de determinados conflitos pode ser mais eficiente por meio de mecanismos alternativos à jurisdição estatal, sobretudo quando o processo judicial gera insegurança jurídica e instabilidade institucional. De forma empírica, a pesquisa avalia litígios judiciais específicos do setor elétrico, com especial atenção aos problemas de judicialização relativos ao (i) Fator de Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia (GSF) e (ii) os cortes de geração por *constrained-off*, avaliando a divergência de entendimento das decisões judiciais e o tempo de tramitação e resolução dessas demandas. Em seguida, a pesquisa sistematiza o emprego da arbitragem em contratos administrativos envolvendo a Administração Pública, analisando o histórico jurisprudencial favorável, as alterações introduzidas pela Lei nº 13.129/2015 e pelo Decreto nº 10.025/2019 e sua aplicação limitada aos setores portuário, ferroviário, aquaviário, rodoviário e aeroportuário. A pesquisa demonstra que a falta de previsão normativa específica para o emprego do mecanismo no setor elétrico provoca insegurança significativa ao uso do mecanismo nos contratos administrativos de natureza regulada, apesar de sua potencialidade para oferecer celeridade, tecnicidade, segurança jurídica e decisões mais consistentes com a lógica do setor. Como resultado, o estudo propõe um plano de intervenção dividido em três eixos: (i) a inclusão expressa do setor elétrico no Decreto nº 10.025/2019; (ii) a regulamentação de cláusula-modelo, com a definição de limites formais e materiais, além de procedimentos e diretrizes ao uso da arbitragem; e (iii) a adoção de instrumentos de acompanhamento e aperfeiçoamento como a Análise de Resultado Regulatório (ARR), de modo a consolidar a arbitragem como mecanismo adequado de resolução de conflitos específicos nos contratos administrativos do setor elétrico. Assim, conclui-se que a incorporação da arbitragem tende a reduzir a judicialização setorial, mitigando seus impactos financeiros e operacionais e aprimorando a gestão e governança dos contratos administrativos, com o objetivo de promover um ambiente regulatório mais estável, eficiente e alinhado ao atendimento do interesse público na prestação dos serviços regulados de energia elétrica.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Administração Pública. Setor elétrico brasileiro. Contratos administrativos.

## ABSTRACT

This dissertation examines the challenges and possibilities for adopting arbitration in administrative contracts within the Brazilian electricity sector, starting from the observation that the current regulatory model, despite its relevance to the economic and social development, has faced unsuccessful political interventions, government failures, and regulatory distortions that have stimulated large-scale judicialization of technically complex matters. The research identifies that, particularly between 2015 and 2025, there was a significant increase in lawsuits involving the regulation of electricity sector, with economic, competitive, and systemic repercussions that exceeded the legal training and the usual institutional experience of the Judiciary. The scenario becomes even more critical when one notes the severe fragmentation of jurisprudence on the subject, further aggravated by judicial delays. In this context, as its theoretical framework, the research employs the theory of transaction cost economics and the administrative-procedural theory of regulation, emphasizing that the resolution of certain disputes may be more efficient through mechanisms alternative to state jurisdiction, especially when judicial proceedings generate legal uncertainty and institutional instability. Empirically, the research evaluates specific disputes in the electricity sector, with particular attention to the judicialization problems related to the (i) Generation Scaling Factor (GSF) and (ii) renewable energy curtailments, assessing both the divergence in judicial interpretations and the time required for the processing and resolution of these disputes. Then, the research systematizes the use of arbitration in administrative contracts involving the Public Administration, analyzing the favorable jurisprudential developments, the legislative changes introduced by Law No. 13,129/2015 and Decree No. 10,025/2019, and their limited application to the port, railway, waterway, roadway, and airport sectors. The study demonstrates that the absence of specific regulatory provisions for the use of arbitration in the electricity sector has produced significant uncertainty regarding its use in regulated administrative contracts, despite its potential to provide speed, technical expertise, legal certainty, and decisions more consistent with the sector's operational logic. As a result, the study proposes an intervention plan structured around three axes: (i) the express inclusion of the electricity sector within the scope of Decree No. 10,025/2019; (ii) the regulation of a model arbitration clause, with the definition of formal and material limits, and procedural guidelines; and (iii) the adoption of monitoring and improvement instruments, such as the Regulatory Outcome Analysis (ROA), in order to consolidate arbitration as an appropriate mechanism for resolving sector-specific disputes in administrative contracts. Accordingly, the dissertation concludes that the incorporation of arbitration can reduce sectoral judicialization, mitigating its financial and operational impacts and improving the management and governance of administrative contracts, thereby promoting a more stable, efficient, and predictable regulatory environment aligned with the public interest in the provision of regulated electricity services.

**Keywords:** Arbitration. Public Administration. Brazilian Electricity Sector. Administrative Contracts.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 01 – Regras de Comercialização de Energia Elétrica – Caderno 04 – Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).....	46
Figura 02 – Painel Geração do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).....	47
Figura 03 – Imagem do autor (efeitos financeiros da 3ª Fase do GSF).....	50
Figura 04 – Imagem do autor (análise de decisões judiciais de 1ª instância sobre o GSF)..	53
Figura 05 – Imagem do autor (análise de decisões judiciais de 2ª instância sobre o GSF)..	55
Figura 06 – Evolução da capacidade instalada de geração eólica e fotovoltaica centralizada no Sistema Interligado Nacional (SIN) do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS).....	58
Figura 07 – Geração não realizada (apurada) no Sistema Interligado Nacional (SIN) – % do potencial de geração do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS).....	59

## LISTA DE TABELAS

Tabela 01 – Base de dados referente aos processos judiciais sobre o fator de ajuste do MRE (GSF) no apêndice 01 (item 1.4.1.).....	138-141
Tabela 02 – Base de dados referente aos processos judiciais sobre o <i>constrained-off</i> no apêndice 01 (item 1.4.2.).....	141-143
Tabela 03 – Base de dados referente aos processos judiciais sobre o fator de ajuste do MRE (GSF) fora do escopo no apêndice 01 (item 1.5.1.).....	143-147
Tabela 04 – Base de dados referente aos processos judiciais sobre o <i>constrained-off</i> fora do escopo no apêndice 01 (item 1.5.2.).....	147-148
Tabela 05 – Resultados obtidos na simulação (GSF) no apêndice 02.....	154
Tabela 06 – Resultados obtidos na simulação ( <i>constrained-off</i> ) no apêndice 02.....	157

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACL	Ambiente de Contratação Livre
AGU	Advocacia-Geral da União
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ARR	Análise de Resultado Regulatório
CBAr	Comitê Brasileiro de Arbitragem
CBEE	Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial
CCEAR	Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CER	Contrato de Energia de Reserva
CF	Constituição Federal
CIESP/FIESP	Centro das Indústrias do Estado de São Paulo / Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
CPC	Código de Processo Civil
CUST	Contrato de Uso do Sistema de Transmissão
EPE	Empresa de Pesquisa Energética
ESS	Encargos de Serviços do Sistema
FGV	Fundação Getúlio Vargas
GSF	Generation Scaling Factor (Fator de Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia)
IGP	Índice Geral de Preços
MCP	Mercado de Curto Prazo
MME	Ministério de Minas e Energia
MRE	Mecanismo de Realocação de Energia
MS	Mandado de Segurança
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
PCH	Pequena Central Hidrelétrica

PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PPP	Parceria Público-Privada
RAP	Receita Anual Permitida
REN	Resolução Normativa
SEL/ANEEL	Secretaria de Leilões da ANEEL
SIN	Sistema Interligado Nacional
SJDF	Seção Judiciária do Distrito Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TNE	Transnorte Energia S/A
TRF	Tribunal Regional Federal
UHE	Usina Hidrelétrica

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO 01: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA REGULAÇÃO E FENÔMENOS REGULATÓRIOS QUE ESTIMULAM A JUDICIALIZAÇÃO.</b> 14	
1.1. Fundamentos teóricos da regulação .....	14
1.2. Os fenômenos regulatórios que estimulam a judicialização .....	19
1.2.1. Teoria da Escolha Pública.....	19
1.2.2. Captura Regulatória.....	22
1.3. A evolução do controle judicial a partir do surgimento do Estado Regulador .....	27
<b>CAPÍTULO 02: TEMAS JUDICIALIZADOS NA REGULAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DO SETOR ELÉTRICO</b> .....	31
2.1. Nota Metodológica .....	33
2.2. O Fator de Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia – GSF .....	45
2.3. Os cortes de geração por <i>constrained-off</i> .....	57
<b>CAPÍTULO 03: A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COM A PARTICIPAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.</b> .....	66
3.1. Histórico da jurisprudência favorável e o reconhecimento doutrinário ao uso da arbitragem pela Administração Pública.....	67
3.2. Alteração legislativa pela Lei nº 9.307/2015 e pelo Decreto nº 10.025/2019.....	76
3.3. A delimitação do conceito de contrato administrativo.....	85
3.4. A arbitrabilidade em contratos administrativos e direitos patrimoniais disponíveis	90
3.5. Escopo da convenção de arbitragem e objeto do processo arbitral .....	96
3.6. A excepcionalidade da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro .....	97

<b>CAPÍTULO 04: PROPOSTA DE INTERVENÇÃO PARA A INCORPORAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO</b> .....	109
4.1. Aperfeiçoamento normativo: inclusão expressa do setor elétrico no Decreto nº 10.025/2019 .....	113
4.2. Regulação contratual do mecanismo de arbitragem: cláusula-modelo, limites formais e materiais e diretrizes procedimentais.....	115
4.3. Monitoramento e avaliação: institucionalização da arbitragem .....	118
<b>CONCLUSÃO</b> .....	122
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	125
<b>APÊNDICE 01: BASE DE DADOS REFERENTE AOS PROCESSOS JUDICIAIS SOBRE O FATOR DE AJUSTE DO MRE (GSF) E OS CORTES DE GERAÇÃO (CONSTRAINED-OFF)</b> .....	136
<b>APÊNDICE 02: SIMULAÇÃO DE IMPACTOS FINANCEIROS DO TEMPO SOBRE OS LITÍGIOS RELACIONADOS AO FATOR DE AJUSTE DO MRE (GSF) E AOS CORTES DE GERAÇÃO (CONSTRAINED-OFF)</b> .....	151
<b>APÊNDICE 03: RESUMO SISTEMÁTICO DA PROPOSTA DE INTERVENÇÃO</b> .....	159
<b>ANEXO 01: RESPOSTA À CONSULTA FORMAL RECEBIDA DA CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV) ....</b>	164

## INTRODUÇÃO

O setor elétrico brasileiro possui significativa importância para o desenvolvimento econômico e social do país. Diante das propriedades específicas desse setor, que envolve investimentos de capital intensivo em empreendimentos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sem desconsiderar a atividade de comercialização e as diferentes classes de consumo, foi necessário instituir um modelo regulatório robusto que pudesse materializar a intenção econômica do Estado, no sentido de atrair investimentos privados para a expansão da infraestrutura necessária, além de disciplinar as diferentes características técnicas de cada um desses segmentos (TOLMASQUIM, 2015).

Em 2001, antes da instituição do modelo regulatório vigente, o país enfrentou uma grave crise energética, ocasionada por diferentes falhas de governo associadas à falta de coordenação institucional na operação do sistema e a forte dependência da geração de energia hidrelétrica, situação que foi agravada por intervenções políticas malsucedidas em um período de inquestionável hidrologia adversa (KELMAN, 2001).

A Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que estruturou o marco regulatório vigente, foi editada com o propósito de corrigir as distorções econômicas e evitar as falhas verificadas no passado. Passadas duas décadas desde sua implementação, observa-se que esse modelo consolidou uma trajetória pautada pela constante preocupação com a segurança jurídica necessária à implantação desses empreendimentos, buscando preservar o direito de propriedade e assegurar o cumprimento dos contratos. Ao mesmo tempo, o marco regulatório foi estruturado para compatibilizar tais garantias com o atendimento do interesse público inerente, a partir do fomento de novas tecnologias, preferências e interesses da sociedade, em consonância com a missão constitucional de efetivação dos direitos fundamentais (ARANHA, 2019).

Entretanto, o modelo regulatório vigente também enfrentou diferentes espécies de intervenções políticas que provocaram o desvirtuamento de sua estabilidade jurídica e sustentabilidade econômica (TCU, 2015). Além disso, esses fatores prejudicaram o canal de interlocução participativa dos agentes com o Estado (BINENBOJM, 2006), o que, na amostra verificada, ocasionou um problema de falta de diálogo institucional, que provocou uma insatisfação com as soluções dadas na via administrativa e, por consequência, desencadeou o problema da judicialização da matéria de regulação de energia.

Diante desse cenário, os agentes econômicos buscaram o Poder Judiciário para questionar aspectos jurídicos inerentes à regulação dos serviços de energia elétrica, que passaram por uma intensa judicialização, especialmente na última década. De fato, a partir de 2015, é possível constatar a propositura de diversas demandas judiciais com uma densidade normativa complexa relativa aos contratos administrativos do setor elétrico, com repercussões econômicas, concorrenciais e sistêmicas que, em grande medida, estavam distantes da formação jurídica e da experiência habitual do Poder Judiciário (JORDÃO, 2016). Sem o domínio da regulação setorial e uma atuação concertada do sistema de justiça, é possível observar que muitas demandas similares foram julgadas individualmente e de forma divergente, o que provocou uma situação de insegurança jurídica, que foi agravada com a morosidade das fases recursais, conforme se constata da análise empírica realizada.

Desse modo, seria possível implementar um mecanismo de resolução de conflitos capaz de enfrentar as particularidades dos litígios associados aos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro? Diante desse problema de pesquisa, associado à crescente judicialização dos litígios relacionados à regulação do setor elétrico, surge a necessidade de investigar alternativas mais céleres e tecnicamente qualificadas para resolução de conflitos dessa natureza.

Como hipótese, a presente pesquisa examinará a viabilidade de adoção da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro. Nessa concepção, em linha com os estudos contemporâneos sobre o direito administrativo, que apresenta forte tendência e estímulo à consensualidade e adoção de diferentes métodos de resolução de conflitos (ARAGÃO, 2017), o emprego do procedimento de arbitragem, sobretudo com a participação da Administração Pública, pode se apresentar como um mecanismo adequado para a resolução de litígios relacionados à regulação do setor de energia, tendo em conta a demanda por soluções mais ágeis e com o elevado grau de tecnicidade envolvido (OLIVEIRA, 2019).

De modo geral, o emprego da arbitragem em contratos administrativos foi legalmente instituído após a publicação da Lei nº 13.129, de 14 de dezembro de 2015, que alterou a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para permitir expressamente o uso desse mecanismo pela Administração Pública Federal. O Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que regulamentou o uso específico desse procedimento nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, trouxe a

devida segurança jurídica para o uso do procedimento pelo Poder Público no âmbito desses setores de infraestrutura.

Sucedem que a falta de previsão normativa criou obstáculos para justificar o uso desse mecanismo no âmbito do setor elétrico, sobretudo na resolução de litígios envolvendo a participação da Administração Pública. Até 2024, somente o caso entre a Transnorte Energia S/A (TNE) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) teve resolução no âmbito da arbitragem, na experiência do órgão regulador do setor elétrico, o que inclusive foi objeto de estudo de caso no âmbito do Mestrado Profissional em Administração Pública do Programa de Pós-Graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP (SENA, 2021).

Nesse contexto, a presente pesquisa não pretende apresentar uma teoria ou proposta completa para o problema identificado, mas apenas contribuir para uma reflexão acadêmica especializada, que terá sentido no desenvolvimento dos estudos sobre a arbitragem setorial. Nessa concepção, fazendo parte da Linha I (Direito do Estado) do Programa de Mestrado Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, a pesquisa se embasará em uma análise da teoria dos custos de transação (COASE, 1960), que consiste em uma abordagem consequentialista do direito econômico sobre as diferentes formas de atuação e resolução de problemas sociais com base nos custos de uma determinada operação. Quando associada aos custos indiretos de tradicional jurisdição estatal, comparando-os com os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, essa teoria pode ajudar a explicar por que a Administração Pública e determinados agentes econômicos podem adotar métodos alternativos para solucionar conflitos específicos.

De forma complementar, a pesquisa se baseará na teoria processual administrativa da regulação (CROLEY, 2008), que se dedica à dimensão processual da atividade regulatória, por meio de uma atuação democrática do processo de tomada de decisões administrativas, apoiada na transparência e no controle social, que distancia-se de interesses estritamente políticos ou econômicos, na busca pelo atendimento do interesse coletivo. Do ponto de vista normativo, é relevante a regulamentação do emprego desse procedimento, de modo a conferir segurança jurídica para definição dos limites formais e materiais para o uso da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico.

Dessa forma, a pesquisa utilizará uma abordagem qualitativa e quantitativa, além de exploratória e descritiva. De modo geral, será realizada uma revisão da literatura nacional e norte-americana sobre os fundamentos da regulação, os fenômenos regulatórios que estimulam a judicialização de decisões tecnicamente complexas, a delimitação conceitual de contratos administrativos e o uso da arbitragem para solucionar conflitos dessa natureza envolvendo a Administração Pública.

Em seguida, a pesquisa delimitará uma amostra de contratos administrativos e temas judicializados relacionados à regulação de energia elétrica no âmbito da Justiça Federal da Primeira Região, entre os anos de 2015 e 2025, explorando os desafios enfrentados pelos agentes econômicos, a ANEEL e o Poder Judiciário. O recorte de tempo e espaço sugerido decorre da intensificação das disputas judiciais no mencionado período e o foro judicial adotado nos contratos administrativos, que estabelecem a Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Por fim, de modo específico, será avaliado o tempo de tramitação dessas demandas, as soluções divergentes das respectivas tutelas jurisdicionais e seus possíveis impactos sobre a prestação dos serviços regulados de energia elétrica.

Como objetivos gerais, a pesquisa buscará investigar a viabilidade da aplicação do procedimento de arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico, de modo a mitigar a judicialização e seus efeitos financeiros e operacionais na gestão e governança desses contratos. Como objetivos específicos, a pesquisa pretende:

- (i) Analisar os fundamentos teóricos da regulação;
- (ii) Examinar os fenômenos regulatórios que estimulam a judicialização;
- (iii) Avaliar empiricamente litígios específicos na judicialização da regulação de energia (casos sobre o GSF e os cortes de geração por *constrained-off*);
- (iv) Sistematizar o uso da arbitragem pela Administração Pública; e
- (v) Propor plano de intervenção normativa e contratual para adoção da arbitragem na gestão e governança dos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro.

A relevância do presente estudo poderia se relacionar com a consolidação da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos setor elétrico brasileiro, ao conferir maior celeridade e decisões qualificadas na resolução de conflitos. Além disso, a medida

poderia reduzir o número de demandas complexas no Poder Judiciário, permitindo que a intervenção judicial ocorra apenas de forma residual e de maneira estritamente necessária.

A arbitragem, portanto, pode se apresentar como uma solução viável e eficaz, pois permite a resolução de litígios complexos em tempo médio reduzido, com a devida compreensão dos aspectos técnicos, econômicos e sistêmicos envolvidos (ESTEFAM, 2019). Essa mudança de comportamento, via processo reflexivo (BECK, 1995), pode reduzir os impactos socioeconômicos associados, ao permitir a realocação de recursos para uma gestão mais eficiente na prestação dos serviços regulados de energia elétrica.

Nesse panorama, o Capítulo 1 examinará os fundamentos teóricos da regulação estatal e os fenômenos regulatórios que estimulam a judicialização, com base na teoria da escolha pública e na teoria da captura regulatória. A proposta é avaliar o ambiente de desenvolvimento da regulamentação de políticas públicas, e como suas falhas e distorções podem justificar o controle judicial de legalidade exercido pelo Poder Judiciário. Por fim, será avaliada a evolução do controle judicial a partir do surgimento do Estado Regulador, com especial atenção ao aumento da intensidade do controle judicial em matérias tecnicamente complexas, para além dos riscos que esse movimento pode trazer para a coerência e a estabilidade das políticas públicas setoriais.

O Capítulo 2 será dedicado à análise empírica de temas judicializados na regulação dos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro. Partindo de um recorte especificado na nota metodológica que antecede a análise, serão examinados os litígios relacionados ao Fator de Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia (GSF) e aos cortes de geração renovável por *constrained-off*. A partir desse conjunto de casos analisados, o capítulo examinará os problemas da fragmentação jurisprudencial e da morosidade judicial, e como esses problemas podem afetar a governança desses contratos e a prestação dos serviços de energia elétrica.

O Capítulo 3 terá por objetivo sistematizar o uso da arbitragem envolvendo a participação da Administração Pública. Inicialmente, será apresentado o histórico da jurisprudência favorável e do reconhecimento doutrinário ao uso da arbitragem pelo Poder Público. Em seguida, será delimitado o conceito adotado para contratos administrativos potencialmente arbitráveis. Na sequência, serão examinadas as principais alterações legislativas, em especial a Lei nº 13.129/2015 e a disciplina introduzida pelo Decreto nº 10.025/2019 para setores de infraestrutura específicos. O capítulo analisará,

ainda, a previsão residual da arbitragem em contratos administrativos do setor elétrico, com foco nos limites formais e materiais da arbitrabilidade e atenção ao escopo das convenções de arbitragem, para além do objeto dos processos arbitrais envolvendo a Administração Pública.

Por fim, o Capítulo 4 apresentará uma proposta de intervenção destinada à incorporação da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico. Com base no diagnóstico teórico e empírico realizado nos capítulos anteriores, será apresentado um plano de intervenção estruturado em três eixos voltados a enfrentar o problema da judicialização e da falta de previsão normativa para a arbitragem setorial.

Nos três eixos do plano, destaca-se a inclusão expressa do setor de energia elétrica no Decreto nº 10.025/2019, a edição de cláusula-modelo, com limites formais e materiais ao uso da arbitragem, além de diretrizes e procedimentos para adoção do mecanismo, com o uso de instrumentos de monitoramento e aperfeiçoamento contínuo, como a Análise de Resultado Regulatório (ARR), de modo a consolidar a arbitragem como mecanismo adequado de resolução de conflitos específicos do setor elétrico.

Estes quatro capítulos reúnem a estrutura teórica, empírica e a proposta de intervenção normativa que dão base ao estudo realizado sobre o problema da judicialização de temas complexos e a potencial adoção do mecanismo de arbitragem no âmbito dos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro.

## **CAPÍTULO 01: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA REGULAÇÃO E FENÔMENOS REGULATÓRIOS QUE ESTIMULAM A JUDICIALIZAÇÃO**

### **1.1. Fundamentos teóricos da regulação**

A regulação pode ser compreendida como um fenômeno multifacetado, que adota diferentes formas e características de acordo com a teoria que busque descrevê-lo. Em geral, essa pluralidade conceitual se apoia em diferentes fontes e origens que surgem, ora em movimentos públicos, ora em movimentos privados, tal como ocorre com a regulação estatal ou com a autorregulação de mercados; ora em normatização centralizada, ora em normatização descentralizada, advinda de órgãos reguladores ou regras estabelecidas em contratos; ou mesmo a partir de limitações baseadas na cultura e costumes tradicionais de uma determinada sociedade (ARANHA, 2019).

Dentre suas diversas facetas, para a presente pesquisa, a regulação pode ser compreendida como uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico, voltada à definição de regras de funcionamento de setores e segmentos estratégicos ao desenvolvimento socioeconômico, de maneira a assegurar o interesse público e garantir a atratividade de investimentos privados, mediante proteção do direito de propriedade e correção de falhas de mercado (STIGLER, 1971).

Inicialmente, constata-se que a prestação de determinados serviços diretamente pelo Estado poderia ter um custo financeiro muito alto frente ao desempenho necessário para que o mercado se sustentasse. A crise do *welfare state*, após a II Guerra Mundial, provocou um problema fiscal em função da alta arrecadação de recursos por meio de tributos, empréstimos e financiamentos públicos, contribuindo ainda para o efeito rebote de políticas sociais (segregação espacial, práticas discriminatórias do acesso à mulher ao mercado de trabalho, inchaço da máquina pública etc.), para além de um problema intertemporal de custo para gerações futuras, o que não se demonstrou adequado e eficiente a longo prazo (HABERMAS, 2003 *apud* FABRIZ; TEIXEIRA, 2017).

Por outro lado, a racionalização de custos a partir da delegação de serviços de interesse público para o setor privado se mostrou uma medida eficaz, especialmente em função da maior capacidade de investimento (presença de capital disponível) e gestão (eficiência no desempenho das atividades). A partir dessas características que se extrai a lógica de substituição do Estado provedor pelo Estado regulador do sistema de mercado, na perspectiva de uma Administração Pública gerencial, responsável pela fiscalização de serviços delegados de grande relevância e interesse social (MARQUES NETO, 2002).

Para tanto, a regulação deve ser dotada de dinamismo, de modo a evoluir com o mercado, permitindo sua adaptação às novas tecnologias, interesses econômicos e preferências da sociedade. Esse dinamismo, contudo, não significa instabilidade, uma vez que alterações excessivas, ou tardias, lenientes ou muito rígidas, podem aumentar os custos de transação, desestimular a competição e elevar barreiras de entrada, gerando ineficiências econômicas, que se refletem na precificação de riscos e na efetivação de políticas públicas (MUELLER, 2023).

A presença do Estado é, por assim dizer, relevante ao adequado funcionamento da atividade regulada (GRAU, 2003). Afinal, é necessária uma estrutura legal mínima para conferir estabilidade regulatória. Do ponto de vista do mercado, a regulação estatal busca

diminuir o nível de incerteza para investidores, estimular a competitividade e corrigir falhas de mercado, assimetria de informações e externalidades negativas, de modo a fomentar a eficiência e assegurar o retorno financeiro esperado. Além disso, a regulação estatal cumpre uma função essencial de proteção ao direito de propriedade mediante garantia de *enforcement* dos contratos, especialmente em segmentos de infraestrutura de capital intensivo, cujo retorno financeiro é realizado por meio de relações jurídicas de longo prazo (cerca de 30 anos, o que atravessa 7,5 mandatos governamentais).

Por outro lado, do ponto de vista do interesse social, a regulação estatal se justifica na medida em que determinadas atividades, especialmente aquelas dotadas de valor fundamental à dignidade humana (v.g., saúde, saneamento básico, energia elétrica), não poderiam ser prestadas exclusivamente pelo sistema de mercado. Há, nesse sentido, grande valor na presença do Estado em determinados serviços e setores, ao promover a universalização do acesso aos serviços públicos, a estabilidade de preços, a garantia de pleno emprego, o desenvolvimento econômico e, finalmente, a distribuição de renda de modo socialmente desejado (GIAMBIAGI, 2008).

Por fim, o Estado deve promover aquelas atividades que o mercado não se propõe a desempenhar, pois a rentabilidade não é o fim a que se destina a prestação de serviços públicos, mas o atendimento dos interesses da coletividade (GRAU, 1998, p. 98):

O objetivo da desregulamentação, neste nível, é o de que o Estado desenvolva tão-somente, como agente, as atividades que o setor privado não esteja devidamente aprestado a executar, seja porque não tem condições de exercer ou não deseja exercê-las, seja porque as exercerá de modo contrário ao interesse geral. No primeiro caso, atividades econômicas que exijam vultosos aportes de capital e de tecnologia; no segundo, atividades que não sejam suficientemente, rentáveis; no terceiro, atividades definidas tipicamente como serviço público. Que se atribuam ao setor privado, pois, as atividades que a este interessa explorar, rentavelmente; as demais, que delas se incumba o Estado.

Como se vê, no recorte proposto, há certa relação entre o positivismo jurídico (KELSEN, 1992) e os fundamentos teóricos que justificam o fenômeno da regulação estatal. As normas editadas pelo Estado são indispensáveis nessa concepção, sobretudo para atendimento do interesse público, através de parcerias com a iniciativa privada, o que se perfectibiliza mediante segurança jurídica e correção de falhas de mercado, que poderiam ser compreendidas como uma espécie de proteção do sistema contra seus efeitos secundários autodestrutíveis (VILELA, 2018).

Por outro lado, diante dos limites desse modelo, baseados na racionalidade das normas, ganha espaço a construção de um sistema baseado em incentivos, soluções de mercado, cultura organizacional e cooperação institucionalizada. O economista Ronald Coase propôs que a solução de determinados problemas sociais pode ser alcançada sem a necessidade de intervenção estatal. Haveria, segundo o Teorema de Coase, condições ideais de negociação entre os agentes privados, ainda que, em determinadas situações, sobretudo aquelas que afetam uma grande quantidade de indivíduos, a regulação pode apresentar custos menores do que a negociação direta pelo sistema de mercado (COASE, 1960, pp. 17-18):

É claro que o governo dispõe de poderes que podem lhe permitir realizar determinadas tarefas a um custo menor do que aquele que poderia ser suportado por uma organização privada (ou, ao menos, por uma organização que não disponha de poderes governamentais especiais). Contudo, a máquina administrativa estatal não é isenta de custos. Pelo contrário, em determinadas circunstâncias, ela pode ser extremamente onerosa. Ademais, não há razão para supor que regulações restritivas e de zoneamento, elaboradas por uma administração falível, sujeita a pressões políticas e que opera sem qualquer controle competitivo, sejam necessariamente aquelas que aumentam a eficiência do funcionamento do sistema econômico. Além disso, regulações gerais, que precisam se aplicar a uma ampla variedade de casos, acabarão sendo impostas, em algumas situações, nas quais são claramente inadequadas. Dessas considerações decorre que a regulação governamental direta não produzirá necessariamente resultados melhores do que deixar o problema ser solucionado pelo mercado ou pela própria firma. Por outro lado, também não há razão para afastar a possibilidade de que, em determinadas circunstâncias, esse tipo de regulação administrativa estatal conduza a um aumento da eficiência econômica. Isso parece especialmente provável quando, como normalmente ocorre no caso da poluição causada pela fumaça, um grande número de pessoas está envolvido e, portanto, os custos de tratar o problema por meio do mercado ou da firma podem ser elevados<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tradução livre para o seguinte trecho original: “*It is clear that the government has powers which might enable it to get some things done at a lower cost than could a private organisation (or at any rate one without special governmental powers). But the governmental administrative machine is not itself costless. It can, in fact, on occasion be extremely costly. Furthermore, there is no reason to suppose that the restrictive and zoning regulations, made by a fallible administration subject to political pressures and operating without any competitive check, will necessarily always be those which increase the efficiency with which the economic system operates. Furthermore, such general regulations which must apply to a wide variety of cases will be enforced in some cases in which they are clearly inappropriate. From these considerations it follows that direct governmental regulation will not necessarily give better results than leaving the problem to be solved by the market or the firm. But equally there is no reason why, on occasion, such governmental administrative regulation should not lead to an improvement in economic efficiency. This would seem particularly likely when, as is normally the case with the smoke nuisance, a large number of people are involved and in which therefore the costs of handling the problem through the market or the firm may be high.*”

Nesse sentido, há modelos alternativos, que, nada obstante a presença reduzida do Estado, não prescindem dos instrumentos normativos lançados pelo Poder Público, exigindo que ele atue, nessa perspectiva, como indutor, coordenador e estabilizador de expectativas sociais (HART, 2012). Nessa concepção, os modelos teóricos baseados na racionalidade econômica passaram a ser contestados a partir do desenvolvimento de estudos sobre economia comportamental (*behavioral economics*) e psicologia social e, por fim, da necessidade de efetivação de direitos fundamentais, em uma relação específica com a respectiva materialidade (CASTRO, 2021).

Nessa perspectiva, Egon Bockmann Moreira e Lauro Antônio Nogueira Soares Júnior afirmam que, “dentro do universo técnico relativo à regulação econômica, ele será tão ou mais democrático quanto mais o modelo adotado se mostrar eficiente e capaz de produzir de forma equânime o bem-estar social”. Afinal, para os autores (MOREIRA; NOGUEIRA SOARES JÚNIOR, 2006, p. 181):

(...) os fatos econômicos necessitam de uma estruturação técnica para serem encaminhados de modo a produzir resultados sociais satisfatórios. A compreensão desta realidade e a definição de suas possibilidades são oferecidas por um quadro teórico determinado – estudos técnicos, econômicos, de administração – que servem de substrato a uma escolha política, que por sua vez, receberá uma formulação jurídica que dará realidade institucional e eficácia – social, econômica e normativa – à opção adotada. Este caminho não pode se dar sem interações e sem a participação de pressupostos do mundo do Direito no mundo dos fatos. A autonomia do Direito postula abordagem e soluções todas próprias.

Para os autores, a legitimação da regulação econômica parte de critérios de análise e avaliação relacionados ao desenvolvimento social, à distribuição de benefícios, à universalização e barateamento de serviços, dentre outros. Contudo, “essas cogitações (...) não esgotam a perquirição sobre o sentido da democracia quanto à regulação” (MOREIRA; NOGUEIRA SOARES JÚNIOR, 2006, p. 181).

Na mesma direção, “apesar de terem se originado no Brasil, em um contexto de redução do papel do Estado na economia”, as agências reguladoras, “com as características que as tornam especiais em relação às demais autarquias, podem ser compreendidas como instrumento de promoção da democracia e da inclusão social”, na medida em que “podem e devem apresentar alternativas para que possa ser alcançado o resultado da regulação econômica esperado pela sociedade, qual seja, tanto a correção das

falhas de mercado quanto a promoção da prosperidade econômica somada à promoção aos direitos fundamentais” (VILELA, 2018, pp. 124-126).

Dessa forma, o direito regulatório e as agências reguladoras não seriam compreendidos como meros instrumentos de intervenção estatal no domínio econômico, permitindo-se falar, em última instância, em regulação social ou intervenção regulatória na ordem social (DI PIETRO, 2009). De todo modo, a evolução regulatória demonstra que a conformidade normativa passa a depender menos da intervenção estatal e da ameaça de sanção (modelo de comando e controle) e mais da adesão espontânea às soluções de mercado (modelo de compliance regulatório), na busca pela legitimação da regulação e tutela do bem-estar social.

## **1.2. Os fenômenos regulatórios que estimulam a judicialização**

Em qualquer caso, há desafios institucionais inerentes à atividade regulatória, como demonstram as teorias críticas da regulação (POSNER, 1974). A teoria da escolha pública demonstra a necessidade de análise do processo político de tomada de decisões coletivas, revelando que o Estado não é um agente neutro, que age de forma altruísta, o que pode gerar falhas de governo e soluções imperfeitas em determinadas circunstâncias (BUCHANAN; TULLOK, 1962).

A teoria política positiva da regulação revela também que atores institucionais (legisladores, reguladores e burocratas) não atuam de forma desinteressada, mas movidos em certas ocasiões por interesses privados específicos (MUELLER, 2001). Já a teoria da captura regulatória alerta para o risco de grupos econômicos organizados influenciarem de maneira desproporcional a atividade regulatória, em detrimento dos usuários finais, cujos interesses se apresentam de maneira mais difusa e a capacidade de mobilização é reduzida (GUERRA, 2007).

Em uma segunda perspectiva sobre a captura regulatória, é possível observar a demanda por regulação por grupos econômicos mais organizados em detrimento de grupos econômicos menos organizados, com menor capacidade de influência sobre a atividade regulatória, o que igualmente produz uma ineficiência econômica e, por vezes, provoca a judicialização da atividade administrativa (OLSON, 2002).

### **1.2.1. Teoria da Escolha Pública**

A teoria da escolha pública, embora desenvolvida sob diferentes enfoques de análise política e econômica, tem como núcleo a compreensão de decisões coletivas, que não são tomadas em ambientes neutros. Seu campo de estudo analisa os chamados mercados políticos, examinando como decisões não mercadológicas podem se distanciar do modelo racional clássico (ARANHA, 2019).

Nesse eixo teórico, a motivação se apresenta como elemento fundamental na compreensão do processo decisório. Em um primeiro momento, quando grupos sociais não apresentavam convergência clara em suas escolhas coletivas, o papel do gestor público era voltado à análise microeconômica dos interesses individuais envolvidos. Nessa concepção, já se rejeitava a ideia de um Estado puramente neutro ou altruísta, no sentido de que a decisão pública encontraria uma convergência perfeita para agregar todos os interesses envolvidos. O processo decisório seria, em grande medida, produto da composição estratégica de interesses individuais, que encontrariam maior ou menor grau de representatividade na decisão coletiva (BUCHANAN; TULLOK, 1962).

Nessa linha, Kenneth Arrow examinou em sua obra *Social Choice and Individual Values* a impossibilidade de uma escolha racional coletiva, questionando a efetiva representatividade democrática e a possível manipulação de decisões coletivas, o que ficou conhecido como teorema da impossibilidade ou teorema de Arrow (ARROW, 1963).

Esse fenômeno explica por que setores com lobbies econômicos fortes enfrentam, com relativa frequência, o problema de decisões administrativas moldadas pelo sistema de mercado. Em tal cenário, Mancur Olson avalia a dinâmica política em setores regulados, demonstrando que, muitas vezes, pequenos grupos organizados possuem maior poder de influência sobre o gestor público se comparado com grupos maiores e menos convergentes (OLSON, 2002, pp. 27-28):

Mas não é assim que ocorre. Em regra, a provisão do bem coletivo será marcadamente subótima, e a distribuição dos encargos será altamente arbitrária. Isso se deve ao fato de que a quantidade do bem coletivo que um indivíduo obtém para si automaticamente também beneficia os demais. Da própria definição de bem coletivo decorre que um indivíduo não pode excluir os outros membros do grupo dos benefícios daquela parcela do bem público que ele fornece para si mesmo. Isso significa que ninguém no grupo terá incentivo, de forma independente, para prover qualquer quantidade adicional do bem coletivo uma vez que esteja disponível o montante que seria adquirido pelo indivíduo do grupo com o maior  $F_i$ . Isso sugere que, assim como existe uma tendência de grupos grandes não conseguirem prover para si mesmos qualquer bem coletivo, também há, nos grupos pequenos, uma

tendência à provisão subótima de bens coletivos. (...) Fica claro, portanto, que grupos com maior número de membros, em geral, apresentarão desempenho menos eficiente do que grupos com menor número de membros<sup>2</sup>.

De modo similar, a teoria empírica das coalizões reforça esse diagnóstico ao demonstrar que sociedades heterogêneas apresentam maior complexidade nas negociações decisórias, ao passo que grupos menores e ideologicamente coesos alcançam maior eficiência no estabelecimento de alianças políticas (ABRANCHES, 1988).

De todo modo, a análise da escolha pública ganha contornos institucionais ao identificar uma tríade recorrente no processo regulatório, formada por *congressistas, grupos de interesse e reguladores* (BAGGIO, 2023). Essa formação permite compreender o fenômeno conhecido como “oferta da regulação”, em que decisões administrativas resultam da interação estratégica entre agentes políticos e econômicos que atuam nos sistemas de governo e de mercado.

Esse quadro aponta para a possível quebra dos pressupostos teóricos da regulação e a perda de independência institucional, como demonstra Danilo Vieira Vilela ao relembrar o trabalho desenvolvido por Vitor Rhein Schirato sobre a deterioração do sistema regulatório, que abordava “(i) o fracionamento das competências das autoridades reguladoras entre diferentes órgãos e entidades, coatando as decisões regulatórias; e (ii) o aparelhamento político das autoridades reguladoras, fazendo com que critérios técnicos sejam preteridos por critérios político-partidários” (SCHIRATO, 2013, p. 12 *apud* VILELA, 2018).

Em certa medida, os pressupostos da escolha pública ajudam a explicar como ocorre a judicialização de decisões administrativas. Particularmente, nos litígios do setor elétrico analisados na presente pesquisa, observa-se o questionamento quanto à ausência de neutralidade da decisão administrativa, o que é agravado pela quebra do diálogo

---

<sup>2</sup> Tradução livre para o seguinte trecho original: “*But this is not so. Normally, the provision of the collective good will be strikingly suboptimal and the distribution of the burden will be highly arbitrary. This is because the amount of the collective good that the individual obtains for himself will automatically also go to others. It follows from the very definition of a collective good that an individual cannot exclude the others in the group from the benefits of that amount of the public good that he provides for himself. This means that no one in the group will have an incentive independently to provide any of the collective good once the amount that would be purchased by the individual in the group with the largest  $F_i$ , was available. This suggests that, just as there is a tendency in large groups to fail to provide themselves with any collective good at all, so there is a tendency in small groups toward a suboptimal provision of collective goods. (...) Clearly then groups with larger numbers of members will generally perform less efficiently than groups with smaller numbers of members.*”

institucional entre agentes econômicos e agência reguladora, cenário em que as discussões se deslocam da via administrativa para o Poder Judiciário, que não está habituado a lidar com a densidade normativa de setores regulados.

Esse cenário releva a importância de analisar mecanismos mais adequados de resolução de conflitos, isto é, que sejam capazes de superar, ao menos parcialmente, os déficits institucionais associados à tomada de decisões administrativas, sem intervir nos aspectos técnicos inerentes da regulação, o que se articula com o problema de pesquisa e com a avaliação da arbitragem como instrumento apto a mitigar esses efeitos.

### 1.2.2. Captura Regulatória

Ainda que a teoria da escolha pública não trate diretamente sobre o problema da oferta e demanda por decisões regulatórias, com base nas relações específicas que surgem entre regulador e agentes regulados, um de seus desdobramentos conduz ao fenômeno conhecido como captura regulatória.

Nesse cenário, a autoridade reguladora passa a produzir normas e decisões que refletem interesses específicos de mercado. Diferentemente da escolha pública, a lógica subjacente não consiste em equilibrar demandas ou interesses concorrentes de diferentes grupos econômicos e sociais, mas atender prioritariamente pleitos de agentes com maior capacidade de mobilização e influência política no processo decisório. É nesse contexto que se insere a clássica contribuição de George Stigler, no sentido de que a regulação seria adquirida pela indústria – e não imposta a ela (STIGLER, 1971, p. 3):

(...) uma norma ou regulação é “capturada” pela indústria e concebida e operada primordialmente em seu benefício. Há regulações cujos efeitos líquidos sobre o setor regulado são inegavelmente onerosos; um exemplo simples é a tributação diferenciadamente pesada sobre o produto da indústria (uísque, cartas de baralho). Essas regulações onerosas, contudo, são excepcionais e podem ser explicadas pela mesma teoria que explica as regulações benéficas (que podemos chamar de regulações “adquiridas”)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Tradução livre para o seguinte trecho original: “(...) a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit. There are regulations whose net effects upon the regulated industry are undeniably onerous; a simple example is the differentially heavy taxation of the industry's product (whiskey, playing cards). These onerous regulations, however, are exceptional and can be explained by the same theory that explains beneficial (we may call it 'acquired') regulation.”

Em tal cenário, o produto regulatório poderia ser manipulado para controlar preços, entrada de novos concorrentes ou simplesmente favorecer determinado grupo de interesse (STIGLER, 1971, pp. 5-6):

(...) toda indústria ou profissão que disponha de poder político suficiente para mobilizar o Estado buscará controlar o ingresso no mercado. Além disso, a política regulatória será frequentemente estruturada de modo a retardar a taxa de crescimento de novas empresas. (...) Mesmo a indústria que já tenha alcançado o controle de entrada frequentemente desejará controles de preços administrados por um órgão dotado de poderes coercitivos. Se o número de empresas no setor regulado for ainda que moderadamente elevado, a discriminação de preços será difícil de sustentar na ausência de apoio público. (...) Esses diversos benefícios políticos não são obtidos pela indústria em uma forma pura de maximização de lucros. O processo político impõe certas limitações ao exercício de políticas cartelizadas por uma indústria<sup>4</sup>.

Em uma segunda perspectiva, há situações em que a transferência de renda não ocorre no vetor tradicionalmente analisado, que partiria de maiorias difusas para minorias coesas, como afirma George Stigler, mas entre grupos econômicos de diferentes interesses não convergentes. Nessas situações, a teoria da regulação econômica não oferece clareza sobre o sucesso ou insucesso de cada grupo. De todo modo, a transferência de renda persiste como fundamento central, como aponta Sam Peltzman, da Universidade de Chicago, em *George Stigler's Contribution to the Economic Analysis of Regulation* (PELTZMAN, 1993, p. 825):

A literatura existente concentrou-se na transferência de rendas entre grupos de interesse (os refinadores ganharam e os produtores perderam). A teoria de Stigler não fornece uma impressão clara sobre qual grupo de interesse saiu vitorioso nesse caso. Contudo, ela criou o pano de fundo intelectual no qual a investigação sobre a distribuição de rendas entre esses interesses passa a constituir um foco central da pesquisa<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Tradução livre para o seguinte trecho original: "(...) every industry or occupation that has enough political power to utilize the state will seek to control entry. In addition, the regulatory policy will often be so fashioned as to retard the rate of growth of new firms. (...) Even the industry that has achieved entry control will often want price controls administered by a body with coercive powers. If the number of firms in the regulated industry is even moderately large, price discrimination will be difficult to maintain in the absence of public support. (...) These various political boons are not obtained by the industry in a pure profit-maximizing form. The political process erects certain limitations upon the exercise of cartel policies by an industry."

<sup>5</sup> Tradução livre para o seguinte trecho original: "The actual literature focused on the transfer of rents among interest groups (refiners gained and producers lost). Stigler's theory provides no clear insight about which interest group triumphed here. But it created the intellectual background in which the search for the distribution of rents among these interests becomes a primary focus of research".

Como observa Sérgio Guerra, a captura regulatória surge em função da presença de interesses secundários que circulam simultaneamente os sistemas político e de mercado, que podem distorcer o exercício técnico da função regulatória. Esses interesses, de natureza econômica ou política, criam espaços de ineficiência e parcialidade na atividade administrativa (GUERRA, 2007).

Para identificar adequadamente os limites da atuação administrativa e submeter essas decisões ao controle de legalidade, torna-se indispensável analisar tais fenômenos à luz de uma perspectiva jurídico-processual da regulação. Nesse enfoque, princípios e regras que orientam a edição de atos administrativos funcionam como balizas essenciais para avaliar a validade e a legitimidade das escolhas públicas (CROLEY, 2008, pp. 140-141). O processo administrativo transforma-se, assim, em parâmetro de aferição da conformidade das decisões às exigências de motivação, racionalidade, transparência e participação social (CROLEY, 2008, pp. 140-141):

De modo crucial, a disponibilidade do controle judicial potencializa a participação pública na tomada de decisões administrativas. Como explicado acima, impugnações judiciais a atos das agências são, em muitos casos, frequentes e, em outros, inevitáveis. Observados os requisitos de legitimidade e outros requisitos semelhantes, qualquer interesse, grupo ou pessoa prejudicada por um ato administrativo pode buscar tutela judicial ao ajuizar ação contra a agência.

As partes que o fazem comumente destacam informações ou argumentos constantes do registro decisório da agência que não foram adequadamente considerados por ela. Comentários recebidos durante o período de consulta pública no procedimento de elaboração de normas, por exemplo, passam a integrar o dossiê da agência e podem, posteriormente, ser incorporados pelas partes que se opõem ao ato administrativo ao conjunto probatório submetido ao tribunal revisor. A abertura do processo normativo, combinada com a disponibilidade do controle judicial, contribui, assim, para assegurar que os tomadores de decisão administrativa considerem todas as informações relevantes relativas à ação proposta pela agência.

Assim como ocorre com o processo normativo, o instituto do controle judicial também atua para nivelar o campo de atuação entre grupos de interesse. Um grupo de interesse insatisfeito pode provocar a revisão judicial de uma decisão administrativa tanto quanto qualquer outro; o controle judicial pode ser iniciado por qualquer parte que tenha condições de arcar com o custo de apresentar uma petição – um obstáculo relevante, mas não intransponível.

(...)

O controle judicial é frequentemente deferente, mas as decisões das agências devem demonstrar não apenas conformidade com os limites da delegação legal que receberam, como também racionalidade, razoabilidade, ausência de arbitrariedade e consideração adequada dos

dados e argumentos relevantes. As agências estão limitadas ao que é juridicamente defensável.

O controle judicial também nivela o campo de atuação entre grupos de interesse ao exigir que as agências respeitem fielmente os direitos e as oportunidades de participação associados ao processo decisório administrativo. Isso significa que, quando uma agência exclui alguma parte do processo decisório ao desrespeitar garantias procedimentais, o tribunal revisor invalidará o ato administrativo ou, na melhor das hipóteses para a agência, determinará a devolução do processo para que sejam observados os procedimentos adequados. Dessa forma, os tribunais protegem as partes que, de outro modo, poderiam ser excluídas dos processos decisórios, na medida em que as agências tentem promover tal exclusão<sup>6</sup>.

A preservação desse caminho processual é o marco inicial do juízo de legalidade exercido pelo Poder Judiciário. Como ensina José Gomes Canotilho, essa “processualização visa não tanto garantir posições jurídicas subjetivas ou prestações sociais, mas sim assegurar ou estabelecer as condições de possibilidade dessas prestações e dessas garantias (...) na transformação do contexto social de liberdade legal num sistema de justificação de novo conceito de ideias e interesses” (CANOTILHO, 2002, p. 1.294).

Ainda assim, Danilo Vieira Vilela registra que “a análise da legalidade dos atos praticados pelas agências reguladoras deve ter como premissa a ideia de que a relação dos atos administrativos regulatórios com a lei não se dá da mesma forma de outros atos administrativos”. Afinal, segundo o autor (VILELA, 2018, pp. 78-79):

(...) em razão da menor densidade normativa das leis instituidoras de sistemas de regulação, abre-se, nesses casos, um maior espaço para uma

---

<sup>6</sup> Tradução livre para o seguinte trecho original: “*Crucially, the availability of judicial review leverages public participation in administrative decisionmaking. As explained above, judicial challenges to agency action are in many cases common, and in other cases inevitable. Subject to standing and similar requirements, any interest, group, or person aggrieved by agency action can seek judicial relief upon bringing suit against the agency. Parties that do so commonly highlight information or arguments contained in an agency’s decisionmaking record that the agency did not adequately consider. Comments received during the notice-and-comment period of rulemaking, for example, become part of the agency’s docket—the rulemaking record—which parties objecting to agency action can subsequently make part of a reviewing court’s record on review. The openness of rulemaking together with the availability of judicial review thus helps to ensure that agency decisionmakers consider all relevant information concerning proposed agency action. Like rulemaking, the institution of judicial review thus works to level the interest-group playing field. One dissatisfied interest group can trigger judicial review of an agency’s decision about as well as any other group can; judicial review can be initiated by any party that can afford to file a brief—a significant but not insurmountable hurdle. (...) Judicial review is often deferential, but agency decisions must show not only consistency with the scope of their delegated statutory authority, but also rationality, reasonableness, lack of arbitrariness, and due consideration of relevant data and arguments. Agencies are limited to the defensible. Judicial review levels the interest-group playing field also by holding agencies faithful to the participatory rights and opportunities associated with agency decisionmaking. That is, where an agency has excluded some party from the decisionmaking process by cutting procedural corners, a reviewing court will invalidate or, if the agency is lucky, remand the agency decision ordering the agency to observe proper procedures. In this way, courts protect parties who might otherwise be excluded from decisionmaking processes, to the extent agencies would seek their exclusion*”.

intervenção discricionária da Administração Pública em sua execução, tornando impreciso o parâmetro de controle baseado no binômio legalidade/mérito.

Nesse aspecto, considerando o aparente grau de “déficit democrático” das agências reguladoras<sup>7</sup>, é possível observar uma expressiva intensificação do controle judicial sobre decisões tecnicamente complexas (JORDÃO, 2016), especialmente sob a ótica contemporânea da normatividade dos princípios que delimitam a atividade administrativa, situação em que o Poder Judiciário, no limite do controle de legalidade, ultrapassaria a análise meramente procedimental do processo de edição do ato produzido pelo gestor público e, em certa medida, exerceria juízo de valor quanto à decisão administrativa adotada (BARROSO, 2006, p. 81):

O conhecimento convencional no sentido de não ser possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Nesta nova realidade, destacam-se princípios com reflexos importantes no Direito Administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. À luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se algum ato é, por exemplo, razoável – ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – constitui, evidentemente, um exame de mérito.

Em suma: a doutrina convencional em tema de controle dos atos administrativos, aí incluídos os das agências reguladoras, não perdeu a validade, mais sofre exceções importantes. Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.

Em que pese as diferentes escolhas axiológicas, “as legitimidades econômicas devem estar em sintonia tanto com princípios éticos como também com exigências jurídicas. (...) as leis da economia devem ser desenvolvidas obviamente a partir do

---

<sup>7</sup> Sobre o assunto: MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”, in CUELLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann, Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004; JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente” RDPE 2/273-301, abr./jun. 2003; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Há um déficit democrático nas agências reguladoras? RDPE 5/163-224, jan./mar. 2004.

pressuposto de que pessoas, que agem financeiramente de forma racional, respeitam o Direito” (HORN, 2005, p. 139).

No mesmo sentido, como adverte Alexandre Santos de Aragão, ao tratar sobre a legitimação democrática das agências reguladoras, “a participação pública no processo regulatório (*decision-making process*) se reporta essencialmente à sua fase preparatória, não retirando da Administração a última palavra na matéria, desde que o faça motivadamente e dentro dos quadros estabelecidos pela lei” (ARAGÃO, 2006, p. 15).

Como se observa, a captura consiste em um fenômeno que busca avaliar a motivação de interesses político-econômicos em decisões administrativas, cujos limites são determinados por elementos de ordem jurídico-processual e, por vezes, reexaminados devido ao caráter subjetivo das opções adotadas. Esses elementos foram objeto de diferentes estudos e perspectivas que buscaram analisar a evolução do controle judicial de legalidade dos atos administrativos.

É nessa concepção que a próxima seção examinará como o controle judicial evoluiu diante das complexidades regulatórias e quais são os seus limites na resposta de problemas de natureza tecnicamente complexa de setores regulados.

### **1.3. A evolução do controle judicial a partir do surgimento do Estado Regulador**

Da mesma forma, o controle judicial de legalidade de atos administrativos pode apresentar diferentes enfoques teóricos e evolução dogmática, que, de maneira geral, tem como ponto de partida a avaliação de aspectos estritamente jurídico-processuais do processo de tomada de decisões pela autoridade administrativa, que partiria de uma análise quase que puramente formal do procedimento adotado que resultou na decisão tomada pelo Poder Público. Na outra extremidade, é possível se deparar com o fenômeno do ativismo judicial, que, diversamente, realça a função da tutela jurisdicional, em um exame político da ordem jurídica, na busca pela efetivação de direitos fundamentais (FAGUNDES, 2006).

Nesse contexto evolutivo, é possível identificar diferentes graus de intensidade do controle judicial sobre decisões administrativas. Avaliando a atuação jurisdicional em matérias tecnicamente complexas, especialmente em setores regulados, Eduardo Jordão demonstra que, na jurisprudência italiana, houve significativa ampliação do controle judicial não deferente entre 2004 e 2016. Esse avanço ocorreu tanto em hipóteses de

verificação de fatos simples ou dados técnicos objetivos quanto em contextos de discricionariedade técnica – simples ou pura –, nos quais o Poder Judiciário passa a considerar elementos opinativos e a examinar escolhas políticas subjacentes à decisão regulatória, alcançando, por fim, avaliações judiciais em matérias de natureza técnica complexa, envolvendo ponderações entre possíveis interesses conflitantes (JORDÃO, 2016).

O cenário se altera quando avaliados sistemas judiciais diferentes. Segundo o autor, na França, a intensidade do controle judicial oscilaria de acordo com o grau de tecnicidade da matéria analisada, reconhecendo-se maior margem de conformação ao regulador quando a decisão envolve matéria tecnicamente especializada. Situação semelhante é observada no Canadá, onde a deferência judicial consideraria ainda o prestígio institucional e o grau de autoridade historicamente construídos pela agência reguladora. Já nos Estados Unidos, a referência clássica é o precedente *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, de 1984, que estabeleceu a chamada Doutrina Chevron. Segundo esse entendimento, as normas editadas por agências reguladoras não deveriam ser revisadas pelo Poder Judiciário sempre que apresentassem interpretação “razoável” de uma delegação legislativa, reconhecendo-se a expertise técnica e o mandato institucional dos órgãos reguladores (JORDÃO, 2016).

Partindo de uma análise comparada das instituições, Eduardo Jordão destaca diferenças estruturais entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras que influenciam a forma como cada instituição percebe e decide determinados conflitos de interesses. Entre essas distinções, sobressaem as seguintes premissas: (i) o Poder Judiciário tende a operar na lógica bipolar e retrospectiva própria do processo judicial, enquanto o regulador atua com visão multipolar e prospectiva; (ii) o Poder Judiciário possui nível inferior de expertise técnica se comparado ao regulador, o qual dispõe de corpo técnico especializado, maior capacidade financeira e histórico de acompanhamento contínuo do setor; (iii) ao decidir casos concretos, o Poder Judiciário não dispõe da experiência acumulada na formulação de políticas econômicas, diferentemente da autoridade administrativa; e (iv) o Poder Judiciário possui iniciativa regulatória restrita, ao passo que o regulador tem maior acesso às informações de mercado e dinamismo para adaptar marcos normativos de acordo com a dinâmica setorial (JORDÃO, 2016).

Essas diferenças institucionais ajudam a explicar os riscos à coerência regulatória decorrentes da intervenção judicial. A desconsideração de decisões preliminares adotadas

pelo regulador pode comprometer a formação de políticas econômicas estáveis e induzir comportamentos não desejados dos agentes regulados. A atuação judicial não deferente também pode gerar efeitos adversos à dinâmica regulatória, seja pela suspensão liminar de normas essenciais, seja pela imposição de soluções tardias que interferem no ritmo adequado da regulação econômica. Em situações extremas, tais intervenções poderiam causar atrasos substanciais ou mesmo paralisar políticas públicas, contribuindo para uma fragmentação substancial ou geográfica da política pública (JORDÃO, 2016).

Apesar deste preciso diagnóstico, a deferência judicial não poderia ignorar fatores intrínsecos ao fenômeno regulatório, especialmente aqueles revelados pelas teorias da escolha pública e da captura regulatória. A atuação das agências está sujeita a riscos de influência política ou econômica desproporcionais, a incentivos distorcidos e a eventuais desvios de finalidade, razão pela qual o controle externo permanece indispensável como mecanismo de verificação da legalidade e da racionalidade das decisões administrativas.

Foi nessa linha que, de forma superveniente à pesquisa do autor, o mencionado precedente norte-americano foi superado em meados de 2024, no julgamento do caso *Loper Bright Enterprises et. al. v. Raimondo, Secretary of Commerce et al.*, em que a Suprema Corte consolidou novo entendimento de que o Poder Judiciário não deve conceder deferência “automática” aos atos de agências reguladoras, podendo revê-los no âmbito de sua atividade de revisão jurisdicional, mesmo em se tratando de matéria técnica. Para tanto, o Poder Judiciário, ao se deparar com demandas que tratem sobre controle judicial de atos editados por agências reguladoras, deve se atentar aos parâmetros de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, a eventual captura da agência ou instituição responsável pela edição de ato administrativo questionado em juízo. Após 40 (quarenta) anos de vigência da denominada Doutrina Chevron, havendo violação a quaisquer desses parâmetros, os atos questionados poderão ser invalidados judicialmente (ESTADOS UNIDOS, 2024, pp. 23-24):

Quão grave é o problema? Tome-se apenas um exemplo. Brand X tratou de uma lei que regulava os serviços de internet de banda larga. Nesse caso, a Suprema Corte manteve uma norma editada por uma agência durante a administração do Presidente George W. Bush, por estar fundada em uma interpretação “razoável” do estatuto. Posteriormente, a administração do Presidente Barack Obama revogou essa norma e a substituiu por outra. Mais tarde ainda, durante a administração do Presidente Donald J. Trump, as autoridades substituíram essa regra por uma diferente, tudo isso antes de a administração do Presidente Joseph R. Biden, Jr. declarar sua intenção de mudar novamente de orientação,

pela quarta vez. Ver *Safeguarding and Securing the Open Internet*, 88 Fed. Reg. 76048 (2023); *Brand X*, 545 U.S., pp. 981-982.

Em cada ocasião, o governo sustentou que a nova regra era tão “razoável” quanto a anterior. Em vez de promover a confiança e a estabilidade ao fixar o significado da lei, a deferência Chevron gera incerteza constante e mudanças convulsivas, mesmo quando o próprio estatuto em questão permanece inalterado. Tampouco esses prejuízos à confiança são distribuídos de forma igual. Entidades sofisticadas e seus advogados podem ser capazes de acompanhar o ritmo das alterações normativas que afetam seus direitos e deveres. Podem, ainda, fazer lobby em favor de novas interpretações “razoáveis” das agências e até mesmo capturar as agências responsáveis por emití-las. *Buffington*, 598 U.S., \_\_\_, \_\_\_ (slip op., pp. 8, 13). As pessoas comuns, contudo, não podem fazer nada disso. São elas que sofrem o tipo mais severo de instabilidade regulatória causado pelo “efeito rebote” que a deferência Chevron incentiva<sup>8</sup>.

Ocorre que, nesse processo evolutivo do controle judicial sobre decisões com alta densidade técnico-regulatória, constata-se uma série de limitações, falhas e ineficiências, que, em determinada medida, integram a atividade judicial, e não são precificadas pelos agentes econômicos que buscam o sistema de justiça. O risco de insegurança jurídica a partir de tratamentos desiguais, além da morosidade judicial, são os verdadeiros desafios de um setor que demanda por soluções mais céleres e tecnicamente qualificadas.

Nesse contexto, encerrada a análise teórica que sustenta a presente pesquisa, a partir do capítulo seguinte, será realizada uma análise empírica dos efeitos na judicialização de aspectos regulatórios do setor elétrico, considerando os principais litígios observados na amostra de casos analisada.

---

<sup>8</sup> Tradução livre para o seguinte trecho original: “*How bad is the problem? Take just one example. Brand X concerned a law regulating broadband internet services. There, the Court upheld an agency rule adopted by the administration of President George W. Bush because it was premised on a “reasonable” interpretation of the statute. Later, President Barack Obama’s administration rescinded the rule and replaced it with another. Later still, during President Donald J. Trump’s administration, officials replaced that rule with a different one, all before President Joseph R. Biden, Jr.’s administration declared its intention to reverse course for yet a fourth time. See Safeguarding and Securing the Open Internet, 88 Fed. Reg. 76048 (2023); Brand X, 545 U. S., at 981–982. Each time, the government claimed its new rule was just as “reasonable” as the last. Rather than promoting reliance by fixing the meaning of the law, Chevron deference engenders constant uncertainty and convulsive change even when the statute at issue itself remains unchanged. Nor are these antireliance harms distributed equally. Sophisticated entities and their lawyers may be able to keep pace with rule changes affecting their rights and responsibilities. They may be able to lobby for new “reasonable” agency interpretations and even capture the agencies that issue them. Buffington, 598 U. S., at \_\_\_, \_\_\_ (slip op., at 8, 13). But ordinary people can do none of those things. They are the ones who suffer the worst kind of regulatory whiplash Chevron invites*”.

## **CAPÍTULO 02: TEMAS JUDICIALIZADOS NA REGULAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DO SETOR ELÉTRICO**

Para compreender o processo de hermenêutica e o papel do controle de decisões judiciais, ainda que as contribuições de Ronald Dworkin não estejam inseridas nas discussões realizadas no âmbito da Europa e da América Latina, é possível extrair excelentes críticas e reflexões que buscam a estabilidade, integridade e coerência na formação da jurisprudência brasileira, atributos que foram positivados no art. 926 do Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

De fato, a promoção do sistema de precedentes (*stare decisis*) vem se concretizando na aplicação da legislação processual civil – política pública voltada ao fortalecimento da tutela jurisdicional (MITIDIERO, 2018). Nada obstante, a ausência de parâmetros normativos claros, somada às limitações institucionais acima analisadas e, inclusive, aos fatores cognitivos que influenciam o processo de tomada da decisão judicial (NOJIRI, 2021), tornam o controle judicial sobre decisões tecnicamente complexas um verdadeiro desafio ao Poder Judiciário.

No que diz respeito aos fatores de ordem cognitiva, desvios sistemáticos e variações aleatórias, chamados de vieses e ruído por Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sunstein, são elementos inerentes ao processo de tomada de decisão, que se realçam como falhas de julgamento humano, especialmente quando analisados sob o enfoque do sistema de justiça (KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021).

No plano jurídico-interpretativo, o direito não poderia ser compreendido como um modelo puramente normativo, de caráter prescritivo, tal como propõe a filosofia jurídica de viés analítico, uma vez que sua composição considera, além de um conjunto de regras jurídicas, princípios, moral e política. Sobre a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial (TRINDADE, 2016, p. 26):

Para Dworkin, a integridade é uma das principais virtudes que caracterizam a sociedade democrática, exigindo que as leis não sejam resultado de concepções de justiça subjetivas ou contraditórias, mas se mostrem coerentes, tendo em vista que os atos de coação estatal dever ser justificados de acordo com princípios.

E, aqui, Dworkin apresenta uma importante distinção relativa às duas formas de integridade: de um lado, a integridade na legislação, que ‘restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes da criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas’; de outro, a integridade na deliberação judicial,

mediante a qual se ‘requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas’.”

Nessa concepção, Sérgio Nojiri demonstra que litígios complexos – como aqueles que envolvem políticas econômicas – não se ajustam ao modelo tradicional de jurisdição. Quando juízes passam a decidir sob a lógica político-regulatória, que visa induzir comportamentos econômicos e promover políticas sociais, ocorre uma distorção funcional dos sistemas, pois o direito perde segurança e coerência, e a política perde legitimidade democrática (NOJIRI, 2005, p. 194):

Segundo a teoria sistêmica, na sobreposição de sistemas, o direito e a política só têm a perder. Delegar ao Poder Judiciário a competência política de tomar decisões coletivas, fazendo-o assumir um papel de legitimador de programas políticos ou forçando-o a atuar como instância recursal de decisões políticas, subverte as formas de operacionalização de ambos os sistemas, em evidente prejuízo à democracia, criando, direito e política, impedimentos recíprocos.

É por isso que se deve sempre destacar a importância de um Judiciário independente do sistema político. Apesar de concordar que é muito difícil não cair na tentação de buscar apoio em argumentos políticos para a resolução de problemas jurídicos (mesmo porque não há como negar as evidentes consequências políticas de uma decisão judicial), é necessário delimitar as áreas de atuação dos sistemas da política e do direito, se se quiser evitar os riscos de uma magistratura que decide não mais mediante os códigos lícito/ilícito, próprios do direito, mas sob o influxo de códigos binários de natureza política (poder/não-poder) ou econômica (ter/não-ter).

Sobre a ausência de parâmetros normativos claros que possibilitem a intervenção judicial de maneira racional, André Karam Trindade evidencia que o uso indiscriminado de princípios como proporcionalidade e razoabilidade acabou se convertendo em fundamento retórico aberto, permitindo que juízes justifiquem as soluções judiciais com base em conceitos jurídicos subjetivos. Quando a interpretação jurídica passa a depender prioritariamente da consciência individual do julgador, instala-se um quadro de voluntarismo decisório, no qual casos semelhantes recebem respostas diferentes e imprevisíveis, o que foi chamado de “justiça lotérica” pelo autor (TRINDADE, 2016, p. 34):

(...) a proporcionalidade e a razoabilidade tornaram-se uma máscara da subjetividade, na medida em que passaram a ser aplicados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem. Na verdade, estes “princípios” - e muitos outros - têm exercido a função

de verdadeiros curingas, servindo de muleta para todo e qualquer argumento jurídico.

No interior da dogmática jurídica, a interpretação continua a ser entendida como a escolha de um sentido que advém da consciência do julgador – ao qual é delegada a tarefa de, casuisticamente, concretizar os direitos fundamentais a partir de suas convicções pessoais, conforme denuncia Streck –, o que revela o alto grau de voluntarismo na aplicação das normas, cujo conhecido resultado é uma justiça lotérica, marcada por sua total imprevisibilidade.

Da mesma forma, Dworkin critica o ativismo judicial, na medida que ele permite o rompimento da separação de poderes, transformando decisões judiciais em atos de vontade pessoal (DWORKIN, 2010, p. 451-452):

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tiranias.

Diante dessas teorias críticas, é possível constatar, por um lado, a inadequação institucional do Poder Judiciário para decidir litígios regulatórios complexos, e, de outro lado, os riscos do subjetivismo, voluntarismo e ativismo judicial. Esse cenário eleva a necessidade de promover mecanismos especializados de resolução de conflitos, como a arbitragem, com o objetivo de preservar a racionalidade regulatória e evitar a conversão do Poder Judiciário em instância de escolhas regulatórias.

Mas antes de analisar os potenciais benefícios na adoção da arbitragem, veremos nas seções seguintes uma análise empírica de temas judiciais complexos que envolveram a regulação do setor elétrico brasileiro.

## **2.1. Nota Metodológica**

Na qualificação da presente pesquisa, foi proposta a elaboração de uma nota metodológica para melhor compreensão da amostra de litígios analisada, explicitando os critérios de seleção adotados e a possível aderência da arbitragem no âmbito dos respectivos litígios. Esta nota, portanto, busca demonstrar os critérios empregados, justificar as escolhas adotadas, delimitar o escopo de análise e evidenciar como os resultados identificados se articulam com o problema de pesquisa.

Como objetivo geral, a análise empírica realizada busca responder à seguinte pergunta: a judicialização de conflitos regulatórios enfrenta problemas de morosidade judicial, fragmentação jurisprudencial e instabilidade nas relações contratuais que sejam capazes de justificar a adoção da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro?

Em primeiro lugar, cumpre registrar que o uso da arbitragem pela Administração Pública tem passado por significativos avanços na doutrina nacional (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019). No plano normativo, a Lei nº 9.307/1996, após a alteração introduzida pela Lei nº 13.129/2015, consolidou a potencialidade do uso da arbitragem pelo Poder Público para solucionar litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

Não obstante o avanço verificado, a adoção desse mecanismo ainda não se presta ao controle de legalidade ou de mérito da regulação. Em outras palavras, a arbitragem no ordenamento jurídico nacional se desenvolveu no âmbito das relações contratuais, de forma que, atualmente, não há embasamento teórico ou jurídico consistente que fundamente a adoção do mecanismo para a apreciação direta da legalidade ou do próprio conteúdo das decisões administrativas (BAQUEDANO, 2025). Essa distinção constitui pressuposto metodológico essencial para a presente pesquisa.

Nessa concepção, a presente pesquisa delimita o uso da arbitragem a partir de dois critérios específicos que envolvem os contratos administrativos do setor elétrico brasileiro:

- (i) a arbitragem em contratos administrativos nos quais a ANEEL, na qualidade de representante do Poder Concedente, figura como parte contratante; e
- (ii) a arbitragem em contratos administrativos nos quais a ANEEL não integra a relação contratual, mas a regulação repercute sobre a dinâmica contratual e a esfera patrimonial das partes signatárias.

No primeiro escopo, há uma série de contratos administrativos em que a ANEEL figura como parte, porém, a arbitragem ainda é pouco explorada, principalmente para solucionar disputas relativas à alocação de riscos, ao reequilíbrio econômico-financeiro, ao cumprimento de obrigações contratuais e ao cálculo de indenizações. É o caso dos contratos de concessão, que podem ser explorados nos três segmentos de infraestrutura do setor elétrico, sendo eles: os contratos de uso de bem público para geração de energia elétrica; os contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica; e os contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica. Nesses casos, a arbitragem é pouco difundida, o que reforça a pertinência de sua análise na presente pesquisa.

No segundo escopo, encontram-se os contratos administrativos em que a ANEEL não é parte, mas exerce função regulatória e fiscalizatória sobre a elaboração e execução desses contratos. Nessa categoria, a arbitragem não se destina a revisar ou infirmar a decisão do regulador, mas alocar entre as partes signatárias os efeitos patrimoniais que foram afetados pela regulação setorial.

Trata-se de enfoque orientado pela natureza do conflito inserido no setor regulado – e não pelo aspecto subjetivo (quem são as partes contratantes). Nesses casos, “sendo ínsita à arbitragem regida pela Lei 9.307/1996 (art. 1.º, caput), a limitação aos direitos patrimoniais disponíveis se aplica em qualquer caso, esteja ou não presente a Administração” (TIBURCIO; PIRES, 2016), de modo que a arbitragem poderia ser adotada para solucionar os efeitos patrimoniais de conflitos de natureza técnica ou regulatória, que decorrem de alterações normativas supervenientes que naturalmente ocorrem nos contratos administrativos de longo prazo (SENA, 2023).

Conforme elucidado Cesar Guimarães Pereira, “a arbitragem pode ser cabível mesmo diante de atos de autoridade, sempre na medida em que estejam presentes direitos patrimoniais e em que não se esteja diante de um caso de necessidade da intervenção judicial” (PEREIRA, 2017). Nesses casos, a Administração Pública, embora não figure como parte contratante e, portanto, não se submeta ao processo arbitral, pode ser convidada a participar como *amicus curiae*, ao fornecer subsídios de natureza técnica e qualificada ao juízo de convencimento a ser exercido pelo tribunal arbitral (OLIVEIRA, 2022).

No setor elétrico, esse segundo escopo é particularmente relevante, pois abrange diversos instrumentos contratuais que, embora não firmados diretamente com a ANEEL,

são fortemente regulados e fiscalizados pela agência. Na presente pesquisa, serão analisados os seguintes contratos administrativos de natureza regulada: Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR) e Contratos de Energia de Reserva (CER). Ambos refletem, de modos distintos, tensões na alocação de riscos, cumprimento de obrigações contratuais, penalidades por inadimplemento e reequilíbrio econômico-financeiro, o que justifica a análise do potencial uso da arbitragem.

De todo modo, em ambos os casos, a arbitragem permanece limitada ao exame de direitos patrimoniais disponíveis, sem qualquer incursão no mérito regulatório ou no controle de legalidade dos atos administrativos praticados pela agência reguladora. Em outras palavras, a arbitragem não substituiria o controle judicial, mas poderia atuar de forma complementar, direcionada à resolução de efeitos econômicos e contratuais decorrentes de decisões regulatórias (AMARAL, 2012).

Com essa delimitação, é possível selecionar, de modo mais preciso e consistente, quais conflitos atualmente judicializados no setor elétrico poderiam ser submetidos à arbitragem, sem violar os limites formais e materiais do instituto. Esse recorte permite verificar quais casos de elevada complexidade técnica, econômica e regulatória, cujo núcleo litigioso é patrimonial e disponível, poderiam ser solucionados na via arbitral.

Nessa concepção, ganha relevância dois litígios específicos na experiência da judicialização da matéria de energia elétrica. O primeiro deles, relativo ao Fator de Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), mais conhecido no acrônimo em inglês “GSF” (*Generation Scaling Factor*), ilustra como intervenções políticas malsucedidas desencadearam disputas judiciais de larga escala que afetaram diversos contratos administrativos do setor elétrico. O segundo, referente aos cortes de geração renovável por *constrained-off*, aborda uma disputa judicial contemporânea de grande proporção, que tem afetado geradores de diversas fontes de energia, principalmente eólica, solar e hidrelétrica.

Destaca-se que, em ambos os temas selecionados, não foi realizada uma análise de estudo de caso, que demanda uma metodologia específica de avaliação e aprofundamento. De todo modo, esses litígios foram selecionados por atenderem simultaneamente a três critérios metodológicos previamente definidos: (i) grande repercussão financeira, caracterizada por disputas cujo valor econômico em debate excedesse R\$ 10 milhões, patamar adotado para identificar casos de impacto financeiro elevado; (ii) alta densidade técnico-regulatória, identificada em litígios que envolvem questões normativas complexas,

exigindo conhecimento especializado sobre a regulação do setor elétrico, gerando efeitos sistêmicos além das partes envolvidas; e (iii) incidência repetitiva, ou seja, a existência de múltiplos processos similares sobre o tema tramitando na Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no período de 2015 a 2025, o que indica tratar-se de uma controvérsia paradigmática no setor elétrico.

Quanto ao item (i), embora tais controvérsias tenham origem em atos regulatórios, eles se concretizaram, em sua dimensão contratual, como disputas acerca da alocação de riscos, compensações financeiras, obrigações de entrega, responsabilidades contratuais e reequilíbrio econômico-financeiro. No aspecto financeiro, essas disputas alcançaram mais de R\$ 8 bilhões no auge de judicialização do GSF. Os cortes de geração por *constrained-off*, por sua vez, podem atingir mais de R\$ 21 bilhões, segundo estimativas das principais associações de representação dos geradores de energia renovável das fontes eólica, solar fotovoltaica e hidrelétrica. Em ambos os casos, o critério de seleção adotado considera ações judiciais cujo efeito financeiro discutido ultrapassava R\$ 10 milhões por contrato administrativo impactado, ao longo do período de tramitação dos processos, segundo as estimativas alegadas nas ações judiciais pelos agentes econômicos envolvidos.

Quanto aos contratos administrativos impactados, à luz do recorte proposto, observa-se que os casos do GSF e *constrained-off*, embora amplamente judicializados, se distribuem de maneira distinta entre os eixos metodológicos definidos na presente pesquisa.

O caso do GSF insere-se, predominantemente, no primeiro eixo, pois a controvérsia está intrinsecamente relacionada à execução dos contratos de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica a partir de aproveitamentos hidráulicos, nos quais a ANEEL figura como para contratante, representando o Poder Concedente. Nessa dimensão, a disputa envolve a interpretação de cláusulas contratuais, a extensão dos riscos assumidos pelo gerador e o reequilíbrio econômico-financeiro, que consistem em matérias tipicamente patrimoniais e, portanto, aptas à resolução por arbitragem (ESTEFAM, 2019), sem que isso implique qualquer controle de legalidade sobre atos administrativos.

O caso do *constrained-off*, por sua vez, enquadra-se no segundo eixo metodológico, por repercutir sobre contratos administrativos nos quais a ANEEL não é parte contratante, mas cuja regulação exerce forte influência sobre as obrigações patrimoniais entre os signatários, tais como os CCEAR e CER. Nesse sentido, a arbitragem não se voltaria à revisão dos fundamentos técnicos ou regulatórios que motivaram a regulação expedida pela

agência, mas sim à definição, entre as partes contratantes, dos efeitos econômicos dentro do contrato, tais como alocação de riscos, compensações financeiras, repartição de prejuízos ou ajustes contratuais. Em que pese as eventuais fragilidades da análise empírica analisada e a proposta apresentada, trata-se de controvérsia eminentemente patrimonial, compatível com o mecanismo de arbitragem (SENA, 2023).

Quanto ao item (ii), destaca-se que ambos os temas foram selecionados em razão da sua densidade técnica significativa, que produziram, além de grande repercussão econômica sobre os contratos administrativos de natureza regulada, efeitos sistêmicos relevantes, cujos impactos ultrapassaram a esfera individual dos agentes e repercutiram sobre a estabilidade do modelo regulatório vigente, o funcionamento dos mecanismos setoriais e a operacionalização das políticas energéticas. Optou-se, assim, por privilegiar casos capazes de alterar de modo significativo a previsibilidade do modelo regulatório adotado no setor elétrico brasileiro. Esses critérios foram amplamente explorados nas diversas medidas adotadas pelo Governo Federal e pelo Congresso Nacional para o enfrentamento desses problemas.

Nesse aspecto, sobre o GSF, destaca-se as seguintes medidas, estudos e propostas para solucionar a controvérsia:

- I. A Medida Provisória nº 688, de 18 de agosto de 2015, convertida na Lei nº 13.203, de 8 de dezembro 2015 e atualizada pela Lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2016, que reconheceu a alocação indevida de riscos não hidrológicos aos geradores hidrelétricos do MRE, propondo solução denominada de repactuação do risco hidrológico (art. 1º), e determinando à ANEEL que calcule o valor devido aos geradores prejudicados pelos impactos relativos ao GSF em razão do despacho fora da ordem de mérito e da importação de energia (art. 2º, I e II);
- II. A Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 814, de 28 de dezembro de 2017, que tratou acerca da necessidade de medida legislativa adicional para “afastar de forma prospectiva e retroativa do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE três elementos: (i) geração fora da ordem de mérito; (ii) antecipação de garantia física outorgada a projetos estruturantes, quais sejam, as usinas hidrelétricas – UHE de Belo Monte, Jirau e Santo Antônio; (iii) restrição de escoamento desses empreendimentos estruturantes em função de atraso na transmissão ou entrada em operação de instalações de transmissão em condição técnica insatisfatória”;
- III. A manifestação formal do Ministério de Minas e Energia que, ao concluir a Consulta Pública nº 33/2017, ratificou esse entendimento e reafirmou a necessidade de “recuperar o conceito original de alocação de risco hidrológico”, que foi afetado negativamente em razão de decisões políticas e regulatórias questionadas na judicialização da

matéria (Nota Técnica nº 1/2018/AEREG/SE e Parecer nº 0065/2018/CONJUR-MME/CGU/AGU);

- IV. A Lei nº 14.052, de 8 de setembro de 2020, que alterou a Lei nº 13.203/2015, ao estabelecer um modelo de ressarcimento aos geradores do MRE em razão dos impactos causados pelas restrições ao escoamento de energia elétrica em função de atrasos na entrada em operação de linhas de transmissão e pela antecipação da garantia física dos chamados empreendimentos estruturantes (art. 2º-A), mediante extensão do prazo de outorga das usinas impactadas, considerando a possibilidade expressa de efeitos retroativos referente aos parâmetros estabelecidos no regime de repactuação do risco hidrológico (art. 2º-B); e, dentre outros,
- V. A Lei nº 14.182, de 12 de julho de 2021, que, dentre outras providências, especialmente com relação às condições de descapitalização das Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRAS, promoveu alterações na Lei nº 13.203/2015, ao estabelecer de forma expressa o direito dos geradores hidrelétricos impactados de aderirem ao modelo de ressarcimento na parcela de energia não repactuada, mesmo que tenham aderido ao modelo anterior disciplinado na redação original da Lei nº 13.203/2015 (art. 2º, § 9º).

No campo acadêmico, o assunto também foi objeto de estudo voltado à análise das consequências estruturais das demandas judiciais que questionavam o Fator de Ajuste do MRE (GSF), afirmando no ápice de judicialização da matéria que “a sistemática criada para operacionalização das decisões judiciais desnaturou a sistemática do mercado multilateral”, de modo que “a situação chegou ao ponto de paralisar as operações do mercado de energia elétrica, em decorrência da inexistência de recursos suficientes para pagar todos os credores, inclusive aqueles que detinham liminares. Assim, a liquidação financeira foi suspensa de novembro de 2015 até março do ano seguinte” (GOLFETTO, 2019, p. 95).

Sobre o *constrained-off*, verifica-se também uma série de análises, estudos, notas técnicas e, mais recentemente, a Lei nº 15.269, de 24 de novembro de 2025, que buscou equacionar o problema dos cortes de geração:

- I. O ONS reconhece o esgotamento da capacidade de transmissão em nível estrutural, afirmando que o crescimento não programado das fontes renováveis superou a capacidade da rede e que, para viabilizar novos acessos, adotou flexibilizações dos critérios de segurança operativa, gerando cortes de geração mais intensos e frequentes (Plano da Operação Elétrica de Médio Prazo do Sistema Interligado Nacional – PAR/PEL 2023 – Ciclo 2024-2028);
- II. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) nº 002/2023-SRT-SRG-SCG-SFG/ANEEL, em que a ANEEL conclui que o aparato regulatório vigente não foi desenhado para o atual cenário de expansão eólica e solar, reconhecendo “uma mudança de paradigma no setor elétrico brasileiro”, que atualmente passa por desafios de incompatibilidade entre os prazos de implantação dos projetos de geração e transmissão, falhas na alocação

de riscos e necessidade de revisão das regras de acesso e de compensação diante do aumento dos eventos de *constrained-off*;

- III. Os acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) – Acórdão nº 922/2023-Plenário, Acórdão nº 2.337/2024-Plenário e Acórdão nº 306/2024-Plenário: a Corte de Contas aponta falhas estruturais (e recorrentes) no planejamento e na operação do sistema elétrico nacional, incluindo (i) ausência de indicadores de efetividade; (ii) deficiências dos modelos computacionais; (iii) falta de critérios objetivos, transparência e fiscalização quanto aos cortes de geração aplicados aos geradores conectados ao sistema; (iv) falta de coordenação institucional entre MME, EPE, ONS e ANEEL; e (v) reconhecimento de que a transmissão se tornou gargalo estrutural no setor elétrico, gerando cortes imprevisíveis e incompatíveis com a matriz de risco dos empreendedores;
- IV. A Nota Técnica nº 155/2025-SGM/ANEEL, em que a agência identifica (i) limitações estruturais do sistema de transmissão e insuficiência do suporte de potência reativa; (ii) admite que a Micro e Mini Geração Distribuída (MMGD) pode contribuir para o problema, devendo ser incluída nos cortes de geração; (iii) ressalta que hidrelétricas e termelétricas possuem maior controlabilidade e alerta para a necessidade de evitar sobreposição de compensações, além de estabelecer critérios objetivos de rateio e classificação dos cortes de geração. Contudo, tais entendimentos contradizem as próprias análises anteriores da agência, que afirmavam que “as restrições elétricas impostas pelo ONS ensejam o ressarcimento dos agentes impactados” (Nota Técnica nº 123/2014-SEM/ANEEL) e que “faz sentido aplicar o conceito de isenção de ressarcimento para usinas aptas ou para usinas que sofreram *constrained-off* (...), pois não entregaram a energia contratada por excludente de responsabilidade” (Nota Técnica nº 198/2017-SRM/ANEEL); e
- V. A Lei nº 15.269, de 24 de novembro de 2025, que recentemente incluiu previsão de compensação aos geradores por cortes de geração, ainda que as disposições esperadas pelo mercado tenham sido vetadas pelo Presidente da República, conforme Mensagem nº 1.755, de 24 de novembro de 2025, sob o argumento de risco de ineficiências e aumento de encargos. Com o veto, persiste a judicialização da matéria, devolvendo à ANEEL a tarefa de regulamentar o tratamento dos cortes de geração, sem solução legislativa definitiva.

Quanto ao item (iii), o período 2015 a 2025 foi escolhido em razão da intensificação da judicialização no setor elétrico no período e, desse modo, da disponibilidade de decisões suficientes e comparáveis no âmbito da Justiça Federal da 1ª Região. No critério geográfico, foram selecionados os processos julgados na Seção Judiciária do Distrito Federal e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, uma vez que os contratos administrativos do setor elétrico elegem o Distrito Federal como foro para disputas judiciais, de modo que, nesta Seção Judiciária, concentra-se um número maior de ações judiciais envolvendo a ANEEL.

Como critérios quantitativos, destaca-se, inicialmente, que foram mapeados dezenas de processos judiciais relacionados aos temas GSF e *constrained-off*. Após a aplicação dos critérios de seleção acima definidos e a exclusão de casos fora do escopo,

chegou-se a uma amostra final de 81 (oitenta e um) processos judiciais efetivamente analisados, no período de 2015 a 2025, sendo 65 (sessenta e cinco) processos relacionados ao GSF e 16 (dezesesseis) processos relacionados aos cortes de geração por *constrained-off*.

Como critérios qualitativos, após a identificação das ações judiciais sobre ambas as controvérsias, para cada processo analisado na amostra identificada, foram coletados e avaliados dados-chave, relacionados aos seguintes parâmetros: (i) partes envolvidas; (ii) causa de pedir; (iii) pedidos; (iv) principais fundamentos jurídicos em discussão; (v) presença de contrato administrativo; (vi) valor econômico em disputa; (vii) data de distribuição e tempo total de tramitação; (viii) existência de tutela provisória concedida ou negada; (ix) resultado de mérito (procedência ou improcedência do pedido); e (x) acórdão de apelação (provimento ou desprovimento do recurso em favor do gerador).

Nos casos em que foram proferidas decisões liminares, foi realizada pesquisa adicional em 2º grau de jurisdição, de modo a identificar os respectivos recursos de agravo de instrumento interpostos, seja pelos geradores seja pela ANEEL, assim como para identificar o posicionamento, ainda que eventualmente monocrático, dos Desembargadores Federais que integram a 3ª Seção do TRF da 1ª Região, competente para análise da matéria.

Com base nesses parâmetros, foi possível identificar os problemas apontados na presente pesquisa: a morosidade judicial foi constatada a partir do número de dias entre o início da ação e seu julgamento final em contraste com o tempo médio indicado no levantamento estatístico realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir da publicação periódica “Justiça em Números”; a fragmentação jurisprudencial foi avaliada em função da divergência de resultados e argumentos adotados pelos órgãos jurisdicionais (juízes e desembargadores); por fim, o impacto sobre os contratos administrativos foi considerado a partir dos montantes apontados pelos agentes econômicos nas ações judiciais, projetando seus efeitos pelo tempo de tramitação das respectivas demandas.

Para realizar uma análise institucional comparada, na perspectiva de tempo de tramitação dos processos judiciais e arbitrais e seus respectivos impactos financeiros, foi realizada consulta formal à Câmara de Mediação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (FGV) sobre o tempo de tramitação de arbitragens em matéria de energia.

A Câmara da FGV foi selecionada devido ao corpo de árbitros especializados e à experiência adquirida pela instituição com a matéria de energia, que era, desde 2007, a única habilitada para solucionar conflitos relacionados à regulação do setor elétrico, nos

termos da Resolução Homologatória nº 531, de 7 de agosto de 2007, editada pela ANEEL. Em 2023, a agência reguladora aprovou a nova convenção de arbitragem da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), por meio da Resolução Homologatória nº 3.173, de 14 de fevereiro de 2023, permitindo a homologação de novas Câmaras de Arbitragem para solução de conflitos no setor elétrico.

Dessa forma, os indícios verificados a partir da análise empírica realizada estão respaldados em dados objetivos extraídos dos processos examinados. O levantamento final sobre os processos judiciais analisados encontra-se delimitado no apêndice 01 da presente pesquisa. A simulação sobre os impactos financeiros em função do tempo de tramitação dos processos judiciais e suas diferenças em cenários hipotéticos, caso os litígios fossem submetidos à arbitragem, são explorados de forma complementar no apêndice 02.

De todo modo, é importante ressaltar que a análise empírica realizada possui significativas limitações, diante da impossibilidade de abarcar todas as decisões existentes sobre GSF e *constrained-off*, dado o elevado número de ações ajuizadas (muitas já extintas) e a falta de uniformidade na documentação de todos os casos, bem como a heterogeneidade dos pedidos e estratégias processuais de cada ação. Trata-se, portanto, de um estudo por amostragem de casos representativos, e não de um levantamento exaustivo de todo o universo de litígios instaurados.

Ainda na perspectiva metodológica, como fonte de pesquisa, a busca foi realizada principalmente através do Sistema de Processo Judicial eletrônico (PJe) integrado à Justiça Federal da 1ª Região, nada obstante o manuseio residual do Sistema e-Proc, considerando a existência de processos e incidentes mais antigos, que tramitaram no mencionado sistema antes da implementação do atual PJe.

Para identificar as ações judiciais e as respectivas decisões proferidas nos processos sobre o GSF, foram utilizadas as seguintes palavras-chaves nas pesquisas de jurisprudência no site oficial do TRF da 1ª Região: (i) “setor elétrico”; (ii) “geradores”; (iii) “usinas hidrelétricas”; (iv) “Generation Scaling Factor”; (v) “GSF”; (vi) “Fator de Ajuste do MRE”; (vii) “Mecanismo de Realocação de Energia”; (viii) “MRE”; (ix) “garantia física”; (x) “energia alocada”; (xi) “Decreto nº 5.163/2004”; (xii) “agentes credores”; (xiii) “Mercado de Curto Prazo”; (xiv) “MCP”; (xv) “loss sharing”; (xvi) “rateio proporcional da inadimplência”; (xvii) “Resolução Normativa ANEEL nº 957/2021”; e (xviii) “Resolução Normativa ANEEL nº 552/2002”.

Além disso, foi aproveitado o mapeamento realizado pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria Federal junto à ANEEL na Suspensão de Liminar e Sentença (SLS) nº 2.162/DF, movida perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando formulado pedido de extensão dos efeitos da medida de contracautela deferida pela Corte Superior às demais ações de GSF. Trata-se de levantamento composto por 51 (cinquenta e um) processos judiciais, que, nada obstante, foram reduzidos a um universo de 31 (trinta e um) processos que contaram com sentenças de mérito, uma vez que as demais ações tiveram pedidos de desistência e renúncia homologados em juízo como condição de adesão do gerador aos mecanismos legais instituídos para solução da controvérsia (Lei nº 13.203/2015 e Lei nº 14.052/2020).

Sobre os cortes de geração por *constrained-off*, foi utilizado outro método de pesquisa, uma vez que se trata de judicialização contemporânea e, portanto, com número reduzido de decisões judiciais disponibilizado no banco de jurisprudência do TRF da 1ª Região. Nesse sentido, em pesquisa por ações judiciais em trâmite no 1º grau de jurisdição da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, foram utilizados os seguintes filtros de pesquisa: (i) processos judiciais contra a ANEEL e (ii) processos judiciais distribuídos às Varas Federais com especialização em direito regulatório, concorrencial e tributário, quais sejam: 1ª Vara Federal; 4ª Vara Federal; 6ª Vara Federal; 8ª Vara Federal; 13ª Vara Federal; e 17ª Vara Federal, nos termos da Portaria PRESI nº 17/2022/TRF1.

Não se descartou, contudo, a pesquisa no banco de jurisprudência do Tribunal, ocasião em que foram utilizadas as seguintes palavras-chaves: (i) “cortes de geração”; (ii) “constrained-off”; (iii) “curtailment”; (iv) “Operador Nacional do Sistema Elétrico”; (v) “ONS”; (vi) “Resolução Normativa ANEEL nº 927/2021”; (vii) “Resolução Normativa ANEEL nº 1.030/2022”; (viii) “indisponibilidade externa”; (ix) “confiabilidade elétrica”; (x) “razão energética”; (xi) “franquia de horas”; (xii) “extrapolação do poder regulamentar”; (xiii) “desvio de finalidade”; (xiv) “capacidade de transmissão”; (xv) “caso fortuito”; (xvi) “força maior”; (xvii) “mora administrativa”; (xviii) “metodologia provisória”; (xix) “metodologia transitória”; (xx) energia eólica; (xxi) “energia solar”; (xxii) “geração frustrada”; (xxiii) “compensação financeira”; (xxiv) “ressarcimento contratual”; e (xxv) “onerosidade excessiva”.

Sobre os cortes de geração, foram excluídas 04 (quatro) ações judiciais identificadas como precedentes judiciais proferidos nas Seções Judiciárias da Paraíba, Ceará e Rio Grande do Norte, além do TRF da 5ª Região, considerando seu caráter residual e distante

do recorte metodológico proposto, que buscou uma análise da fragmentação da jurisprudência no âmbito da Seção Judiciária do Distrito Federal e do TRF da 1ª Região, jurisdição em que se concentra a judicialização da matéria de regulação do setor elétrico.

Destaca-se, por fim, que foram selecionados litígios que abrangessem um grande número de agentes econômicos, direta ou indiretamente afetados pelas decisões regulatórias questionadas em juízo. A opção metodológica buscou assegurar que os casos analisados fossem representativos de fenômenos coletivos, evitando o foco em disputas individuais e privilegiando aqueles que evidenciam problemas estruturais. Desse modo, não foram incluídas na amostra ações judiciais de menor impacto sistêmico ou estrutural, tais como disputas sobre multas contratuais, penalidades administrativas ou pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de concessões. Embora sejam temas juridicamente relevantes e potencialmente arbitráveis (ESTEFAM, 2019), essas demandas não foram selecionadas porque não se enquadrariam no escopo da metodologia adotada, que privilegiou litígios capazes de afetar de maneira ampla a governança dos contratos administrativos e a dinâmica regulatória do setor elétrico brasileiro.

Nessa dinâmica, inclusive, é importante destacar que a controvérsia relativa a Resolução nº 03/2013 do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) não foi selecionada, pois, embora relevante e representativa do primeiro fenômeno de judicialização no setor elétrico, a discussão não envolvia diretamente a agência reguladora (ANEEL), bem como suas competências normativas, distanciando-se, portanto, do escopo proposto na presente pesquisa.

Desse modo, os indícios analisados permitem demonstrar empiricamente que a judicialização de aspectos relacionados à regulação do setor elétrico produz efeitos adversos (morosidade judicial, fragmentação jurisprudencial e instabilidade contratual), o que não é compatível com a segurança jurídica necessária aos investimentos privados para realização dos serviços regulados de energia elétrica, bem como para a promoção do interesse público. Ainda assim, no âmbito desses litígios e no recorte proposto, verifica-se que as disputas possuem núcleo contratual e patrimonial, que poderiam se submeter ao mecanismo de arbitragem.

Nessas condições, a arbitragem teria o potencial institucional para solucionar controvérsias que demandam maior celeridade, especialização técnica, previsibilidade contratual e estabilidade regulatória (SENA, 2023). Dessa forma, a análise empírica

realizada busca fundamentar a proposta de intervenção de que a arbitragem seria, ainda que potencialmente, uma alternativa institucionalmente adequada para solucionar litígios dessa natureza, especialmente no setor elétrico, conforme será apresentado no Capítulo 4.

A partir desses critérios, a presente pesquisa seleciona os mencionados episódios de judicialização, não apenas pela relevância econômica e representatividade institucional, mas sobretudo porque constituem exemplos robustos de disputas que, segundo o recorte metodológico adotado, poderiam ter sido resolvidas por arbitragem, reduzindo a judicialização de matérias complexas, mitigando custos de transação e conferindo maior segurança jurídica e previsibilidade aos agentes do setor elétrico.

## **2.2. O Fator de Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia – GSF**

Um grande exemplo de judicialização com repercussões estruturais vivenciado no setor elétrico brasileiro decorre das discussões sobre os riscos hidrológicos compartilhados por geradores hidrelétricos participantes do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE).

Em meados de 2015, o setor elétrico passou a observar a intensificação de uma grave crise estrutural no âmbito do MRE, ocasionada por um acúmulo de decisões políticas malsucedidas, que foram agravadas por um período de hidrologia adversa, provocando a judicialização em massa dos impactos relacionados ao Fator de Ajuste do MRE, também conhecido no acrônimo em inglês “GSF” (*Generating Scaling Factor*).

Conforme reconheceu o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2.519/2015:

O TCU já havia identificado (Relatório de Levantamento Fisc-Energia Elétrica) como causas estruturais da grave crise que se avizinhava os seguintes aspectos: falhas no planejamento da expansão, superavaliação da garantia física das usinas, problemas no parque térmico, atraso na conclusão de obras, redução na capacidade de armazenamento (usinas a fio d’água), problemas decorrentes da MP 579/2012 e equívocos na política de preços.

De modo geral, o MRE consiste em um mecanismo financeiro criado pela Lei nº 9.648/1998, em que usinas hidrelétricas buscam compartilhar os riscos hidrológicos (regime de chuvas) que afetam a geração hidrelétrica. Basicamente, de acordo com as Regras de Comercialização de Energia Elétrica, aprovadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (CCEE, 2025):

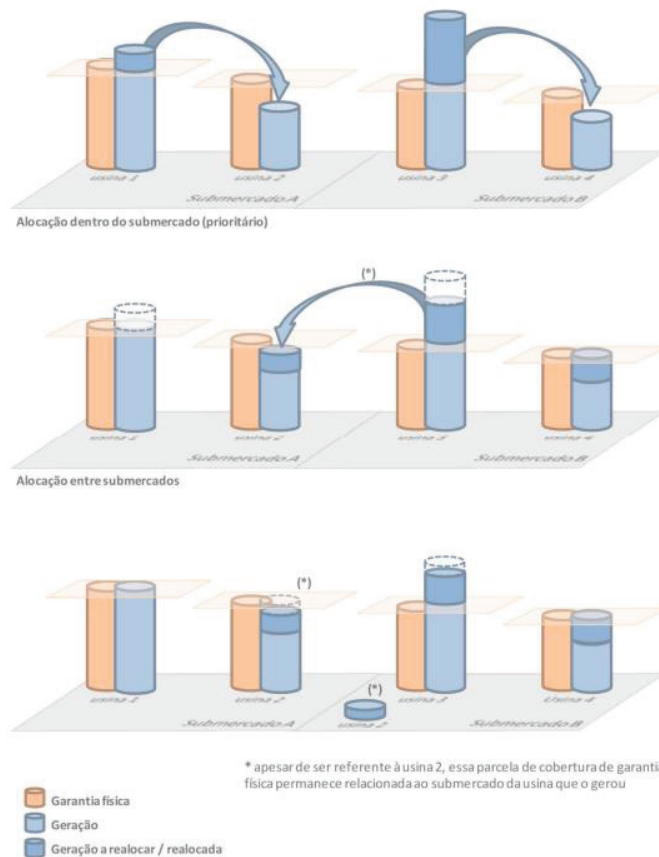
A produção elétrica de uma usina está diretamente relacionada ao despacho centralizado realizado pelo ONS. Esse despacho considera

as disponibilidades de cada uma das usinas em condições de operação no Sistema Interligado Nacional (SIN). Essas usinas são despachadas com o objetivo de minimizar os custos operacionais e visando o menor custo marginal possível, tendo-se em vista as afluições hidrológicas, o armazenamento de água dos reservatórios, os preços ofertados pelas usinas térmicas e as restrições operacionais. Dessa forma, os agentes proprietários de usinas sujeitas ao despacho centralizado pelo ONS não tem controle sobre seu nível de geração, independentemente de seus compromissos de venda de energia realizados com base nas garantias físicas.

Dadas as grandes dimensões territoriais do Brasil, existem também diferenças hidrológicas significativas entre as regiões, ou seja, os períodos secos e úmidos não são coincidentes e, portanto, demandam um fluxo permanente de energia elétrica entre essas regiões. Uma região em período seco deve armazenar água e, dessa forma, produz energia em níveis abaixo da média, enquanto uma região úmida produz acima da média.

O Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) foi concebido para compartilhar entre seus integrantes os riscos financeiros associados à comercialização de energia pelas usinas hidráulicas despachadas de modo centralizado e otimizado pelo ONS.

De forma ilustrativa, o funcionamento do MRE pode ser representado da seguinte forma (CCEE, 2025):



Na essência, o Ajuste do MRE representa a relação entre a geração total agregada e a soma da garantia física de todas as usinas participantes do mecanismo. Quando essa relação, em um determinado período de comercialização, for positiva (> 1), o Ajuste do MRE sinaliza a existência de Energia Secundária, que deverá ser distribuída na proporção da garantia física de cada usina hidrelétrica.

Por outro lado, quando a relação for negativa (< 1), aplica-se o Fator de Ajuste do MRE (GSF) mediante redução da garantia física dessas usinas, ajustando a alocação de energia nos processos de contabilização e liquidação financeira operacionalizados pela CCEE. Assim, o Ajuste do MRE é dado pela seguinte expressão (CCEE, 2025):

$$AJUSTE\_MRE_j = \frac{GMRE_j}{GFIS\_MRE_j}$$

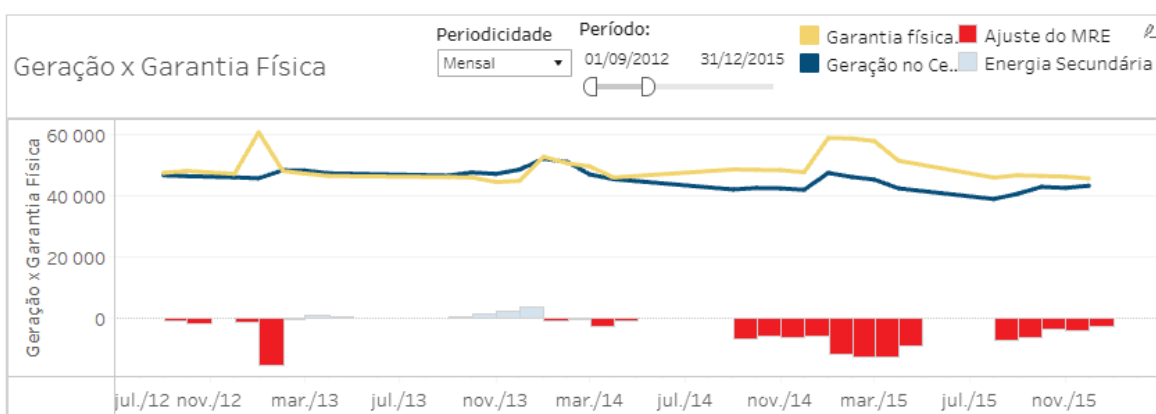
Onde:

*AJUSTE\_MRE<sub>j</sub>* é o Ajuste do MRE no período de comercialização “j”

*GMRE<sub>j</sub>* é a Geração Total das Usinas Participantes do MRE no período de comercialização “j”

*GFIS\_MRE<sub>j</sub>* é a Garantia Física do MRE no período de comercialização “j”

Sucedo que, conforme consta do Acórdão TCU nº 2.519/2015, uma série de intervenções políticas ocasionou desequilíbrio na geração hidrelétrica no MRE, o que afetou o cálculo do Fator de Ajuste (GSF), resultando em sucessivas reduções de garantia física que provocaram significativos prejuízos aos geradores participantes do mecanismo, conforme se observa do Painel Geração-MRE, disponível no site oficial da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)<sup>9</sup>:



<sup>9</sup> Disponível em: <<https://www.ccee.org.br/en/web/guest/dados-e-analises/dados-geracao>>. Acesso em: 11 nov. 2025.

Após frustradas as discussões administrativas realizadas no âmbito da ANEEL, diversos geradores hidrelétricos ingressaram em juízo para expurgar os efeitos financeiros dos fatores não hidrológicos que contaminaram a geração de energia no âmbito do MRE.

Em síntese, as demandas judiciais questionaram a aplicação dos seguintes impactos que consistiriam em fatores não hidrológicos e que, portanto, não deveriam ser suportados ou compartilhados pelos geradores participantes do mecanismo:

- i. Atraso na entrada em operação comercial de linhas de transmissão;
- ii. Superdimensionamento da garantia física das usinas hidrelétricas despachadas centralizadamente participantes do MRE;
- iii. Antecipação da alocação de garantia física integral às usinas estruturantes (UHE Jirau, UHE Santo Antônio e UHE Belo Monte *etc.*) no período de motorização dos empreendimentos;
- iv. Deslocamento da geração hidrelétrica a partir da contratação da energia de reserva; e
- v. Deslocamento da geração hidrelétrica a partir do despacho extraordinário para geração de energia elétrica fora da ordem de mérito, inclusive importação de energia e a geração excepcional na UTE Uruguaiana.

Além desses fatores, questionou-se a redução ilimitada da garantia física sazonalizada dos empreendimentos participantes do MRE, ao sustentar a necessidade de restrição desses ajustes ao patamar máximo de **5% (cinco por cento)**, nos termos do art. 21, § 5º, do Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998.

A questão do Fator de Ajuste do MRE provocou uma intensa discussão na justiça, que se desdobrou em 03 (três) grandes fases de judicialização. Sobre o tema, é interessante analisar o cenário político-institucional que o Poder Judiciário atravessava à época, especialmente a classe dos magistrados federais, que negociavam sem sucesso uma reestruturação da carreira com o Governo Federal. De forma empírica, esse cenário de insatisfação institucional, somada a ausência de uma experiência com a judicialização da matéria de regulação do setor elétrico, pode ter contribuído ao elevado número de decisões judiciais desfavoráveis ao Governo.

Em um primeiro momento de judicialização, conhecido como “**1ª Fase do GSF**”, diversos geradores de energia ingressaram em juízo contra a aplicação do Fator de Ajuste do MRE, para questionar e expurgar os efeitos de fatores não hidrológicos que impactaram a aferição da energia gerada no âmbito do mecanismo. Em termos conceituais, esses fatores consistiram em custos decorrentes de forte ingerência política




(álea administrativa) que provocou grave desequilíbrio econômico e financeiro nas relações contratuais firmadas com o Poder Público.

A partir desse movimento, diversas decisões liminares foram proferidas em ações coletivas e individuais sobre a matéria. Esse cenário resultou em um “crédito” aos geradores hidrelétricos, mas de outro lado em um “débito” ao mercado de energia, o que levou os órgãos institucionais do setor elétrico (ANEEL e CCEE) a alocaram aos demais geradores do MRE – aqueles desprotegidos por medidas liminares – os impactos financeiros dessas decisões, ocasionando uma nova corrida ao Poder Judiciário. Trata-se da “**2ª Fase do GSF**”, em que os geradores hidrelétricos impactados pelos efeitos de decisões judiciais de terceiros buscaram tutela jurisdicional para não pagarem os custos decorrentes de outros provimentos judiciais.

Na prática, isso provocou uma redução significativa no fluxo de recursos financeiros destinados à liquidação do mercado de energia. Por essa razão, os custos foram novamente repassados a terceiros, dessa vez, aos credores do Mercado de Curto Prazo (MCP), que passaram a suportar os efeitos da inadimplência, em atenção a regra setorial do rateio proporcional da inadimplência, também conhecida como “*loss sharing*”, prevista nas Regras de Comercialização de Energia Elétrica aprovadas pela agência reguladora (ANEEL, 2025).

Entretanto, alguns agentes credores ingressaram em juízo para não suportar os efeitos da inadimplência decorrente das decisões proferidas nas fases anteriores, o que resultou na “**3ª Fase do GSF**”, para garantir uma indevida prioridade no recebimento de créditos no âmbito do Mercado de Curto Prazo. Essas decisões judiciais resultaram em uma obrigação de fazer à CCEE, que, a pretexto de afastar os efeitos de quaisquer ônus de decisões proferidas em processos de terceiros, deveria alocar prioritariamente os recursos arrecadados aos agentes que obtiveram tais provimentos judiciais.

Isso provocou uma destinação quase que exclusiva de recursos financeiros a esses agentes privilegiados, causando graves prejuízos aos demais agentes credores, que passaram a receber muito menos do que deveriam, caso a regra do rateio proporcional da inadimplência fosse aplicada para todos. A imagem abaixo busca exemplificar os efeitos financeiros do afastamento da regra relativa ao *loss sharing* devido às decisões judiciais de 3ª Fase do GSF:

Situação 1 (Arrecadação Regular)	Situação 2 (Arrecadação com GSF e rateio regular de créditos)	Situação 3 (Arrecadação com GSF e rateio irregular de créditos)
 <b>ccee - R\$ 15 milhões</b>	 <b>ccee - R\$ 10 milhões</b>	 <b>ccee - R\$ 10 milhões</b>
<b>Agente A - R\$ 5 milhões</b>	<b>Agente A - R\$ 3,333 milhões</b>	<b>Agente A - R\$ 5 milhões</b> com liminar de prioridade
<b>Agente B - R\$ 5 milhões</b>	<b>Agente B - R\$ 3,333 milhões</b>	<b>Agente B - R\$ 5 milhões</b> com liminar de prioridade
<b>Agente C - R\$ 5 milhões</b>	<b>Agente C - R\$ 3,333 milhões</b>	<b>Agente C - R\$ 0,00</b>

No que tange aos contratos administrativos do setor elétrico, é importante ressaltar que a discussão relativa ao GSF impactou uma série de relações contratuais de natureza regulada. Os contratos de uso de bem público para exploração de aproveitamentos hidrelétricos, os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR), os Contratos de Energia de Reserva (CER), os Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica no âmbito do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas (CCVEE-PROINFA), são alguns exemplos de avenças que poderiam, em princípio, submeter-se ao procedimento de arbitragem.

De todo modo, sem embargo das discussões iniciadas pelos agentes econômicos no âmbito da ANEEL, ainda em 2014, a primeira proposta que buscou equacionar o assunto foi disciplinada na Medida Provisória nº 688, de 18 de agosto de 2015, posteriormente convertida na Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015, e regulamentada pela agência a partir da Resolução Normativa nº 684, de 11 de dezembro de 2015.

Como condição para adesão ao mecanismo legal, que estabelecida a possibilidade de repactuação do risco hidrológico, os geradores hidrelétricos deveriam desistir das ações judiciais em curso que questionavam “riscos hidrológicos do MRE”, o que abrangia as demandas de “1ª Fase do GSF”, renunciado aos direitos sustentados em juízo.

De fato, a solução legal-administrativa foi relevante para um grande número de situações, especialmente para os geradores hidrelétricos com contratos administrativos de natureza regulada. Contudo, a medida não foi suficiente para parte significativa dos agentes afetados, especialmente os geradores que comercializaram energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre (ACL), razão pela qual se fez necessário prolongar a discussão em busca da construção de uma proposta complementar.

Assim, o Ministério de Minas e Energia (MME) instaurou a Consulta Pública nº 33/2017, que apresentou sugestões de aprimoramento do marco legal do setor elétrico, o que incluía a recuperação do conceito original de risco hidrológico, considerando que o cálculo do Fator de Ajuste do MRE permanecia “contaminado” com fatores que não poderiam ter sido incluídos no âmbito do mecanismo (MME, 2017).

Nesse sentido, o Congresso Nacional aprovou a edição de uma solução legal adicional, consolidada na Lei nº 14.052, de 8 de setembro de 2020, que promoveu mudanças significativas na Lei nº 13.203/2015.

A lei, em síntese, tratou de reconhecer, mais uma vez, o desequilíbrio do MRE em razão da inclusão de riscos não hidrológicos no âmbito do mecanismo. Nesse ponto, foi estabelecido o “ressarcimento” aos geradores hidrelétricos impactados pelos custos suportados indevidamente, isto é, em desconformidade com os parâmetros legais que dimensionaram o alcance dos riscos hidrológicos a serem alocados no MRE.

Como condição para adesão ao novo mecanismo legal, exigiu-se, novamente, que os geradores hidrelétricos desistissem das ações judiciais de “1ª Fase do GSF”, com renúncia expressa aos direitos sustentados em juízo. Essa premissa buscou reequilibrar o MRE a partir do pagamento do passivo financeiro acumulado, evitando a perpetuação dos efeitos sistêmicos decorrentes da judicialização massiva identificada.

Após a implementação dessas medidas, verificou-se uma redução significativa no volume de ações judiciais, permanecendo em tramitação apenas demandas residuais. Essas ações remanescentes foram propostas por geradores que optaram por seguir litigando, seja por considerarem as soluções legislativas insuficientes para recompor integralmente os prejuízos suportados, seja por estarem impedidos de aderir aos mecanismos legais devido a restrições instituídas pela ANEEL, ou, por fim, situações específicas, como falência.

Após todos os percalços enfrentados, é importante destacar que o Poder Judiciário passou a avaliar os riscos e os efeitos das decisões judiciais sobre setores regulados. Em agosto de 2018, após a realização da 2ª Edição do Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação da Associação dos Juizes Federais do Brasil (FONACRE/AJUFE), foram editados diversos “Enunciados” com diretrizes a serem observadas pelos magistrados federais ao examinar processos judiciais que questionavam a regulamentação de políticas públicas setoriais:

#### **Enunciado nº 18**

A observância da neutralidade da rede deve sempre ser aplicada com o fim de melhorar e ampliar o acesso ao serviço pelo usuário final.

#### **Enunciado nº 19**

As demandas em matéria de energia elétrica que apresentem efeitos sistêmicos devem ser preferencialmente reunidas para julgamento conjunto, na forma do parágrafo terceiro do artigo 55 do CPC.

#### **Enunciado nº 20**

Ao decidir sobre questões regulatórias no setor de energia elétrica, os juízes devem ter em conta os problemas sistêmicos e econômicos que suas decisões podem causar.

Nota-se, ainda, a edição de Enunciados que buscaram aperfeiçoar a prestação jurisdicional frente aos desafios institucionais analisados, inclusive com a promoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos:

#### **Enunciado nº 9**

Sempre que possível, o Poder Judiciário deve estimular o diálogo entre os agentes reguladores e econômicos, provendo-os com os incentivos e os parâmetros de legalidade necessários para que corrijam a juridicidade violada, inclusive mediante a adoção de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias.

#### **Enunciado nº 10**

O Poder Judiciário deve deferir tutelas que restabeçam a juridicidade violada com o menor grau de impacto interventivo possível, também atentando para as consequências políticas, econômicas e concorrenciais de suas decisões.

#### **Enunciado nº 11**

O Poder Judiciário deve primar pelo controle de juridicidade empiricamente informado, incentivando as partes e terceiros interessados a apresentarem dados técnicos e científicos que subsidiem a verificação lógica entre as premissas, as metodologias e as conclusões que embasam os atos regulatórios.

#### **Enunciado nº 12**

O Poder Judiciário deverá prestigiar a participação dos agentes reguladores e econômicos, seja convocando audiências públicas, seja convidando terceiros interessados para integrar a lide na condição de *amicus curiae*, entre outras medidas que promovam a ampliação democrática do debate.

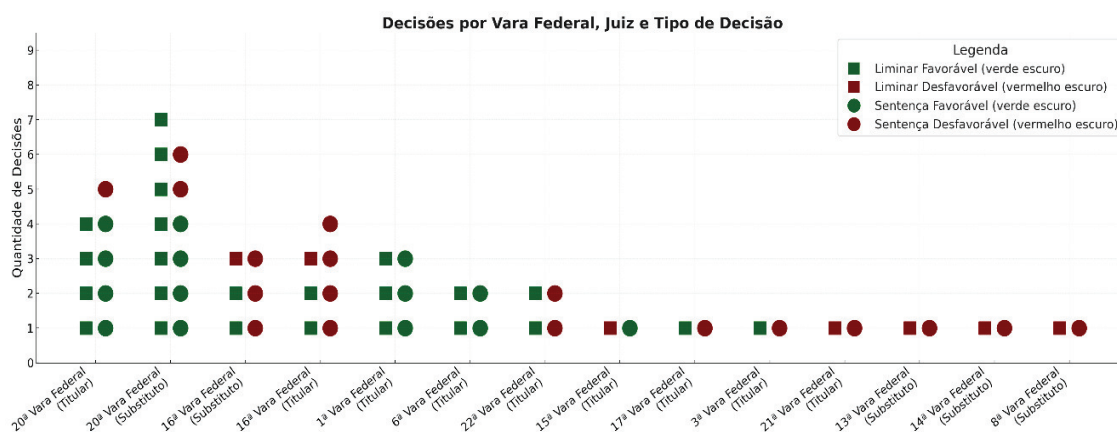
Ainda assim, o exame das decisões judiciais sobre a matéria revela a presença de severa fragmentação jurisprudencial no âmbito das ações judiciais de “1ª Fase do GSF” perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Tal divergência reforça

a percepção de instabilidade jurídica e ausência de uniformidade interpretativa em matéria técnico-regulatória.

Entre 2015 e 2020, foram analisadas 63 decisões no total, sendo 31 liminares e 32 sentenças. Essa amostra abrange 12 Varas Federais, cujas decisões judiciais foram proferidas por 14 Juízes Federais diferentes, entre titulares e substitutos, considerados individualmente.

Em termos gerais, os resultados evidenciam que, em juízo de cognição sumária, 77% dos magistrados suspenderam ou limitaram a aplicação do Fator de Ajuste do MRE em favor dos geradores hidrelétricos, em um cenário de disputa institucional com o Governo Federal e ausência de experiência com a judicialização da matéria de energia.

Por outro lado, considerando que a maioria das sentenças de mérito foram proferidas após o período de amadurecimento normativo e a experiência adquirida pelo Poder Judiciário, em linha com os Enunciados do FONACRE/AJUFE, observa-se que 56% dos magistrados decidiram de forma contrária ao pleito dos agentes. Para além da alteração de posicionamento, observa-se, ainda, relativo equilíbrio entre sentenças de procedência (14) e sentenças de improcedência (18), o demonstra a presença de ruído no sistema de justiça (KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021)<sup>10</sup>:



<sup>10</sup> Foram analisados os seguintes processos judiciais no âmbito da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e do TRF da 1ª Região: Processo nº 0040813-64.2015.4.01.3400; Processo nº 0040741-77.2015.4.01.3400; Processo nº 0000518-14.2017.4.01.3400; Processo nº 0043182-31.2015.4.01.3400; Processo nº 0040164-02.2015.4.01.3400; Processo nº 0057642-23.2015.4.01.3400; Processo nº 1005649-21.2015.4.01.3400; Processo nº 0057480-28.2015.4.01.3400; Processo nº 0058726-59.2015.4.01.3400; Processo nº 0043181-46.2015.4.01.3400; Processo nº 0034944-23.2015.4.01.3400; Processo nº 0041607-85.2015.4.01.3400; Processo nº 0033045-87.2015.4.01.3400; Processo nº 0033084-84.2015.4.01.3400; Processo nº 0044866-88.2015.4.01.3400; Processo nº 0062191-76.2015.4.01.3400; Processo nº 0042213-16.2015.4.01.3400; Processo nº 1008695-47.2017.4.01.3400; Processo nº 0045541-51.2015.4.01.3400; Processo nº 0049402-45.2015.4.01.3400; Processo nº 1006226-28.2017.4.01.3400; Processo nº 1013699-65.2017.4.01.3400; Processo nº 0022105-92.2017.4.01.3400; Processo nº 0057512-33.2015.4.01.3400; Processo nº 0040671-60.2015.4.01.3400.

Em 2025, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região julgou quatro apelações interpostas contra as sentenças de mérito relacionadas à 1ª Fase do GSF, sendo todas resultando em desfecho desfavorável à pretensão dos geradores. Esse entendimento foi firmado nos Processos nº 1012464-63.2017.4.01.3400, nº 1008695-47.2017.4.01.3400, nº 0034944-23.2015.4.01.3400 e nº 0049402-45.2015.4.01.3400, sendo este último apreciado em 31 de outubro de 2025.

Sobre a 2ª Fase do GSF, formou-se uma jurisprudência no sentido de que os efeitos de decisões judiciais obtidas por geradores hidrelétricos do MRE deveriam ser suportadas pelos demais geradores participantes do mecanismo, considerando precedentes contrários ao pleito de agentes credores no Mercado de Curto Prazo, que integram a 3ª Fase do GSF<sup>11</sup>. Observa-se, assim, que o Poder Judiciário ainda possui relativa dificuldade em distinguir as fases de judicialização da matéria, os pleitos e as pretensões formuladas em juízo, em que pese as diferenças elementares dos respectivos pressupostos processuais.

Nesse contexto, o conjunto de decisões colegiadas pode ser interpretado como um viés institucional voltado à redução do espaço de controle judicial sobre demandas de elevada complexidade regulatória, para além de coibir uma litigância especulativa diante dos mecanismos legais instituídos para equacionar a crise do GSF, apesar da existência de manifestações convergentes dos três Poderes reconhecendo a legitimidade da pretensão dos geradores hidrelétricos quanto à necessidade de correção dos fatores não hidrológicos que desequilibraram o MRE (1ª e 2ª Fases).

Para além da alteração brusca de posicionamento institucional, com base na análise empírica realizada, foi possível mensurar o tempo de tramitação entre a distribuição, sentença e julgamento da apelação no âmbito da referida amostra. Os resultados foram sistematizados no gráfico abaixo, que relaciona o tempo de tramitação total (em dias), bem como os marcos processuais de sentença e acórdão de julgamento da apelação, associados às respectivas médias nacionais aferidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir publicação Justiça em Números – Edição 2025 (CNJ, 2025).

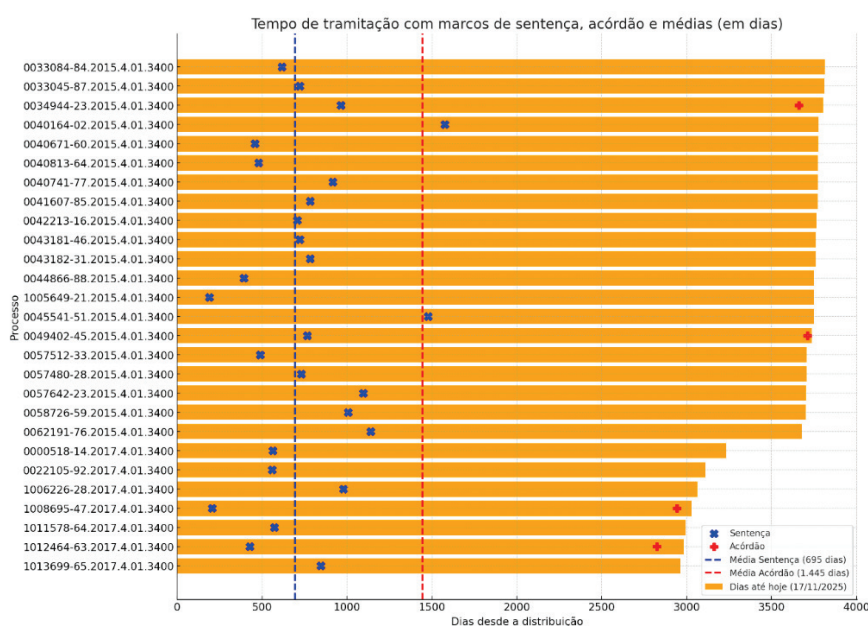
Os dados analisados revelam um quadro de morosidade muito superior aos parâmetros de referência do CNJ. Enquanto o tempo médio para prolação de sentença na

---

<sup>11</sup> Sobre os julgamentos de 2ª Fase do GSF, cita-se: Processo nº 1001374-92.2016.4.01.3400 e Processo nº 0070622-02.2015.4.01.3400. Quanto aos julgamentos de 3ª Fase do GSF, há uma série de precedentes sobre a respectiva fase de judicialização, podendo ser citado como exemplos: Processo nº 1001329-88.2016.4.01.3400, Processo nº 1001670-17.2016.4.01.3400 e Processo nº 1005496-51.2016.4.01.3400.

Justiça Federal do Distrito Federal é de aproximadamente **695 dias (1 ano e 11 meses)**, os processos do caso GSF analisados evidenciam uma duração consideravelmente maior, em muitos casos ultrapassando **1.000 dias (2 anos e 9 meses)** sem solução definitiva em primeiro grau.

Situação mais crítica se observa no âmbito do TRF da 1ª Região: embora o tempo médio para julgamento de apelação seja de **1.445 dias (3 anos e 11 meses)** no tribunal, os acórdãos no conjunto analisado, quando existentes, atingiram cerca de **3.000 dias (8 anos e 2 dois meses)**, evidenciando um atraso estrutural na apreciação da matéria e respectiva consolidação da jurisprudência:



Esses indícios demonstram que a tramitação das demandas relacionadas ao GSF excedeu de forma expressiva os parâmetros já elevados de duração do processo perante a Justiça Federal (CNJ, 2025). A disparidade observada indica que a judicialização de questões regulatórias tende a ser objeto de acentuada demora, reforçando o diagnóstico de que o sistema judicial possui baixa responsividade para lidar com litígios complexos inerentes ao setor elétrico brasileiro.

Por outro lado, no campo da arbitragem, o próprio Decreto nº 10.025/2019 estabelece o prazo mínimo de **sessenta dias** para resposta inicial (art. 8º, I) e o prazo máximo de **vinte e quatro meses** para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem (art. 8º, II). O mencionado prazo máximo poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda **quarenta e oito meses** (art. 8º, parágrafo único).

De forma empírica, se avaliado o tempo de tramitação de processos arbitrais, segundo dados coletados pela pesquisadora Selma Lemes (2024), a média de duração dos procedimentos é de **600 dias (19,8 meses)**, contando-se da assinatura do termo de arbitragem até a prolação da sentença arbitral. Em matéria de energia, no âmbito da Câmara de Mediação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (FGV), o tempo médio de tramitação dos procedimentos é de **488 dias (1 ano, 4 meses e 2 dias)**, segundo dados coletados na presente pesquisa.

Em tal cenário, depreende-se que a divergência de decisões judiciais e a morosidade na solução de litígios podem gerar impactos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos do setor elétrico. A tramitação prolongada de ações e a ausência de respostas uniformes agravam o risco de desequilíbrio, retardando a recomposição de receitas e o reconhecimento de direitos, produzindo ainda assimetria entre agentes que atuam sob decisões judiciais distintas<sup>12</sup>.

Nessa perspectiva, na ação judicial nº 0049402-45.2015.4.01.3400, que teve o último julgamento de apelação analisado, constata-se que a demanda foi distribuída em 25 de agosto de 2015, ocasião em que o conjunto de pequenos geradores suportavam prejuízos mensais de aproximadamente R\$ 391 mil reais. Até o julgamento da apelação, em que a Quinta Turma do TRF-1 negou provimento ao recurso dos agentes, delimita-se um risco financeiro estimado em mais de R\$ 47,580 milhões de reais, concentrado em apenas uma única ação judicial que tramita há mais de mais de 10 (dez) anos, e ainda não teve sua tramitação encerrada.

Em outra esfera de magnitude, verifica-se que, na ação judicial nº 0023776-24.2015.4.01.3400, movida por Santo Antônio Energia S/A, titular de outorga para exploração da Usina Hidrelétrica Santo Antônio, o agente alegava prejuízos mensais de R\$ 156 milhões de reais no âmbito das liquidações financeiras promovidas pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Trata-se de uma das primeiras ações judiciais sobre a 1ª Fase do GSF. Nesse sentido, projetando o impacto médio mensal no tempo de tramitação da demanda (desde a distribuição, em 23 de abril de 2015, até o trânsito em julgado, em 12 de janeiro de 2017), o agente gerenciou um risco financeiro *sub judice* de mais de R\$ 3,354 bilhões de reais, que foi repactuado no âmbito da solução legislativa promovida pela Lei nº 13.203/2015.

---

<sup>12</sup> Ver apêndice 02.

Desse modo, ainda que de forma empírica, é possível constatar a relevância que o tempo de tramitação das ações judiciais pode ter sobre o gerenciamento de riscos financeiros na judicialização de matérias de elevada complexidade técnico-normativa. No exemplo mencionado da UHE Santo Antônio, os impactos financeiros de apenas uma única ação judicial representava cerca de 1/3 (um terço) do valor investido na implantação da usina, considerada como um empreendimento estruturante e, portanto, relevante à segurança energética nacional. Esse cenário leva à conclusão de que os valores envolvidos nas ações judiciais são efetivamente expressivos e causam impactos significativos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Além disso, revela-se um problema de governança contratual, na medida em que o setor elétrico ainda opera com mecanismos de resolução de conflitos inadequados às especificidades técnicas, econômicas e sistêmicas do segmento. Nesse cenário, os agentes podem acabar incorporando o risco de judicialização na precificação de contratos e oferta nos leilões, o que, por fim, eleva o custo de capital, amplia os prêmios de risco e, em última instância, resulta em tarifas mais altas suportadas pelos consumidores e usuários finais dos serviços de energia elétrica (BERNARDES, 2021).

Em outras palavras, os riscos institucionais acabam sendo precificados, o que pode aumentar os preços praticados nas concorrências públicas, tendo em conta as ineficiências decorrentes da atuação regulatória distorcida e da judicialização sem previsibilidade na análise de demandas tecnicamente complexas, para além da falta de mecanismos mais céleres e tecnicamente qualificados para resolução de conflitos dessa natureza.

Esse ambiente de instabilidade regulatória e baixa previsibilidade no sistema de justiça acaba por desestimular os investimentos privados, cuja atratividade depende de segurança jurídica e governança contratual adequada.

Como se observa, o caso do GSF permite compreender efeitos macroeconômicos da judicialização no setor elétrico. Embora seja um caso estruturante, na seção seguinte, o problema relativo aos cortes de geração por *constrained-off* evidencia problemas operacionais e de coordenação institucional mais contemporâneos.

### **2.3. Os cortes de geração por *constrained-off***

A judicialização relativa ao GSF não esgota os conflitos regulatórios relevantes do setor elétrico brasileiro. Nos últimos anos, outro tema ganhou significativa projeção

no âmbito judicial: os cortes de geração por *constrained-off*, especialmente aplicados sobre usinas eólicas e fotovoltaicas, sem prejuízo dos impactos também suportados pelos geradores hidrelétricos.

A questão sobre os cortes de geração está diretamente relacionada com a inserção em larga escala da geração eólica e solar (fotovoltaica) na matriz elétrica nacional, que foi constituído, inicialmente, na forma de um sistema hidrotérmico de grande porte. Embora as referidas fontes possuam atributos relevantes para a promoção de uma matriz cada vez mais limpa e renovável, a geração intermitente impõe desafios reais à operação do sistema de transmissão nacional.

Os dados divulgados pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico revelam a evolução exponencial da geração renovável a partir das duas fontes (ONS, 2023):

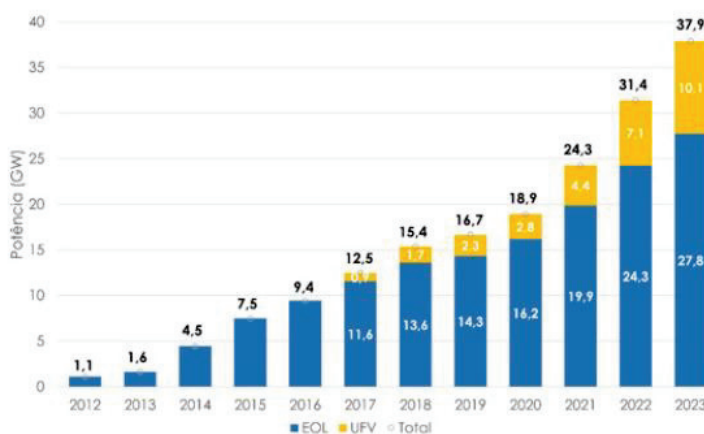


Figura 3: Evolução da Capacidade Instalada de Geração Eólica e Fotovoltaica Centralizada no SIN

Do ponto de vista operacional, os cortes por *constrained-off* ocorrem quando as usinas, por razões sistêmicas, são impedidas de escoar a energia gerada na rede. Na perspectiva financeira, esses eventos impedem que a energia comercializada pelos geradores seja contabilizada para fins de cumprimento dos contratos firmados. Por ser um evento externo às instalações do parque gerador, as usinas devem ser compensadas pelos cortes de geração, via Encargos de Serviços do Sistema (ESS), conforme disciplina a Lei nº 10.848/2004 e o Decreto nº 5.163/2004.

O cerne da controvérsia repousa na compreensão de que a compensação financeira prevista no marco legal não tem sido devidamente observada pela regulamentação instituída pela ANEEL. Esse debate se intensificou a partir de 2021, quando o setor passou a se referir ao tema como o “GSF das eólicas”. Naquele ano, a ANEEL editou a

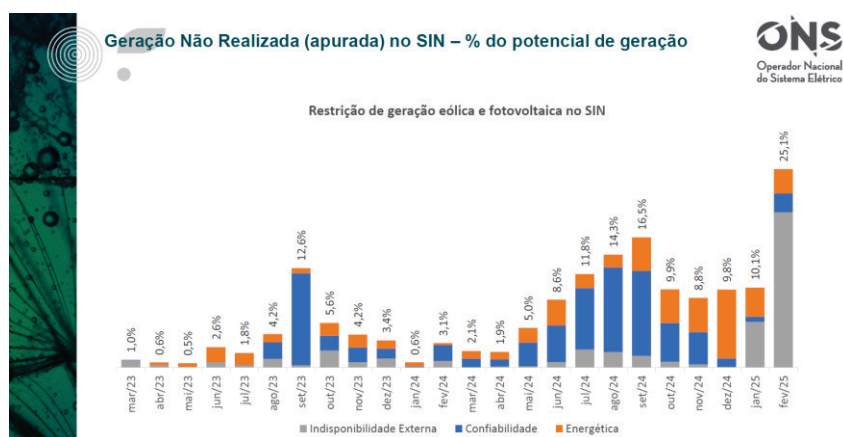
Resolução Normativa nº 927/2021, que estabeleceu critérios e condicionantes para o ressarcimento de geradores eólicos afetados pelos cortes de geração, que também são chamados de *curtailments*.

A restrição regulatória ganhou grande repercussão após o distúrbio elétrico ocorrido em 15 de agosto de 2023, evento que separou eletricamente as regiões Norte/Nordeste do restante do Brasil, ocasionando apagões em 25 Estados e no Distrito Federal e afetando aproximadamente 31% da carga do sistema. Desde então, o ONS passou a adotar uma postura mais conservadora na operação, determinando cortes de geração mais duradouros e frequentes para diversas usinas renováveis, ampliando os prejuízos financeiros associados ao *constrained-off*.

Ocorre que a regulamentação vigente na REN nº 1.030/2022, que substituiu a REN nº 927/2021, consolidou três categorias de cortes de geração, das quais apenas uma, a denominada “razão de indisponibilidade externa”, seria elegível à compensação financeira via ESS. As demais categorias, “razão elétrica” e “razão energética”, foram excluídas desse regime de ressarcimento, reduzindo significativamente o escopo de compensações legais.

A agência também instituiu uma franquia de horas, limitando a própria hipótese compensável. De acordo com a norma, o pagamento de ESS somente é devido quando os cortes acumulados ultrapassam 78 horas por ano para usinas eólicas e 30 horas e 30 minutos para usinas fotovoltaicas. Na visão dos agentes econômicos, essa franquia não encontra respaldo na lei e acaba por frustrar a garantia de compensação prevista em lei.

Dados de operação do sistema demonstram que, historicamente, as principais razões que motivaram os cortes de geração são de ordem elétrica e energética, hipóteses em que o ressarcimento não seria devido aos geradores (ONS, 2025):



Na perspectiva geográfica, constata-se que o problema relativo ao *constrained-off* decorre principalmente do esgotamento da capacidade de transmissão, que ocorre em especial na região nordeste do país, onde tem se concentrado a instalação dos parques geradores das fontes eólica e fotovoltaica. Bahia e Ceará são os Estados mais afetados nas três categorias de cortes de geração. O estado que destoa da região é Minas Gerais, que concentra grande proporção de geração solar centralizada (ONS, 2025).

Diante desse cenário, a Associação Brasileira de Geração de Energia Eólica (ABEEólica) e a Associação Brasileira de Geração de Energia Solar Fotovoltaica (ABSOLAR) ingressaram em juízo, buscando mitigar tais impactos e assegurar a efetividade das garantias legais aos geradores. Em paralelo, inúmeros agentes ajuizaram ações individuais para ver reconhecido o direito à compensação e à neutralidade contratual, bem como o respeito às condições de acesso previamente asseguradas nos contratos de uso do sistema e nos pareceres de acesso emitidos pelo ONS.

No plano contratual, os agentes defendem que cortes de geração determinados pelo ONS caracterizariam hipóteses típicas de caso fortuito ou força maior, atraindo a aplicação de cláusulas de neutralidade de risco aos geradores.

Nessa perspectiva, é interessante considerar a existência de diversos contratos administrativos de natureza regulada que, potencialmente, poderiam submeter seus litígios ao mecanismo de arbitragem. No que tange aos contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado, destaca-se os CCEARs, CERs como instrumentos contratuais afetados pelos cortes de geração por *constrained-off*.

No caso dos CCEARs, trata-se de contrato de comercialização de energia elétrica regulado pela ANEEL, cujo instrumento é celebrado entre o gerador, como parte vendedora, e a distribuidora, como parte compradora, tendo como destinação final o atendimento do mercado cativo de energia elétrica, isto é, os consumidores de média e baixa tensão atendidos pela concessionária local (no geral, consumidores residenciais, comerciais, rurais, pequenas indústrias, Poder Público etc.).

Embora o CCEAR estabeleça o uso da arbitragem para solução de controvérsias entre gerador e distribuidora, a convenção é limitada à hipóteses muito restritas, conforme será demonstrado mais especificamente no Capítulo 3 da presente pesquisa. De todo modo, trata-se de instrumento regido sob a regulação contratual da ANEEL, havendo

previsão contratual no sentido de que as partes devem ser submetidas às normas da agência reguladora, inclusive com relação a edições supervenientes à celebração do contrato.

Nesse sentido, é possível cogitar o uso da arbitragem para solução de conflitos decorrentes da regulação superveniente expedida pela ANEEL, tal como no caso da REN nº 1.030/2022 que disciplinou a compensação dos cortes de geração, tendo em vista seus impactos sobre a alocação de risco previamente definida nos CCEARs. Tratando-se de direito patrimonial disponível, o conflito instaurado entre as partes, mesmo que decorrente da regulação setorial superveniente, teria o potencial de ser levado à arbitragem, ainda que a Administração Pública não seja signatária da avença (TIBURCIO; PIRES, 2016).

Situação similar pode ser observada com a contratação de energia de reserva (CER), disciplinada pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004 e pelo Decreto nº 6.353, de 16 de janeiro de 2008. Nesse caso, contudo, o instrumento contratual é celebrado entre o gerador, como parte vendedora, e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), como parte compradora, tendo como finalidade aumentar a segurança no fornecimento de energia elétrica ao Sistema Interligado Nacional (SIN), na forma da Lei nº 10.848/2004.

A CCEE é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata a Lei nº 10.848/2004. Dentre suas funções institucionais, encontra-se a responsabilidade de celebração de Contratos de Energia de Reserva com os geradores, administrar a Conta de Energia de Reserva (CONER) e a arrecadação do Encargo de Energia de Reserva (ERR), que é recolhido de todos os consumidores de energia elétrica, para pagamento dos agentes vendedores nos Leilões de Energia de Reserva (LER), na forma da disciplina prevista no Decreto nº 6.353/2008.

Novamente, a arbitragem é pouco explorada nessa modalidade contratual, sendo, contudo, um instrumento fortemente regulado e fiscalizado pela ANEEL. Ainda assim, em que pese a CCEE constar como parte compradora no CER, a Câmara não é a destinatária final da energia elétrica comercializada, que cumpre um requisito de segurança no suprimento energético nacional. O mesmo ocorre com os CCEARs, em que a distribuidora não exerce papel central na disciplina contratual, uma vez que o

destinatário da energia elétrica comercializada é o consumidor cativo atendido pela concessionária.

Em ambos os casos, a disciplina regulatória pode afetar direitos patrimoniais disponíveis que circunscrevem a relação contratual, tal como, como exemplo, as receitas e penalidades contratuais incidentes sobre o serviço de geração contratado, o equilíbrio econômico-financeiro e o inadimplemento de obrigações contratuais. É nesse aspecto que o mecanismo de arbitragem será explorado especificamente nos capítulos seguintes, com o objetivo de verificar sua potencial adoção para solução de controvérsias que decorrem da regulação setorial.

De todo modo, no âmbito das ações judiciais sobre o *constrained-off*, após a concessão de três tutelas provisórias em caráter de urgência pelo TRF da 1ª Região, a ANEEL moveu um incidente de Suspensão de Liminar e Sentença (SLS nº 3.546/DF) perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em que pese as diferenças elementares entre as referidas decisões, em decisão monocrática, o Ministro Presidente da Corte Superior suspendeu os efeitos das liminares, invocando o argumento da deferência judicial, no sentido de que a intervenção liminar do Poder Judiciário em matérias tecnicamente complexas do setor elétrico poderia ocasionar grave lesão à ordem pública, nos termos da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Apesar disso, decisões favoráveis aos geradores continuaram a ser proferidas em ações individuais. Tais decisões se basearam, principalmente, em três fundamentos: (i) a extrapolção do poder regulamentar pela ANEEL; (ii) a violação de direitos contratuais associados à matriz de risco do empreendimento; e (iii) a mora administrativa da agência, diante da inexistência de critérios objetivos para a aplicação dos cortes de geração e das metodologias de ressarcimento, que afetam sobretudo os geradores da fonte solar, o que está sob análise da ANEEL no âmbito da 3ª Fase da Consulta Pública nº 45/2009 e da Consulta Pública nº 09/2025, respectivamente.

No julgamento da Apelação nº 1011665-39.2025.4.01.3400, em 31 de agosto de 2025, o TRF da 1ª Região destacou parâmetros de controle judicial mais rigorosos, ao reforçar a superação da Doutrina Chevron como fundamento para a revisão judicial sobre a atuação das agências reguladoras. Ainda que a decisão não tenha enfrentado a regulação da ANEEL à luz da legalidade, o acórdão admitiu a compensação sob a perspectiva legal e contratual, ampliando o alcance da tutela judicial nessa matéria.

Em que pese as diferenças elementares entre os sistemas de justiça brasileiro e norte-americano, a mencionada superação da Doutrina Chevron revela uma tendência de expansão do controle judicial sobre as decisões de agências reguladoras, para além de uma fonte de inspiração à tutela jurisdicional no ambiente regulatório brasileiro. Para a presente pesquisa, o exemplo não representa uma análise de direito comparado, embora sirva como reflexão sobre a experiência externa em demandas com alta densidade normativa de setores regulados. Nesse particular, o precedente mostrou-se relevante no cenário nacional, sendo inclusive citado na judicialização do setor elétrico brasileiro.

Até o presente momento, não há consenso sobre a matéria no Poder Judiciário. Há decisões que fortaleceram a independência judicial, ao impor limites à regulação setorial e assegurar as garantias legais e contratuais em favor dos geradores, assim como decisões que reafirmaram a deferência judicial em razão da complexidade técnica da matéria, em consonância com o precedente monocrático da SLS nº 3.546/DF.

Em 25 de novembro de 2025, publicada a Lei nº 15.269/2025, que alterou a Lei nº 10.848/2004, para incluir diversos dispositivos que disciplinam o direito dos geradores ao ressarcimento pelos cortes de geração impostos pelo ONS.

A nova legislação reconheceu o direito ao ressarcimento devido pelos cortes de geração por indisponibilidade externa. Além disso, também foi confirmado o direito ao ressarcimento pelos cortes de geração por confiabilidade elétrica, nos casos em que os geradores operem com documentos de acesso sem restrições e que estiverem em conformidade com os requisitos técnicos mínimos para conexão ao sistema de transmissão. Por fim, a nova disciplina legal impediu o ressarcimento pelos cortes de geração por razões energéticas, ao menos pela via do Encargo de Serviços do Sistema (ESS):

**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 mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

**§ 10.** As regras de comercialização deverão prever o pagamento de encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive os serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, entre outros:

**VI** – indisponibilidade externa, referente a eventos motivados por indisponibilidades em instalações de transmissão externas às respectivas usinas ou conjuntos de usinas. [\(Incluído pela Lei nº 15.269, de 2025\)](#)

**§ 11.** É vedada a inclusão no encargo de que trata o § 10 para a cobertura dos custos decorrentes de restrições operativas impostas aos geradores de energia elétrica por necessidades sistêmicas associados: [\(Incluído pela Lei nº 15.269, de 2025\)](#)

**I** – ao atendimento a requisitos de confiabilidade elétrica da operação: [\(Incluído pela Lei nº 15.269, de 2025\)](#)

**a)** quando os documentos de acesso dos geradores ao sistema indicarem a possibilidade de restrições; e [\(Incluído pela Lei nº 15.269, de 2025\)](#)

**b)** quando os geradores estiverem operando em desconformidade com os requisitos técnicos mínimos para conexão ao sistema de transmissão; e [\(Incluído pela Lei nº 15.269, de 2025\)](#)

**II** – à sobreoferta de energia elétrica, referente a eventos motivados pela impossibilidade de alocação de geração de energia elétrica na carga. [\(Incluído pela Lei nº 15.269, de 2025\)](#)

Além disso, a alteração legislativa também dispôs sobre a possibilidade de o gerador eólico e solar fotovoltaico fazerem jus à compensação de forma retroativa, mediante assinatura de termo de compromisso que implique, automaticamente, na desistência e renúncia ao direito o qual se funda a eventual ação judicial em curso:

**Art. 1º-B.** O titular de usina com outorga de geração de energia eólica ou solar fotovoltaica conectada ao SIN fará jus, mediante termo de compromisso firmado com o poder concedente, a compensação destinada à cobertura dos custos relativos à indisponibilidade externa e ao atendimento a requisitos de confiabilidade elétrica da operação, desde 1º de setembro de 2023 até a entrada em vigor deste dispositivo. [\(Incluído pela Lei nº 15.269, de 2025\)](#)

**§ 1º** A assinatura do termo de compromisso implica renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação e desistência de eventual ação judicial em curso. [\(Incluído pela Lei nº 15.269, de 2025\)](#) [...]

**§ 5º** Os valores correspondentes aos ressarcimentos devidos e ainda não liquidados, inclusive, se necessário, de períodos futuros, por agentes de geração eólica e solar fotovoltaica em Contratos de Energia de Reserva (CER) e em Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR), na modalidade disponibilidade, serão destinados, nos termos de regulamentação do poder concedente, ao pagamento da compensação de que trata este artigo. [\(Incluído pela Lei nº 15.269, de 2025\)](#)

A norma não tratou, contudo, sobre a franquia de horas estabelecida na Resolução Normativa ANEEL nº 1.030/2022 (art. 16, § 2º e art. 20-D, § 2º). A disciplina regulatória, portanto, não encontra o devido respaldo jurídico (standard legal), o que gera incertezas

sobre a amplitude dos ressarcimentos devidos e, portanto, provoca impactos sobre os contratos administrativos celebrados pelos geradores de energia renovável.

Nessas condições, em que pese ter havido o reconhecimento parcial do direito à compensação pelos cortes de geração, a ANEEL precisará analisar e regulamentar tais compensações previstas na lei, o que demandará ainda mais tempo, considerando a necessidade de definição do que será considerado, por exemplo, “requisitos técnicos mínimos” para conexão ao sistema de transmissão, além do cumprimento de todos os procedimentos obrigatórios e necessários à regulamentação da matéria, tal como a elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR e a instauração de consultas e audiências públicas, nos termos da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (art. 6º e art. 9º).

Até o momento, essa indefinição não resolve o problema de judicialização, de modo que os conflitos decorrentes dessa matéria evidenciam que o processo regulatório pode comprometer a execução de políticas públicas, frustrando expectativas legítimas de agentes regulados. A discricionariedade administrativa, embora necessária, não pode anular uma garantia prevista em lei nem violar o contrato celebrado com o Poder Público, sob pena de afronta ao princípio da legalidade e violação ao ato jurídico perfeito.

Em síntese, a análise empírica realizada no Capítulo 2 contribui para a compreensão do problema central da presente pesquisa sobre a judicialização de temas complexos associados aos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro.

A sistematização de decisões judiciais referentes ao Fator de Ajuste do MRE (GSF) e aos cortes de geração renovável por *constrained-off* demonstra não apenas um volume expressivo de litígios judiciais complexos, mas também a severa divergência entre as decisões judiciais proferidas, marcadas pela longa tramitação das fases recursais. A dificuldade em distinguir, na prática judicial, as diferentes fases do GSF, bem como a percepção de que o *constrained-off* produz impactos entre regiões e contratos distintos, demonstra um quadro de grave fragmentação jurisprudencial e falta de domínio técnico sobre a matéria, o que compromete a coerência da tutela jurisdicional e a previsibilidade do modelo de jurisdição estatal.

Esses indícios reforçam que a ausência de uniformidade interpretativa e a morosidade judicial produzem efeitos econômicos substanciais sobre os contratos administrativos do setor elétrico. A demora na resolução das demandas prolonga

situações de desequilíbrio econômico-financeiro, dificultando a recomposição tempestiva de receitas e contribuindo para a ampliação dos custos de transação suportados pelos consumidores e usuários finais.

É nesse contexto que emerge a necessidade de uma resposta institucional apta a mitigar os efeitos observados no presente capítulo. A arbitragem, nessa concepção, pode se apresentar como uma alternativa ao sistema tradicional de jurisdição estatal, capaz de conferir decisões mais céleres e tecnicamente qualificadas, especialmente no âmbito dos litígios envolvendo contratos administrativos e a participação da Administração Pública (ARAGÃO, 2017).

O Capítulo 3 a seguir, dedica-se justamente a essa proposta, partindo dos estudos e entendimentos jurisprudenciais que defendem o emprego da arbitragem em contratos administrativos, sobretudo em litígios envolvendo a Administração Pública.

### **CAPÍTULO 03: A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COM A PARTICIPAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Em linha com os estudos contemporâneos sobre o direito administrativo, que apresenta forte tendência e estímulo à consensualidade, o emprego da arbitragem pelo Poder Público pode se apresentar como um mecanismo adequado para a resolução de litígios de natureza complexa, tendo em conta sobretudo a demanda por soluções com o elevado grau de tecnicidade e celeridade exigidos para manutenção das condições econômicas de prestação dos serviços públicos e privados regulamentados (ARAGÃO, 2017).

Nessa concepção, a promoção do mecanismo de arbitragem funcionaria como uma resposta institucional ao problema da judicialização da regulação do setor de energia elétrica, preservando os aspectos técnicos, o tempo de resposta e reduzindo o viés político-decisório (OLIVEIRA, 2019; KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021).

No presente capítulo, será avaliado o histórico da jurisprudência favorável e o reconhecimento doutrinário ao uso da arbitragem pela Administração Pública, a alteração legislativa dada pela Lei nº 9.307/2015 e pelo Decreto nº 10.025/2019, a delimitação do conceito de contrato administrativo, a arbitrabilidade nesses contratos para solucionar litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, o escopo da convenção de arbitragem e o objeto do processo arbitral.

A análise desses elementos estruturam a proposta de intervenção normativa que busca implementar o emprego da arbitragem envolvendo a Administração Pública no setor elétrico brasileiro.

### **3.1. Histórico da jurisprudência favorável e o reconhecimento doutrinário ao uso da arbitragem pela Administração Pública**

Desde a edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em estímulo à atração de investimentos privados, no movimento de descentralização do Estado na prestação de serviços essenciais à sociedade, o procedimento de arbitragem tem ganhado maior atenção no uso de métodos mais adequados à resolução de conflitos. De modo geral, a arbitragem tem como fundamento a liberdade contratual das partes, permitindo que determinado litígio seja submetido a uma solução extrajudicial com força de título executivo judicial. Referência nos estudos sobre a arbitragem, Carlos Alberto Carmona afirma que o procedimento consiste em (CARMONA, 2009, p. 15):

(...) uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

A arbitragem, portanto, pode ser compreendida como um método de resolução de conflitos que não envolve um poder estatal, de natureza contratual, muito embora a lei tenha atribuído ao seu resultado a eficácia de atividade jurisdicional.

No âmbito do direito público, a exigência cada vez mais evidente de uma atuação administrativa concertada, eficiente, moderna e dialógica, impõe a abertura do processo de elaboração do ato normativo e participação dos interessados como formas de controle social na construção da melhor decisão administrativa (BINENBOJM, 2006).

O mesmo ocorre no âmbito da regulação contratual, cujos métodos de resolução de litígios são incrementados pela consensualidade, sobretudo em função do caráter complexo, incompleto, relacional e multifacetado dos contratos administrativos. Nesse linha, Leonardo Carneiro da Cunha defende (CUNHA, 2020, p. 142):

A partir da exigência de uma Administração Pública eficiente (CF, art. 37), que desenvolva um adequado modelo de gestão e incorpore técnicas da administração gerencial, e diante do incremento das ideias democráticas, a atividade administrativa passou a exigir maior participação social institucionalizada; o particular passa a poder participar da construção das decisões administrativas, sendo copartícipe

da gestão pública. Há, enfim, uma atuação administrativa consensual. A consensualidade consiste num relevante mecanismo de atingimento da eficiência administrativa.

A consensualidade, presente no processo decisório, na fase executiva e no momento de solução de conflitos, caracteriza a Administração Pública dialógica, que é a Administração Pública inserida no regime democrático, num estágio ainda mais avançado que o da Administração Pública gerencial.

É possível perceber uma ampliação gradativa, ao longo dos anos, de manifestações de consensualidade administrativa no Direito brasileiro. (...)

É nesse ambiente de maior consensualidade que a arbitragem tem se expandido para solução de disputas envolvendo entes da Administração Pública, aumentando os casos que se viabiliza a autocomposição, por meio da mediação e da conciliação, de que participe o Poder Público.

Com efeito, o ambiente de consensualidade da Administração Pública dialógica contribui para a celebração de transações administrativas, conciliações e mediações e, até mesmo, para a realização de arbitragens envolvendo o Poder Público.

Trata-se de uma atuação mais consensual e menos adversarial na resolução de litígios pela Administração Pública (KAERCHER; SANTANA, 2020), reduzindo o caráter *top-down* da atividade administrativa e elevando o protagonismo das partes, sobretudo por meio de parcerias entre Estado, setor privado e sociedade civil, em atenção à própria eficiência administrativa e, inclusive, inibindo a judicialização de conflitos (ESTEFAM, 2019). No ponto, convém destacar que a arbitragem não é considerada um método consensual ou autocompositivo de resolução de disputas. Sua instauração, contudo, exige consenso das partes, que precisam aceitar a exclusão da jurisdição estatal para análise da demanda (CUNHA, 2020).

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem surge como método para resolução de litígios estabelecido na esfera privada das partes contratantes, sendo que, no âmbito da sua evolução normativa, é possível observar o estímulo desse mecanismo na legislação processual – decorrente de evidente política pública em matéria de tutela jurisdicional – e, especialmente, no âmbito dos litígios envolvendo a participação da Administração Pública. Nesse sentido, a obra *Cláusula Arbitral e Administração Pública*, de Felipe Faiwichow Estefam, delimita essa temática (ESTEFAM, 2019, p. 20):

A arbitragem, pois, inclui-se em um contexto geral da consensualidade, no qual se valoriza que as decisões administrativas sejam fruto do diálogo, das negociações e do consenso, em substituição das relações administrativas fundadas na unilateralidade. Em função deste contexto, a arbitragem surge como produto de negociações e de um acordo, pelo

qual as partes optam pela via arbitral, em vez acatar, heteronomamente, a jurisdição estatal.

De todo modo, é preciso discernir a índole jurisdicional da arbitragem e a disposição de direitos, que não se confundem na adoção do mecanismo (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 121):

É importante ressaltar que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou mesmo transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito). Ao se valerem da arbitragem, as partes na verdade escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova, enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão ser tomada, de modo a proteger seus interesses. Não se confunde com um mero acordo, com a aceitação passiva da redução de seu patrimônio ou com algo semelhante.

Após a edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessões e permissões da prestação de serviços públicos, a primeira decisão que autorizou o uso da arbitragem pela Administração Pública foi a Decisão nº 188/1995, proferida em 10 de maio de 1995 pelo Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), que, em sede de recurso, consolidou o entendimento no sentido de que o art. 23, XV, da Lei nº 8.987/1995 conferiria amparo legal para o emprego desse mecanismo em litígios decorrentes de contrato administrativo de concessão da Ponte Rio-Niterói, desde que as cláusulas do contrato atendessem aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

O voto do Ministro Paulo Afonso Martins de Oliveira, que conduziu a emissão da Decisão nº 188/1995, adotou uma posição inédita, ao realçar a conveniência no uso da arbitragem no âmbito do referido contrato administrativo, considerando sobretudo a proximidade existente entre o Direito Civil e as relações de direito público, para além do grau de tecnicidade da matéria e a expertise dos árbitros, que possuem competência técnica e especializada, mais adequada à resolução de litígios dessa natureza, se comparada à competência característica jurídica e genérica do Poder Judiciário (TCU, 1995, pp. 52-54):

A primeira premissa que aqui devemos esclarecer diz respeito ao fato de que, por se tratar de instituto de Direito Privado, não deve, por esse só motivo, ficar excluída a possibilidade de utilização do juízo arbitral aos contratos celebrados pelo Poder Público. É fato que a Administração Pública subsume-se ao princípio da legalidade estrita, princípio, aliás, elevado à categoria de princípio constitucional

impositivo pelo constituinte de 1988. Portanto, se houver previsão legal que permita a aplicação de um instituto de Direito Privado ao Direito Administrativo não deve restar qualquer dúvida em relação à sua admissibilidade.

Cumpre, destarte, verificar se o compromisso arbitral é instituto que pode ser incluído no âmbito da expressão 'modo amigável de solução das divergências contratuais', inserida em nosso ordenamento pela Lei nº 8.987/95.

(...)

A interpretação teleológica do Art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.987/95 deve concluir que o legislador utilizou a expressão 'modo amigável de solução de divergências' em oposição a 'solução jurisdicional de controvérsias'.

(...)

A utilização de arbitragem encontra, portanto, fundamento legal, sendo descabido falar-se em violação do princípio da legalidade, e constitui forma célere e econômica para a solução de litígios em contratos de concessão, podendo apenas trazer vantagens para a Administração Pública.

Deve-se concluir, portanto, que a utilização de árbitros possui amparo legal (Lei nº 8.987/95) e apresenta-se conveniente para a Administração Pública, não sendo mais possível, após o advento da legislação mencionada, falar-se em ilicitude da cláusula do contrato de concessão celebrado com o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Correia.

Na doutrina, Giovanni Ettore Nanni também já elucidou as vantagens do procedimento de arbitragem (NANNI, 2014, p. 3 *apud* ARAGÃO, 2017):

A informalidade e a alternativa de adaptação dos procedimentos à conveniência das partes, a flexibilidade das regras e a opção de escolha de câmaras, a confidencialidade, a economia de tempo na obtenção de uma decisão final e, principalmente, a possibilidade de nomeação de árbitros com base em sua especialidade, experiência, cultura, tempo disponível para dedicação ao assunto e confiança que a parte deposita na pessoa que deverá julgar a desavença. Especialmente a *expertise* do árbitro constitui o grande diferencial no tema, porque a arte da hermenêutica, mormente nos contratos complexos e atípicos, orienta, se for o caso, o emprego da interpretação integradora, na qual se supre a lacuna que a regulação das partes, voluntariamente ou não, acabou gerando. (...) E, tratando-se de um contrato complexo e atípico, nada mais recomendável que o uso da arbitragem, já que permitida a eleição de árbitros dotados de tais características.

Comparando os atributos da arbitragem em relação ao Poder Judiciário, John W. Cooley e Steven Lubet também enumeraram uma série de vantagens que se sobrepõe à jurisdição estatal (COOLEY; LUBET, 2001, p. 27):

A decisão é feita por terceiro isento, mas de comum escolha e acordo das partes, o qual pode ter conhecimentos e experiência especializada na matéria tratada;

O processo de julgamento é altamente estruturado e institucionalizado, tipificado por regras pormenorizadas e numerosos mecanismos de conformidade com as leis e regulamentos;

As regras quanto à prova aumentam a confiabilidade da prova de reivindicações e defesa;

O procedimento é conduzido de maneira menos formal, num ambiente menos burocrático, aumentando assim o potencial para solução mais expedita;

Após a alteração trazida pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, a Lei Geral de Concessões passou a autorizar o uso da arbitragem como mecanismo privado para resolução de litígios decorrentes ou relacionados ao contrato de concessão:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

A jurisprudência reconhecia que o dispositivo funcionava como permissão para o emprego da arbitragem pela Administração Pública, especialmente para solucionar litígios que tinham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, o que não resultaria em violação ao interesse público.

Basicamente, foram três precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que confirmaram o fundamento jurídico sobre a admissibilidade da arbitragem em matéria de Direito Público, sobretudo para solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública. São eles: Recurso Especial nº 612.439/RS; Recurso Especial nº 606.345/RS; e Mandado de Segurança nº 11.308/DF.

No primeiro precedente (REsp nº 612.439/RS), a Segunda Turma do STJ proferiu importante decisão sobre a eficácia de cláusula compromissória inserida em contrato de fornecimento de potência e energia elétrica, celebrado entre uma sociedade de economia mista estadual (COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA – CEEE) e uma empresa privada geradora de energia (AES URUGUAIANA EMPREENDIMENTOS LTDA.). No caso, foi reconhecida, em 2005, a validade de cláusula arbitral, mesmo em relações contratuais envolvendo entes públicos:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 612.439/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ de 14/9/2006, p. 299.)

Posteriormente, em 2007, a Segunda Turma do STJ reiterou os fundamentos do REsp nº 612.439/RS, ao julgar o REsp nº 606.345/RS, reafirmando a admissibilidade da arbitragem com base em cláusula compromissória prevista em contrato semelhante ao analisado em 2005:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 606.345/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17/5/2007, DJ de 8/6/2007, p. 240.)

Em 2008, a Primeira Seção do STJ também enfrentou a matéria no julgamento do Mandado de Segurança nº 11.308/DF, consolidando o entendimento de que a arbitragem pode ser utilizada pela Administração Pública na resolução de litígios em contratos administrativos. Este acórdão viria a se tornar referência no tratamento sobre o tema:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. (...)

5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis. (...)

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada. (...)

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. (...)

14. A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais". (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999.) (...)

(MS n. 11.308/DF, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9/4/2008, DJe de 19/5/2008.)

No voto condutor, proferido pelo Ministro Luiz Fux, ficou clara a intenção de promover o emprego da arbitragem em contratos administrativos. Dois aspectos relevantes foram ressaltados nesse sentido: primeiro, a constitucionalidade do mecanismo de arbitragem, considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no conhecido

“caso Lage” (AI nº 52.181/GB), além da homologação de sentença arbitral estrangeira nº 5.206 no caso “*M.B.V. Comercial and Export Management Establishment vs. Resil Indústria e Comércio Ltda.*”, em que a companhia estrangeira, com sede em Genebra, na Suíça, buscava a homologação de laudo arbitral proferido pelo Advogado Juan Escudero Claramunt, em Barcelona, no Reino da Espanha, em litígio entre a requerente e a empresa sediada em território brasileiro; e segundo, a distinção entre o interesse coletivo primário, de promoção do bem comum e, portanto, de caráter indisponível, e o interesse coletivo secundário, de ordem patrimonial e instrumental, sendo possível sua disponibilidade pela Administração.

Posteriormente, o TCU voltou a se debruçar sobre a definição e o alcance do conceito de “direito patrimonial disponível”, adotando postura mais restritiva, o que contribuiu para a não utilização do instituto no setor de infraestrutura de transportes nos anos subsequentes. Essa evidência é constatada a partir do Acórdão nº 391/2008, proferido já na vigência da Lei nº 9.307/1996, em que a Corte de Contas entendeu que (TCU, 2008, p. 55):

(...) não cabe ao administrador público a discricionariedade de optar ou não pela arbitragem, dispondo sobre o patrimônio público ou o interesse público, bem como afastar a tutela jurisdicional, em se tratando de um contrato administrativo de direito público. Somente em contratos em que a Administração se iguala ao particular, como naqueles regidos por normas de direito privado - como contratos de seguro, de financiamento, de locação (em que o poder público seja locatário), conforme o disposto no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 – seria defensável a utilização da arbitragem diante da natureza disponível do negócio jurídico.

Em matéria de energia, ainda que fora da ordem cronológica apresentada, cabe mencionar o Acórdão nº 584/2003 e o Acórdão nº 537/2006, ambos da Segunda Câmara do TCU, que determinaram a celebração de termos aditivos com o fim de excluir cláusulas que tratavam sobre a confidencialidade e a adoção do procedimento de arbitragem como meio de solução dos conflitos. No caso, a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE), empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), autorizada por meio da Medida Provisória 2.209, de 29 de agosto de 2001, e criada pelo Decreto nº 3.900, de 29 de agosto de 2001, havia celebrado contratos de compra e venda de Capacidade Emergencial (Potência Contratada), Energia Emergencial e Combustíveis com Produtores Independentes de Energia (PIE), caracterizados como contratos administrativos, em resposta à crise energética vivenciada no país à época.

A Corte de Contas entendeu que a contratação dos referidos atributos em caráter emergencial não se enquadraria no conceito de direito patrimonial disponível para fins de celebração de cláusula arbitral. Sucede que, ainda antes da determinação do TCU, havia sido instaurado procedimento arbitral pela Proteus Power Brasil Ltda. contra a CBEE perante a Câmara FGV de Mediação e Arbitragem (Processo Arbitral nº 01/2003). O processo ficou paralisado por quase 15 (quinze) anos por decisão judicial proferida em 19 de setembro de 2003, até que a Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional da 2ª Região proferiu acórdão concluindo pela legalidade da cláusula arbitral em 28 de novembro de 2017 (Apelação Cível nº 0023680-40.2003.4.02.5101).

Após a extinção da CBEE, em 2006, que fora sucedida pela União, as partes celebraram aditamento ao termo de arbitragem, em 29 de junho de 2020, retomando o andamento do processo no mesmo ano. Em 2022, o Tribunal Arbitral, constituído por Sérgio Guerra, Juarez Freitas e Carlos Alberto Carmona (Presidente), proferiu sentença de improcedência dos pedidos formulados pela Proteus, que buscava indenização em decorrência da impossibilidade de atracação da Usina Termelétrica Proteus (usina flutuante) no Porto de Pecém, no Estado do Ceará, por conta de um projeto de expansão no referido porto.

De todo modo, o TCU voltou a reconhecer o cabimento da arbitragem em contrato administrativo, mediante delimitação do princípio da indisponibilidade do interesse público, conforme Acórdão nº 157/2012, afirmando-se que o instituto deve ser aplicado “exclusivamente sobre direitos patrimoniais – representativos do chamado interesse público secundário ou instrumental –, e não sobre potestades de índole pública (interesse público primário, de promoção do bem comum)” (TCU, 2012, p. 20).

Em 24 de fevereiro de 2014, apoiado no histórico da jurisprudência favorável construída no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Benedito Gonçalves proferiu decisão monocrática nos autos do REsp nº 1.251.647/PR reconhecendo o cabimento do procedimento de arbitragem em litígio decorrente de contrato de comercialização de energia elétrica celebrado entre concessionária de distribuição e geradores de energia elétrica.

Nesse contexto, o desenvolvimento da jurisprudência favorável ao uso da arbitragem em contratos administrativos firmados com o Poder Público, ou por sociedades de economia mista, foi fundamental na reforma posteriormente ocorrida a

partir da Lei nº 13.129/2015 que alterou a Lei nº 9.307/1996. Antes disso, porém, era questionável o uso da arbitragem pela Administração Pública, porquanto a Lei de Arbitragem, de caráter geral e abstrato, não atenderia estritamente ao princípio da legalidade previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que exigiria lei específica autorizando o uso do mecanismo (SALLES, 2011 *apud* ESTEFAM, 2019).

### **3.2. Alteração legislativa pela Lei nº 9.307/2015 e pelo Decreto nº 10.025/2019**

A Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) e a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), teve origem no Projeto de Lei nº 406/2013, de iniciativa do Senado Federal, posteriormente revisado pela Câmara dos Deputados, cuja tramitação legislativa ocorreu por meio do Projeto de Lei nº 7.108/2014. O projeto foi elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e instituída pelo então Presidente do Senado, Renan Calheiros, em 2013. A comissão apresentou o anteprojeto em outubro de 2013, que posteriormente tramitou no Congresso Nacional até sua sanção presidencial em 2015.

O Projeto de Lei nº 7.108/2014 recebeu diversas emendas durante sua tramitação: 8 (oito) no Senado Federal e 17 (dezesete) na Câmara dos Deputados. De acordo com o Parecer nº 1.545/2013, de relatoria do Senador Vital do Rêgo, da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal, ficou expressa a intenção de “desafogar o Poder Judiciário” em função dos litígios que envolviam a participação da Administração Pública (SENADO FEDERAL, 2013).

No Senado Federal, o relator do projeto, filiado ao então Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), integrava o bloco parlamentar da maioria, e sua coalização, forma pelo Partido Progressistas (PP) e Partido Social Democrático (PSD), foi relevante para a aprovação do projeto. Na Câmara dos Deputados, o projeto foi relatado pelo Deputado Edinho Araújo (PMDB), cujo Parecer ressaltou a arbitragem como uma “alternativa mais célere e eficiente para a resolução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis, em comparação ao Judiciário”, que não representaria uma limitação inconstitucional do acesso à justiça, pois (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 6):

De fato, a arbitragem é uma alternativa ao Judiciário, mas não é uma ameaça. O Judiciário continua sendo responsável por dirimir todos os conflitos sobre direitos indisponíveis. Além disso, um Judiciário

desafogado é interesse de todos os cidadãos. O Judiciário é o esteio do Estado de Direito. Pode-se dizer que o Judiciário não precisa da arbitragem, mas se beneficia pelo seu uso.

A arbitragem não é aplicável em um contexto de desordem institucional e jurídica, de modo que a arbitragem precisa de um Judiciário forte. A arbitragem é o meio alternativo de solução de conflitos mais parecido com o sistema judicial tradicional. Por ser um instituto privado, permite que as partes envolvidas numa disputa escolham o árbitro, ou os árbitros, que decidirão por elas a questão.

No geral, os principais pontos de reforma trataram sobre a necessidade de previsão legal para autorizar o uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta, com o objetivo de dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que foi acolhido no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996. Esse dispositivo conferiu base legal expressa para o uso da arbitragem pela Administração Pública, algo que antes era sustentado apenas pela doutrina e decisões isoladas, reforçando a legitimidade e a segurança jurídica do uso da arbitragem pelo Poder Público, especialmente no âmbito de contratos administrativos.

A alteração normativa estabeleceu ainda que a autoridade competente para celebrar acordos e transações é a mesma para celebração da convenção da arbitragem, que, por sua vez, é o representante do Poder Concedente no contrato, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#)

Além disso, a arbitragem que envolva a Administração Pública deverá respeitar o princípio da publicidade e será sempre de direito, conforme previsto art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#)

Tanto na esfera privada como na esfera pública, a submissão de litígios à arbitragem deve ser pactuada na chamada convenção arbitral, que se subdivide em duas espécies distintas, a depender do momento de sua celebração. A primeira, denominada cláusula compromissória, surge antes de um conflito determinado, de forma que as partes, ao celebrarem um contrato, estabelecem desde o início da relação contratual a intenção de submeter à arbitragem qualquer litígio, ou situações específicas, que sejam instaurados em razão do contrato. A segunda consiste no compromisso arbitral, cuja constituição decorre de uma relação contratual pré-estabelecida, para solução de um litígio já determinado (ESTEFAM, 2019).

Em ambos os casos, há uma eficácia positiva e negativa de sua constituição, no sentido de impedir o processamento da demanda no âmbito do Poder Judiciário (eficácia negativa) e, ademais, de estabelecer sua pretensão de resolução na arbitragem (eficácia positiva), em atenção ao princípio da “kompetenz-kompetenz” (MARTINS, 2008).

Nos contratos administrativos, a convenção arbitral pode ser realizada *ex ante*, no próprio contrato, ou *ex post*, por meio de aditivo contratual, conforme dispõe o art. 3º e art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.307/1996:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

A Lei nº 13.129/2015 ainda trazia a inclusão de mais dois parágrafos (3º e 4º) ao art. 4º da Lei nº 9.307/1996, que tratavam, respectivamente, da eficácia de cláusula

compromissória em contratos de adesão, que deveria ser redigida em “negrito” ou em documento apartado, assim como da eficácia de cláusula compromissória em relações de consumo, estabelecidas igualmente em contrato de adesão, que dependeria da anuência expressa ou iniciativa de instituir a arbitragem pelo consumidor:

§ 3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição.

§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.

Ambos os dispositivos foram vetados, conforme Mensagem nº 162, de 26 de maio de 2015, emitida pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência da República, pois, no tocante às relações de consumo (BRASIL, 2015):

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor.

Quanto ao disposto sobre as relações de trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego acrescentou que (BRASIL, 2015):

O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral”, conforme consta da mesma mensagem de veto sobre os referidos dispositivos.

De acordo com o Parecer do Relator na Câmara dos Deputados, era necessário estabelecer uma previsão legal que permitisse a escolha de árbitros fora da lista institucional, o que resultaria em uma maior autonomia das partes e amplitude de acesso à especialistas para resolução de diferentes litígios envolvendo a Administração Pública. A previsão normativa ainda evitaria restrições impostas por regulamentos institucionais

privados, valorizando a qualidade da sentença arbitral a ser proferida a partir do árbitro ou tribunal arbitral escolhido. A medida ficou prevista no art. 13, § 4º, da Lei nº 9.307/1996:

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. ([Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015](#))

Em que pese outras alterações legislativas, a Lei nº 13.129/2015 introduziu também os Capítulos IV-A e IV-B à Lei nº 9.307/1996, que tratam sobre a concessão de tutelas de urgência ou cautelares pelo Poder Judiciário, antes da instituição do processo arbitral, para além da cooperação entre árbitros ou tribunais arbitrais e órgãos jurisdicionais, para conferir força coercitiva ao cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro por meio da chamada carta arbitral.

Em atenção ao princípio da razoável duração do processo e, novamente, respeitando a autonomia das partes, a alteração legislativa também estabeleceu a possibilidade de prolação de sentenças parciais, permitindo resoluções mais céleres em temas delimitados, assim como a prorrogação do prazo para prolação da sentença final, em comum acordo entre as partes e os árbitros (art. 23).

Com base nos mesmos princípios, foi revogado o art. 25 da Lei nº 9.307/1996, considerando a obrigatoriedade de suspensão da tramitação do procedimento arbitral e determinação de remessa ao Poder Judiciário, sobrevindo controvérsia acerca de direitos patrimoniais indisponíveis:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. ([Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015](#))

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem. ([Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015](#))

Ainda que a atuação do Poder Judiciário seja relevante em diversas ocasiões na promoção da arbitragem, isto é, antes, ao longo e após o encerramento do processo arbitral, trata-se de importante desembaraço normativo que desloca a competência sobre a averiguação da arbitrabilidade do caso (OLIVEIRA, 2019), de modo que o árbitro passa a ser o juiz da sua própria competência (ESTEFAM, 2019). Na prática, a medida revoga a hipótese de suspensão do procedimento arbitral, afastando o risco de inação ou demora para resolução de questões prejudiciais à arbitragem.

Considerando a possibilidade de postular eventuais esclarecimentos da sentença arbitral, a requerimento das partes, algo similar aos embargos de declaração da legislação processual, a redação do art. 30 da Lei nº 9.307/1996 foi ajustada apenas para permitir que o requerimento seja feito em 5 (cinco) dias, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, o que, na prática, efetivamente ocorre, de acordo com os regulamentos internos de cada Câmara de Arbitragem (art. 30).

Interessante notar que a Lei nº 13.129/2015 foi publicada em 27 de maio de 2015, isto é, antes da vigência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil de 2015), que ocorreria 1 (um) anos após a sua publicação, em 17 de março de 2015. Por essa razão, a redação disposta na Lei nº 13.129/2015 fazia menção à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973), o que foi posteriormente modificado, conforme previsto no art. 1.061 das disposições finais e transitórias da atual legislação processual civil.

Por fim, a competência para homologação ou denegar a homologação de sentença arbitral estrangeira foi deslocada do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), considerando a competência originária da Corte Superior sobre matéria relativa à legislação infraconstitucional federal.

Em 9 de junho de 2015, foi publicado o Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015, que regulamentou o uso da arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário.

Embora direcionado à apenas a um setor regulado, a referida norma foi o primeiro regulamento que disciplinou o uso da arbitragem pela Administração Pública Federal. Sucessivamente, sobreveio a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabeleceu as diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal.

De acordo com o art. 31 da referida norma, ficou estabelecido que as eventuais controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos referidos setores, após decisão definitiva da autoridade administrativa competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, poderiam ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. Foi nesse contexto que foi editado o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que consiste no principal regulamento sobre uso da arbitragem pela Administração Pública Federal, sobretudo nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Esse histórico normativo foi abordado por Natália Resende Andrade Ávila e Priscila Cunha do Nascimento em pesquisa sobre a arbitragem nas concessões federais de infraestrutura de transportes terrestres (ÁVILA; NASCIMENTO, 2022).

Como se vê, a edição normativa decorre de uma atuação concertada dos setores de infraestrutura de transportes, de modo que a falta de previsão que autorizasse o uso da arbitragem nos litígios envolvendo as autoridades administrativas dos demais setores regulados, sobretudo no tocante ao setor de energia elétrica, trouxe insegurança jurídica ao emprego do procedimento nesses casos. Para ultrapassar essa limitação, foi necessário amplo respaldo político e esforço argumentativo para adotar o Decreto nº 10.25/2019 como fundamento de autorização ao emprego da arbitragem no litígio instalado entre a Transnorte Energia S/A (TNE) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), o que foi objeto de estudo de caso no Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (SENA, 2021), e será abordado mais adiante.

De todo modo, o regulamento é significativo e traz a devida segurança jurídica ao definir rol exemplificativo de matérias que podem ser submetidas à arbitragem, como questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria, e o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência de penalidades e seu respectivo cálculo (art. 2º).

As regras gerais do regulamento dispõem especificamente sobre a arbitragem exclusivamente de direito, sendo vedada a arbitragem por equidade, a exigência de fundamentação na legislação brasileira, cujo procedimento deve ser realizado no Brasil e em língua portuguesa, com atenção ao princípio da publicidade, a preferência pela arbitragem institucional e a escolha de uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União para compor o litígio (art. 3º).

O regulamento estabelece ainda que, antes da submissão dos litígios à arbitragem, as partes poderão, em comum acordo, adotar outros mecanismos adequados à solução de controvérsias, inclusive a negociação direta com a Administração, por meio de acordo ou transação, nos termos do que trata o art. 1º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ou a submissão do litígio à câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos da Advocacia-Geral da União, conforme previsto no inciso II do *caput* do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (art. 4º).

Também foi regulamentada a possibilidade de celebração de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, que, respectivamente, deverá constar de forma destacada no contrato, estabelecerá critérios para submissão de litígios à arbitragem, definirá se a arbitragem será institucional ou *ad hoc* e remeterá à obrigatoriedade de cumprimento das disposições do regulamento (art. 5º).

Se houver um litígio instalado ou predeterminado, será dada preferência à arbitragem nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos e sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura ou inibir investimentos considerados prioritários (art. 6º).

Nesse último aspecto, trata-se de dispositivo que possui respaldo antecedente, conforme Enunciado nº 2 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal (CJF), realizada nos dias 22 e 23 de agosto de 2016:

Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral.

Embora o referido enunciado tenha sido originado a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme orientação definida no julgamento do Recurso Especial nº 904.813/PR, a regra geral exige que a arbitragem esteja prevista em edital, na

forma de cláusula arbitral, sobretudo para que seja assegurada a segurança jurídica e a previsibilidade necessárias à celebração dos contratos administrativos.

Esse caminho confere maior transparência com relação ao procedimento e dispêndios associados ao processo arbitral, ainda que, por outro lado, a possibilidade de celebração de compromisso arbitral também esteja associada aos custos de oportunidade envolvidos no caso concreto, o que, comparado ao processo judicial, pode justificar a adoção do mecanismo (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019), convergindo com o ponto central da presente pesquisa.

Nesse aspecto, o uso da arbitragem está relacionado com o sistema de multiportas para resolução de conflitos, inserindo-se na competência discricionária da autoridade administrativa (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 65):

Hoje em dia há um sistema multiportas, isto é, há mais de uma modalidade para a solução do conflito envolvendo a Administração. Isso porque o ordenamento jurídico coloca à disposição da Administração várias formas de solução de suas controvérsias, muitas vezes, de forma sucessiva.

A escolha da “porta” ou “portas” para resolver a controvérsia deve ser aquela que se mostre mais adequada ao caso concreto. De tal modo, a arbitragem é uma das formas pelas quais a Administração pode resolver os seus conflitos. Vale dizer, a escolha pela via arbitral é uma opção feita pelo administrador no uso de sua competência discricionária.

Por fim, cláusulas obrigatórias da convenção de arbitragem, prazos do procedimento e da sentença arbitral, custos institucionais e honorários arbitrais, credenciamento de câmaras e escolha de árbitros, também foram regulamentados através do Decreto nº 10.025/2019 (arts. 7º ao 12).

A representação da União e das entidades da Administração Pública Federal ficou foi atribuída à Advocacia-Geral da União (art. 13), podendo requisitar parecer técnico de servidores ou dos órgãos da Administração Pública Federal com expertise no objeto do litígio, independentemente de serem parte na arbitragem (art. 14).

O cumprimento de obrigações pecuniárias impostas ao Poder Público será realizado por meio de precatórios ou requisições de pequeno valor (art. 15), sendo permitido, por meio de acordo entre as partes, a adoção de instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro, compensação de haveres e deveres de natureza não

tributária, incluídas as multas, ou atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação (art. 15, § 2º e incisos).

Em síntese, a convenção arbitral com a Administração Pública se submete às regras de direito privado, que, nada obstante, devem conviver com os princípios e as regras de direito público (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019). Todos esses elementos normativos, estudos e pesquisas, além de decisões e jurisprudência favoráveis, visam, essencialmente, “incentivar a mudança da cultura jurídica brasileira viciada em promover, impensadamente, a judicialização de quaisquer desentendimentos (*litigation-style motion practice*). Quer-se estimular e priorizar as negociações e autocomposição do conflito” (ESTEFAM, 2019, p. 15).

Essa consolidação normativa é fundamental para avaliar o potencial uso da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico. De todo modo, é importante delimitar o alcance do procedimento, considerando, inicialmente, o conceito de contrato administrativo, o que será abordado na seção a seguir.

### **3.3. A delimitação do conceito de contrato administrativo**

Os estudos e pesquisas que avaliam o emprego da arbitragem revelam que há uma série de elementos que devem ser tratados antes de buscar a aplicabilidade do mecanismo, especialmente nos litígios que envolvem a Administração Pública (ESTEFAM, 2019). O primeiro deles seria o instrumento contratual em que as partes negociarão os termos da cláusula arbitral ou do compromisso de arbitragem.

Nessa concepção, os contratos administrativos podem ser compreendidos pela teoria dos contratos incompletos, que, por sua própria natureza, não conseguem prever todas as contingências futuras, especialmente em relações complexas e de longo curso, como poderiam ser tratados uma série de contratos de natureza regulada no âmbito do setor elétrico brasileiro (BANDEIRA; TERRA (2015).

Embora a teoria ideal de um contrato completo vise a descrição exaustiva de todos os eventos possíveis e suas respectivas consequências, isso se revela impraticável ou economicamente ineficiente. A incompletude decorre de limitações cognitivas, custos elevados de informação e negociação, assimetria de informações entre as partes e risco de comportamentos oportunistas (WILLIAMSON, 1981).

De acordo com essa abordagem, em vez de tentar regular tudo previamente a celebração da avença, os contratos optam por deixar lacunas que serão preenchidas futuramente, quando necessário, por meio de renegociações ou mecanismos pré-estabelecidos de solução de controvérsias (FAGANELLO, 2020). Essas características são comuns a contratos de concessão, que, pela sua extensão, complexidade e relevância pública, tornam-se naturalmente incompletos e dependentes de mecanismos de ajuste ao longo do tempo (ÁVILA; NASCIMENTO, 2021).

O contrato, nessa concepção, fica exposto às alterações regulatórias, tecnológicas e econômicas, que consistem em fatores futuros e incertos. Não se trata de um defeito do contrato, mas uma solução racional para lidar com as inevitáveis incertezas das relações continuadas. Desse modo, como a segurança jurídica possui valor fundamental para essas relações contratuais, a estabilidade contratual é viabilizada justamente por meio da flexibilização do contrato, permitido que ele se ajuste de acordo com as novas concepções que surgem entre as partes (AGRA, 2020).

De forma similar, a teoria dos contratos relacionais representa uma ruptura com o paradigma clássico ao reconhecer que determinadas relações jurídicas, notadamente aquelas de longa duração e alta complexidade, não podem ser integralmente disciplinadas no momento da formação do vínculo (MACNEIL, 1980). Da mesma forma, os contratos relacionais caracterizam-se pela incompletude estrutural, pela interdependência entre as partes, centralidade de normas, cooperação e flexibilidade, para além da utilização de mecanismos próprios de governança e resolução de conflitos, destinados a preservar a continuidade da relação (JUSTEN FILHO, 2019).

Tais contratos não se sustentam apenas por sua literalidade, mas por um conjunto sistêmico de normas e mecanismos de coordenação que permitem mitigar riscos e acomodar mudanças não previstas originalmente (FARIAS; ROSENVALD, 2023). No contexto das concessões de infraestrutura, como as de transmissão de energia elétrica, seu caráter relacional se evidencia pela necessidade de constante renegociação e reequilíbrio contratual, tendo em vista os elevados investimentos, a longa duração das obrigações e a incidência de riscos regulatórios e imprevisibilidades externas, fenômeno devidamente reconhecido na literatura nacional sobre arbitragem em contratos de concessão (SENA, 2021), ao admitir a natureza relacional dessas avenças e a consequente adequação dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Diante dessa realidade, a arbitragem surge como um mecanismo eficiente para resolver disputas e integrar o contrato ao longo de sua execução, preenchendo lacunas de forma técnica, célere e especializada, reduzindo custos de transação e conferindo segurança jurídica às partes. Assim, os contratos incompletos não são defeituosos, mas uma solução racional para lidar com incertezas inevitáveis e preservar a eficiência e a estabilidade das relações contratuais.

No setor elétrico, a própria Lei nº 10.848/2004, que instituiu o modelo regulatório vigente, estabelece que os agentes econômicos, as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem para solucionar eventuais divergências decorrentes das relações contratuais existentes no Ambiente de Contratação Livre – ACL, que foi instituído para conferir maior competição entre o segmento de geração e aumentar a eficiência do setor produtivo nacional.

Ocorre que o procedimento de arbitragem não foi contemplado para solucionar os litígios decorrentes dos contratos administrativos de natureza regulada, o que abrange, por exemplo, os contratos de concessão de uso de bem público para exploração de aproveitamentos hidrelétricos, os contratos de concessão de transmissão ou distribuição de energia elétrica, os contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado, os contratos de uso dos sistemas de transmissão ou distribuição, dentre outros.

No atual contexto normativo, portanto, os litígios advindos das referidas relações jurídicas reguladas devem ser solucionados na esfera administrativa, ou, em casos de vícios de legalidade, perante o Poder Judiciário, não havendo espaço normativo para direcionar a resolução dessas demandas fora das linhas estatais.

A adoção da arbitragem como mecanismo alternativo de resolução de litígios no âmbito dos contratos administrativos do setor elétrico pode ser compreendida também sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED), alinhada à perspectiva consequencialista de formulação e aplicação das normas jurídicas (CARVALHOSA, 2013, p. 354 *apud* VILELA, 2018):

Justamente em razão da presença do critério de economicidade nas normas jurídicas é que na análise dos resultados da atuação das agências reguladoras, deve-se abrir espaço para a chamada ‘Análise Econômica do Direito’ (AED), filiada ao consequencialismo, com base na qual as regras jurídicas devem ser ‘elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com as suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos.

Sob esse enfoque, a principal razão para a alteração da esfera de jurisdição dos litígios do setor elétrico reside justamente no critério de economicidade que deve orientar a atuação estatal e regulatória. A arbitragem, ao oferecer decisões técnicas, céleres e com menores custos de transação, tem o potencial de se apresentar como um instrumento capaz de produzir resultados mais eficientes e socialmente desejáveis, em consonância com a lógica consequencialista que valoriza os efeitos concretos das decisões adotadas.

Essa mudança busca ainda fortalecer a legitimidade da atividade administrativa, na medida em que as políticas públicas podem ser implementadas de modo mais eficiente e responsável quando se adotam processos colaborativos que favoreçam o diálogo entre Estado e agentes regulados, promovendo uma gestão democrática e estratégica dos bens públicos, orientado não apenas pela observância formal da legalidade, mas pela busca de resultados concretos que conciliem eficiência administrativa, segurança jurídica e interesse público (BLIACHERIÈNE, 2013).

Essa dimensão colaborativa conecta-se, ainda, à interpretação extensiva do princípio da participação social, como fundamento de legitimidade da atividade administrativa (MOREIRA NETO, 2000, p. 79):

Além da especialização, flexibilidade, independência e celeridade, estas entidades se caracterizam, sobretudo, pela proximidade e abertura social de sua ação em relação aos administrados interessados, e a possibilidade de promover negociações em procedimentos participativos e, não menos importante, de atuar, em certos casos, com poderes 'para-jurisdicionais' para evitar intermináveis conflitos entre administrado e Estado. Em teoria, o princípio da participação tem plena aplicação em vários aspectos em que o instituto pode ser analisado, mas a sua importância sobressai principalmente pela criação de uma conexão administrativa imediata e despolitizada, às vezes bastante interativa, entre a agência e o administrado interessado.

Aplicada ao contexto do setor elétrico, essa teoria revela que os contratos de concessão, de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado, bem como de uso dos sistemas são verdadeiras relações de longo prazo, que exigem instrumentos de adaptação e, por consequência, podem adotar mecanismos alternativos de resolução de conflitos – como a arbitragem – para assegurar a preservação do vínculo contratual diante de alterações normativas, econômicas ou tecnológicas inerentes.

A arbitragem, nessa perspectiva, atuaria como uma extensão natural da lógica relacional, permitindo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e a continuidade da execução contratual (MARQUES NETO, 2016, pp. 150-151):

Essa teoria traça uma distinção entre essa espécie de contratos e os contratos ditos ‘tradicionais’ (denominados ‘descontínuos’) com base em alguns aspectos fundamentais: (i) os contratos relacionais são de longo prazo, contínuos; (ii) as obrigações neles previstas não se exaurem com uma prestação única e definida, mas se cumprem pelo fluxo contínuo (e cambiante) de obrigações recíprocas; o que acarreta (iii) um traço de permanente cambialidade e mutação, exigindo que o contrato relaciona tenha uma característica processual e normativa (não estática, e sim dinâmica); (iv) mais do que uma prestação (bem, serviço, obra), esses contratos são travados em torno de um processo, de uma relação complexa e contínua entre as partes, que (v) muitas vezes transcendem os contratantes, alcançando relações jurídicas com terceiros; (vi) esses contratos (relacionais) envolvem necessariamente um vínculo de solidariedade e confiança, em vez da relação de antagonismo própria aos contratos bilaterais cumulativos e sinalagmáticos; donde segue que, (vii) em vez de uma transferência bilateral de riscos associada ao objeto (típica dos contratos ditos “descontínuos”), nos contratos relacionais há um compartilhamento de bônus e riscos, não sendo incomum que (viii) ao ganho de uma das partes não corresponda necessariamente uma perda da outra, mas bem possa ocorrer um ganho auferível por ambas pelo atingimento do objetivo comum justificados do ajuste; **(ix) a preservação contínua do vínculo relacional ao longo do tempo, e inobstante as alterações do cenário econômico e jurídico, é buscada mediante métodos de resolução de conflitos preferencialmente consensuais;** e finalmente (x) a relação contratual é compreendida com base no modo de interação entre as partes contratantes, marcadamente dinâmica e orientada pela confiança que depositam no contrato.

Sobre métodos alternativos e métodos adequados, a concepção de Cunha propõe uma visão mais integrada e funcional do sistema de justiça para o uso de meios adequados, substituindo a noção de meios alternativos por uma lógica de adequação e complementaridade. Para o autor, mediação, conciliação e arbitragem não são vias excepcionais, mas instrumentos complementares que compõem um modelo de jurisdição multiportas, no qual cada método deve ser escolhido conforme a natureza da controvérsia e o resultado esperado (CUNHA, 2021).

Assim, disputas de caráter negocial são mais adequadas à mediação, enquanto conflitos técnicos seriam destinados à arbitragem. Essa abordagem reforça a arbitragem como meio adequado, especialmente nos contratos administrativos do setor elétrico, nos quais a especialização técnica, a celeridade e a previsibilidade são fundamentais para a eficiência e continuidade das políticas públicas (CUNHA, 2021, p. 631):

Costuma-se chamar de “meios alternativos de resolução de conflitos” a mediação, a conciliação e arbitragem (Alternative Dispute Resolution – ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam “alternativos”, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de jurisdição multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada

uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há, ainda, outros meios, a exemplo da negociação direta e do dispute board.

Os meios de solução de disputas são, portanto, adequados, mas também são integrados. É possível que o meio mais adequado seja a mediação, mas, não obtida a autocomposição, a opção passa a ser a arbitragem ou a jurisdição estatal. Para cada situação, há um meio adequado, mas ele é integrado com outro(s), que também revela(m) adequação para o caso.

(...)

O meio de solução há de ser o mais adequado. A adequação é o fundamento para que se adote o procedimento mais eficiente para a resolução de disputas. Não se deve adotar apenas a mediação, a conciliação, a arbitragem ou a justiça estatal.

A partir das abordagens examinadas, é possível delimitar as espécies de contratos administrativos no setor elétrico em que a adoção da arbitragem representaria não apenas um mecanismo adequado de resolução de litígios, mas um instrumento eficiente de gestão contratual, governança regulatória e coordenação institucional.

A partir dessa contextualização, a seção seguinte busca detalhar os limites materiais e formais da arbitrabilidade, bem como o escopo da convenção arbitral aplicável aos contratos administrativos do setor elétrico.

### **3.4. A arbitrabilidade em contratos administrativos e direitos patrimoniais disponíveis**

A arbitrabilidade pode ser compreendida como a potencialidade de determinado litígio ser submetido ao juízo arbitral. Nas palavras de Ana Sofia Monteiro Signorelli e Cesar Pereira, “é o quadro máximo dentro do qual as partes do litígio, por meio de um ato complementar, recortarão o campo menor que concretamente pretenderão submeter a uma arbitragem efetiva ou eventual” (SIGNORELLI; PEREIRA, 2023, p. 31).

Na perspectiva subjetiva, a arbitrabilidade está associada a competência e a capacidade para contratar e, assim, celebrar a convenção de arbitragem, conforme dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei de Arbitragem:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

A mesma lógica se extrai da previsão contida no art. 851 do Código Civil:

Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Na perspectiva objetiva, a arbitrabilidade, em sentido amplo, pode ser compreendida como a previsão normativa para o emprego da arbitragem. Em sentido estrito, consiste na delimitação da matéria arbitrável ou do conflito. Nesse enfoque, Felipe F. Estefam complementa (ESTEFAM, 2019, p. 114):

(...) no âmbito das relações contratuais administrativas celebradas com o particular, é de se averiguar quais são as matérias contratualizáveis e, pois, os termos da arbitrabilidade. (...) A arbitrabilidade compreende aquelas matérias suscetíveis de serem contratualmente fixadas entre as partes. É imprescindível aprofundar tal constatação e, logo, distinguir com mais precisão as matérias contratualizáveis das incontratualizáveis.

Embora a arbitrabilidade seja um tema razoavelmente bem delineado, há uma grande discussão sobre a definição de direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos, que envolveria uma análise em contraste com o princípio da indisponibilidade do interesse público (ESTEFAM, 2019).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 76) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 38) analisam a questão com a devida competência, afirmando que o interesse público é sempre indisponível pela Administração, pois sua titularidade é da coletividade, e não do Poder Público, cabendo-lhe apenas a sua administração, proteção e efetividade, o que, na verdade, é um dever legal.

De todo modo, há direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, que podem ser disponíveis, o que não significa livre disposição, ou renúncia, mas possibilidade de negociação, mediante o emprego de institutos do Direito Civil, o que não afeta o atendimento do interesse público primário. Regra geral, os direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de valoração econômica, associados ao conceito de interesse público secundário. Nessa perspectiva, Alexandre Santos de Aragão, apoiado nas conclusões de outros doutrinadores, também contribui na elucidação do tema (ARAGÃO, 2017, pp. 19-58):

A confusão conceitual e terminológica em referência é desfeita, com maestria, pelo professor Eros Grau, que considera não haver “qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”, sendo certo que se pode “dispor de direitos patrimoniais, sem

que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles”. Daí porque, conclui Eros Grau, “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”.

Nessa esteira, Carlos Ari Sundfeld leciona que “a lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitissem contratação pelas partes. Numa palavra, a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação”.

Nesse sentido, é possível observar situações em que o Poder Público faz uso de institutos do Direito Civil, tal como ocorre com os contratos de locação ou permuta. Nesses casos, a Administração não renuncia ao atendimento do interesse público. Pelo contrário, é do interesse público que seus bens sejam bem administrados, conservados e possuam utilidade social. A depreciação do patrimônio público certamente incomoda o cidadão que está em dia com seus impostos e obrigações perante o Estado.

Da mesma forma, a continuidade dos contratos administrativos também integra o interesse público. Basta imaginar a concessão de aeroportos, o arrendamento de imóveis privados para funcionamento de hospitais integrados ao Sistema Único de Saúde (SUS), ou o serviço público de distribuição de energia elétrica. Caso o equilíbrio econômico-financeiro do contrato precise ser revisado ou recomposto, é de maior importância ao interesse coletivo a continuidade do serviço público prestado, em alguns casos mediante aplicação de tarifas e preços equilibrados, do que concordar ou discordar com o âmbito de discussão sobre seu reequilíbrio, isto é, se se deve autorizar o uso da atividade jurisdicional da esfera privada, por meio de arbitragem, ou preservar a jurisdição estatal, com processos na esfera administrativa e, eventualmente, na via judicial.

Nessas situações, portanto, “a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação” (DI PIETRO, 2015). Ainda assim, “quando a Administração Pública se submete à arbitragem, não está transigindo com o interesse público. Está deslocando a questão litigiosa do judiciário para os árbitros” (LEMES, 2007, p. 75). Nesse sentido, Eros Grau conclui (GRAU, 2000, p. 20):

Assim, é evidente que quando se afirma que arbitragem se presta a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” isso não significa não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. (...) A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros

deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum.

Na mesma direção, complementam Ana Sofia Monteiro Signorelli e Cesar Pereira que “obrigações com reflexos patrimoniais que decorram de direitos não patrimoniais também estão inclusas (...) Assim, enquanto os direitos da personalidade – como o nome, a honra ou a imagem – não são patrimoniais, a pretensão de obter indenização por determinação violação a eles é” (SIGNORELLI; PEREIRA, 2023, p. 36).

Ao se aprofundar sobre essa temática, Felipe F. Estefam faz distinção entre cláusulas regulamentares e cláusulas econômicas para avaliar o cabimento da arbitragem em contratos administrativos. Nesse aspecto, por um lado, as cláusulas regulamentares são definidas da seguinte forma pelo autor (ESFETAM, 2019, pp. 117-118):

Por meio dessas cláusulas, são definidas, unilateralmente, as diretrizes da prestação do serviço ou obra (forma de execução e de fiscalização, hipóteses de rescisão e penalidades, direitos e deveres das partes etc.), como determinam o art. 55 da LGL e o art. 23 da Lei das Concessões Comuns.

Demais disso, estas cláusulas deixam latentes os poderes administrativos para que, quando a redefinição ou as adaptações necessárias do interesse público forem precisas, durante a vigência do contrato, a Administração instabilize o vínculo. Nos termos do inciso I do art. 58 da LGL, a Administração Pública tem a prerrogativa de modificar os contratos, “unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”.

Sobre as adaptações necessárias, a Lei das Concessões Comuns determina que o contrato deve dispor sobre os “direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações” (art. 23, V).

As cláusulas regulamentares que preveem esta redefinição do serviço denominam-se de cláusulas exorbitantes. De se notar que, na legislação em geral, as cláusulas exorbitantes aparecem sob diversas formas, mas na LGL são exorbitantes aquelas que conferem as prerrogativas dadas no art. 58 desta lei, quais sejam: a de instabilização do vínculo (modificação e rescisão unilaterais), de fiscalização da execução contratual, a de aplicação de sanções e a de ocupação provisória de bem, em caso de serviços essenciais.

Por outro lado, as cláusulas econômicas, ou cláusulas contratuais econômico-financeiras, operam em favor do particular, frente às prerrogativas da Administração, pois asseguram que o contrato “não será modificado sem a garantia da sua justa remuneração; e atuam no decorrer da vigência contratual, pois viabilizam os recursos necessários para

a correta execução do seu objeto” (MARQUES NETO; LOUREIRO, 2014, p. 125 *apud* ESTEFAM, 2019). Trata-se de uma garantia legal, traduzida em cláusulas econômicas, que “armam a equação econômico-financeira do contrato administrativo contra as competências unilaterais da Administração” (ESTEFAM, 2019, p. 118).

Ainda que essa definição permita discernir as matérias passíveis de arbitragem em contratos administrativos, o tema atravessa ampla discussão doutrinária, a impor uma análise mais profunda sobre a questão. Afinal, se bastasse distinguir a capacidade de contratar e as matérias passíveis de contratação, a interpretação e as consequências patrimoniais decorrentes do exercício de prerrogativas administrativas ou de cláusulas regulamentares, assim como fatores externos aos contratos, estariam, por via oblíqua, afastados da arbitragem (ESTEFAM, 2019).

De todo modo, algumas matérias parecem encontrar um certo consenso, contando inclusive com previsão normativa no cenário atual. Sobre o reequilíbrio econômico-financeiro, por exemplo, a possibilidade de discussão por meio de arbitragem foi confirmada pelo Enunciado nº 19, aprovado na I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal (CJF), realizada nos dias de 3 a 7 de agosto de 2020:

Enunciado nº 19 – As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Sucessivamente, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, também estabeleceu a possibilidade de emprego da arbitragem pela Administração Pública. O art. 151 ainda especificou alguns dos direitos patrimoniais disponíveis que poderiam se submeter ao procedimento, tais como: (i) o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; (ii) o inadimplemento de obrigações contratuais pelas partes; e (iii) o cálculo de indenizações:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Trata-se de rol exemplificativo, sendo possível, portanto, discutir outras questões do contrato no âmbito da arbitragem, desde que esteja associado a um direito patrimonial disponível (ESTEFAM, 2019).

O art. 152 reforça a previsão legal de que “a arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade” (Lei nº 9.307/1996, art. 2º, § 3º, incluído pela Lei nº 13.129/2015). O art. 153 autoriza o aditamento de contratos de concessão para “permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”. Por fim, “o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes” (art. 154).

No processo legislativo que culminou na edição da Lei nº 14.133/2021, ficou registrado o propósito de modernizar os métodos de resolução de litígios decorrentes de contratos administrativos, em aderência a alteração trazida pela Lei nº 13.129/2015 à Lei de Arbitragem, conforme consta do Parecer nº 983 de 2016, de relatoria do Senador Fernando Bezerra Coelho, então filiado ao Partido Socialista Brasileiro (PSB) (SENADO FEDERAL, 2016, p. 5):

Também foi prevista a possibilidade de o contrato administrativo prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sendo permitido o estabelecimento de cláusula arbitral e mediação. Esta disposição compactua com a recentíssima Lei n. 13.129/2015, contribuindo para a redução dos custos na resolução dos conflitos com a Administração Pública.

Em conclusão, sobre a arbitrabilidade em contratos administrativos, Caio Tácito sintetiza a possibilidade e as vantagens da arbitragem sobre a resolução de litígios em comparação com a tradicional esfera de jurisdição estatal (TÁCITO, 2002, pp. 83-88):

(...) sempre que puder contratar – o que importa em existência de indisponibilidade atinente a interesses e direitos patrimoniais – poderá a Administração (direta ou indireta) convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe em disposição do interesse público, mas, muito ao contrário, um método para satisfazê-lo de modo mais célere, mais técnico, com custos menores e, sobretudo, com as vantagens da consensualidade.

A conclusão de Ana Sofia Monteiro Signorelli e Cesar Pereira é semelhante nesse aspecto, ao afirmarem que “a arbitrabilidade não tem a ver com o limite de revisão, mas com o processo para promovê-la”. Afinal, sobre o exame de mérito do ato administrativo, “é indiferente tratar-se de arbitragem ou processo judicial. A proteção constitucional da

função administrativa impede que tanto o árbitro quanto o juiz a frustrem por meio do exercício de sua competência de revisão jurisdicional”.

Em síntese, os autores pontuam que, para reconhecer a arbitrabilidade em contratos administrativos, deve a Administração Pública reconhecer a possibilidade de procedência da pretensão do agente contratado, para além do seu conteúdo patrimonial mediante valoração econômica (SIGNORELLI; PEREIRA, 2023, pp. 35-40).

Sobre a possibilidade de procedência da pretensão do administrado, importa ressaltar a compreensão de Felipe F. Estefam, a exigir a adoção do método mais adequado à resolução do litígio a partir da vinculação da Administração Pública ao cumprimento da legalidade (ESTEFAM, 2019, p. 103):

Cumpre apostilar, primeiramente, que o Brasil adotou o sistema anglo-saxão de unicidade de jurisdição. Por este sistema, o Poder Judiciário exerce a função jurisdicional, competindo-lhe, a rigor, resolver os conflitos em caráter definitivo.

Isso não significa que a Administração não possa reconhecer, sponte sua, que não tem razão. É que a Administração tem vinculação ao Direito; a prossecução administrativa deve observância ao interesse público jurídico. Ademais, se pelo princípio da autotutela a Administração tem o dever de desfazer os atos ilegais e inconstitucionais por ela praticados, como impedir que ela reconheça que não tem razão, com fundamento na legalidade?

Assim, o reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão não tem a ver com a disponibilidade do direito, mas com o dever administrativo de observância da legalidade, imparcialidade e boa-fé, a exigir a adoção da medida mais racional do ponto de vista jurídico, de maneira que esse reconhecimento pode se dar sobre direito indisponível ou disponível.

Portanto, no que diz respeito à arbitrabilidade em contratos administrativos e a definição do conceito de direitos patrimoniais disponíveis, nota-se que há uma evolução histórica baseada em cláusulas, estudos, precedentes e normas, que buscam afastar a superada discussão sobre a violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, de modo a conferir a segurança jurídica necessária ao emprego da arbitragem pela Administração Pública.

### **3.5. Escopo da convenção de arbitragem e objeto do processo arbitral**

No que diz respeito, especificamente, à arbitragem contratual, o escopo não é determinado apenas pela arbitrabilidade, mas também pela delimitação material conferida pelas partes ao convencionarem a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral.

Segundo Ana Sofia Monteiro Signorelli e Cesar Pereira, “o escopo da convenção de arbitragem corresponde ao resultado do exercício da competência refletida na arbitrabilidade. Segundo os procedimentos próprios, as partes escolhem o que pretendem submeter a uma arbitragem efetiva”. Ainda de acordo com os autores (SIGNORELLI; PEREIRA, 2023, p. 32):

Esse é o momento de escolha pela conveniência ou não da sujeição de certos litígios à arbitragem, à luz de fatores como vantagens e desvantagens que nela são reconhecidas, maior ou menor capacidade de condução de um processo arbitral ou disposição ou não de se submeter a um juízo privado a solução de determinadas controvérsias. Exatamente por causa da distinção entre a arbitrabilidade abstrata e opção concreta por um determinado escopo é que surgem normas (atos normativos da Administração ou lei de entes federados) que delimitam o que os agentes públicos envolvidos podem inserir nas convenções de arbitragem ou realizar nos processos arbitrais.

É por conta dessa distinção conceitual entre arbitrabilidade e escopo da convenção de arbitragem que, no âmbito do direito público, faz-se necessário delimitar, por meio de atos normativos, o que os agentes públicos podem inserir nas convenções de arbitragem ou devem atender na condução de processos arbitrais.

Para além dos requisitos estabelecidos no art. 3º do Decreto nº 10.025/2019, o escopo da convenção de arbitragem pode acrescentar elementos como a forma de indicação dos árbitros, divisão de custos procedimentais, institucionais, diligências, realização de provas, para além dos prazos processuais aplicáveis. Embora, em grande medida, o regulamento da Câmara de Arbitragem definida pelas partes estabeleça determinadas premissas nesse sentido, essa delimitação na convenção de arbitragem fixa a diferença entre cláusula cheia e cláusula vazia, que, muitas vezes, pode gerar dúvidas, ou mesmo nulidades (ESTEFAM, 2019).

A última etapa é a definição do objeto do processo arbitral. Se o escopo da convenção de arbitragem pode ser compreendido como a delimitação das matérias arbitráveis, incluindo premissas relacionadas ao uso do procedimento, o objeto do processo arbitral, por sua vez, é a definição de qual litígio será especificamente levado ao juízo arbitral (SIGNORELLI; PEREIRA, 2023).

### **3.6. A excepcionalidade da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro**

No setor elétrico, a própria Lei nº 10.848/2004 determina o uso da arbitragem para solucionar eventuais divergências decorrentes das relações existentes no mercado livre de energia. Um exemplo de cláusula compromissória em contratos de compra e venda de energia elétrica no ACL é disposto a seguir:

**Cláusula 22** – Durante o prazo deste Contrato, as PARTES envidarão seus melhores esforços para, de boa-fé, resolver quaisquer assuntos em litígio de forma diligente. Caso não obtenham êxito nas negociações, quaisquer disputas ou reivindicações decorrentes ou relacionadas a este Contrato, ou de sua ruptura, deverão ser apreciadas e resolvidas por meio de arbitragem a ser realizada por três árbitros e instituída e processada pela Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas.

**Parágrafo Primeiro** – O tribunal arbitral constará de três árbitros imparciais: um indicado pela **Vendedora**, outro indicado conjuntamente pelas **Compradoras** e um terceiro, que deverá ser o presidente do tribunal, escolhido por ambos os árbitros indicados pelas PARTES.

**Parágrafo Segundo** – A arbitragem terá lugar na cidade do Rio de Janeiro, e terá como idioma oficial o português. Todos os documentos ou provas produzidos durante o processo arbitral, que não estejam no idioma oficial, deverão vir acompanhados de tradução juramentada em português. Os árbitros decidirão a controvérsia por maioria do tribunal arbitral e qualquer quantia sentenciada por este tribunal deverá ser especificada e pagável na moeda corrente pactuada neste Contrato e através de fundos imediatamente disponíveis.

**Parágrafo Terceiro** – Toda e qualquer sentença ou decisão do tribunal arbitral será considerada final e vinculatória para as PARTES para sua plena execução, nos termos do artigo 31 da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9307, de 23 de setembro de 1996). As PARTES, desde já e de comum acordo, se obrigam a providenciar a execução da referida sentença arbitral, e cada PARTE concorda que qualquer sentença ou decisão arbitral não será executada em corte com outra corte de jurisdição. Nenhuma PARTE poderá solicitar ou divulgar o teor dos documentos relacionados ao processo arbitral ou o conteúdo de qualquer sentença ou decisão do tribunal arbitral.

**Parágrafo Quarto** – Os custos do processo arbitral serão repartidos entre as PARTES como o determinado pela sentença do tribunal arbitral.

Por outro lado, há exemplos de cláusulas compromissórias que foram estabelecidas em contratos de natureza regulada. No Ambiente de Contratação Regulada (ACR), cita-se os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEARs), que preveem o uso da arbitragem para dirimir eventuais litígios entre as partes do contrato, em que, de um lado, a parte compradora é a concessionária de distribuição de energia elétrica, e, de outro lado, a parte vendedora é o gerador de energia

elétrica. Transcreve-se a seguir a cláusula compromissória estabelecida nos CCEARs que foram negociados no último Leilão de Energia Nova – LEN A-5 de 2022:

#### **CLÁUSULA 11ª – DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

11.1. Uma controvérsia se inicia com a NOTIFICAÇÃO DE CONTROVÉRSIA de uma PARTE a outra.

11.2. Na eventualidade de ocorrerem controvérsias derivadas do CONTRATO, as PARTES buscarão solucioná-las amigavelmente, no prazo de até 15 dias úteis, contados do recebimento da NOTIFICAÇÃO DE CONTROVÉRSIA.

11.3. Caso as controvérsias decorrentes do CONTRATO não sejam solucionadas na forma da Subcláusula 11.2, as PARTES deverão submetê-las ao processo de solução de conflitos por meio de arbitragem, incluindo o previsto na CONVENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO e na CONVENÇÃO ARBITRAL, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e do art. 4º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, valendo a presente como cláusula compromissória.

11.4. A multa de que trata a subcláusula 10.3 não é passível de controvérsia, não podendo ser objeto de solução por meio de arbitragem.

Trata-se, contudo, de cláusula compromissória restrita às partes contratantes, no âmbito desse modelo específico de contrato de natureza regulada, de modo que os litígios envolvendo o Poder Concedente ou as competências da ANEEL ainda estão restritos ao foro judicial. Nesse sentido, como exemplo de contrato envolvendo a participação do Poder Público, transcreve-se a seguir a cláusula de eleição de foro prevista no Contrato de Concessão nº 01/2021, que dispõe sobre a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica no Estado do Amapá, assinado pela Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA), estatal adquirida pelo Grupo Equatorial, e o Poder Concedente, representado pela ANEEL:

#### **CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – MODO AMIGÁVEL DE SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS E FORO DO CONTRATO**

Resguardado o interesse público, na hipótese de divergência na interpretação ou execução de dispositivos do presente Contrato, a DISTRIBUIDORA poderá solicitar às áreas organizacionais da ANEEL afetas ao assunto a realização de audiências com a finalidade de harmonizar os entendimentos, conforme procedimento aplicável.

Subcláusula Única – Para dirimir as dúvidas ou controvérsias não solucionadas de modo amigável, na forma indicada no caput desta Cláusula, fica eleito o Foro da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, com renúncia expressa das partes a outros, por mais privilegiados que forem.

Não obstante, ainda que sejam poucos, há contratos administrativos assinados com o Poder Público que possuem convenção de arbitragem no setor elétrico. A exceção está restrita aos contratos de concessão de uso bem público dos denominados “projetos estruturantes”, que consistem em empreendimentos com prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e interesse público envolvido para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, na forma do art. 2º, inciso VI, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Atualmente, são apenas três Usinas Hidrelétricas (UHEs) classificadas nesse dispositivo: a UHE Belo Monte, localizada no Rio Xingu, no Estado do Pará, e as UHEs Santo Antônio e Jirau, ambas situadas no Rio Madeira, no Estado de Rondônia.

No âmbito dos referidos contratos de concessão, há cláusulas compromissórias que preveem o uso da arbitragem em litígios decorrentes de indenizações devidas na extinção do contrato, inclusive quanto a bens revertidos. Ainda assim, permite-se a celebração de compromisso arbitral para quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas à direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato. Por relevante, transcreve-se a seguir a convenção de arbitragem relativa ao Contrato de Concessão nº 002/2008-MME-UHE JIRAU, que dispõe sobre a implantação e exploração da UHE Jirau:

#### **CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – DA ARBITRAGEM**

Quaisquer litígios, controvérsias ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente Contrato, inclusive quanto aos bens revertidos, serão definitivamente resolvidos por Arbitragem, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI (doravante simplesmente denominado “Regulamento de Arbitragem”), observadas as disposições da presente Cláusula e da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

**Subcláusula Primeira** – A Arbitragem será conduzida por um Tribunal Arbitral composto por três Árbitros, sendo um Árbitro nomeado pela ANEEL, um Árbitro nomeado pela Concessionária e o terceiro Árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, será indicado pelos dois outros Árbitros nomeados pelas Partes.

**Subcláusula Segunda** – Caso a designação do Presidente do Tribunal Arbitral não ocorra no prazo de trinta dias corridos, a contar da nomeação do segundo Árbitro, ou não haja consenso na escolha, a Corte Internacional de Arbitragem da CCI procederá à sua nomeação, nos termos do Regulamento de Arbitragem.

**Subcláusula Terceira** – A Arbitragem será realizada em Brasília, Brasil, em Língua Portuguesa, devendo a Parte que quiser produzir provas em idioma estrangeiro ou indicar Testemunhas que não falem o

Português providenciar a necessária tradução ou intérprete, conforme o caso.

**Subcláusula Quarta** – Aplicar-se-á ao mérito da causa submetida à Arbitragem exclusivamente as normas do ordenamento jurídico brasileiro e os regulamentos específicos do setor elétrico nacional, excluída a equidade.

**Subcláusula Quinta** – Fica eleito o foro da Seção Judiciária do Distrito Federal da Justiça Federal exclusivamente para: (i) o requerimento de medidas cautelares antes e durante o procedimento arbitral, se e quando necessário; (ii) a execução da sentença arbitral, inclusive para fins de homologação, quando exigido pela legislação brasileira, bem como a execução das medidas de urgência eventualmente concedidas pelo Tribunal Arbitral; e (iii) a eventual anulação da sentença arbitral.

**Subcláusula Sexta** – As Partes concordam, para esse Contrato, que qualquer medida de urgência ou de força necessária antes ou durante a Arbitragem poderá ser requerida à autoridade judicial ou ao Tribunal Arbitral, sendo certo que o requerimento de tal medida à autoridade judicial não será considerado como renúncia à Arbitragem nem afetará a competência do Tribunal Arbitral.

**Subcláusula Sétima** – A submissão à Arbitragem, nos termos desta Cláusula, não exime as Partes do cumprimento das demais obrigações previstas neste Contrato, nem impede a adoção de medidas de urgência ou de conservação de direitos pelas Partes, inclusive perante o Poder Judiciário, quando for o caso.

**Subcláusula Oitava** – Observado o disposto nesta Cláusula, as Partes poderão, de comum acordo, eleger outra Câmara Arbitral, com seu respectivo Regulamento, desde que o façam por escrito, observado sempre o respectivo Regulamento, no que couber, com as adaptações previstas no caput.

#### **CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – DA POSSIBILIDADE DE COMPROMISSO ARBITRAL**

Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do presente Contrato, não previstos na Cláusula Décima Quinta, poderão ser resolvidos por Arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

**Subcláusula Única** – Para dar eficácia ao disposto na presente Cláusula é indispensável que as Partes, em comum acordo, celebrem Compromisso Arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições e demais regras aplicáveis ao Processo Arbitral.

Por fim, cita-se o único exemplo de celebração de compromisso arbitral em contrato administrativo no âmbito do setor elétrico. Trata-se do Contrato de Concessão nº 003/2012, assinado pela Transnorte Energia S/A e a ANEEL, que é composto, dentre outras instalações de transmissão, pela linha de transmissão que conectará Boa Vista (RR) ao Sistema Interligado Nacional (SIN), a última capital brasileira conectada ao sistema de transmissão nacional.

O projeto, conhecido como “Linhão de Tucuruí”, enfrentou diversos entraves que impactaram o cronograma de obras, considerando que o traçado adotado atravessava a reserva indígena do povo Waimiri Atroari. Desse modo, iniciou-se uma discussão sobre o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 003/2012. Houve uma série de disputas judiciais, inclusive Ações Cíveis Públicas e a análise sobre a conveniência de rescisão ou caducidade da concessão. Contudo, a caducidade foi rejeitada pelo Ministério de Minas e Energia (MME), devido ao caráter estratégico do projeto, nos termos da Nota Técnica nº 1/2021/SEE e do Parecer nº 224/2021/CONJUR-MME/CGU/AGU, que analisaram a viabilidade de manutenção do contrato de concessão e a possibilidade de celebração do compromisso arbitral.

Na ANEEL, o Parecer nº 00215/2021/PFANEEL/PGF/AGU fez a análise jurídica da proposta de solução arbitral e das respectivas disposições contratuais sobre o tema. O referido parecer apresentou amplo esforço argumentativo para justificar a adoção do mecanismo no caso concreto, buscando fundamentação no Decreto nº 10.025/2019, que, ante o exposto, não dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública Federal no setor de energia elétrica.

Os aspectos técnicos, jurídicos, econômicos, políticos, sociais e ambientais envolvidos nesse caso foram explorados pela pesquisadora Bárbara Bianca Sena, na dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública do Programa de Pós-Graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, intitulada *Arbitrabilidade objetiva nas concessões de transmissão de energia elétrica* (SENA, 2021).

Em 10 de setembro de 2021, foi publicado o Despacho nº 2.812/2021, em que a ANEEL autorizou a celebração do Termo de Compromisso Arbitral com a TNE, nos seguintes termos:

**CLÁUSULA QUINTA – DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL**

AS PARTES resolvem, em com um acordo, submeter à arbitragem, observados o Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), as disposições da presente Cláusula, e da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a definição e a forma de eventual reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO nº 003/2012 decorrente do atraso na emissão da Licença Ambiental de Instalação (LI).

**Primeira Subcláusula.** Quaisquer litígios, controvérsias ou discordâncias relativos aos direitos da concessionária à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente do atraso na emissão da Licença Ambiental de Instalação (LI) deverão ser resolvidos, após decisão administrativa definitiva, por arbitragem institucional, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

**Segunda Subcláusula.** A arbitragem será administrada pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), em consonância com as previsões constantes de seu Regulamento de Arbitragem, no que não conflitar com a presente cláusula e com as regras do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

**Terceira Subcláusula.** A arbitragem será conduzida por um Tribunal Arbitral com posto por 3 (três) árbitros, sendo 1 (um) árbitro nomeado pela ANEEL, 1 (um) árbitro nomeado pela TNE e 1 (um) terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, a ser indicado pelos outros dois árbitros nomeados pelas partes.

**Quarta Subcláusula.** A arbitragem deverá observar exclusivamente o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive as disposições contidas no Contrato de Concessão, sendo vedado o julgamento por equidade.

**Quinta Subcláusula.** As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pela TNE, em especial, as despesas administrativas da Câmara Arbitral, o adiantamento dos honorários dos árbitros e os custos relacionados à produção de provas demandada pelos Árbitros, inclusive pericial.

**Sexta Subcláusula.** As despesas decorrentes da contratação de assistentes técnicos e pareceristas e de provas solicitadas pelas partes, inclusive pericial, serão de responsabilidade das partes que as requererem ou apresentarem e não serão restituídas ao final do procedimento arbitral.

**Sétima Subcláusula.** Se for o caso, as verbas adiantadas pela TNE serão restituídas pela ANEEL, total ou parcialmente, conforme vier a ser determinado na sentença arbitral. Na hipótese de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem.

**Oitava Subcláusula.** Não haverá condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, ficando excluído o ressarcimento, por quaisquer das Partes, de honorários contratuais.

**Nona Subcláusula.** O processo arbitral deverá observar o princípio da publicidade, resguardadas as hipóteses legais de sigilo, as necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e as decorrentes de decisão do Tribunal Arbitral, nos termos da lei.

**Décima Subcláusula.** A arbitragem terá sede em Brasília-DF.

**Décima Primeira Subcláusula.** A sentença arbitral será proferida na cidade de Brasília-DF.

Seguindo o método adotado por Natália Resende Andrade Ávila e Priscila Cunha do Nascimento (ÁVILA; NASCIMENTO, 2022), foi pontuado o nível de aderência da cláusula compromissória redigida pela ANEEL segundo os parâmetros indicados no Guia do Banco Mundial sobre boas práticas para contratos de concessões e parcerias público-privadas (PPP), que apresenta cláusula-modelo de convenção de arbitragem para resolução de litígios dessa natureza (WORLD BANK, 2019):

- I. Lei aplicável ao contrato;
- II. Mecanismo prévio de autocomposição, como conciliação ou mediação, antes de recorrer à arbitragem;
- III. Ação de perito independente, denominado *expert determination*, para litígios de caráter técnicas;
- IV. Submissão à arbitragem, esgotadas as tentativas de autocomposição;
- V. Continuidade da execução contratual durante a disputa;
- VI. Renúncia de jurisdição para assegurar a eficácia da sentença arbitral; e
- VII. Alocação de custos e despesas.

Aplicando o valor de 1 ponto para total aderência; 0,5 para aderência parcial; e 0, para nenhuma correspondência, verifica-se que a cláusula compromissória elaborada pela ANEEL apresenta aderência parcial aos parâmetros do Guia do Banco Mundial (4 pontos). Há conformidade plena quanto à definição da lei aplicável, à submissão da controvérsia à arbitragem (em substituição à via judicial) e à alocação dos custos do procedimento.

Contudo, a cláusula não contempla mecanismos de prevenção de litígios (como negociação ou prova técnica prévia), assim como não prevê a continuidade da execução contratual durante o processo arbitral, uma vez que se discutiria justamente as condições econômico-financeiras que viabilizariam a implantação do empreendimento. Além disso, a cláusula não contém disposição expressa de renúncia de jurisdição, o que, em princípio, poderia reduzir a previsibilidade e a segurança jurídica sob a ótica das boas práticas internacionais em contratos de infraestrutura.

Em 22 de março de 2022, a Diretoria da ANEEL decidiu negar o requerimento de reequilíbrio formulado pela TNE, nos termos do Despacho nº 728/2022, instaurando-se, em seguida, o processo arbitral entre as partes na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (Caso nº 27016/RLS). A sentença arbitral de parcial procedência, por fim, foi proferida em 18 de janeiro de 2024 pelos árbitros Egon

Bockmann Moreira, Antônio Cesar Rocha Antunes de Siqueira e Pedro Antônio Batista Martins (Presidente).

Em 1º de julho de 2025, a ANEEL publicou o Despacho nº 1.991, de 30 de junho de 2025, aprovando acordo com a concessionária de transmissão consistente na “a) assunção pela TNE de todos as custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral, isentando totalmente a ANEEL dos ônus da sucumbência, e b) assinatura de novo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão do Serviço Público de Transmissão de Energia Elétrica nº 3/2012-ANEEL, conforme minuta anexa ao Voto do Diretor-Geral, para diante dos resultados obtidos no Procedimento Arbitral CCI nº 27016/RLS, alterar o prazo para operação comercial e a Receita Anual Permitida – RAP, e assim, reequilibrar econômico e financeiramente a concessão” (ANEEL, 2025).

Trata-se de precedente isolado, que, nada obstante, ostenta a intenção de modernizar os mecanismo de resolução de conflitos decorrentes dos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro. Não se descarta, ainda, as demais propostas administrativas apresentadas pela ANEEL que visam ampliar o uso da arbitragem, por exemplo, nos Contratos de Uso do Sistema de Transmissão (CUST), conforme Nota Técnica nº 095/2022-SRT/ANEEL, que subsidiou a instauração da Tomada de Subsídios nº 024/2022, para além dos Contratos de Compra de Energia Elétrica nos Sistemas Isolados (CCESI), nos termos da Nota Técnica nº 002/2025-SEL/ANEEL, que opinou pela instauração da Consulta Pública nº 002/2025 (ANEEL, 2025).

Em que pese as iniciativas regulatórias apresentadas, o órgão colegiado da ANEEL não tem acatado as sugestões de modernização dos mecanismos de resolução de conflitos empregados no setor elétrico. Após o precedente envolvendo a TNE, em uma proposta de implementação da arbitragem nas concessões de transmissão de energia elétrica, a agência reguladora rejeitou a proposta de adoção da arbitragem, nos termos do voto que subsidiou o Despacho nº 1.929, de 24 de junho de 2025, que aprovou a minuta do Edital do Leilão nº 4/2025 (ANEEL, 2025):

Outro ponto que merece destaque é o fato de que não foi acolhida a sugestão de inclusão de cláusula arbitral nos contratos de concessão, uma vez que a própria Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) prevê a possibilidade de arbitragem independentemente de cláusula prévia, desde que as partes concordem, após o surgimento do conflito, em firmar um compromisso arbitral, fixando as regras e os limites da arbitragem. Essa flexibilidade norma<sup>7</sup>va, conforme corretamente observaram a SEL e a SCE, garante às partes autonomia para decidir o

melhor meio de solução de disputas quando o conflito se apresenta, levando em consideração as circunstâncias concretas do caso.

Em maio de 2025, a ANEEL instaurou a Consulta Pública nº 012/2025 para aprimoramento da minuta do Edital e respectivos Anexos do Leilão de Geração nº 3/2025-ANEEL, denominado Leilão de Energia Nova A-5, de 2025, o qual se destina à compra de energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração. De acordo com a Nota Técnica nº 4/2025-SEL/ANEEL, a proposta submetida à consulta pública pretendia reformular a cláusula que versa sobre a utilização da arbitragem, de modo a restringir o seu acionamento a certos casos. Em que pese a reformulação ter sido tratada como um avanço ao uso do mecanismo, verifica-se, ainda, significativas restrições quanto às matérias arbitráveis, considerando a proposta de cláusula apresentadas nas minutas CCEARs (ANEEL, 2025):

#### **CLÁUSULA 11ª – DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

11.1. Uma controvérsia se inicia com a NOTIFICAÇÃO DE CONTROVÉRSIA de uma PARTE a outra.

11.2. Na eventualidade de ocorrerem controvérsias derivadas do CONTRATO, as PARTES buscarão solucioná-las amigavelmente, no prazo de até 15 dias úteis, contados do recebimento da NOTIFICAÇÃO DE CONTROVÉRSIA.

11.3. Caso as controvérsias decorrentes do CONTRATO não sejam solucionadas na forma da Subcláusula 11.2, as PARTES deverão submetê-las ao processo de solução de conflitos por meio de arbitragem, incluindo o previsto na CONVENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO e na CONVENÇÃO ARBITRAL, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e do art. 4º, § 5º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, valendo a presente como cláusula compromissória.

**11.3.1. A adoção de solução de controvérsia, por meio de arbitragem, se restringirá às matérias de que tratam as subcláusulas 8.2 e 8.3.**

11.3.2. É vedada a instauração de arbitragem que tenha como objeto aplicação de norma regulatória, decisão da ANEEL e cuja decisão possa repercutir na validade, aplicação ou eficácia das cláusulas deste CONTRATO.

11.3.3. Em caso de dúvidas quanto à existência ou não de jurisdição arbitral para a solução da controvérsia ou ao exercer a prerrogativa informada no parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e decidir sobre a jurisdição dos árbitros, a interpretação do Tribunal Arbitral quanto objeto da controvérsia, para fins de determinar se está ou não inserida no escopo das subcláusulas 8.2 e 8.3, deverá ser restritiva, não se admitindo o uso da interpretação extensiva.

11.3.4. No caso de ser instaurado procedimento arbitral referido na cláusula 11.3, a arbitragem deverá ser de direito, aplicando-se o direito brasileiro, e, no julgamento da matéria discutida, os árbitros deverão observar os atos regulatórios emitidos pela ANEEL que, eventualmente, incidam sobre o caso, bem como eventuais precedentes administrativos exarados no âmbito da ANEEL, que deverão ser considerados fontes de direito para esse fim.

11.3.5. A ANEEL e a CCEE não participarão do processo de solução de controvérsia, por meio de arbitragem, seja como parte ou terceiro interveniente, mas as PARTES deverão comunicar à ANEEL e a CCEE sobre a instauração do procedimento.

11.3.6. Na hipótese prevista na subcláusula 11.3, a arbitragem será institucional e as PARTES terão a prerrogativa de escolher uma das Câmaras previamente credenciadas pela CCEE, nos termos da CONVENÇÃO ARBITRAL, para administrar o procedimento.

11.3.7. Ainda que o regulamento da Câmara escolhida admita que as PARTES optem pelo sigilo da arbitragem ou que o regulamento da Câmara escolhida determine que a arbitragem será sigilosa, as PARTES deverão assegurar, à ANEEL, o acesso integral, irrestrito e a qualquer tempo aos autos do processo, informando sobre o caráter restrito dos documentos quando for o caso.

11.3.8. Havendo divergência entre o disposto nesta cláusula compromissória e na CONVENÇÃO ARBITRAL, firmada entre os agentes registrados na CCEE e homologada pela ANEEL, ou entre esta cláusula compromissória e o regulamento da Câmara prevalecerá o disposto nesta cláusula.

## **CLÁUSULA 8ª – DA MORA NO PAGAMENTO E SEUS EFEITOS**

(...)

8.2. No caso de mora, incidirão sobre a parcela em atraso, corrigida monetariamente até a data do pagamento, os seguintes acréscimos:

- a) multa de 2% (dois por cento); e
- b) juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, calculados pro rata die.

8.2.1 É vedada a incidência da multa sobre os valores em atraso já lançados em períodos anteriores.

8.2.2 Os juros de mora deverão incidir sobre o valor total apurado, excetuando-se a parcela referente aos encargos moratórios de períodos anteriores.

8.3. Os acréscimos previstos nos itens (a) e (b) da Subcláusula 8.2 incidirão sobre o valor em atraso, mensalmente atualizadas pela variação pro rata die do IPCA, observado o disposto na Subcláusula 6.5.

A proposta foi questionada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), demonstrando que, no âmbito do histórico restrito da cláusula arbitral utilizada pela ANEEL, entre os anos de 2010 e 2022, a nova redação apresentada iria na contramão das

práticas administrativas da própria agência reguladora e do cenário institucional de incentivo à arbitragem (CBAR, 2025):

Em breve análise histórica dos CCEARs firmados entre 2010 e 2022 decorrentes de Leilões de Energia Nova ou Existente, os instrumentos contratuais apresentavam cláusula arbitral abrangente, normalmente nos termos abaixo, conforme exemplo extraído do Leilão nº 09/2013-ANEEL, para contratação de Energia Nova:

11.3. Caso as controvérsias decorrentes do CONTRATO não sejam solucionadas na forma da subcláusula 11.2, as PARTES deverão submetê-las ao processo de solução de conflitos por meio de arbitragem, incluindo o previsto na CONVENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO e na CONVENÇÃO ARBITRAL, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e do art. 4º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, valendo a presente como cláusula compromissória.

Contudo, na contramão da prática até então adotada pela ANEEL, nos Leilões nº 04/2022-ANEEL e nº 05/2022-ANEEL4, para a contratação de Energia Nova, modificou-se o conteúdo da cláusula arbitral dos CCEARs. Embora mantida a arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos nas minutas, sua utilização foi vedada para as discussões relativas à aplicação de multas resolutivas. A Nota Técnica de fechamento da Consulta Pública nº 23/2022-ANEEL, que tratou de ambos os certames de forma unificada, assim justificou essa modificação:

32. Em essência, a contribuição visa deixar claro o caráter sancionatório da multa, razão pela qual recomenda-se seja acatada. Nada obstante, recomenda-se que sejam ainda acrescentadas outras duas modificações nas cláusulas de resolução e de responsabilidade por indenização. A primeira visa deixar claro que a eventual multa será destinada à modicidade tarifária, mediante redução da tarifa da concessionária, que é parte no contrato. A segunda é deixar claro que a aplicação da multa não se submete ao processo de solução de controvérsias via tribunal arbitral.

Ao tratar especificamente sobre a possibilidade de revisão jurisdicional de atos administrativos e competências reservadas à ANEEL, na perspectiva da revisão judicial e arbitral, o Comitê explicitou ainda que “a função regulatória da Agência tampouco exclui a possibilidade de revisão judicial ou arbitral de seus atos, não havendo impedimento para que matérias como resolução contratual, caso fortuito e força maior e revisão de preço sejam submetidas à arbitragem após a ANEEL ter se pronunciado — ou se omitido — sobre elas” (CBAR, p. 9, 2025).

De modo a contemplar outras iniciativas da agência reguladora, verifica-se o mesmo tipo de proposta restritiva no âmbito da Consulta Pública nº 025/2025, destinada ao aprimoramento da minuta do Edital e respectivos Anexos dos Leilões nº 5/2025-

ANEEL, nº 6/2025-ANEEL e nº 7/2025-ANEEL, denominados, respectivamente, Leilões de Energia Existente A-1, A-2 e A-3, de 2025, os quais se destinam à compra de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes, conforme consta da Nota Técnica Conjunta nº 2/2025-SEL-SGM/ANEEL (ANEEL, 2025).

A proposta foi igualmente criticada pela Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP, afirmando-se que “tais limitações esvaziam a efetividade da arbitragem e inserem obrigações que extrapolam os contornos da Lei nº 9.307/1996, cujo escopo se restringe à solução de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis”.

É possível observar, nesse contexto, o esforço institucional de diferentes instituições na busca pela consolidação do mecanismo de arbitragem no âmbito do setor elétrico, que, embora vanguardista em diversos instrumentos de aperfeiçoamento regulatório, como o próprio uso da Análise de Impacto Regulatório (AIR) no ambiente regulatório brasileiro, vem se distanciando das práticas administrativas adotadas por outras agências reguladoras. Em simples análise dos precedentes arbitrais envolvendo a Administração Pública, verifica-se que os setores petróleo, rodovias, portos, telecomunicações já vêm implementando a arbitragem em nível setorial, conforme consta do Núcleo Especializado em Arbitragem da Controladoria-Geral da União, criado pela Portaria nº 226, de 26 de julho de 2018, da Advocacia-Geral da União (AGU, 2025).

Com essas ponderações, que levam em consideração as teorias que buscam compreender a evolução da regulação e os fenômenos regulatórios que estimulam a judicialização, assim como a análise empírica das ações judiciais sobre aspectos regulatórios dos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro, para além das características e vantagens no emprego do mecanismo de arbitragem em litígios dessa natureza, é possível formular uma proposta de intervenção, estruturada no capítulo a seguir, que visa conferir maior segurança jurídica ao uso da arbitragem no setor elétrico brasileiro.

#### **CAPÍTULO 04: PROPOSTA DE INTERVENÇÃO PARA A INCORPORAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO**

A análise teórica e empírica desenvolvida nos capítulos anteriores demonstrou que a judicialização dos contratos administrativos do setor elétrico decorre de um conjunto

articulado de fatores que envolvem as interferências políticas e econômicas que permeiam o processo de regulamentação de políticas públicas, a falta de diálogo institucional entre agentes econômicos e agência reguladora, assim como as limitações institucionais do Poder Judiciário para decidir litígios tecnicamente complexos.

Os problemas identificados nos litígios específicos envolvendo o Fator de Ajuste do MRE (GSF) e os cortes de geração renovável por *constrained-off* demonstram que a fragmentação jurisprudencial e a morosidade judicial podem elevar os custos de transação a partir da redução do nível de segurança contratual e previsibilidade institucional, o que afasta os investimentos privados, em prejuízo do atendimento ao interesse público.

De acordo com o marco teórico adotado, é importante considerar que a teoria dos custos de transação parte da premissa de que a solução de determinados conflitos depende dos custos envolvidos (COASE, 1960), que podem envolver diversos fatores como, por exemplo, tempo, efeito financeiro, capacidade institucional e impacto social, os quais podem variar de acordo com as alternativas e mecanismos disponíveis.

Em setores regulados, cujos litígios podem atingir um grande número de pessoas e usuários dos serviços prestados, a melhor opção institucional depende desses custos envolvidos. Se os custos da jurisdição estatal forem elevados, os agentes tenderão a buscar medidas alternativas, de tal modo que, se houver outros mecanismos que reduzam esses custos, eles podem ser tornar mais eficientes.

No setor elétrico, conforme demonstrado na presente pesquisa, a judicialização de temas regulatórios complexos é marcada pela elevada fragmentação jurisprudencial, morosidade judicial e instabilidade contratual. Do ponto de vista institucional, esses impactos podem superar os benefícios da tradicional jurisdição estatal. Dessa maneira, a teoria de Coase fundamenta a ideia de que, diante dos custos excessivos da solução judicial, poderia ser mais racional e eficiente a migração desses litígios para mecanismos alternativos ou mais adequados de resolução de conflitos, em especial a arbitragem, que oferece celeridade e tecnicidade na solução de litígios dessa natureza.

É nesse cenário, portanto, que emerge a arbitragem como mecanismo potencialmente capaz de proporcionar decisões tecnicamente qualificadas e celeridade compatível com as demandas dos agentes econômicos que atuam nesse setor. De todo modo, a resposta institucional deve estar amparada no âmbito normativo e procedimental, de modo a conferir a necessária segurança jurídica, transparência e previsibilidade para a

adoção da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico. Em que pese o permissivo legal (Lei nº 13.129/2015 e Decreto nº 10.025/2019), não há marco normativo expressamente aplicável ao setor elétrico.

Nesse sentido, com vistas à superação dessas lacunas normativas, propõe-se a seguir um plano de intervenção destinado a estruturar a incorporação da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro. O objetivo fundamental dessa intervenção é promover a modernização dos mecanismos de resolução de conflitos adotados no setor, de modo a aperfeiçoar a gestão contratual, a governança regulatória e a coordenação institucional.

Essa diretriz encontra respaldo na literatura contemporânea especializada, que defende o uso de métodos mais adequados ao sistema tradicional como instrumento de gestão pública eficiente, transparente e orientada pela racionalidade econômica (ARAGÃO, 2017; ESTEFAM, 2019).

Nesse sentido, ainda que Luis Felipe Baquedano tenha examinado os benefícios da arbitragem no mercado livre de energia elétrica, é importante ressaltar que “a eleição da arbitragem é medida adotada pelo legislador para otimização dos fluxos de capital no setor, haja vista que a solução de litígios por tal método tende a ser mais célere em razão da ausência de recursos para rediscussão do mérito, bem como mais adequada, pois pela arbitragem pode-se obter prestação de tutela jurisdicional por profissionais especializados e habituados com as idiossincrasias dos litígios do setor” (BAQUEDANO, 2025, p. 30).

Para atingir tal finalidade, portanto, o plano de intervenção apresentado a seguir prevê três eixos específicos. Primeiro, a inclusão expressa do setor elétrico no Decreto nº 10.025/2019, harmonizando-o com demais setores de infraestrutura já abrangidos pela arbitragem com a participação da Administração Pública. Segundo, a padronização de cláusula arbitral, com limites formais e materiais, além de diretrizes e procedimentos à adoção do mecanismo, o que se daria por meio da regulação contratual a ser conduzida pela ANEEL, mediante consultas e audiências públicas para o devido controle social prévio à celebração das cláusulas e compromissos arbitrais. Terceiro, a instituição de um banco de jurisprudência setorial e aplicação de mecanismos de acompanhamento institucional, como a Análise de Resultado Regulatório (ARR), com o objetivo de realizar uma avaliação e aperfeiçoamento contínuos, em busca da consolidação do mecanismo.

De acordo com plano de intervenção proposto, destaca-se que cada eixo está alinhado aos problemas diagnosticados na presente pesquisa. Nesse sentido, o primeiro eixo busca suprir a lacuna normativa atualmente existente, respondendo à insegurança jurídica detectada pela ausência de previsão específica para o uso da arbitragem no setor elétrico. O segundo eixo propõe a adoção de cláusula-modelo, com o objetivo de padronizar os critérios relacionados ao uso da arbitragem, mitigando o risco de morosidade e de soluções divergentes, conforme verificado na análise empírica realizada no Poder Judiciário. Por fim, o terceiro eixo estabelece diretrizes de monitoramento e aperfeiçoamento contínuo, com o propósito de acompanhar empiricamente os efeitos da adoção da arbitragem, medindo a redução dos litígios judiciais, o tempo médio de solução de conflitos e a satisfação dos agentes, de modo a enfrentar os desafios identificados (atraso na resolução de conflitos, decisões contraditórias e falta de especialização). Dessa forma, a conexão entre os indícios avaliados e a conclusão pró-arbitragem se encontra fundamentada nos dados coletados, e não apenas em argumentos teóricos, ainda que devidamente amparados pela literatura especializada.

Embora a proposta de intervenção apresentada esteja estruturada nos três eixos acima delineados, a presente pesquisa reconhece explicitamente que a medida não possui um estudo de viabilidade institucional, econômica ou operacional, até porque essa análise dependeria de séries históricas, estudos e experiências ainda não adquiridos no que diz respeito ao uso da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro.

Nesse sentido, o recorte jurisdicional adotado pode limitar as conclusões alcançadas, considerando a possível existência de experiências com tempo médio reduzido e menor grau de divergência jurisprudencial em outras regiões da Justiça Federal. Além disso, não foi realizada uma comparação qualitativa entre os custos diretos envolvidos em processos judiciais e arbitrais, considerando sobretudo a escassez de dados públicos sobre procedimentos arbitrais análogos, o que impede afirmar com total certeza a superioridade do mecanismo arbitral.

Por fim, a seleção dos casos privilegiou os litígios de maior impacto (econômico e sistêmico), o que pode representar um viés de amostragem, ainda que justificado pelo objetivo da pesquisa. Quanto à reprodutibilidade, o trabalho descreve os critérios de busca e oferece exemplos dos dados coletados, o que pode ser confirmado a partir do apêndice 01 disponibilizado na presente pesquisa. De todo modo, recomenda-se, para estudos

futuros, a adoção de protocolos mais detalhados de pesquisa, de modo a fortalecer a confiabilidade das conclusões alcançadas.

Ainda assim, a análise empírica demonstrou que a judicialização da matéria de regulação de energia afeta de modo significativo os efeitos financeiros sobre os contratos administrativos, assim como a previsibilidade regulatória e a governança contratual. A simulação dos impactos econômicos em função do tempo de tramitação dos processos é apresentada no apêndice 02 da presente pesquisa.

Em síntese, os três eixos delineados encontram justificativa lógica na literatura especializada e nas evidências qualitativas e quantitativas levantadas, funcionando como diretrizes para mitigação dos problemas identificados. No apêndice 03, é apresentado um resumo sistemático da presente proposta de intervenção.

De qualquer modo, a proposta de intervenção deve ser compreendida como um modelo normativo preliminar, cuja efetividade dependerá de avaliações complementares que ultrapassam o escopo da presente pesquisa. Estudos futuros poderão, por exemplo, estimar os custos comparativos entre arbitragem e judicialização no setor elétrico, avaliar a capacidade institucional da ANEEL para operacionalizar cláusulas arbitrais a partir de Análises de Impacto Regulatório (AIR) ou de Análises de Resultado Regulatório (ARR) sobre a adoção da arbitragem em contratos de natureza regulada.

Ao reconhecer os mencionados limites, a presente pesquisa reforça o seu propósito: identificar um problema real de coordenação regulatória e oferecer caminhos para sua mitigação, abrindo espaço para refinamentos sobre a adoção de sistemas multiportas e, especialmente, da arbitragem para resolução de conflitos de natureza técnica e regulatória.

A estrutura de intervenção proposta está aliada com os pressupostos da teoria processual administrativa da regulação (CROLEY, 2008), segundo os quais a legalidade e a legitimidade da decisão regulatória dependem não apenas de sua validade formal, mas também de sua racionalidade, transparência e controle social.

#### **4.1. Aperfeiçoamento normativo: inclusão expressa do setor elétrico no Decreto nº 10.025/2019**

O Decreto nº 10.025/2019 disciplinou o uso da arbitragem pela Administração Pública Federal em contratos de infraestrutura nos setores de portos, ferrovias, rodovias

e aeroportos. A regulamentação buscou, de forma eficiente, delimitar as matérias arbitráveis, estabelecer parâmetros de procedimento e disciplinar transparência como elemento fundamental ao uso do mecanismo pelo Poder Público. Essas medidas se mostraram eficazes para reduzir incertezas e fomentar a utilização da arbitragem.

Entretanto, o setor elétrico não foi contemplado na referida regulamentação, apesar de possuir características econômicas e institucionais muito similares aos demais setores, isto é, a presença de capital intensivo, contratos de longo prazo, externalidades sistêmicas e forte dependência de estabilidade regulatória.

Diante disso, o primeiro eixo da proposta consiste no aperfeiçoamento normativo do Decreto nº 10.025/2019, com a inclusão explícita do setor elétrico em seu art. 1º. Tal alteração possui relevância sistêmica, pois confere segurança jurídica para a utilização da arbitragem nos contratos administrativos e litígios envolvendo a Administração Pública no âmbito setorial. Por outro lado, a medida elimina a necessidade de analogias interpretativas para justificar o emprego do mecanismo, permitindo seu uso não apenas de maneira residual e específica, mas de forma estrutural e uniforme. Nesse sentido, a redação do art. 1º do Decreto nº 10.025/2019 poderia ser atualizada da seguinte forma:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a arbitragem, no âmbito dos setores de energia elétrica, portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários.

A inclusão expressa do setor elétrico no Decreto nº 10.025/2019 tende a produzir efeitos relevantes para o aperfeiçoamento do marco regulatório. Em primeiro lugar, a medida contribuiria para a harmonização do regime jurídico da arbitragem, reduzindo a fragmentação normativa hoje existente entre os diferentes segmentos de infraestrutura. Além disso, a proposta contemplaria parâmetros uniformes para a solução de controvérsias contratuais envolvendo a Administração Pública, na medida em que o Decreto nº 10.025/2019 já disciplina as diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Público.

Não se descarta, contudo, a possibilidade de uma lei própria que discipline o uso da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro. A Lei nº 10.848/2004, que disciplina o marco regulatório vigente, poderia ser alterada por lei

ordinária de modo a prever a adoção do mecanismo nos litígios decorrentes dos contratos administrativos de natureza regulada.

Essa opção não foi adotada, contudo, na medida em que a alteração legislativa seria necessariamente mais ampla e complexa, para além de não contemplar critérios homogêneos para a arbitragem envolvendo a Administração Pública, possibilitando que disputas de natureza equivalente sejam tratadas de forma assimétrica por marcos normativos distintos. Além disso, a Lei nº 9.307/1996, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.129/2015 não exclui a agência reguladora e os agentes institucionais do setor elétrico do conceito de administração pública direta e indireta autorizada a utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, de modo que, em princípio, uma nova lei nesse sentido não seria necessário.

De todo modo, a previsão normativa sugerida teria impacto sobre a redução do nível de incerteza à institucionalização do mecanismo, em consonância com o marco teórico adotado na presente pesquisa, que busca eliminar incertezas institucionais que geram custos aos agentes envolvidos (COASE, 1960). A medida teria o potencial de fortalecer o nível de *enforcement* dos contratos, ao promover um mecanismo de resolução de conflitos com força de tutela jurisdicional, com maior celeridade, tecnicidade e menor sensibilidade aos cenários de política institucional, de modo a fomentar um ambiente mais favorável aos investimentos privados.

Em um setor cuja sustentabilidade depende da obediência rigorosa das regras e da correta alocação de riscos contratuais, a arbitragem se apresenta como um instrumento potencialmente capaz de assegurar maior segurança jurídica aos contratos administrativos do setor elétrico.

#### **4.2. Regulação contratual do mecanismo de arbitragem: cláusula-modelo, limites formais e materiais e diretrizes procedimentais**

O segundo eixo, voltado à governança regulatória, prevê a elaboração de uma cláusula-modelo, com a indicação de diretrizes e procedimentos para incorporação da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro. Propõe-se que a minuta padrão seja submetida previamente à consulta pública, de modo a fortalecer a transparência e a legitimidade na adoção do mecanismo, para além de uniformizar os tratamentos contratuais.

A cláusula-modelo foi elaborada a partir da experiência adquirida pela ANEEL com o Termo de Compromisso Arbitral celebrado com a concessionária TNE, nos termos do Despacho nº 2.812/2021. Além disso, a cláusula-modelo contém previsões avançadas, como regime escalado de solução de controvérsias, necessidade de esgotamento da via administrativa, alocação de custos, inclusive sobre produção probatória, e obrigação de continuidade dos serviços contratados, o que encontra respaldo na doutrina voltada ao emprego da arbitragem envolvendo a Administração Pública (ESTEFAM, 2019), além das orientações de boas práticas institucionais apresentadas pelo Guia do Banco Mundial (WORLD BANK, 2019). Nesse sentido, a redação da cláusula-modelo poderia ser apresentada da seguinte forma:

#### **CLÁUSULA XX – DA CLÁUSULA ARBITRAL**

AS PARTES resolvem, em comum acordo, submeter à arbitragem os conflitos especificados nesta cláusula, observado o disposto na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e no Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

**Primeira Subcláusula.** As partes comprometem-se a envidar todos os esforços possíveis para solucionar amigavelmente quaisquer divergências decorrentes da execução, interpretação ou cumprimento deste contrato, mediante negociação direta entre seus representantes legais, a ser iniciada no prazo de até 30 (trinta) dias contados da comunicação escrita da controvérsia.

**Segunda Subcláusula.** Persistindo o impasse, as partes poderão, de comum acordo, submeter a controvérsia a procedimento de mediação ou conciliação, a ser conduzido pela Superintendência de Mediação Administrativa e das Relações de Consumo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, observando-se as disposições da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

**Terceira Subcláusula.** Não havendo autocomposição, quaisquer litígios, controvérsias ou discordâncias relativos aos direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do presente contrato deverão ser resolvidos, após decisão administrativa definitiva, por arbitragem institucional, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

**Quarta Subcláusula.** A arbitragem será conduzida no Brasil, em língua portuguesa, observado o regulamento da Câmara Arbitral escolhida, no que não conflitar com a presente cláusula e com as regras do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

**Quinta Subcláusula.** A arbitragem será conduzida por um Tribunal Arbitral com posto por 3 (três) árbitros, sendo 1 (um) árbitro nomeado pela ANEEL, 1 (um) árbitro nomeado pelo agente e 1 (um) terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, a ser indicado pelos outros dois árbitros nomeados pelas partes.

**Sexta Subcláusula.** A arbitragem deverá observar exclusivamente o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive as disposições contidas no presente contrato, sendo vedado o julgamento por equidade.

**Sétima Subcláusula.** As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo agente, em especial, as despesas administrativas da Câmara Arbitral, o adiantamento dos honorários dos árbitros e os custos relacionados à produção de provas de natureza técnica demandada pelos árbitros, inclusive pericial, a ser realizada por perito independente, indicado de comum acordo pelas partes ou, na ausência de consenso, pela instituição arbitral designada.

**Oitava Subcláusula.** As despesas decorrentes da contratação de assistentes técnicos e pareceristas e de provas solicitadas pelas partes, inclusive pericial, serão de responsabilidade das partes que as requererem ou apresentarem e não serão restituídas ao final do procedimento arbitral.

**Nona Subcláusula.** Se for o caso, as verbas adiantadas pelo agente serão restituídas pela ANEEL, total ou parcialmente, conforme vier a ser determinado na sentença arbitral. Na hipótese de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem.

**Décima Subcláusula.** Não haverá condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, ficando excluído o ressarcimento, por quaisquer das Partes, de honorários contratuais.

**Décima Primeira Subcláusula.** Durante o trâmite de qualquer procedimento de resolução de controvérsias, as partes deverão manter a execução das obrigações essenciais do contrato, assegurando a continuidade e regularidade da prestação dos serviços de energia elétrica.

**Décima Segunda Subcláusula.** O processo arbitral deverá observar o princípio da publicidade, resguardadas as hipóteses legais de sigilo, as necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e as decorrentes de decisão do Tribunal Arbitral, nos termos da lei.

**Décima Terceira Subcláusula.** A arbitragem terá sede em Brasília-DF.

**Décima Quarta Subcláusula.** A sentença arbitral será proferida na cidade de Brasília-DF.

**Décima Quinta Subcláusula.** Esta cláusula arbitral substitui quaisquer disposições anteriores sobre solução de controvérsias e integra o presente contrato como instrumento de governança regulatória, destinada a promover a eficiência e estabilidade nas relações contratuais do setor elétrico brasileiro.

A implementação de uma cláusula-modelo arbitral nos contratos administrativos do setor elétrico exige a observância de um processo decisório transparente, participativo e ancorado em fundamentos jurídico-regulatórios (CROLEY, 2008). Por essa razão, a submissão da minuta de cláusula à consulta pública e, quando pertinente, à audiência pública, permite que agentes setoriais, câmaras de arbitragem, associações representativas e demais interessados possam contribuir para a definição de parâmetros procedimentais e materiais da arbitragem envolvendo a Administração Pública.

Especificamente, é importante obter subsídios por meio de consultas e audiências públicas com o intuito de discutir a conveniência de especificar os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que se submeteriam à arbitragem. Nada obstante, na presente pesquisa, recomenda-se observar aquelas matérias que já encontram relativa convergência na doutrina e no ordenamento jurídico vigente, considerando o disposto no art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021, e art. 2º, parágrafo único e incisos, do Decreto nº 10.025/2019, no que tange as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, ao inadimplemento de obrigações contratuais, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo, para além da forma de apuração de indenizações decorrentes da extinção da relação contratual.

Por fim, recomenda-se o uso desses instrumentos de participação social para avaliar eventuais conflitos com as competências da ANEEL ou dos agentes institucionais do setor elétrico que são partes contratantes em diversas modalidades contratuais, como no caso do ONS que celebra com os usuários os Contratos de Uso do Sistema de Transmissão (CUST), assim como a CCEE que é a parte contratante nos Contratos de Energia de Reserva (CER) e Contratos de Potência de Reserva de Capacidade (CRCAP).

Novamente, de acordo o marco teórico adotado, a regulação contratual para a adoção da arbitragem tem o potencial de reduzir os custos de negociação sobre os limites formais e materiais e diretrizes do procedimento (COASE, 1960). Essas medidas não apenas reforçam a legitimidade da cláusula arbitral, como também asseguram que a solução normativa reflita adequadamente as complexidades operacionais de cada contrato de natureza regulada.

#### **4.3. Monitoramento e avaliação: institucionalização da arbitragem**

O terceiro eixo, por fim, recomenda a adoção de mecanismos de monitoramento e avaliação regulatória contínua. Além disso, propõe-se a criação de uma base setorial de decisões arbitrais, com o objetivo de consolidar precedentes e permitir o desenvolvimento de uma jurisprudência setorial, em atendimento ao princípio da publicidade que orienta a arbitragem envolvendo a Administração Pública. A proposta, porém, não deve comprometer informações sigilosas e sensíveis de mercado, em conformidade com o disposto no art. 3º, inciso IV, do Decreto nº 10.025/2019.

Nesse sentido, destaca-se o trabalho desenvolvido por Ana Haddad, Bernard Potsch e Lucas Costa em *Divulgação de Ementário: regramento, práticas e dúvidas*, no

sentido de que a publicação de ementários setoriais, ainda que adotem caráter orientativo, pode incrementar a previsibilidade do mercado, “além de contribuírem para o aprimoramento dos contratos e da tomada de decisões pelos agentes” (HADDAD; POTSCH; COSTA, 2025, p. 149). Para o setor de energia elétrica, os autores propuseram um modelo de ementário que respeita as informações protegidas por sigilo comercial dos agentes econômicos envolvidos (HADDAD; POTSCH; COSTA, 2025, p. 151):

## ANEXO 1: MODELO PROPOSITIVO DE EMENTA

### Instruções gerais de redação

- Utilizar português simples, evitando adjetivos, advérbios, metáforas, hipérboles, superlativos, neologismos e palavras em outros idiomas.
- Manter frases concisas, preferencialmente em ordem direta.
- Não empregar sinonímia com propósito estilístico, preferindo a mesma palavra para expressar ideia repetida.
- Adotar vocabulário padronizado para referência a institutos jurídicos e legislação, tanto no cabeçalho quanto no dispositivo, sugerindo-se a utilização do glossário disponibilizado pela ANEEL (<https://www.gov.br/aneel/pt-br/centrais-de-conteudos/glossario>) e do tesouro do Superior Tribunal de Justiça (<https://scon.stj.jus.br/SCON/thesaurus/>).

Número da ementa	Data da sentença
[a ser preenchido pela instituição arbitral, com numeração sequencial de acordo com a data de publicação da ementa, no seguinte formato: SIGLA DA INSTITUIÇÃO n.º #]	[a ser preenchida pela(o) árbitra(o), com mês e ano da sentença, e não de eventual decisão sobre pedido de esclarecimentos]
<b>Cabeçalho (palavras-chave)</b>	
[a ser preenchido pela(o) árbitra(o), composto apenas por palavras e expressões (e não sentenças completas) que reflitam a natureza da disputa e o conteúdo da sentença. Iniciar cada tema com descritor, seguido de subdescritor(es) que o qualifique(m)]	
<b>Dispositivo</b>	
[a ser preenchido pela(o) árbitra(o), composto por enunciados completos em frases curtas e concisas. Resumir cada questão fundamental decidida (tema), refletindo (i) os fatos mais relevantes; (ii) o entendimento do julgador; e (iii) as premissas teóricas que o fundamentaram, indicando a norma jurídica aplicável, se o caso. Ordenar por temas, em parágrafos numerados sequencialmente. Concluir com resumo do dispositivo]	

Adicionalmente, após vinte e quatro meses da entrada em vigor da primeira regulação contratual sugerida, propõe-se a realização de uma Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), com indicadores objetivos como (i) tempo médio de solução dos conflitos, (ii) redução da litigiosidade judicial, (iii) grau de satisfação dos agentes, (iv) número de arbitragens concluídas com execução voluntária e (v) nível de transparência obtido. Esses instrumentos buscam reforçar a qualidade procedimental da iniciativa, além de permitir ajustes incrementais baseados em evidências empíricas.

Sob a ótica do marco teórico adotado, o uso desses instrumentos tende a reduzir os custos associados à assimetria de informações, fiscalização e controle e coordenação institucional, aumentando a credibilidade e a conformidade regulatória (OCDE, 2020). Afinal, o propósito desses instrumentos é justamente aperfeiçoar, com base empírica, a regulação monitorada ao longo do tempo.

Desse modo, os elementos apresentados na presente pesquisa demonstram que a jurisdição estatal gera externalidades negativas e elevados custos indiretos que apontam para uma ineficiência institucional para solução de litígios tecnicamente complexos. A análise dos casos relativos ao Fator de Ajuste do MRE (GSF) e os cortes de geração por constrained-off evidencia a presença desses custos, associados a fragmentação jurisprudencial, morosidade judicial e insegurança contratual. A projeção desses custos indiretos, em função do tempo de tramitação dos processos, é objeto de simulação específica apresentada no apêndice 02.

Nessa concepção, considerando que a arbitragem pode operar em tempo médio reduzido e com o devido grau de especialização, o que gera custos significativamente menores, torna-se racional e até economicamente eficiente adotar formas de resolução de conflitos situadas fora da jurisdição estatal (COASE, 1960). A arbitragem setorial, quando institucionalizada mediante diretrizes normativas claras, procedimentos padronizados e instrumentos de governança contínua, pode apresentar custos menores na resolução de litígios regulatórios, ao proporcionar soluções mais ágeis e tecnicamente qualificadas. A opção, do ponto de vista de institucional, poderia desempenhar papel decisivo na modernização dos mecanismos de resolução de conflitos adotados no setor elétrico brasileiro.

Não se trata de uma teoria ou proposta completa à adoção desse mecanismo, mas apenas uma contribuição para o desenvolvimento dos estudos sobre a arbitragem setorial.

Nesse sentido, é importante assumir que não há evidências concretas sobre a efetividade da proposta de intervenção apresentada, uma vez que não há dados suficientes para demonstrar que a arbitragem seria efetivamente uma resposta institucional mais adequada às soluções de controvérsias de natureza complexa no âmbito dos contratos administrativos do setor elétrico. Ainda assim, os resultados obtidos permitem confirmar parcialmente essa hipótese, sobretudo ao evidenciar os problemas da morosidade judicial, fragmentação jurisprudencial e instabilidade nas relações contratuais judicializadas.

Além disso, ainda que a presente pesquisa não tenha realizado uma comparação quantitativa e qualitativa formal entre os custos da arbitragem e os custos da via judicial, os valores expressivos identificados nos litígios judiciais analisados permitem inferir que a arbitragem poderia representar uma alternativa menos onerosa em termos procedimentais e de impacto sobre a governança contratual. Os problemas identificados na judicialização sobre o GSF e o *constrained-off* geram custos indiretos significativos, tais como postergações no equilíbrio econômico-financeiro, aumento de riscos contratuais, prêmios de risco incorporados às tarifas e distorções nos incentivos de investimento. Esses custos, embora não diretamente quantificados, revelam que a manutenção prolongada de conflitos no Poder Judiciário tende a ser substancialmente mais gravosa do que a adoção de um mecanismo especializado, célere e tecnicamente qualificado, como a arbitragem potencialmente se apresenta.

Dessa forma, embora a conclusão pró-arbitragem não decorra de uma mensuração econômica completa e objetiva, o que constitui limitação metodológica reconhecida na presente pesquisa, o conjunto de evidências disponíveis permite sustentar, de maneira metodologicamente prudente, que a arbitragem tem potencial para reduzir custos globais de resolução de conflitos de natureza técnica e regulatória, sobretudo ao reduzir o tempo de tramitação dos processos, conferir maior qualidade técnica às soluções e preservar a estabilidade contratual. Essas limitações, contudo, não invalidam a proposta apresentada; ao contrário, indicam os primeiros caminhos para estudos futuros, que poderão comparar empiricamente métodos de solução de controvérsias e mensurar, de forma mais objetiva, os efeitos concretos da arbitragem sobre a eficiência regulatória e contratual no setor elétrico brasileiro.

A proposta de intervenção apresentada, embora coerente com o diagnóstico levantado, depende de hipóteses institucionais e normativas cujo impacto só poderá ser mensurado após sua efetiva implementação.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa demonstrou que a judicialização de temas regulatórios complexos no setor elétrico brasileiro tem se apresentado de forma recorrente, considerando os fenômenos regulatórios que revelam desajustes na atividade administrativa, a falta de diálogo institucional e a ausência de mecanismos de resolução de conflitos que atendam às especificidades técnicas e econômicas do setor. Tal constatação justifica a necessidade de uma resposta institucional que vise implementar instrumentos capazes de promover maior estabilidade, previsibilidade e eficiência na solução de litígios dessa natureza.

Em termos gerais, a pesquisa evidenciou, com base nos dados empíricos analisados, a existência de problemas associados à morosidade judicial, fragmentação jurisprudencial e instabilidade nas relações contratuais judicializadas, que fragilizam a resolução de conflitos complexos e resultam na precificação de externalidades negativas. Contudo, tais evidências não permitem, por si só, demonstrar de maneira conclusiva a superioridade do mecanismo de arbitragem. Assim, a resposta ao problema de pesquisa é parcialmente afirmativa, estando apoiada mais no diagnóstico institucional e na literatura especializada do que em dados comparativos diretos entre arbitragem e jurisdição estatal.

Nesse sentido, é importante reconhecer que ainda não existem séries históricas longas, dados consolidados de participação social ou estudos de caso formalmente estruturados que permitam avaliar, de maneira criteriosa, os efeitos concretos na adoção do mecanismo sobre a governança regulatória, a eficiência contratual ou a redução da judicialização no setor elétrico. A única experiência efetivamente documentada, que consiste no procedimento arbitral envolvendo ANEEL x TNE, fornece elementos relevantes, porém isolados e, portanto, insuficientes para a construção de inferências gerais sobre o potencial da arbitragem em litígios regulatórios complexos relacionados aos contratos administrativos do setor elétrico.

Essa limitação decorre do próprio estágio inicial de institucionalização da arbitragem nas relações contratuais de natureza regulada do setor elétrico, o que reforça a necessidade de que estudos futuros desenvolvam novas análises, levantamentos empíricos sobre participação social na definição de cláusulas arbitrais e protocolos formais de estudos de caso, capazes de mensurar, com maior precisão e objetividade, custos, benefícios e condições institucionais necessárias à consolidação do instituto no âmbito dos contratos administrativos.

Desse modo, foram apresentados no Capítulo 1 os fundamentos teóricos da regulação estatal e os fenômenos regulatórios que explicam a judicialização de decisões tecnicamente complexas, além dos desafios e efeitos decorrentes do aumento da intensidade do controle judicial. Essa análise permitiu compreender como distorções no processo regulatório e a falta de diálogo institucional podem desencadear a judicialização de temas complexos e, por fim, comprometer a execução de políticas públicas setoriais.

A análise empírica da judicialização no setor elétrico foi realizada no Capítulo 2, com base em litígios emblemáticos envolvendo o Fator de Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia (GSF) e os cortes de geração por *constrained-off*. A partir da amostra selecionada, demonstrou-se que a atuação do sistema de justiça é marcada por uma significativa fragmentação jurisprudencial e severa morosidade judicial, que geram incertezas e instabilidade institucional, revelando os limites do modelo tradicional de jurisdição estatal.

O marco jurídico da arbitragem envolvendo a Administração Pública foi abordado no Capítulo 3. A análise contemplou o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário que consolidou a arbitrabilidade de direitos patrimoniais disponíveis, bem como as principais inovações introduzidas pela Lei nº 13.129/2015 e pelo Decreto nº 10.025/2019. Foram discutidos os limites formais e materiais da arbitragem em contratos administrativos, a experiência residual já registrada no setor elétrico e os desafios decorrentes da ausência de regulamentação específica para esse segmento. Esse capítulo evidenciou que o conjunto normativo existente já oferece orientações suficientes para o emprego da arbitragem com o Poder Público, mas carece de adaptações institucionais e normativas para sua plena incorporação no setor elétrico brasileiro.

Por fim, foi estruturada uma proposta de intervenção normativa no Capítulo 4, destinada a viabilizar a adoção da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico. O capítulo apresentou três eixos específicos. O primeiro, de aperfeiçoamento normativo, recomenda a alteração do Decreto nº 10.025/2019 para incluir expressamente o setor elétrico, suprimindo lacuna normativa e ampliando a segurança jurídica na adoção do mecanismo no âmbito setorial. O segundo, voltado à regulação contratual, propõe a criação de uma cláusula-modelo a ser submetida à consulta pública prévia aos leilões e contratações de natureza regulada, assegurando previsibilidade e legitimidade na implementação do mecanismo de arbitragem. Por fim, o terceiro eixo, dedicado ao monitoramento e avaliação contínua, recomenda a instituição de um banco de

jurisprudência setorial e a realização de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), com o objetivo de aperfeiçoar e consolidar o uso da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro.

A pesquisa buscou responder a hipótese de que a arbitragem seria um mecanismo de resolução de conflitos mais adequado do que a tradicional jurisdição estatal para tratar litígios de natureza técnica e regulatória que repercute sobre direitos patrimoniais disponíveis no âmbito dos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro. De todo modo, os resultados obtidos permitem confirmar parcialmente essa hipótese, sobretudo ao evidenciar a morosidade judicial, a fragmentação jurisprudencial e a instabilidade nas relações contratuais judicializadas. Ainda que não se tenha realizado mensuração qualitativa e quantitativa dos ganhos potenciais associados à arbitragem, o que demandaria análise de séries históricas inexistentes para o setor elétrico, os indícios aqui apresentados, amparados nos dados coletados e na literatura especializada, indicam que a esfera judicial não seria institucionalmente adequada para solucionar de modo eficiente disputas complexas envolvendo os contratos administrativos de natureza regulada do setor elétrico.

Nesse contexto, a proposta de intervenção apresentada no Capítulo 4 dialoga com os resultados empíricos alcançados, na medida em que busca enfrentar os problemas identificados mediante a adoção da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico, que, ao menos em tese, oferece um ambiente mais célere, técnico, especializado e previsível. Todavia, é importante reconhecer que o vínculo entre os dados empíricos analisados e os benefícios projetados da arbitragem poderia ser aprofundado por meio de modelos comparativos com outros setores regulados, em que a arbitragem se apresenta de forma mais difundida.

Ainda assim, a intervenção proposta encontra respaldo suficiente na literatura especializada e nas amplas evidências levantadas. Os problemas diagnosticados possuem natureza estrutural e são precisamente aqueles que a arbitragem, conforme demonstrado no Capítulo 3, se propõe a solucionar. A intervenção normativa sugerida, portanto, representa não apenas uma solução possível para os indícios da pesquisa, mas também um caminho institucional viável para superar as limitações observadas no modelo atual de resolução de conflitos adotados no setor elétrico.

Do ponto de vista teórico, a pesquisa buscou demonstrar que a teoria dos custos de transação (COASE, 1960) e a teoria processual administrativa da regulação (CROLEY, 2008) oferecem um caminho consistente para explicar por que o processo judicial, em contextos de elevados custos, complexidade técnica e incerteza institucional, tende a gerar impactos sociais superiores aos produzidos por mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Além disso, a análise sobre a teoria da escolha pública (BUCHANAN; TULLOCK, 1962), da captura regulatória (STIGLER, 1971) e da deferência judicial (JORDÃO, 2016) reforçam que o Poder Judiciário, embora essencial ao controle de legalidade, não dispõe das mesmas condições técnicas e institucionais para solucionar controvérsias que exigem visão sistêmica, prospectiva e coordenada.

Sob a ótica normativa, a pesquisa demonstrou que a principal barreira à adoção da arbitragem no setor elétrico reside na ausência de previsão regulatória específica, lacuna que gera insegurança jurídica e impede que agentes públicos e privados utilizem o mecanismo de forma plena. O contraste com os setores já alcançados pelo Decreto nº 10.025/2019 confirma que a existência de normatização é determinante para legitimar e difundir o uso da arbitragem com a participação da Administração Pública.

Por essa razão, a proposta de intervenção busca oferecer um caminho viável e estruturado para consolidar a arbitragem como instrumento de resolução de conflitos no setor elétrico. Essa intervenção normativa buscar alinhar incentivos, reduzir incertezas, fortalecer a coerência regulatória e contribuir para um ambiente regulatório mais eficiente e estável, capaz de atender o interesse público de forma mais eficiente na prestação dos serviços regulados de energia elétrica.

Assim, a pesquisa evidenciou que a adoção da arbitragem constitui não apenas uma alternativa juridicamente possível, mas potencialmente capaz de mitigar as falhas do modelo tradicional de jurisdicional estatal, além de modernizar e aprimorar a regulação contratual. O estímulo à sua efetiva implementação é compatível com as exigências contemporâneas do ambiente regulatório brasileiro, cada vez mais aliado à transparência e gestão colaborativa, em busca do pleno atendimento ao interesse público.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-32, 1988.

AGRA, J. N. V.-B. Contrato incompleto: a eficiência entre a vontade e o oportunismo das partes. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 6, n. 4, p. 1-15, 2020.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1-20.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília, v. 16, n. 3, p. 21-57, jul./set. 2017.

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 5. ed. rev. e ampl. London: Laccademia Publishing, 2019.

ARROW, Kenneth J. **Social choice and individual values**. 2. ed. New York: John Wiley & Sons, 1963.

ÁVILA, Natália Resende Andrade; NASCIMENTO, Priscila Cunha do. A arbitragem nas concessões federais de infraestrutura de transportes terrestres: uma análise das cláusulas compromissórias. In: SILVA, Mauro Santos (org.). **Concessões e parcerias público-privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura**. Brasília: IPEA, 2022. cap. 12, p. 337-367.

BAGGIO, Lucas Pereira. Autonomia decisória das agências reguladoras federais e a formação dos colegiados no direito brasileiro: análise crítica a partir dos pressupostos da teoria da escolha pública e da teoria processual administrativa da regulação. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 178-201, out. 2023.

BANDEIRA, P. G.; TERRA, A. M. V. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, ano 6, n. 4, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BQUEDANO, Luis Felipe. Escopo objetivo da convenção arbitral da CCEE: conflitos arbitráveis e casos sujeitos ao Poder Judiciário. In: EDELSTEIN, André; MARIANI, Rômulo Greff (org.). **Arbitragem e Setor Elétrico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2025. p. 29-42.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 59-87.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

BERNARDES, Victor Kyochi. **Metodologia para valoração das externalidades da geração de energia e sua incorporação no Índice Custo Benefício dos leilões de energia**. 2021. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Recursos Hídricos e Ambiental) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89-110.

BLACK, Duncan. On the rationale of group decision-making. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 56, p. 23-34, 1948.

BLACK, Julia. **Rules and regulators**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

BLACK, Julia. Talking about regulation. **Public Law**, London, Spring 1998, p. 77-105.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown; FUNARI, Marcos Hime. Governança pública, eficiência e transparência na administração pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 12, n. 133, jan. 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Despacho nº 1.929, de 24 de junho de 2025. Brasília: ANEEL, 2025. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/dsp20251929.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Despacho nº 1.991, de 30 de junho de 2025. Brasília: ANEEL, 2025. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/dsp20251991.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Nota Técnica Conjunta nº 2/2025-SEL-SGM/ANEEL. Brasília: ANEEL, 2025. Disponível em: [https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p\\_p\\_id=participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet&p\\_p\\_lifecycle=2&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_cacheability=cacheLevelPage&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_pos=1&p\\_p\\_col\\_count=2&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_idDocumento=55647&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp](https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=55647&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp). Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Nota Técnica nº 4/2025-SEL/ANEEL. Brasília: ANEEL, 2025. Disponível em: [https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p\\_p\\_id=participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet&p\\_p\\_lifecycle=2&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_cacheability=cacheLevelPage&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_pos=1&p\\_p\\_col\\_count=2&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_idDocumento=54939&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp](https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=54939&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp). Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Nota Técnica nº 95/2022-SRT/ANEEL. Brasília: ANEEL, 2022. Disponível em: [https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/tomadas-de-subsidios?p\\_p\\_id=participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet&p\\_p\\_lifecycle=2&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_cacheability=cacheLevelPage&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_count=1&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_idDocumento=47867&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp](https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/tomadas-de-subsidios?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=47867&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp). Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Resolução Homologatória nº 531, de 7 de agosto de 2007. Brasília: ANEEL, 2007. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/reh2007531.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Resolução Normativa nº 957, de 7 de dezembro de 2021. Brasília: ANEEL, 2021. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2021957.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Resolução Normativa nº 1.030, de 26 de julho de 2022. Brasília: ANEEL, 2022. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20221030.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). **Regras de Comercialização de Energia Elétrica**. Módulo 04 – Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), versão 2025.1.0 – jan. 2025. São Paulo: CCEE, 2025. Disponível em: [https://www.ccee.org.br/documents/80415/29147671/04%20-%20MRE\\_2025.1.0-JAN.pdf/5c5a0d98-3aaf-610b-56b3-5e7d11a71e88](https://www.ccee.org.br/documents/80415/29147671/04%20-%20MRE_2025.1.0-JAN.pdf/5c5a0d98-3aaf-610b-56b3-5e7d11a71e88). Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer do Relator no Projeto de Lei n. 7.108/2014. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1260569&filename=PRL%201%20PL710814%20=%3E%20PL%207108/2014](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260569&filename=PRL%201%20PL710814%20=%3E%20PL%207108/2014). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Administrativo: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2025: ano-base 2024**. Brasília: CNJ, 2025. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/11/justica-em-numeros-2025.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2025.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia (MME). Nota Técnica nº 5/2017/AEREG/SE: proposta de aprimoramento do marco legal do setor elétrico. Brasília: MME, 2017. Disponível em: <https://consultas-publicas.mme.gov.br/194541a9-bc8a-4d4b-9baf-1bb4546c7a3f>. Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem n. 162, de 26 maio 2015. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência da República. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/msg/vep-162.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/msg/vep-162.htm). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Senado Federal. Parecer n. 1.545/2013 no Projeto de Lei n. 406/2013. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412874&ts=1630447844962&disposition=inline>. Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Senado Federal. Parecer n. 983/2016 no Projeto de Lei n. 559/2013. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3803063&ts=1630413095693&disposition=inline>. Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 11.308/DF. Primeira Seção. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília: STJ, 2008. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200502127630&dt\\_publicacao=19/05/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 612.439/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília: STJ, 2005. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200302124603&dt\\_publicacao=14/09/2006](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 606.345/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília: STJ, 2007. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200302052905&dt\\_publicacao=08/06/2007](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302052905&dt_publicacao=08/06/2007). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.251.647/PR. Primeira Turma. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília: STJ, 2014. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=33838101&num\\_registro=201100972784&data=20140224&tipo=0](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=33838101&num_registro=201100972784&data=20140224&tipo=0). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 188/1995. Plenário. Relator: Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília: TCU, 1995. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A188%2520ANOACORDAO%253A1995%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A188%2520ANOACORDAO%253A1995%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 584/2003. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. Brasília: TCU, 2003. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A584%2520ANOACORDAO%253A2003%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A584%2520ANOACORDAO%253A2003%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 537/2006. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília: TCU, 2006. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A537%2520ANOACORDAO%253A2006%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A537%2520ANOACORDAO%253A2006%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 391/2008. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília: TCU, 2008. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A391%2520ANOACORDAO%253A2008%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A391%2520ANOACORDAO%253A2008%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 157/2012. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Brasília: TCU, 2012. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A157%2520ANOACORDAO%253A2012%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A157%2520ANOACORDAO%253A2012%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 993/2015. Plenário. Relator: Vital do Rêgo. Brasília: TCU, 2015. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A993%2520ANOACORDAO%253A2015%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A993%2520ANOACORDAO%253A2015%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.519/2015. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília: TCU, 2015. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2519%2520ANOACORDAO%253A2015%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2519%2520ANOACORDAO%253A2015%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 28 maio 2025.

BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

CALABRESI, Guido. **The costs of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven, CT: Yale University Press, 1970.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA CIESP/FIESP. Contribuição apresentada na Consulta Pública nº 025/2025-ANEEL. Brasília: ANEEL, 2025. Disponível em: [https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p\\_p\\_id=participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet&p\\_p\\_lifecycle=2&p\\_p](https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p)

[\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_cacheability=cacheLevelPage&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_pos=1&p\\_p\\_col\\_count=2&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_ideDocumento=55960&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp](#). Acesso em: 19 nov. 2025.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Sentença no Processo Arbitral n. 01/2003. Rio de Janeiro: FGV, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/fgv-01-2003-2022-07-20-sentenca-arbitral.pdf>. Acesso em: 28 maio 2025.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. Dimensão econômica da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Semestral de Direito Econômico**, Brasília, DF, v. 1, p. e01201-37, 2021.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM – CBAr. Contribuição apresentada na Consulta Pública nº 012/2025-ANEEL. Brasília: ANEEL, 2025. Disponível em: [https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p\\_p\\_id=participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet&p\\_p\\_lifecycle=2&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_cacheability=cacheLevelPage&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_pos=1&p\\_p\\_col\\_count=2&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_ideDocumento=55310&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica\\_WAR\\_participacaopublicaportlet\\_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp](https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=55310&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp). Acesso em: 19 nov. 2025.

COOLEY, John; LUBET, Steven W. **Advocacia de arbitragem**. Tradução de René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Sentença parcial no Caso n. 27016/RLS (Transnorte Energia S.A. x ANEEL). São Paulo: CCI, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/SentenaParcial1.pdf>. Acesso em: 28 maio 2025.

CROLEY, Steven P. **Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. **Revista Anep de Direito Processual**, Salvador, BA, v. 1, n. 1, art. 33, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i1.33>. Acesso em: 28 maio 2025.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2/>. Acesso em: 28 maio 2025.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 57-72.
- DI SALVO, Silvia Helena Picarem Gonçalves Johnson. Arbitragem de conflitos na Administração Pública brasileira e o sistema multiportas de resolução de disputas: um olhar revisado e uma perspectiva para o futuro. In: MOREIRA, António Júdice et al. (coord.). **Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 245-272.
- DOWNS, Anthony. An economic theory of political action in a democracy. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 65, n. 2, p. 135-150, 1957.
- DUDLEY, Susan; BRITO, Jerry. **Regulation: a primer**. 2. ed. Arlington, VA: Mercatus Center, George Mason University, 2012.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? Principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce et al.**, n. 22-451, 28 June 2024. Opinion delivered by Justice Gorsuch. Washington, D.C.: Supreme Court of the United States, 2024. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-451\\_7m58.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-451_7m58.pdf). Acesso em: 28 maio 2025.
- ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- FABRIZ, Daury Cesar; TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. A crise do Estado do bem-estar social na perspectiva de Jürgen Habermas. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, Natal, v. 19, n. 1, p. 59-84, jan./abr. 2017.
- FAGANELLO, Thiago. A natural incompletude dos contratos empresariais de longa duração. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Contratos**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia Duarte. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 2008.
- GOLFETTO, Verônica de Camargo. **A judicialização das escolhas regulatórias do setor elétrico**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2021.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Atividade econômica e regulação. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, p. 443-451, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 330-347, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HADDAD, Ana Olivia Antunes; M., Bernard Potsch; COSTA, Lucas Soares. Divulgação de ementário: regramento, práticas e dúvidas. In: EDELSTEIN, André; MARIANI, Rômulo Greff (org.). **Arbitragem e Setor Elétrico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2025. p. 131-160.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HORN, Norbert. **Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

INSTITUTO DE PESQUISA EM RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EMPRESARIAIS (IPDEE). **Arbitragem em números 2024**. São Paulo: Canal Arbitragem, 2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2024/12/Arbitragem-em-Numeros-2024.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2025.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

KAERCHER, Gustavo Loureiro; SANTANA, Edvaldo. Reflexões jurídicas e econômicas acerca da RTE das concessionárias distribuidoras de energia elétrica – parte II. **Papo de Energia**, s.l., 5 nov. 2020. Disponível em: <https://papodeenergia.wordpress.com/2020/11/05/reflexoes-juridicas-e-economicas-acerca-da-rte-das-concessionarias-distribuidoras-de-energia-eletrica-parte-ii/>. Acesso em: 28 maio 2025.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído: uma falha de julgamento humano**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KELMAN, Jerson (coord.). **Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica**. Brasília: Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, 2001.

KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson; Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press, 1992.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MACNEIL, Ian R. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. **Northwestern University Law Review**, Evanston, v. 72, p. 854-906, 1978.

MACNEIL, Ian R. **The new social contract: an inquiry into modern contractual relations**. New Haven: Yale University Press, 1980.

MACNEIL, Ian R. Relational contract theory: challenges and queries. **Northwestern University Law Review**, Evanston, v. 94, n. 3, p. 877-907, 2000.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Sousa. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014.
- MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (org.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. p. 403-423.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MOREIRA, Egon Bockmann; NOGUEIRA SOARES JÚNIOR, Lauro Antônio. Regulação econômica e democracia: a questão das agências administrativas independentes. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 177-199.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Consideraciones sobre la participación en el derecho comparado Brasil-España. **Revista de Administración Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 3, p. 155-170, maio/jun. 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 248-251, abr./jun. 2004.
- MUELLER, Bernardo. Regulação, informação e política: uma resenha da teoria política positiva da regulação. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 9-29, 2001.
- MUELLER, Bernardo. Análise institucional de direito e economia: o papel central de direitos de propriedade e custos de transação. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 1-38, 2023.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.
- NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OECD. **Regulatory Impact Assessment: OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy**. Paris: OECD Publishing, 2020. Disponível em: [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2020/02/regulatory-impact-assessment\\_0bf78a03/7a9638cb-en.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2020/02/regulatory-impact-assessment_0bf78a03/7a9638cb-en.pdf). Acesso em: 8 dez. 2025.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, ed. 2, abr. 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-2/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 27 nov. 2025.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLSON, Mancur. **The logic of collective action: public goods and the theory of groups**. 20. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO (ONS). Acompanhamento das restrições de geração EOL/UFV. fev. 2025. Rio de Janeiro: ONS, 2025. Disponível em: <https://sintegre.ons.org.br/sites/2/53/paginas/default.aspx>. Acesso em: 12 set. 2025.

PELTZMAN, Sam. George Stigler's contribution to the economic analysis of regulation. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 101, n. 5, p. 818-832, out. 1993.

PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, ed. 1, maio 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/arbitragem-e-administracao>. Acesso em: 27 nov. 2025.

PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**. v. 1. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 906-936.

PEREZ, Marcos Augusto. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. Tese (Livre-docência em Discricionariedade Administrativa) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2019.tde-22042019-144541>. Acesso em: 28 maio 2025.

PINTO JÚNIOR, Helder Q.; PIRES, Melissa C. P. Assimetria de informações e problemas regulatórios. Brasília: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, 2000. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-e-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/arquivos/2000/nota-tecnica-9-2000.pdf>. Acesso em: 28 maio 2025.

POSNER, Richard Allen. Theories of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Santa Monica, v. 5, n. 2, p. 335-358, autumn 1974.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: Edipro, 2000.

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 269-273.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista do Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 93-114, out./dez. 2013.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SENA, Bárbara Bianca. **Arbitrabilidade objetiva nas concessões de transmissão de energia elétrica**. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2021.

SENA, Bárbara Bianca. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos complexos. **Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2023. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6819/2875>. Acesso em: 27 nov. 2025.

SIGNORELLI, Ana Sofia; PEREIRA, Cesar. **Arbitragem concorrencial em perspectiva: da natureza jurídica aos desafios procedimentais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Santa Monica, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring 1971.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 117-126, maio/ago. 2008.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a administração pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei nº 13.129/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 254, p. 53-81, abr. 2016.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Synergia; Brasília: EPE, 2015.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Exercício hermenêutico em torno do direito jurisprudencial no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/diario-classe-exercicio-hermeneutico-torno-direito-jurisprudencial-cpc/>. Acesso em: 28 maio 2025.

TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; SALOMÃO, George (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 15-40.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha pública**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Juízes deferentes? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 159-180, abr./jun. 2012.

VILELA, Danilo Vieira. **Agências reguladoras e a efetivação da ordem econômica constitucional brasileira**. Salvador: JusPodivm, 2018.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach. **American Journal of Sociology**, Chicago, v. 87, n. 3, p. 548-577, 1981.

WORLD BANK. **Guidance on PPP Contractual Provisions – 2019 Edition**. Washington, D.C., 2019. Disponível em: [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/default/files/2021-03/Guidance%20on%20PPP%20Contractual%20Provisions\\_2019%20edition.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/default/files/2021-03/Guidance%20on%20PPP%20Contractual%20Provisions_2019%20edition.pdf). Acesso em: 18 nov. 2025.

## APÊNDICE 01: BASE DE DADOS REFERENTE AOS PROCESSOS JUDICIAIS SOBRE O FATOR DE AJUSTE DO MRE (GSF) E OS CORTES DE GERAÇÃO (CONSTRAINED-OFF)

### 1.1. Descrição metodológica da base de dados

A presente base de dados foi estruturada a partir do recorte metodológico definido na dissertação *Desafios e Possibilidades da Arbitragem nos Contratos Administrativos do Setor Elétrico Brasileiro*, com o objetivo de identificar, sistematizar e analisar decisões judiciais relacionadas (i) ao Fator de Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia (GSF) e (ii) aos cortes de geração renovável por constrained-off no setor elétrico. A construção do conjunto de dados analisados seguiu uma abordagem qualitativa e quantitativa, de natureza exploratória e descritiva, alinhada ao procedimento delineado na seção “2.1. Nota Metodológica” da pesquisa.

### 1.2. Critérios de seleção

Para assegurar a consistência e a reprodutibilidade da base de dados criada, destaca-se que foram observados os seguintes parâmetros:

1. **Repercussão financeira:** foram selecionados processos judiciais cujo valor econômico em debate excedesse R\$ 10 milhões, patamar adotado para identificar casos de impacto financeiro elevado;
2. **Densidade técnico-regulatória:** foram selecionados processos judiciais cuja discussão envolvesse questões normativas complexas, exigindo conhecimento especializado sobre a regulação do setor elétrico, com efeitos sistêmicos além das partes envolvidas;
3. **Incidência repetitiva:** foram selecionados processos judiciais a partir da existência de múltiplas demandas similares, de modo a comparar o tempo de tramitação e as decisões judiciais proferidas, além de indicar uma controvérsia paradigmática no setor elétrico;
4. **Recorte temporal e geográfico:** foram selecionados processos judiciais distribuídos entre 2015 e 2025 perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, para além dos incidentes processuais distribuídos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que consiste no foro contratualmente eleito nos contratos administrativos do setor elétrico;
5. **Fontes de pesquisa:** os dados foram extraídos dos sistemas judiciais de consulta do TRF da 1ª Região, principalmente o Sistema PJe, e de forma residual o Sistema e-Proc;
6. **Palavras-chave:** na pesquisa de jurisprudência, foram utilizadas diferentes combinações com as seguintes palavras-chave sobre ambos os assuntos:
  1. GSF: (i) “setor elétrico”; (ii) “geradores”; (iii) “usinas hidrelétricas”; (iv) “Generation Scaling Factor”; (v) “GSF”; (vi) “Fator de Ajuste do MRE”; (vii) “Mecanismo de Realocação de Energia”; (viii) “MRE”; (ix) “garantia física”; (x) “energia alocada”; (xi) “Decreto nº 5.163/2004”; (xii) “agentes credores”; (xiii) “Mercado de Curto Prazo”; (xiv) “MCP”; (xv) “loss sharing”; (xvi) “rateio proporcional da inadimplência”; (xvii) “Resolução Normativa ANEEL nº 957/2021”; e (xviii) “Resolução Normativa ANEEL nº 552/2002”;

2. Constrained-off: (i) “cortes de geração”; (ii) “constrained-off”; (iii) “curtailment”; (iv) “Operador Nacional do Sistema Elétrico”; (v) “ONS”; (vi) “Resolução Normativa ANEEL nº 927/2021”; (vii) “Resolução Normativa ANEEL nº 1.030/2022”; (viii) “indisponibilidade externa”; (ix) “confiabilidade elétrica”; (x) “razão energética”; (xi) “franquia de horas”; (xii) “extrapolação do poder regulamentar”; (xiii) “desvio de finalidade”; (xiv) “capacidade de transmissão”; (xv) “caso fortuito”; (xvi) “força maior”; (xvii) “mora administrativa”; (xviii) “metodologia provisória”; (xix) “metodologia transitória”; (xx) energia eólica; (xxi) “energia solar”; (xxii) “geração frustrada”; (xxiii) “compensação financeira”; (xxiv) “ressarcimento contratual”; e (xxv) “onerosidade excessiva”;
7. **Variáveis consideradas:** para cada processo identificado, foram coletados e avaliados dados-chave, relacionados aos seguintes parâmetros:
  1. Partes envolvidas;
  2. causa de pedir;
  3. Pedidos;
  4. Principais fundamentos jurídicos em discussão;
  5. Presença de contrato administrativo;
  6. Valor econômico em disputa;
  7. Data de distribuição da ação judicial;
  8. Data da decisão liminar;
  9. Data da sentença de mérito;
  10. Data do acórdão de apelação;
  11. Tempo total de tramitação;
  12. Tutela provisória concedida ou negada;
  13. Resultado de mérito (procedência ou improcedência do pedido);
  14. Acórdão de apelação (provimento ou desprovimento do recurso);
  15. Juízo e magistrado responsável (substituto ou titular);
8. **Objetivo analítico:** a sistematização dos dados coletados permitiu visualizar (i) a fragmentação jurisprudencial existente a partir da assimetria entre decisões liminares, monocráticas e de mérito em sentenças e acórdãos de apelação, (ii) a morosidade judicial até o julgamento final das respectivas demandas e (iii) os impactos sobre os contratos a partir dos efeitos financeiros discutidos e projetados ao longo do tempo de tramitação dos processos, elementos essenciais para compreender os problemas da judicialização no setor elétrico;

Esse conjunto metodológico possibilitou uma visão abrangente dos litígios envolvendo o Fator de Ajuste do MRE (GSF) e os cortes de geração por constrained-off, servindo como base empírica para as conclusões apresentadas na dissertação acerca dos desafios decorrentes da ausência de mecanismos alternativos ou mais adequados de resolução de conflitos, como a arbitragem, nos contratos administrativos do setor elétrico.

### 1.3. Critérios de exclusão

Foram excluídos da base de dados os processos que não atendiam aos parâmetros metodológicos acima definidos, sobretudo quanto à aderência temática, territorial e temporal e análise de mérito. Em síntese, foram excluídos:

1. Processos judiciais sem objeto aderente ao GSF ou ao constrained-off, ainda que o litígio envolvesse agentes e a ANEEL, com efeito financeiro acima de R\$ 10 milhões sobre contratos administrativos e com temas potencialmente arbitráveis (equilíbrio econômico-financeiro, obrigações contratuais, indenizações, dentre outros);
2. Processos judiciais de 2ª Fase e 3ª Fase relativos ao GSF, além dos processos com pedidos e causa de pedir distintos que ocorreram nessa última etapa de judicialização, por constituírem desdobramentos da 1ª Fase, que concentrou o núcleo do problema;
3. Processos judiciais sobre o constrained-off que foram identificados na Justiça Federal da Seção Judiciária do Ceará (SJCE), na Seção Judiciária da Paraíba (SJPB), na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pois não se enquadrariam no recorte geográfico delimitado, além de configurarem judicialização estratégica e não sistêmica;
4. Processos judiciais sobre a Resolução CNPE nº 03/2013, pois a discussão não envolvia diretamente a ANEEL, bem como suas competências normativas, distanciando-se do escopo proposto na pesquisa;
5. Decisões que, embora tenham sido proferidas em ações sobre o GSF e constrained-off, apenas tangenciaram os temas abordados (por exemplo, suspensão dos efeitos financeiros discutidos mediante seguro-garantia, depósito em juízo, fiança bancária etc.);

### 1.4. Quadros consolidados – processos dentro no escopo

#### 1.4.1. GSF

Primeira Instância – SJDF								Segunda Instância – TRF-1		
Processo Originário	Juízo	Data de Distribuição	Magistrado					Monocrático	Colegiado	
			Liminar	Posicionamento	Mérito	Posicionamento	Data da Sentença		Posicionamento	Posicionamento
0033084-84.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	09/06/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Favorável	15/02/2017	Sem decisão	Sem acórdão	-

0041607-85.2015.4.01.3400	16ª Vara Federal	21/07/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Desfavorável	11/09/2017	Parcialmente Favorável	Sem acórdão	-
0057512-33.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	25/09/2015	Juiz Federal Substituto	Favorável	Juiz Federal Titular	Favorável	26/01/2017	Sem decisão	Sem acórdão	-
0040671-60.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	17/07/2015	Juiz Federal Substituto	Favorável	Juiz Federal Substituto	Favorável	17/10/2016	Sem decisão	Sem acórdão	-
0040813-64.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	20/07/2015	Juiz Federal Substituto	Favorável	Juiz Federal Substituto	Favorável	11/11/2016	Sem decisão	Sem acórdão	-
0044866-88.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	12/08/2015	Juiz Federal Substituto	Favorável	Juiz Federal Titular	Favorável	09/09/2016	Sem decisão	Sem acórdão	-
0040741-77.2015.4.01.3400	17ª Vara Federal	20/07/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Desfavorável	22/01/2018	Sem decisão	Sem acórdão	-
0062191-76.2015.4.01.3400	3ª Vara Federal	21/10/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Desfavorável	05/12/2018	Sem decisão	Sem acórdão	-
0042213-16.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	28/07/2015	Juiz Federal Substituto	Favorável	Juiz Federal Substituto	Favorável	05/07/2017	Sem decisão	Sem acórdão	-
0049402-45.2015.4.01.3400	22ª Vara Federal	25/08/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Desfavorável	29/09/2017	Sem decisão	Desfavorável	24/10/2025
0043182-31.2015.4.01.3400	6ª Vara Federal	30/07/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Favorável	20/09/2017	Sem decisão	Sem acórdão	-

0057642-23.2015.4.01.3400	16ª Vara Federal	28/09/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Desfavorável	28/09/2018	Sem decisão	Sem acórdão	-
0057512-33.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	25/09/2015	Juiz Federal Substituto	Favorável	Juiz Federal Titular	Favorável	26/01/2017	Sem decisão	Sem acórdão	-
1012464-63.2017.4.01.3400	20ª Vara Federal	18/09/2017	Juiz Federal Substituto	Favorável	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	20/11/2018	Favorável	Desfavorável	12/06/2025
1011578-64.2017.4.01.3400	8ª Vara Federal	05/09/2017	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	01/04/2019	Favorável	Sem acórdão	-
0000518-14.2017.4.01.3400	22ª Vara Federal	09/01/2017	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Desfavorável	27/07/2018	Sem decisão	Sem acórdão	-
1006226-28.2017.4.01.3400	1ª Vara Federal	28/06/2017	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Favorável	03/03/2020	Sem decisão	Sem acórdão	-
1013699-65.2017.4.01.3400	1ª Vara Federal	06/10/2017	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Favorável	31/01/2020	Sem decisão	Sem acórdão	-
0022105-92.2017.4.01.3400	20ª Vara Federal	12/05/2017	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	22/11/2018	Sem decisão	Sem acórdão	-
0040164-02.2015.4.01.3400	1ª Vara Federal	15/07/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Favorável	07/11/2019	Sem decisão	Sem acórdão	-
0045541-51.2015.4.01.3400	13ª Vara Federal	13/08/2015	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	30/08/2019	Sem decisão	Sem acórdão	-

1005649-21.2015.4.01.3400	14ª Vara Federal	13/08/2015	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	19/02/2016	Sem decisão	Sem acórdão	-
0058726-59.2015.4.01.3400	21ª Vara Federal	30/09/2015	Juiz Federal Titular	Desfavorável	Juiz Federal Titular	Desfavorável	04/07/2018	Sem decisão	Sem acórdão	-
0033045-87.2015.4.01.3400	15ª Vara Federal	10/06/2015	Juiz Federal Titular	Desfavorável	Juiz Federal Titular	Favorável	02/06/2017	Sem decisão	Sem acórdão	-
0043181-46.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	30/07/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Substituto	Favorável	21/07/2017	Sem decisão	Sem acórdão	-
0057480-28.2015.4.01.3400	6ª Vara Federal	25/09/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Favorável	26/09/2017	Favorável	Sem acórdão	-
1008695-47.2017.4.01.3400	16ª Vara Federal	01/08/2017	Juiz Federal Titular	Desfavorável	Juiz Federal Titular	Desfavorável	23/02/2018	Favorável	Desfavorável	22/08/2025
0034944-23.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	18/06/2015	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Desfavorável	07/02/2018	Favorável	Desfavorável	25/06/2025

#### 1.4.2. Constrained-off

Primeira Instância								Segunda Instância			
Processo Originário	Juízo	Data de Distribuição	Magistrado					Monocrática	Colegiado		
			Liminar	Posicionamento	Mérito	Posicionamento	Data da Sentença		Posicionamento	Posicionamento	Data do Acórdão
1098384-92.2023.4.01.3400	13ª Vara Federal	06/10/2023	Juiz Federal Titular	Desfavorável	Juiz Federal Titular	Sem decisão	-	Desfavorável	Sem acórdão	-	

1071815-25.2021.4.01.3400	6ª Vara Federal	07/10/2021	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	06/10/2022	Sem decisão	Favorável	11/04/2025
1063499-18.2024.4.01.3400	4ª Vara Federal	13/08/2024	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	-	Sem decisão	Sem acórdão	-
1062438-25.2024.4.01.3400	4ª Vara Federal	08/08/2024	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	-	Favorável	Sem acórdão	-
1068367-39.2024.4.01.3400	1ª Vara Federal	28/08/2024	Juiz Federal Titular	Desfavorável	Juiz Federal Titular	Sem decisão	-	Sem decisão	Sem acórdão	-
1068397-74.2024.4.01.3400	17ª Vara Federal	28/08/2024	Juiz Federal Substituto	Postergado	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	-	Parcialmente Favorável	Sem acórdão	-
1068423-72.2024.4.01.3400	13ª Vara Federal	28/08/2024	Juiz Federal Titular	Desfavorável	Juiz Federal Titular	Sem decisão	-	Sem decisão	Sem acórdão	-
1087805-51.2024.4.01.3400	1ª Vara Federal	29/10/2024	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Sem decisão	-	Sem decisão	Sem acórdão	-
1079802-10.2024.4.01.3400	6ª Vara Federal	07/10/2024	Juiz Federal Titular	Desfavorável	Juiz Federal Titular	Sem decisão	-	Prejudicado	Sem acórdão	-
1011665-39.2025.	6ª Vara	12/02/2025	Juiz Federal Subs	Favorável	Juiz Federal Subs	Desfavorável	14/03/2025	Sem decisão	Favorável	31/08/2025

4.01.3400	Federal		tituto		tituto					
1041856-04.2024.4.01.3400	4ª Vara Federal	14/06/2024	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	Juiz Federal Substituto	Favorável	26/05/2025	Sem decisão	Sem acórdão	-
1045215-25.2025.4.01.3400	6ª Vara Federal	08/05/2025	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	-	Sem decisão	Sem acórdão	-
1075537-28.2025.4.01.3400	17ª Vara Federal	04/07/2025	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	-	Sem decisão	Sem acórdão	-
1080535-39.2025.4.01.3400	13ª Vara Federal	14/07/2025	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	-	Desfavorável	Sem acórdão	-
1080536-24.2025.4.01.3400	1ª Vara Federal	14/07/2025	Juiz Federal Titular	Favorável	Juiz Federal Titular	Sem decisão	-	Sem decisão	Sem acórdão	-
1089061-92.2025.4.01.3400	6ª Vara Federal	31/07/2025	Juiz Federal Substituto	Desfavorável	Juiz Federal Substituto	Sem decisão	-	Prejudicado	Sem acórdão	-

## 1.5. Quadros consolidados – processos fora do escopo

### 1.5.1. GSF

Primeira Instância – SJDF		Segunda Instância – TRF-1	
Processo Originário	Juízo	Agravo de Instrumento	Juízo

0028129-10.2015.4.01.3400	14ª Vara Federal	0026222-15.2015.4.01.0000	5ª Turma
0033084-84.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	0032645-88.2015.4.01.0000	6ª Turma
0037347-62.2015.4.01.3400	6ª Vara Federal	0040967-97.2015.4.01.0000	5ª Turma
0038577-42.2015.4.01.3400	3ª Vara Federal	0042305-09.2015.4.01.0000	5ª Turma
0034379-59.2015.4.01.3400	5ª Vara Federal	0040266-39.2015.4.01.0000	6ª Turma
0040668-08.2015.4.01.3400	14ª Vara Federal	0045018-54.2015.4.01.0000	6ª Turma
0041607-85.2015.4.01.3400	16ª Vara Federal	0046619-95.2015.4.01.0000	5ª Turma
0036564-70.2015.4.01.3400	17ª Vara Federal	0040760-98.2015.4.01.0000	5ª Turma
0037346-77.2015.4.01.3400	17ª Vara Federal	0044652-15.2015.4.01.0000	5ª Turma
0044867-73.2015.4.01.3400	5ª Vara Federal	0053430-71.2015.4.01.0000	6ª Turma
0046295-90.2015.4.01.3400	22ª Vara Federal	0044841-90.2015.4.01.0000	5ª Turma
0057512-33.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	0058757-94.2015.4.01.0000	6ª Turma
0046296-75.2015.4.01.3400	3ª Vara Federal	0048620-53.2015.4.01.0000	6ª Turma
0047630-81.2014.4.01.3400	6ª Vara Federal	0042660-53.2014.4.01.0000	5ª Turma
0034836-91.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	0038305-63.2015.4.01.0000	5ª Turma
0034944-23.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	0041458-07.2015.4.01.0000	5ª Turma
0038126-17.2015.4.01.3400	14ª Vara Federal	0041271-96.2015.4.01.0000	5ª Turma

0035360-88.2015.4.01.3400	16ª Vara Federal	0042691-39.2015.4.01.0000	6ª Turma
0040671-60.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	0044188-88.2015.4.01.0000	6ª Turma
0040813-64.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	0042461-94.2015.4.01.0000	6ª Turma
0043690-74.2015.4.01.3400	4ª Vara Federal	0045322-53.2015.4.01.0000	5ª Turma
0035361-73.2015.4.01.3400	2ª Vara Federal	0043597-29.2015.4.01.0000	6ª Turma
0052271-78.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	0059695-89.2015.4.01.0000	6ª Turma
0044866-88.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	0055115-16.2015.4.01.0000	5ª Turma
0051237-68.2015.4.01.3400	2ª Vara Federal	0058327-45.2015.4.01.0000	6ª Turma
0040163-17.2015.4.01.3400	5ª Vara Federal	0042065-20.2015.4.01.0000	6ª Turma
0044679-80.2015.4.01.3400	4ª Vara Federal	0047290-21.2015.4.01.0000	6ª Turma
0043183-16.2015.4.01.3400	5ª Vara Federal	0045639-51.2015.4.01.0000	6ª Turma
0044681-50.2015.4.01.3400	5ª Vara Federal	0046664-02.2015.4.01.0000	5ª Turma
0041692-71.2015.4.01.3400	9ª Vara Federal	0043712-50.2015.4.01.0000	6ª Turma
0040741-77.2015.4.01.3400	17ª Vara Federal	0044625-32.2015.4.01.0000	6ª Turma
0041682-27.2015.4.01.3400	15ª Vara Federal	0051551-29.2015.4.01.0000	5ª Turma
0040672-45.2015.4.01.3400	1ª Vara Federal	0051409-25.2015.4.01.0000	5ª Turma
0057547-90.2015.4.01.3400	3ª Vara Federal	0059019-44.2015.4.01.0000	6ª Turma

0062191-76.2015.4.01.3400	3ª Vara Federal	0062996-44.2015.4.01.0000	5ª Turma
0065754-78.2015.4.01.3400	1ª Vara Federal	0066840-02.2015.4.01.0000	6ª Turma
0052710-55.2016.4.01.3400	8ª Vara Federal	0061898-87.2016.4.01.0000	5ª Turma
0042213-16.2015.4.01.3400	20ª Vara Federal	0045648-13.2015.4.01.0000	6ª Turma
0049402-45.2015.4.01.3400	22ª Vara Federal	0058958-86.2015.4.01.0000	6ª Turma
0043182-31.2015.4.01.3400	6ª Vara Federal	0062121-74.2015.4.01.0000	6ª Turma
0057642-23.2015.4.01.3400	16ª Vara Federal	0058363-87.2015.4.01.0000	6ª Turma
1005081-05.2015.4.01.3400	3ª Vara Federal	1002385-11.2015.4.01.0000	5ª Turma
1008454-44.2015.4.01.3400	8ª Vara Federal	0053405-58.2015.4.01.0000	5ª Turma
1008091-57.2015.4.01.3400	4ª Vara Federal	0057628-54.2015.4.01.0000	5ª Turma
0064613-24.2015.4.01.3400	4ª Vara Federal	0039583-02.2015.4.01.0000	5ª Turma
0051048-90.2015.4.01.3400	1ª Vara Federal	0047523-18.2015.4.01.0000	5ª Turma
1007276-60.2015.4.01.3400	6ª Vara Federal	0040759-16.2015.4.01.0000	5ª Turma
1004149-80.2016.4.01.3400	13ª Vara Federal	0057202-42.2015.4.01.0000	5ª Turma
1004544-09.2015.4.01.3400	5ª Vara Federal	0055943-12.2015.4.01.0000	5ª Turma
0006276-08.2016.4.01.3400	22ª Vara Federal	0041980-34.2015.4.01.0000	5ª Turma
1003840-59.2016.4.01.3400	1ª Vara Federal	1001873-28.2015.4.01.0000	6ª Turma

0056190-75.2015.4.01.3400	1ª Vara Federal	0052233-81.2015.4.01.0000	6ª Turma
1001329-88.2016.4.01.3400	5ª Vara Federal	0061057-29.2015.4.01.0000	6ª Turma
0014326-23.2016.4.01.3400	9ª Vara Federal	0012825-49.2016.4.01.0000	6ª Turma
0021119-75.2016.4.01.3400	20ª Vara Federal	0061898-87.2016.4.01.0000	5ª Turma
0069280-53.2015.4.01.3400	1ª Vara Federal	0071212-91.2015.4.01.0000	5ª Turma
0012257-18.2016.4.01.3400	6ª Vara Federal	0014059-66.2016.4.01.0000	5ª Turma
1005352-14.2015.4.01.3400	5ª Vara Federal	1001587-50.2015.4.01.0000	6ª Turma
0014364-35.2016.4.01.3400	8ª Vara Federal	0012825-49.2016.4.01.0000	6ª Turma
0022930-70.2016.4.01.3400	9ª Vara Federal	0026512-93.2016.4.01.0000	6ª Turma
0029613-26.2016.4.01.3400	14ª Vara Federal	0036572-28.2016.4.01.0000	6ª Turma
0029651-38.2016.4.01.3400	14ª Vara Federal	0034229-59.2016.4.01.0000	6ª Turma
1004669-40.2016.4.01.3400	16ª Vara Federal	1002657-68.2016.4.01.0000	5ª Turma
0033684-71.2016.4.01.3400	20ª Vara Federal	0045422-71.2016.4.01.0000	5ª Turma
0033775-64.2016.4.01.3400	16ª Vara Federal	0044157-34.2016.4.01.0000	6ª Turma
0029612-41.2016.4.01.3400	6ª Vara Federal	0029744-16.2016.4.01.0000	5ª Turma
1004805-37.2016.4.01.3400	9ª Vara Federal	1003066-44.2016.4.01.0000	5ª Turma

### 1.5.2. Constrained-off

<b>TRF-5</b>
--------------

Primeira Instância		Segunda Instância	
Processo	Juízo	Agravo de Instrumento	Juízo
0800580-25.2024.4.05.8101	15ª Vara Federal/SJCE	-	-
0801648-80.2024.4.05.8401	10ª Vara Federal/SJRN	0814676-98.2024.4.05.0000	4ª Turma
0801397-77.2024.4.05.8202	8ª Vara Federal/SJPB	0814048-12.2024.4.05.0000	6ª Turma
0800656-28.2024.4.05.8205	14ª Vara Federal/SJPB	0814379-91.2024.4.05.0000	4ª Turma

## 1.6. Estatísticas descritivas da base de dados

A base de dados consolidada permite uma análise estatística das informações processuais relativas às ações judiciais envolvendo o GSF e o constrained-off, distribuídas entre 2015 e 2025 perante a Justiça Federal da 1ª Região (SJDF e TRF-1). Abaixo, são sintetizados os principais padrões observados quanto à quantidade de casos, decisões proferidas, divergência jurisprudencial e tempo médio de tramitação.

### 1.6.1. Dimensão da base de dados e distribuição dos processos

A amostra total é composta por dois subconjuntos:

1. GSF: conjunto mais numeroso, refletindo a judicialização massiva verificada a partir de 2015, com dezenas de ações individuais distribuídas majoritariamente na Seção Judiciária do Distrito Federal, com incidentes no TRF da 1ª Região;
2. Constrained-off: conjunto mais recente de judicialização, concentrado entre 2021 e 2025, com volume menor, mas crescente, de ações judiciais;

A maior parte dos processos foi distribuída nas seguintes Varas Federais da SJDF: 1ª Vara Federal, 4ª Vara Federal, 6ª Vara Federal, 13ª Vara Federal, 16ª Vara Federal, 17ª Vara Federal, 20ª Vara Federal e 22ª Vara Federal.

As ações judiciais sobre o GSF foram movidas ainda antes da especialização instituída pela Portaria PRESI nº 17/2022/TRF1, o que justifica, inclusive, a escolha dos respectivos juízos no momento de redistribuição de competências na SJDF.

As ações judiciais sobre o constrained-off, por sua vez, já foram ajuizadas, na sua grande maioria, após a implementação das Varas Federais especializadas.

### 1.6.2. Divergência das decisões liminares

A análise das decisões judiciais em caráter liminar revela padrões relevantes:

1. GSF: predominância inicial de decisões favoráveis aos geradores, especialmente em 2015 e 2017, sugerindo forte sensibilidade judicial ao impacto financeiro repentino da crise desencadeada por fatores não hidrológicos que contaminaram

a aferição da energia gerada no âmbito do MRE, além da ausência de solução administrativa tempestiva;

2. Constrained-off: tendência desequilibrada, com elevado número de decisões liminares desfavoráveis, porém com reversão no tribunal, refletindo o entendimento de que a controvérsia demanda maior aprofundamento;

Esse contraste evidencia diferenças estruturais entre as duas ondas de judicialização: enquanto o GSF apresentou caráter emergencial e sistêmico, o constrained-off emergiu de forma mais fragmentada e tecnicamente complexa.

### **1.6.3. Divergência das sentenças de mérito**

A análise das sentenças de mérito revela padrões relevantes:

1. GSF: maior heterogeneidade decisória, com sentenças favoráveis e desfavoráveis em proporções semelhantes. A existência de decisões contraditórias dentro de uma mesma Vara Federal, do mesmos magistrados, ou entre Vara Federal distintas, confirma a fragmentação jurisprudencial identificada na pesquisa;
2. Constrained-off: predomínio de decisões desfavoráveis aos geradores, indicando maior deferência judicial. O posicionamento do TRF-1, por sua vez, se mostrou mais sensível aos impactos financeiros suportados pelos agentes;

### **1.6.4. Julgamentos colegiados e grau de divergência**

A quantidade de acórdãos disponíveis é inferior ao conjunto total de processos analisados, devido à morosidade recursal. Mesmo assim, padrões relevantes podem ser extraídos:

1. GSF: acórdãos revelam divergência, dificuldade na identificação das fases de judicialização da matéria, com decisões colegiadas revertendo, mantendo ou modulando sentenças, demonstrando falta de uniformidade no TRF-1;
2. Constrained-off: número ainda reduzido de acórdãos, mas já se observa tendência de reversão das sentenças desfavoráveis, sugerindo maior controle judicial de legalidade.

### **1.6.5. Tempo médio de tramitação**

A tramitação dos processos confirma os achados do Capítulo 2:

1. GSF: muitos processos iniciados entre 2015 e 2017 ainda não contam com acórdão de apelação, resultando em tempos de tramitação superiores a 8/10 anos em alguns casos;
2. Constrained-off: embora mais recentes, alguns processos percorrem um ciclo decisório rápido em liminar, mas lento no julgamento de mérito, indicando potencial de repetição do padrão de morosidade recursal já verificado no GSF;

### **1.6.6. Índícios empíricos relevantes para a pesquisa**

As estatísticas descritivas reforçam as conclusões centrais da dissertação.

A fragmentação jurisprudencial é estrutural, sobretudo no GSF, e se manifesta tanto nas liminares como nas sentenças de mérito e acórdãos de apelação. A morosidade judicial é significativa, especialmente nas ações mais antigas, afetando o grau de consolidação

jurisprudencial, a previsibilidade regulatória e a governança contratual, caracterizando o cenário de incerteza discutido na dissertação.

Esses elementos empíricos justificam a discussão desenvolvida na dissertação, sobre a necessidade de adoção de mecanismos alternativos ou mais adequados de resolução de conflitos, que consigam promover soluções mais céleres e tecnicamente qualificadas.

### **1.7. Observações e limitações da base de dados**

A construção da base de dados observou critérios rigorosos de coleta e classificação, porém, conforme reconhecido na própria dissertação, o conjunto de processos analisados apresenta limitações, principalmente relacionadas aos seguintes aspectos:

1. O recorte temático pode ser considerado restritivo, deixando de analisar outras controvérsias relevantes do setor elétrico. Sobre o GSF, inclusive, foram excluídas as ações judiciais de 2ª e 3ª Fases. Esse recorte permite isolar o fenômeno investigado, mas pode resultar em generalização dos resultados;
2. Limitações inerentes às decisões existentes sobre GSF e constrained-off, dado o elevado número de ações ajuizadas (muitas já extintas) e a falta de uniformidade na documentação de todos os casos, bem como a heterogeneidade dos pedidos e estratégias processuais de cada ação. Trata-se de um estudo por amostragem de casos representativos, e não de um levantamento exaustivo de todo o universo de litígios instaurados;
3. Limitações inerentes à classificação das decisões, que exigiu especial cautela, uma vez que os numerosos processos continham múltiplos incidentes processuais, tais como: agravos de instrumento, revisando ou modulando liminares; agravos internos, desafiando decisões monocráticas nos tribunais; pedidos de suspensão de liminar ou de suspensão de tutela antecipada, muitas vezes alterando a eficácia de decisões de 1ª e 2ª instâncias. Essa multiplicidade gerou sequências decisórias complexas. A ausência de padronização nos registros processuais, somada à terminologia variável empregada pelos magistrados, introduz margens interpretativas inevitáveis, ainda que mitigadas pelo tratamento rigoroso e sistemático dos dados;
4. Grande parte dos processos analisados ainda não contam com julgamento das apelações interpostos, o que impede uma avaliação conclusiva sobre a reversão ou a confirmação das sentenças de mérito;
5. A judicialização contemporânea relativa ao constrained-off não é conclusiva no aspecto sobre a morosidade, embora se confirme uma tendência de repetição do cenário relativo ao GSF, em que decisões liminares eram proferidas em um curto espaço de tempo, porém a fase recursal era marcada por longas tramitações sem definição de resultado.

## **APÊNDICE 02: SIMULAÇÃO DE IMPACTOS FINANCEIROS DO TEMPO SOBRE OS LITÍGIOS RELACIONADOS AO FATOR DE AJUSTE DO MRE (GSF) E AOS CORTES DE GERAÇÃO (CONSTRAINED-OFF)**

### **1. Objeto e finalidade do apêndice**

Este apêndice apresenta uma simulação dos impactos financeiros decorrentes do tempo de tramitação de litígios envolvendo contratos administrativos judicializados do setor elétrico, comparando-os com cenários hipotéticos caso esses litígios tivessem sido solucionados por meio de arbitragem.

A análise busca analisar a instabilidade financeira provocada pelo tempo de tramitação do processo judicial, em contraste com os prazos previstos no Decreto nº 10.025/2019 e na prática observada em procedimentos arbitrais, especialmente em matéria de energia na Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

A Câmara da FGV foi selecionada devido ao corpo de árbitros especializados e à experiência adquirida pela instituição com a matéria de energia, que era, desde 2007, a única habilitada para solucionar conflitos relacionados à regulação do setor elétrico, nos termos da Resolução Homologatória nº 531, de 7 de agosto de 2007, editada pela ANEEL.

Em 2023, a agência reguladora aprovou a nova convenção de arbitragem da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), por meio da Resolução Homologatória nº 3.173, de 14 de fevereiro de 2023, permitindo a homologação de novas Câmaras de Arbitragem para solução de conflitos no setor elétrico.

### **2. Delimitação dos casos analisados**

Foram selecionados dois processos judiciais representativos das controvérsias analisadas na presente pesquisa:

1. Processo nº 0049402-45.2015.4.01.3400/SJDF, que discutiu os efeitos econômicos relacionados ao Generation Scaling Factor (GSF) sobre o Contrato de Concessão nº 001/2006 para exploração da Usina Hidrelétrica – UHE Lobo; e
2. Processo nº 1062438-25.2024.4.01.3400/SJDF, que questiona os efeitos econômicos relacionados aos cortes de geração (constrained-off) sobre os Contratos de Energia de Reserva nº 36, 38 e 39 de 2009, assinados pelo agente responsável pela implantação e exploração do Parque Eólico Mangue Seco.

### **3. Parâmetros adotados na simulação**

Para fins de simulação dos casos analisados, foram fixados os seguintes parâmetros objetivos:

1. Partes envolvidas;
2. Causa de pedir;
3. Pedido principal;
4. Principais fundamentos jurídicos em discussão;
5. Presença de contrato administrativo;
6. Valor econômico em disputa;
7. Data de distribuição do processo;

8. Data da decisão liminar;
9. Data da sentença de mérito;
10. Data do acórdão de apelação;
11. Marco inicial da contagem financeira (mês seguinte a distribuição);
12. Marco final da contagem financeira no Poder Judiciário (mês de julgamento da apelação);
13. Tempo total de tramitação;
14. Valor econômico mensal em disputa; e
15. Atualização monetária (correção mensal pelo IGP-M, índice utilizado nas contabilizações financeiras do Mercado de Curto Prazo).

#### **4. Metodologia da simulação**

A simulação adota uma abordagem simplificada, porém replicável, baseada nos seguintes critérios:

1. O impacto econômico mensal é tratado como um fluxo financeiro recorrente, atualizado mensalmente pelo IGP-M;
2. O custo indireto total do litígio é estimado pela soma dos valores mensais corrigidos ao longo do tempo de duração do processo;
3. O mesmo impacto mensal inicial é aplicado, de forma hipotética, aos diferentes cenários arbitrais, variando apenas o tempo de resolução do conflito.

#### **5. Cenários comparados**

Foram considerados os seguintes cenários:

1. Poder Judiciário: tempo real de tramitação;
2. Arbitragem – parâmetro normativo mínimo: 24 meses (Decreto nº 10.025/2019, art. 8, II);
3. Arbitragem – parâmetro normativo máximo: 48 meses (Decreto nº 10.025/2019, art. 8, parágrafo único);
4. Arbitragem – prática geral: 600 dias ( $\approx$  20 meses);
5. Arbitragem – prática no setor elétrico (FGV): 488 dias ( $\approx$  16 meses).

#### **6. Resultados da simulação**

A seguir, o presente apêndice será subdividido nas simulações realizadas sobre ambos os casos (GSF e constrained-off).

##### **6.1. Simulação de caso (GSF)**

O litígio analisado refere-se ao Processo nº 0049402-45.2015.4.01.3400/SJDF, que envolveu geradores de energia hidrelétrica, a União e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), tendo como pano de fundo os efeitos de fatores não hidrológicos que contaminaram a aferição da energia gerada pelos empreendimentos no âmbito do

Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) e seus reflexos econômico-financeiros sobre as relações contratuais firmadas com o Poder Público.

A ação judicial foi movida por 5 (cinco) agentes econômicos representantes de diferentes empreendimentos de geração de energia hidrelétrica: Aratu Geração de Energia S/A (UHE Lobo); Luz Boa S/A (PCH Oliveira); Cachoeira do Brumado Energia Elétrica Ltda. (PCH Cachoeira do Brumado); Hidrelétrica Rio São Marcos (PCH Rio São Marcos); e Hidrelétrica Detofol Ltda. (CGH Detofol).

Contudo, foi analisado somente o caso concreto da Aratu Geração de Energia S/A, titular da UHE Lobo, situada no Rio do Lobo, entre os Municípios de Itirapina e Brotas, no Estado de São Paulo, por envolver o Contrato de Concessão nº 001/2006, assinado entre o agente e a ANEEL, com impactos financeiros acima de R\$ 10 milhões, considerando o recorte metodológico adotado na presente pesquisa.

### **6.1.1. Parâmetros adotados na simulação (GSF)**

Para fins de simulação, foram fixados os seguintes parâmetros objetivos:

1. Partes envolvidas: Aratu Geração de Energia S/A x União e Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL);
2. Causa de pedir: controvérsia ligada ao Fator de Ajuste do MRE (GSF) e à tentativa de afastar/mitigar os efeitos financeiros decorrentes de fatores não hidrológicos, com alegação de desequilíbrio na concessão e impactos sobre obrigações no contrato;
3. Pedido liminar: *“Seja deferido o pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela, inaudita altera pars, para determinar à ANEEL que, até o trânsito em julgado da presente ação, (i) abstenha-se de proceder ao ajuste do MRE, em relação às usinas das Requerentes, caso haja geração total do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE – em montante inferior à Garantia Física / Energia Assegurada dessas usinas, e, subsidiariamente, (ii) limite o ajuste no MRE até 5% (cinco por cento) abaixo do valor da Energia Assegurada / Garantia Física das usinas das Requerentes, tudo por meio do Mecanismo Auxiliar de Cálculo, sob pena de aplicação de multa diária no montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (iii) determinar à CCEE que se abstenham de punir, aplicar penalidades ou instaurar processo de desligamento junto a Câmara de qualquer uma das Autoras que eventualmente não tenham aportado as garantias financeiras referente ao mês de julho; (iv) determinar à CCEE que exclua as Requerentes do eventual rateio que a Câmara possa promover dos custos de GSF de outros agentes geradores que ingressaram com demandas para limitar o GSF; e (v) suspenda a contabilização financeira prevista para ser debitada no próximo dia 08/09/2015 até que a medida de antecipação de tutela seja efetivamente cumprida”;*
4. Pedido principal: *“Seja julgada integralmente procedente a presente demanda, confirmando e tornando definitiva a antecipação da tutela requerida, para o fim de (i) limitar o Fator GSF no valor da Energia Assegurada (garantia física) das usinas das Requerentes, ou, subsidiariamente, (ii) até 5% (cinco por cento) abaixo do valor da Energia Assegurada / Garantia Física das referidas usinas, (iii) isentando as Requerentes de quaisquer penalidades e sanções no âmbito da CCEE referente às liquidações e aportes de garantias financeiras ocorridos após o ajuizamento da ação”;*

5. Principais fundamentos jurídicos em discussão: reflexos no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 001/2006 (art. 37, XXI, da Constituição Federal; art. 65, II, 'd', da Lei nº 8.666/1993);
6. Presença de contrato administrativo: Contrato de Concessão nº 001/2006;
7. Valor econômico em disputa: R\$ 25.440.723,74;
8. Data de distribuição do processo: 25/08/2015;
9. Data da decisão liminar: 16/09/2015;
10. Data da sentença de mérito: 29/09/2017;
11. Data do acórdão de apelação: 31/10/2025;
12. Marco inicial da contagem financeira: setembro de 2015 (mês seguinte ao ajuizamento da demanda);
13. Marco final da contagem financeira: outubro de 2025 (mês de julgamento da apelação);
14. Tempo total de tramitação: 122 meses;
15. Valor econômico mensal em disputa: R\$ 136.092,84; e
16. Atualização monetária: correção mensal pelo IGP-M, índice utilizado nas contabilizações do Mercado de Curto Prazo (MCP).

### 6.1.2. Resultados obtidos na simulação (GSF)

A seguir, é possível constatar no quadro-resumo abaixo o impacto financeiro acumulado por cenário:

Cenário Avaliado e Simulado	Duração	Impacto financeiro acumulado (R\$)	Redução em relação ao Poder Judiciário (R\$ / %)
Poder Judiciário (tempo real)	122 meses	R\$ 25.440.723,74	n/a
Arbitragem (tempo mínimo)	24 meses	R\$ 3.540.947,52	- R\$ 21.899.776,22 (86,08%)
Arbitragem (tempo máximo)	48 meses	R\$ 7.374.034,11	- R\$ 18.066.689,63 (71,01%)
Arbitragem (média geral)	~20 meses	R\$ 2.947.308,76	- R\$ 22.493.414,98 (88,41%)
Arbitragem FGV (média energia)	~16 meses	R\$ 2.186.599,82	- R\$ 23.254.123,92 (91,41%)

Os resultados evidenciam que a redução do tempo necessário à resolução do conflito gera uma diminuição expressiva da margem de instabilidade financeira, com diversos cenários arbitrais que apresentam diferenças que ultrapassam R\$ 20 milhões (mais de 80% do impacto *sub judice*) quando se compara com o cenário do processo judicial.

Desse modo, é possível concluir que a redução do tempo de resolução do litígio, por meio da arbitragem, teria implicado diminuição substancial dos custos financeiros indiretos suportados pelo agente, independentemente do cenário arbitral considerado.

## **6.2. Simulação de caso (constrained-off)**

O segundo caso selecionado refere-se ao Processo nº 1062438-25.2024.4.01.3400/SJDF, ajuizado por agentes responsáveis pela implantação e exploração do Parque Eólico Mangue Seco, situado no Município de Guamaré, no Estado do Rio Grande do Norte, que questiona os efeitos econômicos decorrentes dos cortes de geração por restrições sistêmicas (constrained-off) no âmbito de Contratos de Energia de Reserva.

O litígio insere-se em um contexto de agravamento estrutural dos eventos de constrained-off a partir de 2023, associado principalmente à expansão acelerada da oferta de geração, à insuficiência de obras de transmissão e ao crescimento exponencial da micro e mini geração distribuída, com impactos financeiros relevantes e persistentes para os agentes de geração de energia renovável.

### **6.2.1. Parâmetros adotados na simulação (constrained-off)**

Para fins de simulação, foram fixados os seguintes parâmetros objetivos:

1. Partes envolvidas: Eólica Mangue Seco 1 – Geradora e Comercializadora de Energia Elétrica S/A; Eólica Mangue Seco 3 – Geradora e Comercializadora de Energia Elétrica S/A; Eólica Mangue Seco 4 – Geradora e Comercializadora de Energia Elétrica S/A x Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL);
2. Causa de pedir: controvérsia relacionada à limitação da compensação financeira e aplicação dos ressarcimentos contratuais por desvios negativos de geração em função dos cortes de geração por constrained-off, sobretudo em razão das regras introduzidas pela Resolução Normativa ANEEL nº 1.030/2022, com alegação de violação ao regime legal e contratual de neutralidade e desequilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Energia de Reserva;
3. Pedido liminar: *“Liminarmente, seja deferida a tutela de urgência, inaudita altera pars, para que sejam suspensos os ressarcimentos contratuais decorrentes da aplicação do RESSARCIMENTO POR DESVIOS NEGATIVOS DE GERAÇÃO previsto na Cláusula 11ª dos Contratos de Energia de Reserva nos 36, 38 e 39 de 2009, em razão dos cortes de geração determinados pelo ONS (“constrained-off”), afastando-se as restrições ilegais atualmente previstas no art. 16, caput e § 2º, da Resolução Normativa nº 1.030/2022, determinando-se à ANEEL a adoção de todas as providências necessárias para assegurar a compensação integral do Parque Eólico Mangue Seco, independentemente da classificação do corte de geração e dedução por franquias de horas, nos termos do art. 1º, VII, § 10, IV, da Lei nº 10.848/2004, e art. 59, I e IV, do Decreto nº 5.163/2004, até o julgamento de mérito da presente demanda, sob pena de multa diária a ser fixada por Vossa Excelência”;*
4. Pedido principal: *“No mérito, a confirmação da tutela de urgência deferida para que, em caráter definitivo, seja declarado o direito de compensação integral das Autoras em função dos cortes de geração determinados pelo ONS (“constrained-off”), mediante isenção dos ressarcimentos contratuais decorrentes da aplicação do RESSARCIMENTO POR DESVIOS NEGATIVOS DE GERAÇÃO previsto na Cláusula 11ª dos Contratos de Energia de Reserva nos 36, 38 e 39 de 2009,*

*anulando-se as restrições ilegais atualmente previstas no art. 16, caput e § 2º, da Resolução Normativa nº 1.030/2022, determinando-se à ANEEL a adoção de todas as providências necessárias para assegurar a compensação integral do Parque Eólico Mangue Seco, independentemente da classificação do corte de geração e dedução por franquia de horas, observados os últimos 05 (cinco) anos da data do ajuizamento da presente demanda, incluindo-se juros de mora de 1% ao mês desde a citação, bem como correção monetária pelo IGP-M desde a data de cada pagamento a menor, nos termos do art. 1º, VII, § 10, IV, da Lei nº 10.848/2004, e art. 59, I e IV, do Decreto nº 5.163/2004”;*

5. Principais fundamentos jurídicos em discussão: (i) ilegalidade e extrapolação do poder regulamentar da ANEEL ao restringir a compensação por constrained-off (art. 1º, VII, § 10, IV, da Lei nº 10.848/2004, e art. 59, I e IV, do Decreto nº 5.163/2004); (ii) afronta a neutralidade contratual do gerador diante de eventos de caso fortuito e força maior (Cláusulas 16.1 e 16.2 dos contratos e art. 393 do Código Civil); (iii) e violação ao equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Energia de Reserva (art. 37, XXI, da Constituição Federal; art. 124, II, ‘d’, da Lei nº 14.133/2021);
6. Presença de contrato administrativo: Contratos de Energia de Reserva nº 36, 38 e 39, de 2009, firmados com a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE);
7. Valor econômico em disputa: R\$ 50.761.712,66;
8. Impacto econômico acumulado (setembro/2023 a agosto/2024): R\$ 8.105.690,53;
9. Data de distribuição do processo: 08/08/2024;
10. Data da decisão liminar: 29/08/2024;
11. Situação processual até a data-base da simulação (12/12/2025): processo sem sentença de mérito e sem julgamento de apelação;
12. Marco inicial da contagem financeira: setembro de 2023 (mês seguinte ao evento sistêmico ocorrido em 15/08/2023);
13. Marco final da contagem financeira: cenário 1 – data atual (dezembro de 2025); e cenário 2 – projeção até o tempo médio de julgamento de apelação no TRF-1 (10 anos), de acordo com a experiência analisada no caso GSF;
14. Valor econômico mensal em disputa: R\$ 280.000,00; e
15. Atualização monetária: correção mensal pelo IGP-M, índice utilizado nas contabilizações financeiras do Mercado de Curto Prazo (MCP).

#### **6.2.2. Resultados obtidos na simulação (constrained-off)**

Destaca-se que o impacto financeiro suportado pelo gerador foi severamente agravado após o evento sistêmico ocorrido em 15/08/2023, de modo que os montantes acumulados antes do ajuizamento da demanda foram devidamente considerados. Nesse sentido, o impacto financeiro acumulado sobre o contrato parte de setembro/2023 (evento sistêmico) a agosto/2024 (distribuição da ação), totalizando R\$ 8.105.690,53.

Já o fluxo financeiro da simulação foi iniciado em 08/08/2024 (data de distribuição), considerando o prejuízo mensal de R\$ 280.000,00 indicado na inicial, com atualização monetária pelo IGP-M.

Aplicando-se a metodologia descrita, foi possível mensurar o impacto financeiro acumulado do litígio em função do tempo de sua tramitação, tanto no cenário judicial (atual e projetado) quanto nos cenários arbitrais (hipotéticos).

<b>Cenário Avaliado e Simulado</b>	<b>Duração</b>	<b>Impacto financeiro acumulado (R\$)</b>	<b>Redução em relação ao Poder Judiciário (R\$ / %)</b>
Poder Judiciário – data atual (12/12/2025)	16 meses	R\$ 12.562.393,23	n/a
Poder Judiciário – cenário projetado (10 anos)	120 meses	R\$ 50.761.712,66	n/a
Arbitragem (tempo mínimo)	24 meses	R\$ 15.423.606,20	R\$ 35.338.106,46 (69,62%)
Arbitragem (tempo máximo)	48 meses	R\$ 23.407.332,51	R\$ 27.354.380,15 (53,89%)
Arbitragem (média geral)	~20 meses	R\$ 13.825.343,32	R\$ 36.936.369,34 (72,76%)
Arbitragem FGV (média energia)	~16 meses	R\$ 12.249.541,39	R\$ 38.512.171,27 (75,87%)

Novamente, os resultados demonstram que, mesmo em um litígio relativamente recente, a redução do tempo de resolução por meio da arbitragem gera diferenças financeiras significativas, sobretudo quando comparada à duração média projetada no âmbito do TRF da 1ª Região.

Porém, tratando-se de uma ação judícia contemporânea, com 16 meses de tramitação, é necessário reconhecer que único cenário positivo à arbitragem seria na prática especializada da Câmara de Mediação e Arbitragem da FGV, que, hipoteticamente, contaria com resolução por meio de sentença arbitral, ao passo que o processo judicial, no cenário atual, ainda não possui decisão definitiva de mérito.

## **7. Observações e limitações sobre os impactos financeiros simulados**

Cumprir registrar que, na prática, os impactos econômicos associados não se comportam de forma linear ao longo do tempo.

Sobre o GSF, observa-se, historicamente, uma intensificação relevante dos impactos no período inicial da judicialização (entre 2015 e 2017), e uma significativa redução desses impactos a partir de soluções legislativas e regulatórias implementadas (entre 2018 e 2020).

Sobre o constrained-off, por outro lado, observa-se uma intensificação relevante dos impactos a partir do evento sistêmico ocorrido em 15/08/2023, cenário que não tem se normalizado, diante dos problemas estruturais contemporâneos, principalmente relativos à (i) licitações e obras em andamento para expansão do sistema de transmissão; (ii)

entrada de novos geradores na matriz elétrica nacional; e (iii) crescimento exponencial da micro e mini geração distribuída.

Por simplificação e ausência de dados específicos para cada mês de projeção avaliado, essa dinâmica não linear não foi considerada nos cálculos, os quais adotam um fluxo mensal regular, corrigido pelo IGP-M, exclusivamente para fins de padronização, comparabilidade e replicabilidade metodológica entre os diferentes cenários analisados.

#### **8. Observação final sobre especialização e previsibilidade**

Ainda que a presente simulação esteja centralizada no efeito financeiro em função do tempo de tramitação dos processos judiciais e arbitrais, ela dialoga diretamente com o problema de pesquisa. O tempo de tramitação dos litígios é um recurso valioso aos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro. A espera e a indefinição por soluções regulatórias complexas gera incertezas e instabilidades nas relações contratuais, que se refletem na precificação de riscos pelo agentes no mercado de energia elétrica.

Do mesmo modo, a especialização da arbitragem no setor elétrico, notadamente em câmaras com corpo arbitral especializado em direito regulatório de energia elétrica, tende igualmente a reduzir o tempo de duração dos litígios nas Câmaras de Arbitragem, além de melhorar a previsibilidade decisória e diminuir o risco de decisões desalinhadas com a racionalidade técnico-regulatória e contratual submetidas ao mecanismo.

Esse cenário reforça o papel da arbitragem como instrumento de mitigação de custos indiretos e de preservação da estabilidade contratual em contratos administrativos de natureza regulada.

## **APÊNDICE 03: RESUMO SISTEMÁTICO DA PROPOSTA DE INTERVENÇÃO**

Este apêndice tem como objetivo apresentar um resumo sistemático da proposta de intervenção apresentada para adoção da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro.

### **1. Delimitação inicial**

A proposta de intervenção considera que a adoção da arbitragem não deve ser adotada para controle de legalidade ou revisão do mérito administrativo de decisões regulatórias que repercutem sobre os contratos administrativos. O mecanismo se limita ao exame de direitos patrimoniais disponíveis que tenham sido afetados pela regulação setorial.

Nessa concepção, a pesquisa delimita o uso da arbitragem em dois escopos distintos:

1. A arbitragem em contratos administrativos nos quais a ANEEL, na qualidade de representante do Poder Concedente, figura como parte contratante; e
2. A arbitragem em contratos administrativos nos quais a ANEEL não integra a relação contratual, mas a regulação repercute sobre a dinâmica contratual e a esfera patrimonial das partes signatárias.

No primeiro escopo, considerando o recorte metodológico adotado, a pesquisa se limitou ao exame dos contratos de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica a partir de aproveitamentos hidráulicos, considerando o recorte metodológico adotado na análise dos processos judiciais relacionados ao GSF.

No segundo escopo, foram analisados os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR) e Contratos de Energia de Reserva (CER), que, embora não celebrados com o Poder Público, consistem em modalidades contratuais que são estritamente regulados e fiscalizados pela ANEEL. Ambos os contratos de natureza regulada tiveram suas obrigações impactadas pelos cortes de geração por constrained-off, conforme análise empírica realizada de processos judiciais relativos à controvérsia.

Nas duas situações, a arbitragem não se voltaria à revisão dos fundamentos técnicos ou regulatórios que provocaram o litígio, mas sim à definição, entre as partes contratantes, dos efeitos econômicos dentro do contrato, tais como alocação de riscos, equilíbrio econômico-financeiro, cumprimento de obrigações contratuais e cálculo de indenizações.

### **2. Inclusão expressa do setor elétrico no Decreto nº 10.025/2019**

Como medida voltada à conferir maior segurança jurídica ao uso da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico, foi proposto um aperfeiçoamento normativo para incluir o expressamente o setor elétrico no Decreto nº 10.025/2019, que regulamenta o uso da arbitragem pela Administração Pública Federal.

Nesse sentido, a redação do art. 1º do Decreto nº 10.025/2019 poderia ser atualizada da seguinte forma:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a arbitragem, no âmbito dos setores de energia elétrica, portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários.

Na perspectiva normativa, a proposta teria impacto sobre a redução do nível de incerteza à institucionalização do mecanismo de arbitragem, além de fortalecer o nível de *enforcement* dos contratos, ao promover um mecanismo de resolução de conflitos com força de tutela jurisdicional, com maior celeridade, tecnicidade e menor sensibilidade aos cenários de política institucional, de modo a fomentar um ambiente mais favorável aos investimentos privados.

Na perspectiva sistemática, a medida contribuiria para a harmonização do regime jurídico da arbitragem envolvendo a Administração Pública, reduzindo a fragmentação normativa hoje existente entre os diferentes segmentos de infraestrutura. Além disso, a proposta contemplaria parâmetros uniformes para a solução de controvérsias contratuais envolvendo a Administração, uma vez que o Decreto nº 10.025/2019 já disciplina as diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Público.

Não se descartou a possibilidade de uma lei própria que disciplinasse o uso da arbitragem nos contratos administrativos do setor elétrico brasileiro. Essa opção não foi adotada, contudo, na medida em que a alteração legislativa seria necessariamente mais ampla e complexa, além de não contemplar critérios homogêneos para a arbitragem envolvendo a Administração Pública.

Além disso, a Lei nº 9.307/1996, com a redação que dada pela Lei nº 13.129/2015 não exclui a agência reguladora e os agentes institucionais do setor elétrico do conceito de Administração Pública Direta e Indireta autorizada a utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, de modo que, em princípio, uma nova lei nesse sentido não seria necessário.

### **3. Cláusula-modelo, limites formais e materiais e diretrizes procedimentais e serem definidos por meio de regulação contratual**

Sugere-se a elaboração de uma cláusula-modelo arbitral, com a indicação de diretrizes e procedimentos para incorporação da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos do setor elétrico.

A cláusula-modelo foi elaborada a partir da experiência adquirida pela ANEEL com o Termo de Compromisso Arbitral celebrado com a concessionária Transnorte Energia S/A, nos termos do Despacho nº 2.812/2021, para além das orientações de boas práticas institucionais apresentadas pelo Guia do Banco Mundial (WORLD BANK, 2019).

Nesse sentido, a redação da cláusula-modelo poderia ser apresentada da seguinte forma:

#### **CLÁUSULA XX – DA CLÁUSULA ARBITRAL**

AS PARTES resolvem, em comum acordo, submeter à arbitragem os conflitos especificados nesta cláusula, observado o disposto na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e no Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

**Primeira Subcláusula.** As partes comprometem-se a envidar todos os esforços possíveis para solucionar amigavelmente quaisquer divergências decorrentes da execução, interpretação ou cumprimento deste contrato, mediante negociação direta entre seus representantes legais, a ser iniciada no prazo de até 30 (trinta) dias contados da comunicação escrita da controvérsia.

**Segunda Subcláusula.** Persistindo o impasse, as partes poderão, de comum acordo, submeter a controvérsia a procedimento de mediação

ou conciliação, a ser conduzido pela Superintendência de Mediação Administrativa e das Relações de Consumo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, observando-se as disposições da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

**Terceira Subcláusula.** Não havendo autocomposição, quaisquer litígios, controvérsias ou discordâncias relativos aos direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do presente contrato deverão ser resolvidos, após decisão administrativa definitiva, por arbitragem institucional, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

**Quarta Subcláusula.** A arbitragem será conduzida no Brasil, em língua portuguesa, observado o regulamento da Câmara Arbitral escolhida, no que não conflitar com a presente cláusula e com as regras do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

**Quinta Subcláusula.** A arbitragem será conduzida por um Tribunal Arbitral com posto por 3 (três) árbitros, sendo 1 (um) árbitro nomeado pela ANEEL, 1 (um) árbitro nomeado pelo agente e 1 (um) terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, a ser indicado pelos outros dois árbitros nomeados pelas partes.

**Sexta Subcláusula.** A arbitragem deverá observar exclusivamente o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive as disposições contidas no presente contrato, sendo vedado o julgamento por equidade.

**Sétima Subcláusula.** As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo agente, em especial, as despesas administrativas da Câmara Arbitral, o adiantamento dos honorários dos árbitros e os custos relacionados à produção de provas de natureza técnica demandada pelos árbitros, inclusive pericial, a ser realizada por perito independente, indicado de comum acordo pelas partes ou, na ausência de consenso, pela instituição arbitral designada.

**Oitava Subcláusula.** As despesas decorrentes da contratação de assistentes técnicos e pareceristas e de provas solicitadas pelas partes, inclusive pericial, serão de responsabilidade das partes que as requererem ou apresentarem e não serão restituídas ao final do procedimento arbitral.

**Nona Subcláusula.** Se for o caso, as verbas adiantadas pelo agente serão restituídas pela ANEEL, total ou parcialmente, conforme vier a ser determinado na sentença arbitral. Na hipótese de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem.

**Décima Subcláusula.** Não haverá condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, ficando excluído o ressarcimento, por quaisquer das Partes, de honorários contratuais.

**Décima Primeira Subcláusula.** Durante o trâmite de qualquer procedimento de resolução de controvérsias, as partes deverão manter a execução das obrigações essenciais do contrato, assegurando a continuidade e regularidade da prestação dos serviços de energia elétrica.

**Décima Segunda Subcláusula.** O processo arbitral deverá observar o princípio da publicidade, resguardadas as hipóteses legais de sigilo, as

necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e as decorrentes de decisão do Tribunal Arbitral, nos termos da lei.

**Décima Terceira Subcláusula.** A arbitragem terá sede em Brasília-DF.

**Décima Quarta Subcláusula.** A sentença arbitral será proferida na cidade de Brasília-DF.

**Décima Quinta Subcláusula.** Esta cláusula arbitral substitui quaisquer disposições anteriores sobre solução de controvérsias e integra o presente contrato como instrumento de governança regulatória, destinada a promover a eficiência e estabilidade nas relações contratuais do setor elétrico brasileiro.

A regulação contratual para a adoção da arbitragem tem o potencial de reduzir os custos de negociação sobre os limites formais e materiais e diretrizes do procedimento. Nesse escopo, propõe-se a submissão da minuta de cláusula-modelo aos procedimentos de consultas e audiências públicas, permitindo que agentes setoriais, câmaras de arbitragem, associações representativas e demais interessados possam contribuir para a definição de parâmetros necessários ao uso da arbitragem.

Especificamente, é importante obter subsídios por meio de consultas/audiências públicas com o intuito de discutir a conveniência de especificar os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que se submeteriam à arbitragem. Nada obstante, recomenda-se observar aquelas matérias que já encontram relativa convergência na doutrina e no ordenamento jurídico vigente, considerando o disposto no art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021, e art. 2º, parágrafo único e incisos, do Decreto nº 10.025/2019.

Por fim, recomenda-se o uso desses instrumentos de participação social para avaliar eventuais conflitos com as competências da ANEEL ou dos agentes institucionais do setor elétrico que são partes contratantes em diversas modalidades de contratos regulados.

Essas medidas reforçam a legitimidade da cláusula arbitral e atendem a necessidade de um processo regulatório público, transparente e participativo, ancorado nos fundamentos técnicos e operacionais de cada contrato administrativo de natureza regulada.

#### **4. Monitoramento e avaliação: institucionalização da arbitragem**

Por fim, propõe-se a adoção de mecanismos de monitoramento e avaliação regulatória, além da criação de um banco de precedentes arbitrais, com o objetivo de aperfeiçoar o uso da arbitragem setorial e permitir o desenvolvimento de uma jurisprudência arbitral, em atendimento ao princípio da publicidade que orienta a arbitragem envolvendo a Administração Pública.

No que tange ao banco de jurisprudência, a proposta não deve comprometer informações sigilosas e sensíveis de mercado, em conformidade com o disposto no art. 3º, inciso IV, do Decreto nº 10.025/2019.

Quanto ao monitoramento regulatório contínuo, propõe-se o uso da Análise de Resultado Regulatório (ARR) após vinte e quatro meses da entrada em vigor da primeira regulação contratual sugerida, com indicadores objetivos como:

1. Tempo médio de solução dos conflitos;
2. Redução da litigiosidade judicial;
3. Grau de satisfação dos agentes;

4. Número de arbitragens concluídas com execução voluntária; e
5. Nível de transparência obtido.

O uso desses instrumentos tende a reduzir os custos associados à assimetria de informações, fiscalização e controle e coordenação institucional, aumentando a credibilidade e a conformidade regulatória. Na presente pesquisa, essas medidas buscam reforçar a qualidade procedimental da iniciativa, além de permitir ajustes incrementais baseados em evidências empíricas.

## ANEXO 01: RESPOSTA À CONSULTA FORMAL RECEBIDA DA CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV)

**De:** Caroline de Jesus Barbosa <caroline.barbosa@fgv.br>  
**Enviado em:** segunda-feira, 15 de dezembro de 2025 11:20  
**Para:** José Soares  
**Cc:** Câmara FGV de Mediação e Arbitragem; Arthur Izidoro de Oliveira  
**Assunto:** RES: Arbitragem em matéria de energia

**Sinalizador de acompanhamento:** Acompanhar  
**Status do sinalizador:** Concluída

Prezado Senhor, bom dia.  
O tempo médio de duração das arbitragens envolvendo energia elétrica é de 1 ano, 4 meses e 2 dias.

Atenciosamente,

**Caroline Barbosa**

+55 21 3799 5625  
[caroline.barbosa@fgv.br](mailto:caroline.barbosa@fgv.br) / [camara@fgv.br](mailto:camara@fgv.br)  
Praia de Botafogo, 186, 1º andar - Botafogo  
Rio de Janeiro - RJ | CEP 22250-900



---

**De:** José Soares <jose.soares@bcfadogados.com>  
**Enviada em:** quinta-feira, 11 de dezembro de 2025 10:21  
**Para:** Câmara FGV de Mediação e Arbitragem <CAMARA@fgv.br>  
**Assunto:** RES: Arbitragem em matéria de energia

Prezado(a), bom dia!

Foi possível verificar a solicitação abaixo? Gostaria obter esses dados para contribuir com a minha dissertação de mestrado.

Como profissional e pesquisador na área de arbitragem, gostaria, por gentileza, de tirar uma dúvida:

- **Em média, quanto tempo dura um processo de arbitragem na área de energia na Câmara da FGV?**

Desde já, agradeço a atenção.

Obrigado.

At.te.,

**BAGGIO e COSTA FILHO**  
Sociedade de Advogados

**José Batista Soares Neto**

Brasília (sede): SHIS QL 10, Conjunto 01, Casa 08, Lago Sul, Distrito Federal  
CEP: 71.630-015. Tel.: +55 61 3203 5090 / 3364 4681

Recife: Av. República do Líbano, nº 251, Torre A, Sala 1.602, Pina, Pernambuco  
CEP: 51.110-160

Porto Alegre: Av. Praia de Belas, nº 1.212, Sala 721, Praia de Belas, Rio Grande do Sul