

XI CONGRESSO RECAJ-UFMG

FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E TECNOLOGIA

F724

Formas de solução de conflitos, educação e tecnologia [Recurso eletrônico on-line]
organização XI Congresso RECAJ-UFMG: UFMG – Belo Horizonte;

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Sérgio Henriques Zandoná Freitas e
Fabrício Veiga Costa – Belo Horizonte: UFMG, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-255-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desafios, travessias e potencialidades para o direito e o acesso à justiça face aos
algoritmos, ao big data e à inteligência artificial.

1. Formas de solução de conflitos. 2. Educação. 3. Tecnologia. I. XI Congresso RECAJ-
UFMG (1:2020: Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XI CONGRESSO RECAJ-UFMG

FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E TECNOLOGIA

Apresentação

É com imensa satisfação que o Programa RECAJ-UFMG – Acesso à Justiça pela Via dos Direitos e Solução de Conflitos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito tornam público à comunidade científica o conjunto dos oito livros produzidos a partir dos Grupos de Trabalho do XI Congresso RECAJ-UFMG: Desafios, travessias e potencialidades para o Direito e o Acesso à Justiça face aos algoritmos, ao big data e à inteligência artificial. As discussões ocorreram em ambiente virtual ao longo dos dias 18, 19 e 20 de novembro de 2020, dentro da programação que contou com grandes nomes nacionais e internacionais da área, além de cento e sessenta e três pesquisadoras e pesquisadores inscritos no total, provenientes de quatorze Estados da federação (AC, AM, BA, CE, MG, PA, PE, PR, RJ, RO, RS, SC, SE e SP). Os livros compõem o produto deste congresso, que há mais de uma década tem lugar cativo no calendário científico nacional.

Trata-se de coletânea composta pelos cento e oito trabalhos aprovados e que atingiram nota mínima de aprovação, sendo que também foram submetidos ao processo denominado double blind peer review (dupla avaliação cega por pares) dentro da plataforma PublicaDireito, que é mantida pelo CONPEDI. Os oito grupos de trabalho geraram cerca de seiscentas páginas de produção científica relacionadas ao que há de mais novo e relevante em termos de discussão acadêmica sobre diversos temas jurídicos e sua relação com a tecnologia: Acesso à Justiça e tecnologias do processo judicial; Direito do Trabalho no século XXI; Estado, governança, democracia e virtualidades; tecnologias do Direito Ambiental e da sustentabilidade; formas de solução de conflitos, educação e tecnologia; Direitos Humanos, gênero e tecnologias da contemporaneidade; inteligência artificial, startups, lawtechs e legaltechs; e Criminologia e cybercrimes.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de vinte e quatro proeminentes pesquisadores ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, dentre eles alguns mestrandos e doutorandos do próprio Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, que indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores. Cada livro desta coletânea foi organizado, preparado e assinado pelos professores e pós-graduandos que coordenaram os trabalhos. Sem dúvida, houve uma troca intensa de saberes e a produção de conhecimento de alto nível foi, certamente, o grande legado do evento.

Nesta esteira, a coletânea que ora se apresenta é de inegável valor científico. Pretende-se, com esta publicação, contribuir com a ciência jurídica e com o aprofundamento da relação entre a graduação e a pós-graduação, seguindo as diretrizes oficiais da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Importante lembrar, ainda, da contribuição deste congresso com a formação de novos pesquisadores na seara interdisciplinar entre o Direito e a tecnologia, uma vez que o número de graduandos que apresentaram trabalhos de qualidade foi expressivo.

O Programa RECAJ-UFMG existe desde 2007 e foi criado poucos meses após o Conselho Nacional de Justiça ter iniciado o Movimento pela Conciliação. Durante a I Semana Nacional de Conciliação, em 2006, a Faculdade de Direito da UFMG, por meio de seu então diretor, Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado, firmou o compromisso, em 4 de dezembro de 2006, de envidar esforços para incluir disciplina sobre as formas de solução de conflitos na grade curricular da faculdade.

De forma pioneira no país e observando a necessidade de estudo e aprofundamento dos temas do acesso à justiça e das formas de solução de conflitos complementares ao Poder Judiciário, a Professora Doutora Adriana Goulart de Sena Orsini passou a ofertar a disciplina “Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça” no período de 2007-2017, em todos os seus semestres na Faculdade de Direito da UFMG.

Nesse contexto, o Programa RECAJ-UFMG atua desde o início em atividades de ensino, pesquisa e extensão em acesso a justiça pela via dos direitos e soluções de conflitos. Reúne grupos de alunos e ex-alunos da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* que, sob orientação da Prof. Adriana, passaram a estudar de forma aprofundada os temas nucleares do Programa e aqueles que lhes são correlatos. Desenvolvendo uma série de projetos, tais como grupo de estudos, disciplinas optativas, seminários, pesquisas, cursos de formação, atividades de extensão, dentre outras, o Programa RECAJ-UFMG honra a sua vocação para ações variadas em seus temas de forma responsável, séria, atualizada, científica e contemporânea. No RECAJ-UFMG, a indissociabilidade entre o ensino, pesquisa e a extensão é uma marca distintiva.

Agradecemos ainda a todas as pesquisadoras e pesquisadores pela inestimável contribuição e desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura!

Belo Horizonte-MG, 26 de novembro de 2020.

Prof^a. Dr^a. Adriana Goulart de Sena Orsini - Coordenadora do Programa RECAJ-UFMG

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA Business School/ESDHC/CONPEDI

Prof. Dr. José Eduardo Resende Chaves Júnior - SKEMA Business School/PUC Minas

DESAFIOS DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO

CHALLENGES OF ARBITRATION INVOLVING THE PUBLIC POWER

Renato Augusto Fernandes Cabral Ferreira

Resumo

O presente artigo visa analisar os impasses quanto à efetivação da arbitragem envolvendo o Poder Público. Para o seu desenvolvimento, foi utilizado o método científico hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas bibliográfica e documental. Constatou-se que apesar da Lei 13.129/2015 autorizar o Poder Público a optar pela arbitragem, parte da doutrina entende que há ofensa aos princípios da indisponibilidade do interesse público sobre o particular. Deste modo, conclui-se que é necessário a elaboração de uma legislação específica determinando quais demandas poderão ser objeto de arbitragem para que possa se dar a efetividade esperada, ou seja, o desafogamento do poder judiciário.

Palavras-chave: Arbitragem, Poder público, Princípios da indisponibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to present an approach on the challenges of arbitration involving public power after a jurisprudential and doctrinal framework. It was found, although the arbitration law after amendment by Law 13,129/2015 has expressly authorized public power opt for arbitration, doctrine understands there is an offense to the principles of the unavailability of the public interest over private, as well as not there is a definition about the right available. Concluded that it is necessary to elaborate legislation determining which demands may be subject to arbitration so that the expected effectiveness can be achieved, that is, the judiciary disengagement

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitrage, Public power, Possibility

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa promover uma reflexão acerca da Arbitragem envolvendo o Poder Público a partir do que consta nas normas jurisprudenciais. Neste quesito, destaca-se a relevância da pesquisa por tratar-se de uma questão de ordem público/privado, já que desde que foi sancionada a Lei nº 9.307/96, que instituiu a arbitragem no Brasil, muitas das ações passaram a ser conduzidas mediante a referida Lei.

Essa mudança de viés fez com que o Poder Público passasse a ver aquela modalidade como inaplicável a ele mesmo havendo diversas legislações prevendo o uso da arbitragem pelo Poder Público. Somente como advento da Lei nº 13.129/2015 é que cessaram as vozes dissonantes quanto à escolha da arbitragem pelo poder público, tendo em vista o permissivo expresso na legislação processual. No entanto, o que tem sido observado é que o Poder Público ainda vê a arbitragem como uma modalidade proposta apenas para a jurisdição privada, o que não a contempla nessa seara.

Diante a situação, indaga-se: A que nível pode ser pensado a Arbitragem como um direito propício e disponível para utilização do Poder Público? A partir da problemática, compreende-se que a opção pela arbitragem como forma de solução do litígio não fere os princípios da indisponibilidade do interesse público, bem como a supremacia do interesse público sobre o privado e, ao mesmo tempo, apresenta os benefícios da escolha da arbitragem. Mediante a isso, propõe-se para a resolução definitiva desse impasse, a proposta de elaboração de lei para classificação dos litígios que poderiam ser resolvidos em processo arbitral.

No desenvolvimento da pesquisa utilizou-se o método hipotético-dedutivo, tendo como base inicial a pesquisa exploratória, cujo o intuito é aprofundar o entendimento sobre o assunto, utilizando materiais bibliográficos e documentais. Na sequência, utilizar-se-á a pesquisa descritiva analítica, onde será feito uma filtragem do material e dados coletados acerca do uso da Arbitragem pelo Poder Público. E, finalizando, a utilização do método, procurou-se explicar a Arbitragem envolvendo o Poder Público, destacado os pontos históricos-conceituais, teóricos, bem como seu aprofundamento, com o intuito de promover uma visão esclarecedora sobre a Arbitragem e o Poder Público e suas relações.

1 A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De início, é necessário um breve apontamento histórico envolvendo arbitragem e a administração pública. Conforme exposto anteriormente, a arbitragem está prevista no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição do Império. No entanto, a possibilidade de utilização da arbitragem como forma de solução de litígio não trazia qualquer menção à administração pública, apenas tratava de pessoas naturais.

Destaca-se que a partir da instituição do Decreto nº 7.959/1880, o Estado passou a ser assistido pela arbitragem, em especial na Cláusula XXXV, que instituía: “No caso de desaccôrdo entre o Governo e a companhia, sobre a intelligencia das presentes clausulas [do referido Decreto], esta será decidida por arbitros nomeados.....”, o que possibilitou o afastamento da jurisdição estatal na resolução de litígio, passando então, a fazer uso da arbitragem.

Vale mencionar que durante estes quase 140 anos, desde a primeira autorização do afastamento da jurisdição estatal em prol da arbitragem, promoveu-se diversas leis que buscaram reforçar a utilização da arbitragem como forma de composição de litígios como, por exemplo: Lei de Concessões; Lei Geral de Telecomunicações; Lei do Petróleo dentre outras. Mesmo com diversas legislações tratando sobre o tema, pairavam dúvidas sobre a possibilidade efetiva de a administração pública poder optar pela arbitragem.

Atualmente, a Lei nº 13.129/2015 inseriu o §1º na Lei nº 9.307/96 demonstrando expressamente que a administração pública direta e indireta poderão utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Além das qualidades das partes e do objeto da demanda, a lei de arbitragem prevê que o procedimento arbitral poderá ser de direito ou de equidade, a critério dos participantes, bem como as partes podem escolher as regras do direito que serão aplicadas e a cláusula de confidencialidade. No entanto, em se tratando de procedimento que envolva à administração pública, nos termos do art. 2º, §3º da Lei nº 9.307/96, a arbitragem será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

2 DA PUBLICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pelo princípio da publicidade, entende-se que todo e qualquer ato da administração pública deve ser pautado na transparência, tendo em vista que a administração não age em nome próprio e, portanto, deve deixar todos os cidadãos a par de seus atos. Logo, o princípio da publicidade é o reconhecimento público das atividades administrativas.

Scatolino e Trindade (2015, p. 65) entendem que os princípios da publicidade “é a divulgação oficial do ato, para conhecimento do público e para o início da produção de seus efeitos (eficácia), bem como permitir o acesso às condutas administrativas”. Desse modo, destaca-se a previsão expressa no art. 37 da Carta Magna, onde a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, dentre outros, o Princípio da Publicidade.

Seguindo a linha, Matheus Carvalho (2017, p. 74-75) explicita que o princípio da publicidade “trata-se de premissa que proíbe a edição de atos secretos pelo poder público, definindo a ideia de que a Administração pública deve atuar de forma plena e transparente” e arremata dizendo que “a eficácia dos atos depende da sua publicidade, mas não a sua validade: a publicidade é imprescindível diante da necessidade de a população ter conhecimento dos atos”.

Como se observa a publicidade dos atos da administração pública é princípio basilar do direito administrativo, razão pela qual deve ser observada no procedimento arbitral. Destarte, os direitos disponíveis da administração pública são determinados pelo ordenamento jurídico com base no Princípio da Legalidade, obrigando o agente público a fazer aquilo que a lei autoriza ou determina.

Diante o exposto, Heitor Vitor Mendonça Sica (2016) destaca que

Parece razoável o entendimento de que os direitos patrimoniais da Fazenda Pública são disponíveis *nos limites traçados pelo ordenamento jurídico*, baseado na mais simples ideia de *princípio da legalidade*. Ou seja, é necessária norma jurídica expressa para definir de quais direitos da Fazenda os agentes públicos que a representam podem dispor, e os limites e condições para que assim o façam, sem que com isso se considere ferida a indisponibilidade do *interesse público*.

Ademais, a legalidade “exige que o administrador esteja sempre pautado com a lei. Impõe a prática de atos sempre de acordo com a lei. Por mais que o agente público esteja na procura do bem comum, no dia a dia de sua atuação, estará condicionado às imposições legais.” (SCATOLINO; TRINDADE, 2015, p. 55).

3 A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Pelo presente princípio, observa-se que há uma imposição de limites a atuação administrativa decorrente do fato de que o interesse público não pode ser deixado de lado pelo agente estatal. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2019) dispõe que “é encarecer

que na administração os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos”.

No procedimento arbitral, em que pese o fato de se tratar de direitos disponíveis, o agente estatal deverá observar sempre a indisponibilidade do interesse público, bem como a supremacia do interesse pública sobre o privado, posto que todas as condutas estatais possuem a função precípua de satisfazer as necessidades coletivas. Nesse contexto, Erico Ferrari Nogueira (2017, p. 134) assevera que:

A possibilidade conferida por lei para adoção da arbitragem como forma de solução de conflitos, nesse passo, indica o sentido da evolução do direito administrativo brasileiro como favorável à solução célere e eficaz de conflitos pela via consensual. Isso, aliás, com clara flexibilização do rigor do princípio da indisponibilidade do interesse público na versão da doutrina clássica. Com isso, rompe-se com a visão estreita da relação de verticalidade entre a Administração Pública e os particulares de modo a acolher a existência de relações jurídicas horizontais.

Nota-se que, o posicionamento do Estado dar-se-á a partir do que estabelece a Lei de Arbitragem. Neste sentido, Alice Gonzalez Borges (2011, p. 04) destaca que

[...] à função administrativa incumbe, em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade específica e precípua de prover a respeito, em caráter concreto, direto, contínuo, imediato, cotidiano. Cabe à Administração Pública, no seu dia-a-dia, em um primeiro momento, interpretar o interesse público, para aplicá-lo às hipóteses da realidade viva e dinâmica. Em um segundo momento, cabe ao Judiciário, - em um juízo de legalidade, - examinar o preenchimento desse conceito jurídico indeterminado, em consonância com as leis e a Constituição.

Considerando os princípios apresentados, resta claro que apesar de expressa autorização de a administração pública em optar por resolver determinada demanda através da arbitragem, muitos entraves podem surgir em decorrência do interesse público, o que ainda pode gerar algumas discussões doutrinárias questionando exatamente uma mitigação dos referidos princípios. Neste aspecto, João Pedro Accioly (2018, p. 07) entende que:

Indisponibilidade e supremacia do interesse público, valores que frequentemente davam esteio a uma visão organicista, muitas vezes confessada, de superioridade da Administração em relação aos particulares. No Brasil, nem mesmo o contrato administrativo foi aceito sem resistência doutrinária, que dirá a arbitragem envolvendo o Poder Público.

4 DESAFIOS DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO

A escolha da arbitragem, como método adequado de solução de litígios que envolvam a administração pública, é uma decisão política. Entretanto, tomada com bom senso em razão dos benefícios advindos do procedimento arbitral, já que possibilita promover uma maior vazão aos processos, evita uma tramitação lenta dos processos que envolvem a administração pública.

Além disso, verifica-se nos processos de execução fiscal que, quando, efetivamente, há a citação do devedor para o pagamento do débito, o mesmo já não possui bens o suficiente para saldar a dívida. Portanto, verifica-se a morosidade do judiciário alinhado aos prazos processuais, o que acaba por dificultar ainda mais a êxito em determinadas demandas.

Desta forma, a escolha pelo juízo arbitral revela-se como necessária, tendo em vista que além de as partes poderem escolher um árbitro que detém conhecimento sobre a demanda, pode ser convencionado as regras, direito, prazos e demais quesitos inerentes ao conflito e a demanda poderá ser resolvida em poucos meses após a instauração.

Segundo Selma Ferreira Lemes (CMABQ, 2020), coautora do projeto original da Lei de Arbitragem, afirma que “é possível ter uma arbitragem processada de oito meses a um ano e meio”. Entretanto, mesmo com a expressa autorização legal trazida pela Lei nº 13.129/2015, ainda há uma discussão sobre os limites ou matérias que poderão ser objeto de procedimento arbitral, e é exatamente neste ponto que há um grande problema, tendo em vista que a Administração Pública Direta, pode constituir a seu favor título executivo extrajudicial nos exatos termos das Leis nº 4.320/64 (que trata do orçamento) e 6.830/80 (execução da dívida ativa) com total dispensa ao processo de conhecimento judicial ou arbitral.

Outro grande desafio está relacionado a execução dos contratos administrativos, principalmente aqueles que são objetos de concessão, posto que o árbitro não poderá apreciar o ato administrativo, em razão que este exclui qualquer tipo de jurisdição, ou seja, segundo Lemes (2007, p. 146-147), para quem “o árbitro, assim como o juiz, não pode analisar a pertinência da decisão da Administração, mas cabe a ele decidir se tal decisão afeta economicamente o contrato e se enseja ressarcimento ao contratado.”

Desta forma, antes da instauração do procedimento arbitral, o direito disponível deve observar os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, a indisponibilidade do interesse público e o tipo de demanda no caso concreto, posto que certos direitos que, aparentemente são disponíveis, têm suas limitações.

CONCLUSÃO

A arbitragem como método adequado para solução de litígios não é um instrumento novo. Contudo, nas últimas décadas têm se mostrado uma ferramenta bastante eficaz diante da morosidade da justiça brasileira. A escolha de um árbitro de confiança, que detenha conhecimento sobre a demanda, torna a arbitragem uma escolha óbvia.

Com relação a sua aplicação no âmbito da Administração Pública, constatou-se que apesar de algumas dúvidas quanto a sua aplicação, a Lei nº 13.129/2015 autorizou expressamente a escolha da arbitragem como forma de solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública.

No entanto, ante aos princípios da legalidade, publicidade, indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o particular, é necessário a elaboração de uma Lei específica delimitando os casos expressos, onde haverá a possibilidade de escolha da arbitragem, posto que em determinados assuntos, a Administração Pública pode constituir título executivo de forma unilateral e, em se tratando de ato administrativo, este não pode ser revisto.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 1, p. 01-31, 2018. Disponível em:

<http://www.periodicos.usp.br/rdda/article/view/138002/137640>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 15, p. 1-23, 2007. Disponível em:

<http://www.encurtador.com.br/uvAFS>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 7.959, de 29 de dezembro de 1880**. Disponível em:

<http://www.encurtador.com.br/jvFST>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. **Lei no 4.320, de 17 de março de 1964**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. **Lei no 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em:

<http://www.encurtador.com.br/syB89>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 03 nov. 2020.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE BRUSQUE (CMABQ). **Advogado deve abandonar Processo Civil na Arbitragem**: entrevista com Selma Ferreira Lemos. Disponível em: <http://www.encurtador.com.br/KLTW9>. Acesso em: 02 nov. 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: Juspodivum, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. 2009. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOGUEIRA, Érico Ferrari. A Arbitragem e sua utilização na Administração Pública. **Revista da AGU**, v. 8, n. 21, 11 set. 2017. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/266>. Acesso em: 28 out. 2020.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Arbitragem e Fazenda Pública**. Publicado em 24 mar. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

THEODORO, Junior Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I: Teoria Geral do Processo Civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.