

JUSTINO DE OLIVEIRA
A D V O G A D O S



Data: 18 de junho de 2018

Para: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT

De: Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam

Re: Sugestões à minuta de Resolução – Mecanismos alternativos para a solução de controvérsias

Prezado Dr. Mario Rodrigues Junior,

Em consideração do Aviso de Audiência Pública nº 004/2018,¹ submetemos a Vossa apreciação as seguintes considerações:

1 – Preliminarmente – 3 (três) pontos de atenção para a edição da Resolução ANTT que dispõe sobre “os procedimentos e as regras referentes ao processo de Solução de Controvérsias entre a ANTT e os seus entes regulados”

Extremamente bem-vinda a iniciativa normativa de regulamentar o emprego da arbitragem – e eventualmente da mediação – no âmbito da ANTT, e somente por este motivo, a minuta de Resolução ora sob consulta merece aplausos.

Todavia, manifestamos 3 (dois) pontos de atenção, de caráter mais geral e prévios à edição da Resolução em si.

O primeiro ponto, diz respeito ao teor de legislação federal recém editada – Lei federal n. 13.448, de 05 de junho de 2017 – cujo âmbito material de abrangência engloba contratos de infraestrutura rodoviária e ferroviária, áreas objeto de regulação da ANTT.

Esta lei tornou obrigatória a previsão de cláusula arbitral para o contexto das relitações (art. 15, inc. III – “*o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei*”).

¹ Cuida-se de Aviso, pelo qual a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT comunicou a realização de Audiência Pública para colher subsídios ao aprimoramento da proposta de Resolução que dispõe sobre os critérios de solução de controvérsias nos setores ferroviário e de infraestrutura rodoviária da Administração Pública Federal sob regulação da ANTT, durante o período de 4 de maio de 2018 até 18 de junho de 2018.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S



Há ainda o art. 31 da lei acima referida, que encerra uma série de regras que devem ser observadas pelos órgãos e entidades públicas federais no que diz respeito aos contratos dos setores pelo diploma legal regulados, o que inclui contratos da ANTT, prevendo inclusive que “Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei” (§ 5º).

Sendo assim, entendemos que a melhor técnica aqui recomendaria que, sobretudo em virtude do teor das regras da Lei federal n. 13.448/17, que a ANTT aguardasse a edição de Decreto de relicitação (exigido pelo art. 14, caput) para expedir uma eventual normativa específica com objeto similar à minuta de Resolução ora em análise.

Mais do que isso: ideal seria que tal resolução da ANTT fosse editada após a edição pela União Federal de um Decreto regulamentador de Arbitragem (e métodos extrajudiciais de resolução de conflitos), o qual teria bases mais gerais e que abarcaria os contratos da ANTT, no que diz respeito à arbitragem. Esta atitude conferiria maior segurança jurídica a todos os contratados abrangidos pelas áreas regulamentadas pela Lei federal n. 13.448/17, no sentido de que o procedimento administrativo e as tratativas dos órgãos e entidades federais competentes a firmar cláusula arbitral passariam a seguir um padrão único e uniforme, abrindo-se espaços para eventuais especificidades envolvendo áreas e contratos específicos (como se fez, inclusive, na área dos portos, com o Decreto n. 8.465, de 08.06.2015).

Em síntese, melhor verificar se a Presidência da República tem a intenção, ao menos nas áreas regulamentadas pela Lei federal n. 13.448/17, de editar um Decreto de caráter mais geral envolvendo a matéria da resolução extrajudicial de conflitos contratuais, para DEPOIS expedir-se uma Resolução ANTT de teor similar. Todavia, a discussão sobre uma Resolução ANTT sobre a matéria deve ser prestigiada.

O segundo ponto diz respeito a criar-se um anexo, contendo uma minuta de cláusula compromissória escalonada. Esta sugestão materializaria as regras consideradas pela ANTT em uma Resolução como a que se discute aqui, obviamente servindo somente como uma referência para os contratos, e não de caráter cogente e de observância obrigatória. É realmente no caso concreto que a cláusula será redigida, mas levando-se em conta a minuta de cláusula padrão prevista no Anexo da Resolução. Tal providência reforça a previsibilidade contratual e torna a redação da cláusula arbitral em um contrato específico mais segura e padronizada, e claro, abrindo-se espaço para um maior alinhamento às especificidades de cada contrato.

O terceiro ponto preliminar, ligado ao anterior, diz respeito à adequação obrigatória do conteúdo da presente Resolução ANTT com as referências e padrões interpretativos da Lei federal n. 13.655, de 25.04.2018, que altera a LINDB, e estipula disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S



Por exemplo, um ponto que inclusive será objeto de proposta específica, diz respeito ao art. 4º da minuta da presente Resolução que, a despeito de estar harmonizada com o art. 31, caput, da Lei federal n. 13.448/17 (“as controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após *decisão definitiva da autoridade competente*, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias” grifo nosso), precisa de melhor detalhamento material para estar realmente afinada com os ditames de segurança e previsibilidade jurídicas que a lei federal n. 13.655/18 pretende criar para órgãos e entidades da Administração pública brasileira. Ou seja, é preciso deixar claro o que se entende por “decisão definitiva da ANTT” (art. 4º da minuta de Resolução em comento), sem que se impeça ou mesmo aniquile o direito de acesso à arbitragem ao contratado que entende ter sido violado em um direito contratual seu. Mas retornaremos a este ponto mais à frente.

2. O tema da disponibilidade e a enunciação de matérias passíveis de arbitragem na Resolução ANTT

Em 2015, a Lei de Arbitragem foi alterada pela Lei n. 13.129/2015, pela qual ficou expresso o reconhecimento legal amplo da possibilidade de a Administração, como um todo, adotar a arbitragem. De acordo com o art. 1º, § 1º desta lei: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Via de consequência, se o conflito for relativo a direitos patrimoniais disponíveis, a arbitragem pode ser empregada para dirimir as controvérsias envolvendo a Administração Pública direta e indireta. Não obstante, ainda persiste a dificuldade em se definir a disponibilidade dentro do Direito Administrativo.

A doutrina, assim, criou alguns parâmetros, a fim de entendê-la, destacando-se os seguintes: *(i)* interesses públicos primários e secundários; *(ii)* ato de império e de gestão; *(iii)* ordem pública; *(iv)* reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão; *(v)* direitos transacionáveis ou renunciáveis, e *(vi)* direitos alienáveis.

Porém, não há um critério geral que permita definir os direitos disponíveis da Administração Pública. O que pode ser afirmado é que há diferentes graus de restrições e, pois, de indisponibilidades impostas à Administração. Assim, afastando qualquer relação maniqueísta entre a jurisdição e a arbitragem, é adequado que esta última seja aplicada a situações que revelem relações jurídicas que admitam uma maior flexibilidade, possibilidade de negociação e contratação no âmbito de operações comerciais.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S



De um modo geral, são arbitráveis: (i) as cláusulas econômico-financeiras e monetárias; (ii) as hipóteses em que se assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e (iii) as consequências patrimoniais advindas do uso das prerrogativas administrativas determinadas em cláusulas exorbitantes que afetem direitos do particular.

Em sede de regulamento ou resolução, parece-nos que a ANTT deva seguir o modelo norte-americano. A política legislativa adotada nos Estados Unidos exige que o órgão público ou a agência editem orientações (*guidances*) a respeito do uso da arbitragem. O *Administrative Dispute Resolution Act* (“ADRA”), por exemplo, estipula que a agência deve considerar não usar a arbitragem se um precedente jurisprudencial definitivo sobre a questão for necessário; se a matéria envolve ou possa envolver questões significativas de política governamental que exijam procedimentos adicionais antes de uma decisão final; se houver a perspectiva de a arbitragem não gerar resultados consistentes em relação a decisões individuais; se a questão afetar significativamente pessoas ou organizações que não sejam partes no processo; se for importante ter uma documentação pública completa do processo e o processo arbitral não puder atender isto; se arbitragem interferir na autoridade da agência de alterar a disposição sobre a questão à luz de novas circunstâncias.

Assim, a Resolução da ANTT não deve limitar sobremaneira a ação administrativa concreta que elabora o contrato e a cláusula arbitral. Sobre a questão, a nota técnica PRG nº 3/2018² traz um rol suficientemente definido, sugerindo-se apenas que o inciso IV do art. 2º tenha a seguinte redação: “IV – *consequências patrimoniais* das penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias”.

Por fim, sobre o artigo 3º,³ parece-nos que o comando do art. 1º, §1º da Lei de Arbitragem é o de que a Administração defina as matérias arbitráveis e não as matérias inarbitráveis. Além disso, não parece útil trazer tal definição. Assim, sugerimos a exclusão do referido artigo.

² “Art. 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução: I - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - revisão de tarifas; III - indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato; IV - penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias; V - o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e VI - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. Parágrafo único. Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem Compromisso Arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições e demais regras aplicáveis”

³ “Art. 3º Não serão submetidos ao ambiente de Solução de Controvérsias as seguintes matérias: (...)”.

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S



3. A melhor compreensão de “decisão definitiva da ANTT” como condição para a instauração oficial da arbitragem – art. 4º da minuta da Resolução ANTT

Conforme esclarecemos no item 1 *supra*, o art. 4º da minuta da presente Resolução que determina que o recurso à arbitragem somente poderá ser operacionalizado após “decisão definitiva da ANTT”, considera esta como “decisão administrativa quando dela não couber mais recurso” em tese encontra-se plenamente harmonizada com o art. 31, caput, da Lei federal n. 13.448/17 (“as controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após *decisão definitiva da autoridade competente*, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias” grifo nosso).

Todavia, entendemos que não é suficiente prever que decisão administrativa definitiva é aquela da qual não couber mais recursos. Há de haver maior e melhor detalhamento desta regra, com o fito de estar realmente afinada aos ditames de segurança e previsibilidade jurídicas que a Lei federal n. 13.655/18 pretende criar para órgãos e entidades da Administração pública brasileira. Ou seja, é preciso deixar claro o que se entende por “decisão definitiva da ANTT” (art. 4º da minuta de Resolução em comento), sem que se impeça ou mesmo aniquile o direito de acesso à arbitragem ao contratado que entende ter sido violado em um direito contratual seu.

Um ponto diz respeito a costumeira distinção de recursos hierárquicos próprios e impróprios, por exemplo. Então este ponto deve ficar claro na Resolução: o que se considera “recurso”. Por exemplo, pedido de reconsideração é recurso?

Outra situação chave é que o contratado pode não ter interesse em recorrer administrativamente, e por isso não pode se ver obrigado a recorrer para DEPOIS fazer valer o seu direito à arbitragem, previsto em uma cláusula contratual ou compromisso arbitral. Então, por se tratar de um direito do contratado, ele deverá desistir formalmente de um recurso administrativo para DEPOIS dar início à arbitragem?

Outrossim, mesmo que se preveja a definitividade da decisão administrativa como condição para o início da arbitragem, parece-nos que haverá de ser fixado um prazo razoável para que, após a interposição de recurso administrativo haja efetivamente uma decisão administrativa, nos termos do art. 59 da Lei federal n. 9.784/99 – Lei de Processo Administrativo – que prevê que “quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente (§ 1º); o prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita (§ 2º). Ou seja, deve restar explícito na Resolução que, se não houver decisão sobre recursos interposto no prazo da Lei de Processo

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S



Administrativo, o contratado poderá dar início à arbitragem. Entender diferente - o contratado ser obrigado a aguardar indefinidamente por uma decisão administrativa definitiva – contrapõe-se a inúmeros preceitos constitucionais e às leis federais aqui referidas, mormente a Lei federal n. 13.655/18: ao contratado não lhe pode ser vedado acesso à instância arbitral por omissão ou ineficiência administrativa.

Assim, parece-nos que um maior e melhor detalhamento deste art. 4º, a partir destas considerações, vai soar mais afinado com as determinações de segurança jurídica e de previsibilidade da Lei federal n. 13.655/18, além do próprio Texto Constitucional, nos preceitos de “acesso à Justiça”.

4. Inadequação do “Procedimento de Solução de Controvérsias” previsto no art. 5º da minuta de Resolução ANTT

Do modo como estão previstos os artigos 5º e 6º, o “Procedimento de Solução de Controvérsias” parece ser totalmente inadequado e choca-se frontalmente com a própria Lei federal n. 9.307, de 23.09.96, a Lei Geral de Arbitragem.

É que não existe na legislação brasileira esta obrigação prévia de notificação extrajudicial ou administrativa de uma parte em relação à outra, quando a primeira pretende dar início a um processo arbitral. A lei brasileira não exige uma concordância prévia da parte *ex adversa*, fato que eventualmente “legitimaria” a parte interessada em dar início à arbitragem – nos termos de uma cláusula compromissória previamente existente e celebrada por ambas as partes – a efetivamente dar início à arbitragem. E por razões óbvias, não é uma Resolução de um órgão ou ente administrativo que irá criar uma situação esdrúxula como esta.

O requerimento da arbitragem há de ser dirigido à instituição arbitral, nos termos do art. 5º da lei federal n. 9.307/96, quando houver uma cláusula arbitral previamente estabelecida pelas partes, em contrato.

O que talvez possa ser a intenção da previsão do art. 5º - e por extensão do 6º - da minuta de Resolução, seja a hipótese em que não existe uma cláusula arbitral previamente celebrada entre as partes, originalmente, inserida no contrato administrativo. Neste caso, a arbitragem somente será uma opção se as partes assinarem um compromisso arbitral posterior ao contrato (art. 9º da Lei Geral de Arbitragem), e então o conteúdo do art. 5º faria algum sentido, desde que alinhado ao art. 6º da Lei federal n. 9.307/96: “Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S



compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.”

Assim sendo, ou exclui-se este art. 5º da minuta da Resolução ANTT, ou confere-se a ele uma referência e aplicabilidade exclusiva para os casos em que não existe uma prévia cláusula arbitral celebrada entre a ANTT e o contratado, e o contratado tem a intenção de empregar a arbitragem como meio de solução da controvérsia, mas haverá a necessidade da concordância da ANTT, por meio do compromisso arbitral do art. 9º da Lei Geral de Arbitragem.

Também nos casos em que a arbitragem é obrigatória – casos de relicitação, nos termos do art. 15, inc. III, da Lei federal n. 13.448/17 – a inadequação do art. 5º da minuta da Resolução da ANTT ora em comento é mais manifesta ainda.

5- A exclusão do caráter obrigatório da Mediação, previsto na Resolução

Como sabido, a cláusula escalonada combina sequencialmente diferentes meios de resolução de controvérsia. Aparece como a tentativa de solução da controvérsia por meio da mediação previamente à instauração da arbitragem (“cláusula med-arb”) ou mesmo durante o procedimento arbitral (“cláusula arb-med”).

De fato, é crescente o movimento de adoção desta técnica em contratos públicos, sobretudo nos contratos complexos e de longa duração. Nesses casos, o comitê de conciliação ou mediação com caráter técnico é comumente denominado de “dispute boards”, o qual acompanham a execução do contrato e emitem pareceres sobre eventuais conflitos técnicos.

A modelagem da cláusula (se escalonada ou não), entretanto, não deve ser determinada em sede de regulamentação. Seguindo a lógica trazida no item 2, parece-nos que a Resolução não deve obrigar o uso da mediação,⁴ pois a concreção do direito deve ser feita de modo gradual, ou seja, a pertinência ou não da mediação deve ser decidida no caso concreto e não por ato geral e abstrato.

Considerando que a mediação pela Administração Pública é estimulada pela Lei federal n. 13.140/15, melhor prever que a Mediação seja possível, mas não que ela seja obrigatória. Há casos em que a mediação é adequada à realidade contratual, e em outros casos, inadequada. Esta compreensão depende da redação da cláusula

⁴ Conforme o art. 11 sugerido: “Art. 11. Deverá ser realizada, no mínimo, uma reunião específica de mediação a ser solicitada pela parte insatisfeita, acompanhada de seu pedido e de suas razões de fato e de direito. Parágrafo único. Em caso de conhecimento do pedido a ANTT realizará em até 30 (trinta) dias reunião de mediação entre as partes, com a presença de representantes das partes que possuam poderes para transigir sobre a questão.”

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S



compromissória (MED-ARB ou ARB-MED), ou mesmo de uma cláusula de mediação específica, no contrato administrativo.

6 – As despesas com a arbitragem

Lê-se no art. 15, *caput* da proposta de Resolução:

“Art. 15. Toda e qualquer despesa necessária à instalação e desenvolvimento da arbitragem, abrangendo, inclusive, as custas de laudos, pareceres e perícias, bem como os honorários dos membros da câmara arbitral, serão suportadas exclusivamente pela Concessionária.”

Embora harmonizada com o art. 31, §2º, da lei federal n. 13.448/17, não é adequado admitir-se como premissa geral – sobretudo após a edição da Lei federal n. 13.655/18 - de que o pagamento dos custos do processo arbitral fique, num primeiro momento ou exclusivamente, sob a responsabilidade do particular. Isso pode gerar o risco de o particular vir a incluir valores em sua proposta, o que seria prejudicial aos interesses da Administração.

Uma forma equilibrada de adequar a questão é estabelecer que cabe ao particular antecipar as custas, desde que ela inicie o procedimento arbitral, cabendo aos árbitros, ao final, atribuir à parte sucumbente os ônus de sucumbência. Caso o ente estatal inicie o procedimento, este deve arcar com as custas.

Sugere-se assim adotar os termos do Decreto nº 46.245 de 19 de fevereiro de 2018 do Estado do Rio de Janeiro, que assim dispõe:

“Art. 9º - As despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando for ele o requerente do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento.”

“Art. 16 - A sentença arbitral atribuirá à parte vencida, ou a ambas as partes na proporção de seu relativo sucesso em seus pleitos, inclusive reconventionais, a responsabilidade pelo pagamento ou reembolso dos custos e despesas razoáveis incorridos pela outra parte na arbitragem, incluídos os honorários dos árbitros, peritos e assistentes técnicos, e excluídos os honorários advocatícios

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S



contratuais. Parágrafo Único - A sentença arbitral atribuirá também à parte vencida a responsabilidade pelo pagamento dos honorários de sucumbência, cuja fixação sujeitar-se-á aos critérios do artigo 85 do Código de Processo Civil para as causas em que for parte a Fazenda Pública.”

Sendo estas as nossas sugestões, ficamos à disposição para quaisquer informações complementares ou esclarecimentos necessários.



**Gustavo Henrique Justino de
Oliveira**

Professor de Direito Administrativo na
Faculdade de Direito da USP

Árbitro especializado em Direito
Público

OAB/SP: 281.607



Felipe Faiwichow Estefam

Doutor e Mestre em Direito
Administrativo na PUC-SP. Mestre
(LL.M) em Direito Arbitral pela
Universidade de Rotterdam.

Advogado especializado em Direito
Público

OAB/SP: 288.955