

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL II

LUIZ GERALDO DO CARMO GOMES

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo Civil II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valter Moura do Carmo; Luiz Geraldo do Carmo Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-048-0

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL II

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI, realizou entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, o seu I Encontro Virtual. Com a impossibilidade de realizar presencialmente o Encontro Nacional, pelo contexto da pandemia, na cidade do Rio de Janeiro, foi disponibilizado um conjunto de ferramentas que permitiu a realização de palestras, painéis, fóruns, assim como os tradicionais grupos de trabalhos e apresentação de pôsteres, mantendo o formato e a dinâmica já conhecidos durante os eventos presenciais.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho em Processo Civil II durante o Encontro Virtual do CONPEDI guardam entre si profícuas discussões em torno de temas palpitantes do Processo Civil brasileiro.

O grupo de trabalho teve início com a apresentação do artigo “Princípio da colegialidade no CPC/2015 em face da contemporânea e arcaica pseudocolegialidade”, afirmando que o CPC /2015 estabeleceu um novo paradigma que vincula as decisões dos Tribunais e desde então, a correta aplicação do direito no sistema processual recursal estabelece a efetiva formação de precedentes vinculantes, com vistas a uniformizar a jurisprudência, dando estabilidade e coerência nas decisões enquanto um modelo cooperativo e dialógico.

Tivemos a apresentação do texto sobre “A produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015: breve análise e releitura das disposições legais”, que teve por escopo analisar o instituto em sua perspectiva geral e a partir de questões pontuais, abarcadas ou não pelo código, sobretudo a recorribilidade de decisão proferida nesta ação.

No artigo “Técnicas de distinção e superação de precedentes no Código de Processo Civil: uma análise da função sistêmica da reclamação constitucional, da ação rescisória e dos recursos” analisasse o papel exercido pela reclamação constitucional, ação rescisória e os recursos cíveis enquanto técnicas de distinção e superação de precedentes.

O trabalho seguinte, intitulado “taxatividade mitigada do rol do Agravo de Instrumento à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: hipótese da recuperação judicial e falência”, buscou retratar a taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, enfatizando-se na hipótese que envolva a Lei da Recuperação Judicial e Falência.

Em “Precedentes judiciais: um olhar específico em face da atuação da Procuradoria-Geral Federal e o Direito da personalidade à aposentação”, analisasse o sistema de precedentes no Brasil como um sistema misto. Demonstrando-se em que medida os precedentes previstos no art. 927 do CPC de 2015 vinculam juízes, tribunais e Administração Pública, considerando notadamente o regime jurídico constitucional estruturante.

O texto “Desafios do incidente de resolução de demandas repetitivas à luz do princípio da segurança jurídica e do contraditório” trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e dos princípios da segurança jurídica e do contraditório. Tendo como objetivo avaliar a aplicação dessas duas normas processuais fundamentais no marco jurídico do IRDR.

Já o artigo “Modulação de efeitos e superação de precedentes com eficácia prospectiva: a manipulação no tempo da eficácia de decisões pelo poder judiciário” realça as diferenças teóricas que subjazem as técnicas da modulação de efeitos na jurisdição constitucional e a concessão de eficácia prospectiva à alteração de jurisprudência vinculante ou à superação de precedente.

O trabalho “desconsideração da personalidade jurídica: sua aplicação na execução fiscal e uma breve análise do instituto após a entrada em vigor da medida provisória da liberdade econômica”, afirma que legislação brasileira apresenta muitos avanços sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em especial com a vigência do Código de Processo Civil. Já o direito material, sofreu recentes alterações, como a publicação da Medida Provisória da liberdade econômica.

O artigo apresentado “Causa de pedir: os fatos, os fundamentos jurídicos e o aforismo Iura Novit Curia” analisa a causa de pedir no processo civil brasileiro. Inicialmente, estabelece o seu conceito e conteúdo. Em seguida, analisa as teorias da substanciação e da individuação, apontando porque se entende que no Brasil foi adotada aquela primeira. Depois, procura identificar quais são os fatos que realmente identificam a causa de pedir. Finalmente, diferencia fundamentos jurídicos de fundamentos legais, e demonstra como o aforismo iura novit curia permite que o Estado-juiz faça o reenquadramento dos fatos articulados na petição inicial em qualquer norma capaz de resultar as consequências jurídicas pretendidas pelo autor.

Em “Judicialização da saúde em face do Poder Público e ônus sucumbenciais: por uma fixação equitativa dos honorários advocatícios” discutisse o atual contexto de imposição de honorários advocatícios sucumbenciais nas demandas de saúde ajuizadas contra o Poder Público.

O autor de “A participação de interessados no incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise teórica e prática, a partir de uma leitura constitucional do Código de Processo Civil” analisa a participação de interessados no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Código de Processo Civil, à luz da Constituição. Para tanto, é contextualizada a inserção do IRDR no ordenamento jurídico e apresentadas considerações acerca desse Incidente.

O trabalho “A influência exercida pelo capitalismo na edificação do Estado liberal de Direito e sua conseqüente primazia em tutelar Direitos individuais”, buscou compreender que o capitalismo influenciou diretamente a instituição do Estado Liberal, bem como o direito e conseqüentemente o ambiente processual, mormente no que toca a proteção de direitos individuais.

O artigo apresentado “A PEC n.º 199/2019 e seus efeitos para além do Processo Penal” pretendeu analisar a PEC n.º 199/2019 e problematizar os seus efeitos no âmbito do processo civil.

Ainda dada a relevância do tema, tivemos a apresentação “A experiência do leilão eletrônico no Brasil: reflexões possíveis frente ao novo Coronavírus” que teve por objetivo discutir o leilão eletrônico e suas contribuições ante o isolamento social imposto pelo novo coronavírus.

Em “Novos paradigmas do Processo Civil e as limitações ao Iura Novit Curia” expõem-se que o Código de Processo Civil trouxe algumas mudanças em alguns institutos, como o do iura novit curia. Isso ocorrendo em face da modificação ou criação de alguns artigos que limitaram a atuação literal do aforismo, como a instituição da vedação de decisões surpresas, saneamento por convenção das partes, função homologatória e julgamento verticalizado pelos tribunais.

Por fim, tivemos a apresentação do artigo “A arbitragem na desapropriação: instrumento de composição dos conflitos envolvendo a administração pública” onde demonstra-se a partir do método dedutivo, a importância da instituição de câmaras arbitrais pelos tribunais de contas. Ao final, apresenta-se um conjunto de justificativas para que o Tribunal de Contas venha a se inserir neste importante tema.

Desejamos uma boa leitura dos artigos e os convidamos a participar do próximo GT de Processo Civil.

#ContinuePesquisando

Prof. Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes - University of Limerick (UL)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Processo Civil II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A ARBITRAGEM NA DESAPROPRIAÇÃO: INSTRUMENTO DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ARBITRATION IN DISAPPROPRIATION: CONFLICT COMPOSITION INSTRUMENT INVOLVING PUBLIC ADMINISTRATION

Horácio Monteschio ¹
José Laurindo De Souza Netto ²
Adriane Garcel ³

Resumo

O estudo tem por finalidade tratar acerca da arbitragem nas ações de desapropriação envolvendo a Administração Pública. A arbitragem ainda não foi internalizada pelo Poder Público, por isso a instituição de câmaras arbitrais pelos tribunais de contas, ambiente de fiscalização, é de grande relevância, garantido contornos sólidos, eficiência e transparência. Demonstra-se a partir do método dedutivo, a importância da instituição de câmaras arbitrais pelos tribunais de contas. Ao final, apresenta-se um conjunto de justificativas para que o Tribunal de Contas venha a se inserir neste importante tema.

Palavras-chave: Arbitragem, Mediação, Administração pública, Transparência e eficiência

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of the study is to deal with arbitration in expropriation actions involving the Public Administration. Arbitration has not yet been internalized by the Public Power, which is why the institution of arbitration chambers by the courts of auditors, a supervisory environment, is of great relevance, ensuring solid contours, efficiency and transparency. From the deductive method, the importance of the institution of arbitration chambers by the courts of accounts is demonstrated. At the end, a set of justifications is presented for the Court of Auditors to be inserted in this important theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Mediation, Public administration, Transparency and efficiency

¹ Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Com Estágio de Pós-doutorado pelo UNICURITIBA. Mestre em Direitos da Personalidade pela UNICESUMAR.

² Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e FEMPAR.

Introdução

As inovações oportunizadas, nos textos legais brasileiros nos últimos anos, possuem o escopo nuclear de se adaptarem as novas práticas que trouxeram uma nova dinâmica às relações sociais. As inovações tecnológicas, a criação de dispositivos e aplicativos a aparelhos cada vez mais eficientes e populares a troca de informações e dados, aliado com o a rapidez com que as redes sociais e os meios cibernéticos de comunicação estão a incrementar as práticas cotidianas comprovam que as relações entre as pessoas mudaram drasticamente nos últimos anos.

A própria realidade do Poder Judiciário foi alterada exponencialmente com a adoção do processo digital, o qual inseriu maior agilidade aos trâmites processuais no Brasil. Atos processuais que até pouco tempo atrás eram de inimaginável possibilidade de realização hoje passaram a compor o cotidiano dos advogados brasileiros.

No âmbito da administração pública a adoção do pregão eletrônico pela Lei nº 10.520/2002, regulamentado pelo Decreto nº 5.450/2005, tornou-se instrumento que vem agilizar, tornar mais democrático e transparente o certame licitatório. Por igual impôs a Administração Pública severa redução em seus custos administrativos e de bem e serviços que estão sendo adquiridos constantemente, por igual, oportunizou aos interessados amplo espectro de atuação em todo território nacional.

Esta agilidade produzida, pelos meios de comunicação, bem como pelas recentes alterações legislativas, além de serem mais eficientes e compatíveis com a nova realidade vivida pelos brasileiros, trazem em sue bojo a redução de gastos para todos os interessados.

Sensível a este processo de desenvolvimento nas relações pessoais e empresariais, já na década de 1990 entrou em vigor a Lei nº 9.307/96 no nosso ordenamento jurídico, a qual estabeleceu a possibilidade de composição dos conflitos de forma heterocompositiva, ou seja, admitindo que um terceiro, venha decidir a controvérsia estabelecida entre as partes, impondo a esta decisão os mesmos contornos de obediência se, porventura, tivesse sido proferida pelo Poder Judiciário.

No plano fático, Lei da arbitragem passou a desfrutar de importância singular com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, a qual a acabou por inserir o princípio da eficiência na Administração Pública.

Cabe sublinhar que é deste momento histórico a transferência de grande parte do patrimônio estatal para o setor privado, especificamente pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, a qual revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 e altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização. Havia o interesse da redução o Estado para que esse

fosse mais ágil e eficiente em ações que lhe são inarredáveis, tais como saúde, educação e segurança.

O processo de privatização rendeu aos cofres públicos a importância de 91 Bilhões de dólares americanos. Mas, o total sucesso do processo de transferência de empresas estatais ao setor privado o mesmo deveria vir acompanhado de um instrumento que produzisse maior rapidez para a solução das controvérsias envolvendo as empresas que estavam ingressando no território nacional, bem como ofertar mais dinâmica processual, as que aqui já se encontravam atuando.

As análises formuladas pelos investidores nacionais e internacionais concluíram que seria pouco provável o aporte de expressivo volume de recursos em empresas, as quais estavam sendo ofertadas para privatização, se não estivesse presente no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de composição heterocompositivo em razão da morosidade, dos custos e das incertezas produzidas nas demandas judiciais.

Este é um dos primeiros e indelévels benefícios ofertados pela Lei nº 9.307/96 que concedeu a oportunidade de os conflitos de interesses serem compostos por meio alternativo ao Poder Judiciário, mas com as mesmas garantias.

Mas a dinâmica não se restringiu aos particulares em razão da alteração ofertada ao citado texto legal, o qual disciplina a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro consubstanciado pela Lei nº 13.129, de 2015, passou a permitir a utilização deste meio alternativo nos conflitos envolvendo a administração pública.

Ao contrário do que ocorre no setor privado, onde em alguns casos prepondera a aplicação de cláusulas de confidencialidade e sigilo, no caso específico da arbitragem envolvendo o poder público a publicidade é a regra.

A título de colaboração acadêmica, bem como ampliar, ainda mais, as garantias existentes no processo envolvendo a arbitragem, seria de fundamental importância que fossem instituídas câmaras arbitrais pelos tribunais de contas, municipais, estaduais e no âmbito federal para dirimir os conflitos envolvendo o poder público, bem como entre o poder público e o particular.

Como a arbitragem não se encontra vinculada com o poder público a instituição destas câmaras arbitrais, pelos tribunais de contas, ambiente de fiscalização por excelência e atribuição constitucional, a prática decisões arbitrais estaria revestida, ainda mais, de contornos sólidos e imbuídos transparência, eficiência e transparência.

Neste pensar, os Tribunais de Contas, ao instituírem suas respectivas câmaras arbitrais, pautaria sua atuação selecionando e colocando a disposição dos interessados lista de árbitros habilitados para a prática de tal mister perante aquele tribunal.

O presente trabalho encontra-se dividido em 3 (três) itens os quais destacam a formação e desenvolvimento do processo de arbitragem no Brasil, destaca a importância e relevância da adoção do meio alternativo para a solução de demandas sobre bens disponíveis envolvendo a arbitragem, sua imprescindível utilização pelos gestores públicos buscando uma maior celeridade e eficiência na solução dos conflitos postos a sua apreciação. Ao final, apresenta-se um conjunto de justificativas para que o Tribunal de Contas venha a se inserir neste importante tema envolvendo a arbitragem no setor público.

A primeira Constituição republicana acabou por ser promulgada no ano de 1891. Com forte influência dos institutos presentes nos Estados Unidos da América, restou instituída a República dos Estados Unidos do Brasil constituiu-se na “união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias” (art. 1º), que se transformaram em Estados federados.

O novo texto constitucional acabou por consagrar direitos e garantias individuais, pilares do Estado Liberal. Pela nossa primeira constituição democrática passou a prever, na seção reservada à declaração de direitos, além do direito à propriedade, a desapropriação por utilidade pública, em conjunto com a prévia e justa indenização. Nestes termos destaca-se o “caput” do art. 72 e no que tange ao direito de propriedade em seu § 17, nos seguintes termos:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

Mesmo diante de um texto constitucional democrático, a primeira constituição republicana brasileira não ficou imune as críticas, especificamente no que concerne ao seu distanciamento com a realidade brasileira e dos “fatores reais de poder” mencionados por Ferdinand Lassale (2000, p.10). Destarte, o texto constitucional de 1891, não resistiu aos efeitos da Revolução de 1930, assim consignado por Gilmar Ferreira Mendes (2009, p.166):

Apesar ou por causa do aparente sucesso dessa atuação solitária do seu “elaborador maior”, a verdade é que, decorridas duas décadas da sua promulgação, já se tornava evidente que a Constituição de 1981 não dispunha de força normativa suficiente para ordenar o processo político, do que resultou o surgimento de insatisfações generalizadas, tendentes a aboli-la ou, no mínimo, a reformá-la profundamente. Noutras palavras, com ou sem razão, vítima de alegada falta de sintonia com os fatores reais de poder, bem assim pela ausência de clareza e intensidade nos ideais daqueles que a elaboraram, o fato é que não durou muito para que aquela Constituição despertasse “vontades reformistas”, que, afinal, se concretizaram em 1926, quando significativas alterações se introduziam no seu texto, seja na parte relativa à organização do Estado, seja na que dispunha sobre os direitos e garantias individuais.

Em razão dos eventos internos consubstanciados com o fim da política “café com leite” a qual representava a aglutinação de dois grupos políticos distintos: de um lado os políticos paulistas, representantes de uma aristocracia cafeeira e de outro lado políticos de Minas Gerais. Concretizada com a revolução de 30, aliado com a consagração da proteção de direitos fundamentais, foi com a Constituição de 1934 que os brasileiros receberam, no âmbito constitucional, a efetiva proteção de seus direitos pessoais, com a adoção de um Estado em que preponderava a proteção de direitos sociais.

Pelo novo modelo adotado pelo Estado brasileiro, ficou clara a preocupação em se positivar direitos sociais, ainda de forma programática, os quais, passaram a compor, de forma correlata, aos direitos individuais.

O texto constitucional de 1934 recebeu forte influência das Constituições do México e da Constituição de Weimar, passando a estabelecer em território brasileiro a democracia representativa. Outro aspecto importante que pode ser destacado no então recém promulgado texto constitucional foi que o Senado Federal, passou a exercer as atribuições que estavam presentes no exercício do Poder Moderador.

No que concerne ao direito de propriedade o texto constitucional de 1934 estabelecia a sua proteção no § 17 do art. 113, no qual “que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”.

Outros institutos envolvendo o direito de propriedade, por igual, receberam tratamento no novo diploma constitucional, especialmente os da desapropriação, na espécie, por necessidade ou utilidade pública e o da requisição administrativa, limitações ao direito de propriedade em prol do interesse público.

Por sua vez, sendo uma constituição promulgada, ou seja, criada em ambiente de participação democrática, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, com o intuito de superar o conceito absolutista de propriedade, tal como um direito inviolável e sagrado, veio a introduz o conceito de função social da propriedade. Com

isso, o exercício do direito de propriedade passa a ser restringido pelo interesse social da coletividade, assim estava expresso no texto constitucional em seu art. 113, inc. 17:

Art. 113: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção interna, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito á indenização ulterior.

O novo texto constitucional passou a ser conceituado como “Constituição do Estado Novo” ou “Constituição Polaca”, naquele ano de 1937 não deixava qualquer sombra de dúvidas de que Presidente da República passara a concentrar, excessivamente os poderes em suas mãos, por via de consequência, estabelecida a restrição aos direitos e garantias fundamentais. O acúmulo de poderes nas mãos do presidente era tão evidente que a título de exemplificação, estavam consagrados à possibilidade de estabelecer a censura ou mesmo a adoção da pena de morte, nestes termos destaca-se a doutrina de Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 66):

À Constituição democrática e social de 1934 sucede esta de 1937, inspirada no modelo fascista e, em consequência, de cunho eminentemente autoritário, o que fica visível dentro muitos dispositivos no art. 73, que arrola as competências do chefe máximo da nação. Diz este preceptivo: O presidente da República, autoridade máxima e suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do país.
Veja-se assim que são postas em derrocada as vigas mínimas que poderiam sustentar um Estado democrático e um Estado de Direito.

No que se refere ao direito de propriedade à nova constituição garantiu a sua proteção, bem como a possibilidade de “desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
14 o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.
(Redação da pela Lei Constitucional nº 5, de 1938)

Durante a vigência da Constituição de 1937, o Brasil vivenciou um forte momento prevalência do Poder Executivo em face dos outros dois poderes. Há que se ressaltar o fato que

é durante a vigência da Constituição de 1937, no Legislativo desaparece o Senado Federação e em seu lugar é colocado um Conselho Federal, demonstrando o desapego às instituições democráticas.

A Constituição de 1937, de forma um pouco diferente de sua antecessora, outorgou ao legislador ordinário competência para regular o exercício do direito de propriedade, sem vinculação explícita com o interesse social ou a função social da propriedade. Assim, pelo disposto na Constituição, o legislador poderia disciplinar o exercício de propriedade da forma que melhor lhe aprouvesse, sem qualquer finalidade ou objetivo estabelecido.

A Constituição de 1937 nunca chegou a vigor na realidade, na medida em que para a sua entrada em vigor dependia de um plebiscito que nunca chegou a ocorrer. É somente com fim da Segunda Guerra que o ditador Getúlio Vargas passa a deixar a postura antidemocrática e busca uma aproximação com padrões democráticos, sendo o mais visível dos casos a realização de eleições no ano de 1945, com a sua queda política.

Dessa forma, estava inserido, pela primeira vez na história, o princípio da Função Social da Propriedade em uma Constituição brasileira.

A Constituição de 1946, ao contrário da Carta de 1937, tratou da propriedade sob seus dois ângulos. Como direito individual, no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais e quanto ao seu uso, no Capítulo da Ordem Econômica e Social, tendo aqui empregado pela vez primeira a expressão “bem-estar social” (“art. 147: O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”).

Em fevereiro de 1946 convoca-se a Constituinte de 1946, com contornos democráticos, reforçado a separação de poderes. Por via de consequência, restou reservado aos direitos e garantias individuais, contemplou o direito de propriedade e notadamente a desapropriação por interesse social, como vemos a seguir:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. § 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.

§ 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.

§ 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

A preocupação com a propriedade é realçada, pelo texto constitucional democrático de 1946, pela presença entre os seus dispositivos, a proteção desse direito, ainda mais dentro de um cenário social dentro da “justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”, presente no seu art. 147.

Em razão do movimento político de 31 de abril de 1964, no qual os militares passam a exercer o poder em terras brasileiras. Como consequência passa-se a governar por intermédio de Atos Institucionais, sendo a Constituição uma mera peça a dar ares democráticos ao regime de exceção que estava em plena vigência. A Constituição de 1967 traz em seu bojo um reduzido rol de direitos individuais, permanecendo garantido a proteção à função social da propriedade.

A Constituição de 1967, não alterada nesse particular pela Emenda nº 1, de 1969, veio, pela primeira vez, consagrar a expressão “função social” e regulando a possibilidade da desapropriação, ao estabelecer:

Art. 157 – A ordem econômica tem por fim, realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

III função social da propriedade.

§1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata, correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

Além disso, o novo texto constitucional acabou por dispô-lo, em seu art. 150, caput e § 22, a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social e sobre a requisição administrativa.

Mesmo diante da presença indelével dos Atos Institucionais o regime militar editou a Emenda nº 1 à Constituição de 1967, em 1969, que vigorou até a promulgação da Constituição de 1988. Como já referido, o texto constitucional vigente durante o regime militar somente servia a dar arrimo ao regime de exceção então vigente. O que prevalecia era a vontade dos governantes, tendo como fundamento jurídico a legitimidade dos Atos Institucionais. Não havia qualquer respeito a direitos e garantias individuais. Mandatos políticos eram cassados, prisões arbitrárias eram realizadas, perseguições políticas eram realizadas mesmo diante de em quadro de aparência democrática com as instituições funcionamento em plena normalidade.

Durante o regime militar houve um fortalecimento ao direito de propriedade, destacando-se a edição da Lei nº 4504/64, denominada de Estatuto da Terra e o interesse do governo militar em conceder títulos de propriedade aqueles que pretendiam desbravar o interior

do Brasil. Por igual houve um fortalecimento da temática envolvendo a reforma agrária com a criação do INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária em 9 de julho de 1970.

Mesmo diante da presença de avanços na seara econômica, de crescimento do produto interno bruto, da construção de rodovias, ferrovias, de hidrelétricas, o regime militar acabou por impor ao Brasil um quadro de estagnação econômica e política.

Finalmente em 1988, a nossa Constituição Cidadã previu a regra pela qual a propriedade atenderá a sua função social (artigo 5º, inciso XXIII) e contemplou a função social da propriedade como um dos princípios fundamentais da Ordem Econômica (artigo 170).

Em consonância o texto Constitucional previu a mesma regra para as propriedades rurais, desde que preenchidos outros requisitos (artigo 186).

O art. 182, § 2º, veio concretizar, pela primeira vez no Brasil, que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Por sua vez a legislação infraconstitucional tratou de acompanhar a tendência constitucional e o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), nos termos dos artigos 1.228 e seguintes, traçou os novos contornos do direito de propriedade. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Por sua vez o art. 1.229 regula a extensão do direito de propriedade, dispondo: “A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las”.

1 Arbitragem como meio alternativo a jurisdição estatal

É inquestionável que o Poder Judiciário não possui a devida estrutura para atender a imensa quantidade de demandas que lhe são propostas. O acesso à justiça em conjunto com a inafastabilidade do Poder Judiciário diante dos contornos fixados na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, tão bem descrita no inc. XXV do art. 5º, ou seja, a constituição cidadã está a prestar a sua máxima efetividade ao compor as demandas que lhe são apresentadas, não atingindo tal desiderato estar-se-á frustrando as expectativas depositadas no texto constitucional.

Todavia, se de um lado houve a democratização do acesso ao Poder Judiciário, por outro lado, na mesma medida não foi ofertado a esse poder estrutura capaz de atender de forma ágil, rápida e com custos reduzidos em face das demandas propostas. Cabe destacar, que como alternativo e facultativo a ofertar a composição de demandas versando direitos disponíveis, o legislador infraconstitucional acabou por inovar o arcabouço legal dando vigência a Lei nº 9.307/96, instituindo o processo de arbitragem no Brasil.

Por se constituir em um meio alternativo e facultativo para a solução dos conflitos vinculados a direitos disponíveis a arbitragem encontra estreita vinculação com a autonomia da vontade das partes envolvidas, tendo como fundamento da contende direitos patrimoniais disponíveis. Neste pensar as decisões proferidas nas demandas arbitrais estão agasalhadas sob o manto da coisa julgada consagrado no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, bem como estão revestidas da prerrogativa de se constituírem em títulos executivos judiciais, por força do art. 515, inc. VII do Código de Processo Civil.

Importante destacar que o processo arbitral, conduzido por um ou mais árbitros escolhidos pelas partes possui poderes instrutórios para formular sua decisão. Bem verdade que estes poderes não são os mesmos encontrados à disposição do poder Judiciário, o que não reduz a sua abrangência pelo fato de que é possível ao arbitro (s) socorrer-se do poder coercitivo estatal para atingir seu objetivo instrutório consoante a redação ofertada pelo art. 22 da Lei da Arbitragem.

A importância do processo arbitral sobressai diante da impossibilidade de suas decisões serem homologadas ou ficarem sujeitas a recursos perante o Poder Judiciário, o que não deixa qualquer dúvida sobre o caráter jurisdicional da arbitragem.

A opção pelas partes, pela composição do conflito pela arbitragem, não possui qualquer contexto de afronta a jurisdição uma consagrada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, pelo fato de que as partes apenas abdicarão de uma decisão estatal, passando-as para as mãos de um particular, quando a matéria envolver direitos disponíveis.

A com a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96 foi possível ofertar, naquele momento histórico de efervescência do processo de privatização no Brasil de instituto rápido, ágil e econômico para a solução envolvendo direitos disponíveis pelos interessados na aquisição de ativos estatais, os quais são assim destacados por Jose Luís Bolzan de Moraes (1999, p. 174):

Muitos, como Antônio de Souza Prudente, costumam criticar tal coincidência circunstancia. Este seu artigo “Inconstitucionalidade da lei de arbitragem”, publicado no Correio Brasiliense em 04.11.1996, sustenta tem a edição da nova lei advindo justamente neste momento e não em função dos anseios populares, mas das ideologias do neoliberalismo capitalista.

Assiste a um avanço econômico encabeçado pelas multinacionais (transnacionais) que repercute, por óbvio, na insuficiência e ineficiência do modelo atual de resolução de controvérsias, o Jurisdicional, que, assoberbado e incapacitado tecnologicamente não consegue satisfazer os que a ele recorrem.

Neste pensar de incremento na composição dos conflitos é indispensável destacar os predicados relacionados ao processo arbitral. A primeira e mais preponderante reside no fato de que as partes possuem a prerrogativa de escolha do árbitro (s) que fará (am) o julgamento da questão controvertida, não sendo exigência de que o escolhido tenha formação jurídica. A função desempenhada pelo árbitro deve guardar a devida e inafastável vinculação com a dignidade do exercício de tão nobre atividade, bem como fazer jus a confiança depositada pelas partes neste ato decisório, bem como pela responsabilidade assumida, devendo agir com imparcialidade, mesmo diante da escolha feita pelas partes.

Desde logo, advirta-se que a parte jamais deve esperar que o árbitro se comporte como seu representante perante o tribunal arbitral. A sua função não é defender os interesses da parte que o indicou. Efetivamente, a única expectativa que a parte pode ter em relação ao árbitro que nomeou relaciona-se à condução da arbitragem com competência, imparcialidade e independência, e que ela honrará a sua indicação pelo meio de um exame dedicado e minucioso dos documentos e argumento de cada uma das partes, assegurando, assim, um julgamento justo e adequado ao caso concreto. Uma conduta inadequada do árbitro é suficiente para abalar a sua imagem no mercado em que a sua credibilidade e seriedade são atributos tão prezados quanto a sua qualidade técnica (AMARAL, 2012, p.38).

Cabe destacar que a escolha do árbitro pelas partes guarda em seu âmago outras virtudes, entre as quais que este é previamente conhecido dos litigantes, possui conhecimento específico sobre o assunto, bem como pode dedicar-se exclusivamente para a solução da controvérsia posta.

Destarte é mais do que evidente que diante de tais predicados o árbitro terá maiores e melhores condições para encontrar a melhor solução para o caso, em termos comparativos os apresentados pela jurisdição estatal.

Há que se ressaltar que o árbitro não está imune aos controles sobre o seu impedimento para o exercício da atividade decisória, nestes termos no art. 14 da Lei nº 9.307/96, mas que sob a ótica de Carlos Alberto Carmona (2004, p. 216) o tema se mostra com rigores menores que os experimentados na prática envolvendo o Poder Judiciário, assumindo as partes o controle sobre a decisão sobre a escolha do árbitro nos seguintes termos:

Os exemplos mostram de forma eloquente que algumas das causas que levariam ao impedimento do árbitro podem ser consensualmente afastadas pelas partes, sendo visível que a norma procura dar proteção à parte que contra a sua vontade, vê nomeado árbitro envolvido em alguma das circunstâncias capituladas na lei. E última instância – como afirmou Giovanni Verde p as partes podem nomear como árbitro pessoa que tenham alguma relação com a causa, o que pode compromete sua imparcialidade; o que importa, porém, é que os contendentes saibam disso e aceitem conscientemente o risco.

Dentro da temática que vem a destacar as vantagens ofertadas pela Lei da Arbitragem cumpre ressaltar a prerrogativa conferida as partes em escolher a lei aplicável a solução da controvérsia, estando vinculado o arbitro, dentro da esfera da administração pública, a pautar seu julgamento dentro dos contornos fixados pela Lei. Ademais não deve se desvincular, o nobre julgador, das inarredáveis e necessárias fundamentações sobre a decisão tomada.

Como corolário destas exigências de fundamentação e vinculação a legalidade, outra inovação ofertada ao texto da Lei nº 9.037/96, pela Lei nº 13.129, de 2015, que acrescentou o § 3º ao art. 2º à Lei da Arbitragem segundo a qual “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” Desta forma, nada mais justo e louvável, pois, fica circunscrita a prática da arbitragem no âmbito da administração pública de maiores e abrangentes instrumentos de controle sobre a decisão ofertada.

Há que se ponderar o fato que pode suscitar alguma controvérsia, sobre a utilização do processo arbitral para a solução de conflitos na seara da Administração Pública, o qual se apresenta como a prerrogativa assegurada as partes de pactuarem a cláusula de confidencialidade em contra partida do princípio explícito consagrado no “caput” do art. 37 da Constituição Federal.

É inegável que a transparência envolvendo as relações administrativas é uma das conquistas do Estado Democrático de Direito, a qual não pode ser relativizada. Todavia, o direito a publicidade, mesmo não sendo um direito absoluto, pode sofrer algumas restrições ainda mais em questões envolvendo segurança nacional, ou mesmo em assuntos de vulto em que haja a necessidade de impor um segredo de estado ao tema.

A guisa de exposição o art. 25, da Lei nº 12.527/2011, denominada de Lei da Transparência, assegura ao Estado velar e controlar a divulgação das informações sigilosas. Em que pese a regra prevista na citada lei é de se concluir que a lei especial que regula o processo arbitral deve prevalecer, acrescido de que é uma legislação posterior que vem a impor a publicidade envolvendo o processo arbitral, fundamentando a posição legislativa a qual impõe os devidos contornos a publicidade nas arbitragens envolvendo o poder público, afirmando que

este processo é incompatível com o sigilo Paulo Osternack do Amaral (2012, p. 83) formula a sua doutrina a qual é singular importância citá-la:

A arbitragem em que figure o Poder Público deverá respeitar o princípio constitucional da publicidade. O sigilo mostra-se incompatível com litígios arbitrais envolvendo entre públicos – ainda que a disputa se dê em torno de direitos patrimoniais disponíveis. Neste ponto, a autonomia da vontade cede à exigência da transparência na atuação da Administração, que traduz a ideia de que os administrador tem do direito de obter conhecimento das condutas dos administradores. Não há dúvidas, no entanto, em relação à inaplicabilidade do preceito constitucional da publicidade aos casos envolvendo contornos sigilosos, cuja divulgação do conteúdo das informações poderá acarretar risco à segurança da sociedade e dos Estado (Lei nº 8.159/91 e Decreto nº 4.553/02).

Ademais disso as partes podem estabelecer, com fundamento no art. 21 da Lei nº 9.307/96, a flexibilidade do rito a ser observado no processo arbitral, desde que consensualmente alcançados pelas partes. Quando isso não for possível tal prerrogativa passa a ser exercida pelo árbitro, assegurando as partes, por óbvio, o pleno exercício das garantias previstas nos incisos LIV e LV da do art. 5º da Constituição Federal, tendo em vista que as partes podem impor ao árbitro prazos específicos para o desfecho da contenda, portanto, assiste a ele o controle dos prazos para a conclusão do feito. Neste sentido cabe citar Carlo Alberto Carmona (2004, p. 23) sobre a flexibilidade concedida as partes dentro do processo arbitral, nos seguintes termos:

O procedimento dos órgãos arbitrais institucionais pode sofrer adaptações, a critérios das partes: prazos podem ser reduzidos ou aumentados, audiência podem ser suprimidas debates podem ser dispensados etc. Mais uma vez, o termo de arbitragem pode configurar remédio para modelar melhor o procedimento adequado à causa, com a ativa participação os interessados.

Há que se destacar que a plasticidade concedida ao processo arbitral consagra, ainda, a possibilidade elaboração de decisão parcial, com fundamento no art. 23, § 1º, com a redação ofertada pela Lei 13.129/15, em matéria em que tanto tenha ocorrido cognição sumária ou exauriente seja proferida decisão, reiterar-se, mesmo pendente de decisão final sobre a matéria.

Por esse conjunto harmônico que se circunscreve o processo arbitral é fácil concluir que o mesmo se reveste de celeridade singular a qual não se encontra presente no processo tradicional consagrado pela jurisdição para a composição dos conflitos de interesses.

Acrescente-se aos argumentos já apresentados a possibilidade de as partes estipularem prazo para o desfecho da questão controvertida. Tal matéria assume realce expressivo com o

incremento feito pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inserindo o inc. LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, o qual não deixa dúvidas quanto a duração razoável do processo.

Por oportuno, se a decisão no processo arbitral extrapolar os contornos temporais fixados pelas partes será nula de pleno direito sendo o árbitro responsável por sua desídia devendo indenizar as partes em face da decisão extemporânea. É importante ressaltar o fato de que a decisão proferida em processo arbitral se reveste de elementos que a tornam singular importância sendo revestida das garantias que as partes litigantes necessitam para dar azo a sua total credibilidade, funcionalidade e eficiência.

2 Admissibilidade da arbitragem envolvendo a administração pública

É inegável a presença de questionamentos sobre a possibilidade ou não da utilização do processo arbitral para dirimir controvérsias envolvendo a administração pública. A primeira das teses que rechaçava tal possibilidade se firmava sob o argumento de que diante da inafastabilidade da jurisdição pela Administração Pública, bem como a impossibilidade de sua adoção em homenagem ao princípio da legalidade segundo qual diante da ausência de lei específica sobre o tema não era possível se adotar tal processo.

Nestes termos e, guardada a pertinência temporal em que foi formulada a doutrina de Rafael Munhoz de Mello (2015, p. 47), é até que justificável a vedação da aplicação da arbitragem perante a Administração Pública:

Sendo assim, parte da doutrina defende que a Administração Pública só poder recorrer à arbitragem se houver uma autorização legal específica, não bastando para tanto a autorização veiculada no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, segundo a qual “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”.

Mas a questão que gerou maiores debates esteve presente fundada no fato de que diante do regime jurídico administrativo o qual prevalece a supremacia do interesse público, bem como a indisponibilidade do interesse público não seria possível a composição de conflitos envolvendo a administração pública servindo-se da arbitragem.

Todavia, a administração pública não é uma ilha que se encontra separada da realidade e da vida empresarial e comercial brasileira, por maior razão em face do preceito insculpido no art. 37 “caput” da Constituição, ainda mais diante da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que inseriu o princípio da eficiência entre aqueles que regem a Administração Pública, não assistindo razão para que o Poder Público não figurasse entre aqueles que

facultativamente e consensualmente poderiam utilizar da arbitragem para a composição de conflitos sobre direitos disponíveis.

A doutrina pátria já havia se posicionado favoravelmente adoção da arbitragem para compor conflitos envolvendo a administração pública, diante da presença de direitos disponíveis, neste sentido cabe citar a doutrina de André Luis Nascimento Parada (2015, p. 83):

Pode-se concluir que a arbitragem tem o beneplácito do legislador para figurar como um meio capaz de solucionar conflitos nos contratos administrativos de concessões entabulados pela Administração Pública, o que sinaliza uma abertura maior para o emprego do instituto na Administração e para uma minimização dos obstáculos erigidos a arbitragem.

Sobreleva enfatizar o fato de que vários dispositivos legais já consagravam a possibilidade da adoção do meio alternativo de composição de conflitos envolvendo a administração pública, os quais estão presentes no inc. XV do art. 93 da Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997, a qual dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador a qual se referia a possibilidade de composição em “foro extrajudicial” ou seja em sede de composição arbitral.

No mesmo pensar a Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997, a qual dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, que em seu art. 43, inc. X, faz referencia expressa a arbitragem internacional.

No mesmo caminho trilhou a Lei nº 10.233/2001, a qual dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, a qual em seus arts. 35 inc. XVI e 39, inc. XI consagram a possibilidade de adoção do processo arbitral.

Por sua vez a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, que em seu art. 4º, § 5º, inc. V, não deixa dúvidas quanto a utilização da arbitragem.

Quando a matéria envolve a comercialização de energia elétrica a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, qual trata sobre a comercialização de energia elétrica, em seu art. 4º, § 5º, estabelece a arbitragem como instrumento apto a dirimir controvérsias envolvendo a concessionária, fazendo referencia a Lei nº 9.307/96 em sua redação.

No que tange ao transporte de cargas a Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007, a qual regula o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração em seu art. 19 coloca a arbitragem como meio alternativo, assim como em sua essência, a compor os conflitos de interesses.

Quanto ao transporte de gás natural a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, a qual regula as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural em seus arts. 21, inc XI, 48 e 49 traz em seu bojo a possibilidade de adoção da arbitragem.

A exploração e a produção de petróleo regulado pela Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos em seu art. 29, XVIII.

A questão envolvendo a exploração portuária, regulamentada pela Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, art. 37.

Neste sentido guarda perfeita simetria a alteração legislativa concretizada pela Lei nº 13.867/2019, que alterou a composição do Decreto Lei nº 3.365/41, possibilitando que nos processos de desapropriação possa ser ofertado, aos seus interessados, a possibilidade de ofertar solução, como por exemplo, pela via arbitral, servindo-se inclusive da mediação, especificamente nas letras no art. 10-B do citado Decreto-lei.

Em razão das inovações legislativas envolvendo a arbitragem, bem como a complexidade das relações envolvendo direitos disponíveis com o poder público e o particular, necessário se faz avançar cada vez mais no sentido de ofertar a academia e ao poder público umas propostas que venha a dinamizar a relação entre as partes envolvidas.

É sobejamente conhecido que a Administração Pública quando pratica atos administrativos de cunho eminentemente privados vem a se igualar ao particular, ou seja, o Poder Público atua dentro da seara dos direitos disponíveis, nos moldes como realiza um contrato de locação de um imóvel, pois não há como obrigar o particular locador a locar o imóvel ao locatário poder público, nem tampouco impor o valor que lhe é mais adequado, pois a administração pública não age com poder de império, mas, sim como se particular fosse, nesse contexto cabe citar Eros Roberto Grau (2000, p. 26):

Se a Administração pode contratar, celebrar acordos e transações, pode também submeter-se para compor litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis de sua titularidade, que admitiriam solução extrajudicial amigável mesmo que não houvesse convenção ou arbitragem. Ora, se o litígio pode ser solucionado pelas próprias partes, mediante transação, nada justifica que não possa elas acordar que o litígio será submetido à arbitragem.

Destarte, conclui-se que neste caso a Administração Pública não se encontra em uma posição de superioridade hierárquica, mas de igualdade com o particular, portanto tratando de matéria de direito disponível, nestes termos é imprescindível citar a doutrina de Carlos Alberto Carmona (2004, p. 62-63) sobre o assunto em comento nos seguintes termos:

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, pratica atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancorados no direito público. Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação. Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administrados seu obrigatório atendimento), igualando-se aos particulares: os atos, portanto, “tornam-se vinculantes, geral direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários a sua natureza.

Dentro destas breves considerações é pode demais necessário afirmar que a gestão pública seja realmente eficiente e não uma mera previsão esculpida no art. 37 “caput” do texto constitucional, com a redação ofertada pela Emenda Constitucional nº 19/96, assumindo uma postura de vanguarda e modernizadora atendendo por completo os desejos daqueles que com ela transacione.

Urge salientar que mesmo diante das inovações legislativas recentes, as quais são deveras alvissareiras, se impõe ainda um avançar para que essas conquistas venham a incrementar as práticas envolvendo a Administração Pública na composição de litígios.

É um truísmo singular o fato e que o brasileiro de modo geral somente deposita a sua confiança em decisões que estejam chanceladas com a marca indelével do Poder Público, ou seja, a única “decisão que vale” é aquela proferida pelo Poder Judiciário, por um tribunal.

As inovações oportunizadas, nos textos legais brasileiros nos últimos anos, possuem o escopo nuclear de se adaptarem as novas práticas que trouxeram uma nova dinâmica às relações sociais. As inovações tecnológicas, a criação de dispositivos e aplicativos a aparelhos cada vez mais eficientes e populares a troca de informações e dados, aliado com o a rapidez com que as

redes sociais e os meios cibernéticos de comunicação estão a incrementar as práticas cotidianas comprovam que as relações entre as pessoas mudaram drasticamente nos últimos anos.

A própria realidade do Poder Judiciário foi alterada exponencialmente com a adoção do processo digital, o qual inseriu maior agilidade aos trâmites processuais no Brasil. Atos processuais que até pouco tempo atrás eram de inimaginável possibilidade de realização hoje passaram a compor o cotidiano dos advogados brasileiros.

Sensível a este processo de desenvolvimento nas relações pessoais e empresariais, as quais citadas acima estabeleceram a possibilidade de composição dos conflitos de forma heterocompositiva, ou seja, admitindo que um terceiro, venha decidir a controvérsia estabelecida entre as partes, impondo a esta decisão os mesmos contornos de obediência se, porventura, tivesse sido proferida pelo Poder Judiciário.

Cabe ressaltar que a doutrina pátria nacional afirma que Administração não possui livre disposição dos bens e interesses públicos, uma vez que atua em nome de terceiros, a coletividade. Por consequência, impõem limitações à alienação de bens, que só podem ocorrer nos termos previstos em lei; à contratação de pessoal efetivo, que deve seguir a regra de concurso público; à escolha de fornecedores para firmar contrato, que depende da realização de licitação, e assim por diante.

Todavia, esses cânones do direito administrativo brasileiro, consubstanciados nos princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público, ao contrário do que se apregoava podem ser relativizados para preservar a aplicação dos outros princípios, como a moralidade e a eficiência.

Com base nisso, o STF já firmou entendimento sobre a possibilidade de a Administração fazer acordos ou transações, relativizando, assim, a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público (e também da legalidade), sobremaneira quando o acordo seja a maneira mais eficaz de se beneficiar a coletividade (RE 253.885/MG).

Considerações finais

O poder público não pode quedar-se inerte em ofertar a sua estrutura física, seu conhecimento em área que decide com grande eficiência, ofertando ainda os conhecimentos pessoais e o cabedal de decisões que podem auxiliar e tornar mais profícua a relação controvérsia entre particular e poder público.

As inovações ofertadas pelas leis específicas as quais envolvem o poder público somente trouxeram avanços as relações envolvendo as concessões e permissões, portanto, a proposta de inovação não pode ser ignorada nem tampouco desprezada, mas sim acrescida e

atualizada para que o princípio da eficiência na Administração Pública realmente venha a ser concretizada no Brasil.

Referências

AMARAL, Paulo Osternack. *A arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumento de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 66.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *O processo arbitral*. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo, n. 1, p. 23, jan/abr. 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. In: revista trimestral de direito público. São Paulo : Malheiros, vol. 32, p. 26, 2000.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Arbitragem e administração pública*. In: Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. p. 166.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PARADA, André Luis Nascimento. *Arbitragem nos contratos administrativos: análise dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização*. Curitiba: Juruá, 2015.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.