

São Paulo, 6 de novembro de 2020.

Ao Excelentíssimo Senhor

JEAN PAUL PRATES

Senador da República pelo Estado do Rio Grande do Norte

Senado Federal Anexo 2 Ala Teotônio Vilela Gabinete 03

Assunto: Nota Técnica contrária às disposições sobre arbitragem previstas no Substitutivo do PLS nº 261/2018, que dispõe sobre a exploração indireta, pela União, do transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada; autoriza a autorregulação ferroviária; disciplina o trânsito e o transporte ferroviário.

Senhor Senador,

O Substitutivo apresentado ao **PLS 261/2018**, em 3 de dezembro de 2019, apresenta dispositivos que afetam o instituto da arbitragem em pelo menos três pontos. O Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, instituição sem fins lucrativos voltada à proteção e ao desenvolvimento da arbitragem, pede *venia* para registrar algumas singelas considerações contributivas acerca dos dispositivos do substitutivo do PLS, apresentadas em ordem de importância.

1. PRIMEIRO E MAIS IMPORTANTE –ARTIGO 11, INCISO IV E § 5

Art. 11. Além do disposto nos artigos 18 e 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, o edital e o contrato de concessão **devem indicar, obrigatoriamente:**

IV – **procedimentos de arbitragem em caso de ausência de acordo entre concessionários e usuários** quanto à prestação de serviços acessórios de carga, descarga e demais atividades conexas.

§ 5 Os custos do procedimento de arbitragem de que trata o inciso I do *caput* devem ser suportados inicialmente pelo usuário proponente, cabendo à parte vencida arcar com esses custos após a solução do conflito. (destaques nossos)

1.1. Com relação ao ponto mais importante, o texto prevê uma **obrigatoriedade** de inclusão de arbitragem no Edital para eventuais litígios entre concessionários e usuários. O dispositivo, nos termos em que se encontra atualmente no PLS, viola claramente a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) em especial o princípio da autonomia da vontade expresso nos seus artigos 1 e 3. Cabe às partes em litígio (o concessionário e o usuário, na espécie) consentirem à arbitragem em uma convenção de arbitragem entre si para resolver os litígios visados pelo texto – **que são entre si**. A **obrigatoriedade** de previsão de cláusula compromissória em Edital da Concessão não pode servir para suprir o consentimento de ambas as partes. A ilegalidade reside no fato de que a utilização da arbitragem deve, de

acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, se dar sempre de forma consensual, mediante consentimento expresso, das partes em litígio e não pode ser imposto por Lei.

1.2. Portanto, a sugestão do “CBAr” para evitar contrariedade à lei e para preservar o princípio central do instituto da arbitragem (consentimento entre as partes) seria pela exclusão do §5, inciso IV ou, ao menos, a modificação do artigo 11 para que o inciso IV passe a ser matéria facultativa no edital e não obrigatória.

2. SEGUNDO – ARTIGO 37, §PRIMEIRO

Art. 37. O compartilhamento de infraestrutura ferroviária deve ocorrer na forma da regulamentação, do acordo comercial entre os interessados e das melhores práticas do setor ferroviário.

§ 1º O acordo deve ser formalizado por contrato, resguardada a possibilidade de arbitragem privada e de denúncia ao órgão regulador ferroviário para a solução de conflitos.

2.1. O **SEGUNDO** ponto (artigo 37, § primeiro do PLS) prevê meramente que em determinado acordo poderá ser adotada a “arbitragem privada”. Acredita-se que o texto tenha se referido à arbitragem prevista na Lei 9.307/96. Assim, não se faz necessária a inclusão do dispositivo pois a referida Lei de Arbitragem já define os casos em que se pode utilizar arbitragem (Art. 1). Da mesma forma, ainda que se tenha o envolvimento da Administração Pública, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 1 da referida Lei de Arbitragem também prevê expressamente a aptidão das pessoas públicas para adotar arbitragem. Portanto, o referido parágrafo primeiro do artigo 37 proposto mostra-se dispensável, desnecessário e deve ser excluído.

2.2. Ainda, a referência à “arbitragem privada” pode gerar confusão, pois essa expressão e nomenclatura não é comumente utilizada no Brasil.

2.3. A última expressão de garantindo possibilidade “de denúncia ao órgão regulador ferroviário para solução de conflitos” na mesma oração da possibilidade de arbitragem pode sugerir que o referido órgão fosse atuar como agente solucionador da disputa, em analogia ao exercício da função de árbitro pela entidade, o que é contrário à Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96).

2.4. Portanto, a sugestão do “CBAr” é pela exclusão do trecho “resguardada a possibilidade de arbitragem privada e de denúncia ao órgão regulador ferroviário para a

solução de conflitos.” constante no §primeiro do PLS em referência.

2.5. Subsidiariamente, caso ainda assim seja o entendimento pela manutenção da normativa, sugere-se a seguinte redação ao §1: “§ 1o O acordo deve ser formalizado por contrato, resguardada a possibilidade de arbitragem e de denúncia ao órgão regulador ferroviário.”

3. TERCEIRO – ARTIGO 63 DO PLS. ARTIGO 25, INCISO V DA LEI 10.233, de 5 de junho de 2001

Art. 63. Os arts. 24, 25, 38, 58 e 82 da Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:

V – regular e coordenar a atuação dos concessionários, dos permissionários e das autorizatárias, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários e dos clientes, orientando e disciplinando a interconexão entre as estradas de ferro, e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes ou pela autorregulação;

3.1. O **TERCEIRO** ponto decorre de um equívoco em se utilizar o verbo “arbitrar” na última parte do inciso V, pois sua utilização não deixa clara a natureza jurídica da ação de “arbitrar”. No ordenamento jurídico brasileiro, “arbitrar” como resolução de litígio pode se referir à “arbitragem” tal qual prevista na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) cuja decisão tem natureza jurisdicional. O aludido verbo pode ser ainda usado para se referir ao “arbitramento” previsto (Ex. Art. 485 do Código Civil) para se completar obrigações por um terceiro, que tem natureza obrigacional.

3.2. Se o objetivo é jurisdicional, conforme a Lei de arbitragem, há no mínimo duas claras violações àquela Lei, pois o árbitro não pode ser um ente federal e ainda não estaria respeitada a autonomia da vontade das partes na escolha da arbitragem. Finalmente, não se pode ser um “arbitramento” que não tem o fim de completar contratos, como parece ser o objeto dos dispositivos atacados. Ademais, ainda que se trate de um “arbitramento administrativo” que pudesse ser feito pela Advocacia Geral da União no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, o resultado que se dá é consultivo e não contencioso, além de já existir normativa específica para isso.

3.3. Portanto, a sugestão do CBAr com seria pela substituição da expressão “arbitrando” por outra que não possa parecer que a ANTT poderia agir com poderes jurisdicionais de árbitro nos termos da Lei 9.307/96, como, por exemplo, a substituição por “regulando”.

Assim, por essas razões, o Comitê Brasileiro de Arbitragem solicita a elevada atenção de V. Exa. no sentido das providências acima mencionadas em favor da proteção do instituto da arbitragem e da legalidade do ordenamento jurídico brasileiro.



Giovanni Ettore Nanni
Presidente do CBAr