



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO

RELATORIA: DEB

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 177/2019

OBJETO: RELATÓRIO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA - RESOLUÇÃO SOBRE O PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

ORIGEM: PRG

PROCESSO (S): 50501.054940/2018-83

PROPOSIÇÃO PRG: PARECER 00412/2019

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO - DIRETORIA COLEGIADA

1. DAS PRELIMINARES

Trata o presente processo da Audiência Pública nº 004/2018, cujo objeto foi a colheita contribuições para a regulamentação dos procedimentos de autocomposição e solução de controvérsias no âmbito da ANTT, do que resultou a apresentação da versão final da minuta de Resolução para o disciplinamento da matéria.

2. DOS FATOS

A Lei nº 10.233/2001 torna obrigatória a existência nos contratos de cláusula que viabilize os instrumentos de conciliação e arbitragem, conforme se observa no art. 35, XVI, para concessão; e, no art. 39, XI, para permissões. Assim, sob a tutela desta ANTT, há diversos contratos que preveem expressamente cláusulas arbitrais.

A possibilidade de arbitragem, no hipótese de controvérsias entre o Poder concedente, neste caso representado pela ANTT, e os prestadores de serviços públicos, sejam concessionários ou permissionários, foi gestada originalmente na Lei nº 8.987/95 quando, em seu artigo 23, inciso XV, previu a composição amigável de interesses; e foi expressamente permitida, em seu artigo 23-A, incluído pela Lei nº 11.196/05, ao autorizar a utilização de instrumentos arbitrais para solução de controvérsias nos contratos de concessão e de permissão.

De outro lado, os acréscimos promovidos pela Lei nº 13.129/15 fizerem constar expressamente na Lei nº 9.307/96 a capacidade de o Poder Público se submeter ao juízo arbitral, conforme art. 1º, § 1º. Por fim, no âmbito de atuação da ANTT, também previu-se expressamente essa possibilidade na Lei nº 13.448/17, art 31. Com relação ao procedimento de mediação, as regras foram definidas pela Lei nº 13.140/15.

Após a realização de regular processo de participação e controle social - PPCS, na modalidade de Audiência Pública (AP nº n. 004/2018), e uma vez consolidadas as contribuições apresentadas, propõe-se a aprovação do respectivo relatório final.

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

Conforme se extrai do RELATÓRIO À DIRETORIA Nº 001/2019, contido no Doc. SEI 0015857, os temas objeto de contribuições na audiência pública, do que resultou a minuta de resolução que está sendo proposta, foram estruturados da seguinte forma: "(1) as peculiaridades que envolvem a Administração Pública em mecanismos de solução de controvérsias; (2) a definição de direitos disponíveis e indisponíveis; (3) a análise sobre as informações sigilosas; (4) a adequação do rito de mediação; (5) a análise do Dispute Board; (6) a escolha da câmara arbitral; e (7) as decisões cautelares e de urgência".

Do dissertado no referido relatório, extrai-se, de essencial, o seguinte:

1. Peculiaridades envolvendo a Administração Pública em mecanismos de solução de controvérsias

Ao longo da análise das contribuições, verificou-se que os questionamentos centrais se relacionavam com a natureza pública da ANTT e sua capacidade de influenciar no ambiente arbitral de modo distinto do agente privado. Mesmo sendo regido por diversos normativos de Direito Público, o contrato administrativo ainda preserva a essencialidade do conceito de contrato: a composição de interesses para um fim comum.

Para harmonizar os interesses dos agentes privados com os interesses da Administração Pública,

definidos por políticas públicas, estabeleceu-se dois conceitos que se equilibram: a alteração unilateral do contrato por parte do Poder Público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Toda vez que ocorre uma alteração contratual por parte do Poder Público que majore o custo, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser restabelecido.

(...)

No caso da ANTT e de outras agências reguladoras, os atos de império e de gestão se confundem no mesmo agente, o que pode causar dúvidas ao analisar o caso concreto. Por um lado, como explicado na Nota Técnica PRG nº 1/2018, as Agências Reguladoras possuem Poder Normativo de estabelecer normas de eficácia geral e abstrata^[1], advindo de seu poder de império; por outro, diversas agências celebram contratos com os agentes em nome da União, exercendo ato de gestão de um bem público.

(...)

Assim sendo, mantém-se o entendimento exarado na Nota Técnica PRG nº 01/2018: as normas gerais e abstratas exaradas pela ANTT devem ser observadas, mas sua aplicação é modulada aos contratos específicos, por meio do equilíbrio econômico-financeiro.

(...)

2. Definições de direito disponível e indisponível

Algumas contribuições questionaram a técnica empregada na redação dos artigos 2º e 3º, ao definir o que é possível de ser submetido ao ambiente de solução de controvérsias e o que não pode ser submetido. Neste tópico também será dada atenção ao questionamento relacionado com a diferença de tratamento nas hipóteses de rescisão por parte da concessionária em face do instituto da relíctação.

A minuta estabeleceu uma estrutura de conjuntos, com pontos de interseção que seriam definidos no caso concreto. No artigo 2º, visou-se permitir o debate de questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro do concreto; em contrapartida, no artigo 3º, externou-se claramente a negativa de debate dos atos de império de uma Agência Reguladora e questões de interesse público primário. Com o objetivo de evitar uma norma draconiana, o parágrafo único do art. 2º foi pensado para os casos dúbios que poderão advir ao longo do contrato. Nessas hipóteses, estabelece-se o compromisso arbitral, que foi mais detalhado na presente minuta para reduzir o risco de futuras demandas judiciais.

(...)

3. Considerações sobre informações sigilosas

A modelagem inicial que versou sobre informações sensíveis recebeu críticas tanto externas quanto internas, e a estrutura normativa foi reformulada para incorporá-las. As críticas externas versaram primordialmente sobre a ANTT definir definitivamente sobre o sigilo, cf. §3º do art. 8º^[1]; ao passo que as críticas internas versaram a classificação das informações, apresentadas nos artigos 9º e 10.

Após a análise das contribuições, a redação apresentada na Minuta foi alterada por gerar dúvidas e interpretações imprecisas. O art. 8º foi remetido ao capítulo que versa exclusivamente sobre o rito arbitral e o § 3º foi reescrito para tornar o texto mais compreensível.

(...)

Com relação aos arts. 9º e 10, verificou-se que o rol previa sigilo ou divulgação obrigatória de informações já tutelados em outras normas, como sigilo de natureza fiscal ou bancária, e a obrigatoriedade de divulgação de informações sobre empresas de sociedade anônimas de capital aberto. Por conseguinte, a equipe técnica entendeu que esses artigos eram redundantes e foram excluídos.

4. Adequação do rito de mediação

Sobre a mediação, o tópico primordialmente questionado foi a obrigatoriedade de mediação prévia, em razão da cláusula escalonada. Ademais, percebeu-se que o capítulo apresentava falha grave: a imprecisão do rito, com a imprevisão da Câmara de mediação e a ausência de procedimentos internos. Concluiu-se que a previsão das reuniões obrigatórias seriam medidas desnecessárias, mantendo somente o rito da mediação como optativo. A exclusão da obrigatoriedade da mediação prévia ocorreu em razão da formalidade necessária que foi impressa ao rito.

Ao reformular o capítulo, as principais alterações, além da exclusão do procedimento med-arb obrigatório, foram: (i) exclusão dos prazos mínimo e máximo; (ii) a previsão expressa da câmara de mediação constituída pela AGU; (iii) o rito interno para a submissão do pleito à mediação; (iv) a definição do representante da ANTT, de seus poderes e a validade de seus atos; e (v) o sigilo do rito.

(...)

5. Análise sobre o Dispute Board

Sugeriu-se incluir o instituto dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas, também conhecidos como *Dispute Boards*. Mais usados em concessões, são grupos formados por profissionais imparciais, com experiência no setor, contratados para acompanhar o progresso da execução do contrato desde o início, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas. As manifestações desses comitês podem opinativas ou cogentes, dependendo de como é estabelecido em contrato.

As considerações trazidas sobre o assunto, apesar de serem elucidativas, não foram acatadas pelas seguintes razões: (i) entendeu-se que o instituto, apesar de possuir potencial, não está pacificado na jurisprudência e na doutrina pátria; e (ii) não caberia incluir uma modalidade de solução de controvérsias que não foi debatida e analisada ao longo do projeto.

(...)

6. A escolha da Câmara Arbitral

Entre os questionamentos apresentados, questionou-se a possibilidade de inclusão da arbitragem Ad hoc. A arbitragem institucional foi privilegiada em razão da organização exigida, em especial para o cumprimento do princípio da publicidade.

A regra definida é que o contrato preveja ao menos uma Câmara Arbitral. Entretanto há casos em que não foi estabelecido clausula compromissória ou não foi indicada nenhuma câmara específica; nessas situações excepcionais, a ANTT indicará três Câmaras entre as cadastradas pela AGU, para que parte privada escolha uma. Entende-se assim que foi preservada a liberdade negocial entre as partes para a definição da câmara.

Além disso, previu-se a possibilidade de alteração do ambiente arbitral por acordo entre as partes,

mantendo, porém, o foro como Brasília. Estabeleceu essa possibilidade já que a câmara arbitral pode acabar ou a controvérsia pode não justificar financeiramente a utilização da câmara estabelecida em contrato.

7. Decisões cautelares e de urgência

Após ponderações internas, decidiu-se prestigiar exclusivamente as decisões colegiadas do Tribunal Arbitral. Para evitar que as decisões cautelares fossem proferidas por um único árbitro, estabeleceu como competente em questões de urgência o Poder Judiciário até a formação do Tribunal. Dessa forma, visou-se tutelar o interesse público, mitigando o risco de decisões por agente incompetente que possam afetar a prestação do serviço

Percebe-se, portanto, que o processo de participação e controle social - PPCS, na modalidade de Audiência Pública (AP nº n. 004/2018), se processou com a plena observância dos ditames legais e regulamentares, com a devida apreciação das contribuições ofertadas. Outrossim, observa-se que todo o processo se deu sob a responsabilidade da Procuradoria Federal Junto à ANTT, tendo a referido Órgão Jurídico elaborado o Relatório Final da audiência pública em questão.

Ademais, uma vez ultimado o procedimento e novamente submetidos os autos ao crivo da Procuradoria Federal junto à ANTT, sobreveio o PARECER n. 00412/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (Doc. SEI 0072101), onde se concluiu pela inexistência de vícios de natureza jurídica na proposição ofertada e consequente viabilidade jurídica da sua submissão à Diretoria Colegiada.

Dante do exposto, e considerando as manifestações técnicas e jurídicas citadas, cujos argumentos ora são adotados e passam a integrar este ato, nos termos do art. 50, inciso II, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999, esta Diretoria entende presentes os requisitos para a aprovação do Relatório Final, bem como da Minuta de Resolução dele resultante.

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

Com estas considerações, VOTO pela aprovação do Relatório da Audiência Pública nº 004/2018, bem como das anexas minutas de Deliberação e Resolução.

O Relatório aprovado deverá ser publicado no endereço eletrônico da ANTT, nos termos do art. 27 da Resolução ANTT nº 5.624, de 21 de dezembro de 2017.

Brasília, 07 de maio de 2019.

À Secretaria-Geral, para prosseguimento.

ELISABETH BRAGA
DIRETORA



Documento assinado eletronicamente por ELISABETH ALVES DA SILVA BRAGA, Diretora, em 08/05/2019, às 11:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador 0273029 e o código CRC 467589E6.

