

TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E CONSENSUALIZAÇÃO: O DIREITO PÚBLICO ROBUSTECIDO PELO IMPLEMENTO DE MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS

DIGITAL TRANSFORMATION AND CONSENSUS: THE PUBLIC LAW ROBUSTED BY THE IMPLEMENTATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS

José Luiz de Moura Faleiros Júnior¹

Ana Carla de Albuquerque Pacheco Gontijo²

Resumo: No direito público, disputas variadas abrem margem a discussões que, reiteradamente, culminam em litígios judiciais, a despeito do fomento crescente à implementação de meios alternativos para a solução de controvérsias, como a arbitragem e a mediação, em legislações específicas. Partindo dessa premissa, o problema analisado partirá da investigação sobre a viabilidade da adoção de modais tecnológicos para a efetivação da solução de conflitos por meios não adversariais na Internet. A hipótese de pesquisa indica a viabilidade de implementação de Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) em cenários específicos nos quais o objeto da controvérsia admita solução adequada lastreada na virtualização inerente à rede, e, em paralelo, aponta a consensualização como fenômeno inarredável para o florescimento de um direito administrativo mais robusto e propenso ao enfrentamento dos percalços desvelados pela transformação digital. A pesquisa – de natureza qualitativa – se baseará no método dedutivo, e buscará confirmar a hipótese a partir da revisão bibliográfica. Ao final, almejar-se-á apresentar uma conclusão assertiva quanto à superação do tema-problema.

Palavras-chave: Arbitragem. Mediação. Consensualização. Tecnologias de Informação e Comunicação.

Abstract: In public law, various disputes bring out discussions that, repeatedly, culminate in legal disputes, despite the increasing encouragement to the implementation of alternative means for the solution of controversies, such as arbitration and mediation, in specific legislation. Based on this premise, the problem analyzed will start from the investigation on the feasibility of adopting technological modes for the effective solution of conflicts through non-adversarial means on the Internet. The research hypothesis indicates that implementing Information and Communication Technologies (ICTs) in specific scenarios, in which the object of the controversy admits an adequate solution based on the virtualization, is inherent to the network, and, in parallel, points to consensualization as an unparalleled phenomenon for the flourishing of a more robust administrative law and prone to facing the obstacles unveiled by digital transformation. The research - qualitative in nature - will be based on the deductive method, and will seek to confirm the hypothesis from the bibliographic review. At the end, it will aim to present an assertive conclusion regarding the overcoming of the problem-theme.

Keywords: Arbitration; mediation; consensualization; Information and Communication Technologies.

1- Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Cível e Empresarial, Direito Digital e Compliance. Participou de curso de extensão em direito digital da University of Chicago. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Professor de cursos preparatórios para a prática advocatícia. Foi pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Digital da Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Membro do Instituto Avançado de Proteção de Dados - IAPD. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC. Autor de obras e artigos dedicados ao estudo do direito e às suas interações com a tecnologia. Advogado. E-mail: jfaleiros@ufu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8003626279023743>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0192-2336>.

2- Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Especialista em Direito Constitucional. Instrutora da Justiça Consensual Brasileira, certificada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho da Justiça Federal. Servidora Pública Federal. Diretora do Centro Judiciário de Conciliação e Núcleo de Práticas Restaurativas da Justiça Federal em Uberaba-MG. E-mail: ana.pacheco@trf1.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3666083417410700>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4699-2570>.

1. INTRODUÇÃO

O direito público se reestrutura e passa a admitir mecanismos inovadores para a solução de conflitos entre Administração e administrados. Na seara administrativa, disputas variadas abrem margem a discussões que, reiteradamente, culminam em litígios judiciais, a despeito do fomento crescente à implementação de meios alternativos para a solução de controvérsias, como a arbitragem e a mediação, em legislações específicas.

Tendo em vista a necessidade de revisitação de bases essenciais da atividade estatal para que se viabilize a otimização da atuação administrativa ao cidadão, o recurso à tecnologia se mostra inevitável. É nesse contexto que se busca aplicar ferramentas virtuais para a garantia da solução não adversarial de conflitos no direito público.

Partindo dessa premissa, o presente artigo enfrentará como tema-problema a (in)viabilidade da adoção desses modais tecnológicos para a efetivação da solução de conflitos por meios não adversariais a partir da hiperconectividade garantida pela Internet.

A hipótese de pesquisa tangencia o tema em seu cerne, indicando a viabilidade de implementação de Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) em cenários específicos nos quais o objeto da controvérsia admita solução adequada lastreada na virtualização inerente à rede. Em paralelo, propugnar-se-á a consensualização como fenômeno inarredável para o florescimento de um direito administrativo mais robusto e propenso ao enfrentamento dos percalços desvelados pela transformação digital.

A pesquisa – de natureza qualitativa – se baseará no método dedutivo, e buscará confirmar a hipótese a partir da revisão bibliográfica. Ao final, almejar-se-á apresentar uma conclusão assertiva quanto à superação do tema-problema.

2. TRANSFORMAÇÃO DIGITAL, HIPERCONECTIVIDADE E CONSENSUALIZAÇÃO

Não se questiona que a transformação digital pela qual o Poder Público passa no apogeu do século XXI representa mudanças aceleradas e intensas quanto ao modo de realização das atividades públicas, mas “A propensão a esse movimento, contudo, demanda qualidade: não se cogita de uma atuação consensual absolutamente ampla e sem restrições, com modais participativos aplicáveis a todo e qualquer tipo de ato ou processo administrativo, e com execução delegada, também, ao povo.” (FALEIROS JR., 2020a, p. 341) Nota-se, com a proliferação da tecnologia, uma nova moldagem de estruturas sociais que, antes, eram hierarquizadas e verticais, e que, agora, se planificam e revelam horizontalidade igualmente empolgante e desafiadora.

Se, antes, a dicotomia entre sociedade civil e sociedade política deixava claro o distanciamento entre cidadãos e Estado (WOLKMER, 1989, p. 60), a partir das variantes de supremacia estatal apontadas por Hegel (1940, p. 217-270), não há dúvidas de que “a ascensão do Estado Democrático de Direito se pauta, ao contrário, na valorização do cidadão e em sua participação efetiva nas relações envolvendo o Poder Público”. (FALEIROS JR., 2017, p. 78) Consenso e legalidade se introjetam nas relações jurídicas administrativas e passam a robustecer o resultado decisional. (SCHIRATO; PALMA, 2011)

Para bem situar o tema em análise, importa distinguir o papel da consensualização na ruptura com o labor decisional meramente discricionário que, como se visualizou no tópico anterior, vem sendo normativamente repudiado, a ponto de se promover larga reforma para a contenção da inovação pública. (ARAGÃO, 2013, p. 71) O que se verá, inclusive a título de proposta conciliatória, é que a concertação administrativa advinda da consensualidade administrativa e introjetada nas práticas estatais tem o condão de reforçar a proteção de direitos nesse novo contexto.

A legitimidade da atuação estatal passa pela proteção da confiança e da noção de continuidade do Poder Público, se revelando sob diversas facetas na consolidação do princípio democrático. A mais essencial delas decorre da obtenção do consentimento da maioria do povo – verdadeiro detentor do poder –, consentimento este que “não pode ser manipulado, devendo ser obtido a partir da livre formação de opinião”. (ZIPPELIUS, 2006, p. 132)

Fala-se em governança como caminho salutar à conjugação dos almejados preceitos (FALEIROS JR., 2020b, p. 27-28), embora o tema não seja atualíssimo, uma vez que propostas em torno de sua efetivação já são apontadas há décadas. Um exemplo foi a proposta de uma ‘organização dialética’, de Orion White³, que, já em 1969, vislumbrou a necessidade de integração pelo diálogo. Propostas valiosas – e mais contemporâneas – também são colhidas dos escritos de Gustavo Binbenbom (2005, p. 30), para quem “o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, [a partir do] postulado da proporcionalidade.”

Ainda sobre esse tema, é de fundamental destaque o conceito de ‘concertação administrativa’ de Eurico Bitencourt Neto (2017a, p. 193):

A concertação, nesse sentido de busca de consensos sobre questões econômicas e sociais, é tributária do princípio democrático, na medida em que, não desconhecendo os conflitos inerentes a uma sociedade plural, substitui decisões unilaterais de gabinete por processos de discussão e persuasão, ou, em outras palavras, substitui uma atuação impositiva por uma atuação negociada e consensual. Nessa perspectiva, a Administração concertada tende a se procedimentalizar, no âmbito das vinculações jurídico-constitucionais da função administrativa, a fim de que os processos de negociação e busca de consensos sociais se desenvolvam sob o pálio da transparência, da igualdade, da imparcialidade e das demais imposições da juridicidade.

Esse conceito revela um novo modo de interação entre o Estado e os particulares, não apenas para a consagração dos modais de consenso já analisados anteriormente, mas para o imprescindível reforço da legitimidade das decisões. Esse desafio pressupõe o entrelaçamento do direito a substratos éticos⁴ e a integração de normas – muitas delas extraídas da experiência milenar do direito privado – para a propagação de efeitos próprios e, em linhas essenciais, consensuais. Portanto, vai além de movimentos recentes, como a inovação pública e suas periclitâncias intrínsecas, a exemplo do controverso consequencialismo jurídico. (FALEIROS JR.; BORGES; AYZAMA, 2020)

A concertação administrativa tem nuances próprias e “pode envolver entes estatais (no caso brasileiro, a União, os Estados Federados, o Distrito Federal e os Municípios) entre si, entes estatais e entidades da Administração indireta, (...) além de entidades da Administração indireta entre si.” (BITENCOURT NETO, 2017a, p. 198-199)

3- Sobre o caso, veja-se: “Entre os que enfocaram mais diretamente essa questão encontrava-se Orion White, cujo trabalho “The dialectical organization” (1969) sugerira a importância de uma interação ativa e contínua do pessoal das repartições com grupos de usuários em busca de políticas e procedimentos que levassem em conta todos os interesses. (...) White (1971) buscou essa noção, descrevendo a adaptação administrativa antes em termos de confronto e consenso em torno de valores éticos do que em termos de negociação e barganha, o que conduziria à imposição de uma solução pelo mais poderoso ou à prática de concessão mútua entre seus interesses. Para perseguir sua alternativa (uma “política de amor”), White fez a defesa da adaptação pela comunicação aberta, da igualdade pela distribuição funcional de poder e do reconhecimento consciente dos princípios ideológicos que orientam a ação.” (DENHARDT; CATLAW, 2017, p. 175.)

4- Aduz a doutrina: “A questão é que direito e moral estão diferenciados do *ethos* da sociedade, isto é, são, por óbvio, fruto de uma sociedade, mas, por outro lado, não são o espelho desta mesma sociedade. Eles são também respostas a mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? E como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? É possível porque aquelas normas morais e éticas forjaram-se a partir da constituição de um mundo racional e intersubjetivamente compartilhado, fundada a partir de princípio que transcenda o contexto pessoal e hermenêutico de cada ser autônomo no exercício de sua liberdade individual, (...). O ponto de corte entre o bom e o justo, ou seja, entre o ético e o moral, entendido o primeiro como uma totalidade cultural localizada e o segundo como o dado universal, é justamente a possibilidade de ‘universalização’ de normas éticas para morais.” (LEAL, 2014, p. 90)

A partir dessa lógica, parte da doutrina passou a correlacionar a mencionada reforma à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, particularmente o disposto nos artigos 26, *caput*, e 27, §2º, com a lógica consensual da 'Administração concertada':

Com efeito, os dispositivos:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO)".

"Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

No caso específico do artigo 26, *caput*, a passagem que menciona a possibilidade de celebração de "compromisso com os interessados" e, no artigo 27, §2º, o trecho que permite a celebração de "compromisso processual entre os envolvidos" são vistos pela doutrina como gatilhos normativos à concertação pelo incremento na "utilização dos termos de compromisso ou ajustamento de gestão, reduzindo custos e diminuindo o tempo de resposta da ação controladora." (FERRAZ, 2018)

A possibilidade de consultas públicas também é reafirmada a partir da leitura dos dispositivos, especialmente em casos que envolvam: (i) negociações vultosas, como em acordos de investimentos com cifras bilionárias; (ii) na elaboração de cláusulas que tenham impactos sobre o direito concorrencial, sobre o direito econômico, ou que importem a escolha de pessoas específicas para que se beneficiem dos benefícios gerados pelo acordo; (iii) nos casos que envolvam grande sensibilidade social, política ou humanitária do acordo; (iv) quando o cenário do compromisso for complexo e os interesses em jogo forem difíceis de se mapear para a aferição de seus reais impactos. (GUERRA; PALMA, 2018, p. 149)

A ideia, nesse contexto, é concretizar as chamadas relações administrativas multipolares ou poligonais, descritas por Hartmut Maurer (2006, p. 191) e sintetizadas por Eurico Bitencourt Neto (2017b, p. 214), "que se revelam aptas para regular situações complexas, com a presença de múltiplos interesses concorrentes e uma interpenetração de interesses públicos e privados."

Com efeito, tem-se a retomada de uma lógica de consenso para além da revisão da questão jurídica de fundo. A abertura do §2º do artigo 27 à potencial celebração de negócios jurídicos processuais, nos processos administrativos (em atenção ao permissivo específico já contido no artigo 15 da legislação

processual civil⁵), semelhantes aos dos processos judiciais, regidos pelo artigo 190 do CPC de 2015, conferiu novos contornos à compreensão do processo enquanto instituto instrumental. Mecanismos como a arbitragem e a mediação surgem, nesse exato contexto, como soluções prófugas e que atendem ao propósito emanado da novel legislação.

3. ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E O PAPEL DA TECNOLOGIA PARA O DIREITO PÚBLICO

Avançando na apreciação específica de alguns modais de participação direta, não se pode deixar de abordar, ainda que brevemente, a importância da mediação e da arbitragem na Internet, não apenas para a solução de litígios privados, mas também para a facilitação da resolução de disputas com o Poder Público.

Inicia-se o tópico, para breve contextualização, com breve excerto de autoria de Castanheira Neves (1992, p. 95-96):

Se o fenômeno da comunicação técnico-informática é o fenômeno mais caracterizador do nosso tempo socialmente desenvolvido, não menos apertadamente invocada neste nosso tempo e de modo a poder falar-se a esse propósito de uma dimensão pós-moderna, é a comunicação que dissemos comunicação-comunicação – a comunicação dialógico-cultural, que de todo se não confunde com aquela outra.

Tem essa comunicação-comunicação a ver com a superação do *sujeito*, do sujeito moderno ou da cultura moderna e moderno-iluminista – seja o sujeito cartesiano, seja o sujeito transcendental. Por isso se invocam hoje, contra a “filosofia do sujeito”, a filosofia e a razão comunicativas. O sujeito cartesiano é o solipsista titular (absoluto) da razão e no fundo identificava-se com a própria razão – a razão decerto também moderna, axiomático-sistemática, que assimilava o conhecimento necessário e universal. A verdade seria uma só – a definida por essa razão – e o sujeito-razão ter-lhe-ia acesso na transparência da consciência. O sujeito transcendental era menos absoluto – oferecia só as condições críticas do conhecimento possível à razão e à experiência humanas. E se com isto se abria, por contraponto, a porta a outros horizontes de sentido (desde logo, de sentido prático), o núcleo determinante e o *modus* paradigmático continuaram a ser o necessário e o universal.

Os dizeres do professor português ecoam no cerne da discussão posta em termos de ampliação dos modais para o uso da arbitragem e da mediação. Se a tecnologia interfere densamente no futuro das profissões, como sinalizam Richard e Daniel Susskind (2015, p. 293), esta não é, segundo os próprios autores, uma preocupação aterrorizante, uma vez que, para alguns, “o futuro mais eficiente está em máquinas e seres humanos trabalhando juntos.”⁶

Na medida em que a tecnologia e o poder comunicacional ganham espaço e novos métodos são utilizados para a previsão de resultados, a delimitação de problemas, a especificação de propostas e, ao fim e ao cabo, a solução de conflitos, a arbitragem e a mediação ganham novos contornos. O ‘sujeito cartesiano’, aqui representado na figura do árbitro ou mediador, e detentor de poder comunicacional haurido por suas experiências e vivências, é potencializado pelo ‘sujeito transcendental’ descrito por Castanheira Neves, e que aqui se faz presente pela interação com a máquina.

5- Eis o dispositivo: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

6- Tradução livre. No original: “(...) the most efficient future lies with machines and human beings working together. Human beings will always have value to add as collaborators with machines.”

Em breves linhas, a predição algorítmica passa a ocupar *locus* de destaque na análise comportamental e disso se extrai um vasto rol de estratégias de persuasão, compreensão e solução para a pacificação de conflitos. Fala-se na ‘teoria dos jogos’, em ‘conflitos’ e ‘solução de conflitos’, ‘disputas’ e ‘resolução de disputas’; tais termos e expressões possuem diferenças semânticas relevantes⁷ e, naturalmente, não são o foco dessa singela investigação, razão pela qual esta abordagem não se deterá quanto a tais minúcias.

A arbitragem tem sua principal vantagem na flexibilidade em relação ao procedimento, característica preponderante e atrativa, pois viabiliza celeridade, expertise para a apreciação de determinadas matérias e até mesmo o sigilo. Não é diferente o caso da mediação, que permite às partes a busca por soluções equânimes às questões em disputa pela lógica do diálogo e da composição. (MARTINS, 2016; LEIGH, 2016)

A adaptação da arbitragem ao Regime Jurídico Administrativo impõe ao operador do direito uma série de ajustes, inclusive procedimentais, relativos à convenção de arbitragem, à sua previsão em editais, ao uso de línguas estrangeiras, à publicidade, ao critério de julgamento, à escolha de árbitros e câmaras arbitrais (e à necessidade de sua licitação), ao cabimento do regime dos precatórios e ao pagamento das despesas da arbitragem, bem como às prerrogativas processuais da Administração Pública. (SOMBRA, 2017) Não obstante, é de se destacar sua natureza eminentemente consensual, uma vez que proclama toda a base principiológica do sistema de consensualização que rege este proceder administrativo. (SALLES, 2011, p. 60)

A título exemplificativo, tem-se a expressa previsão de adoção da arbitragem para a solução de conflitos com a Administração Pública no artigo 23-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, acrescentado pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, prevendo a adoção da arbitragem na solução de conflitos nos contratos de concessão, além do artigo 4º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que autoriza o uso da arbitragem nas operações de comercialização de energia elétrica. São situações específicas, mas que apresentam a essência consensual que se espera de uma atuação arbitral como viés alternativo para a solução de conflitos com o Estado.

A chamada ‘arbitrabilidade objetiva’, no que diz respeito à participação da Administração Pública, traz à superfície a pertinente dúvida quanto aos limites de proteção e disposição do interesse público, que inviabilizaria o emprego da arbitragem em certos contextos. Para Eugenia Marolla (2016, p. 215), nem todos os bens públicos seriam indisponíveis, pois, em seu entender, a indisponibilidade estaria restrita às finalidades buscadas pela Administração. Entretanto, a questão é mais complexa do que aparenta ser, e não cinge apenas à delimitação de uma regra inerente à indisponibilidade. Isso porque, para a Lei de Arbitragem brasileira, antes da reforma promovida pela Lei nº 13.129/2015, não se tinha grandes dúvidas quanto ao campo de incidência da arbitrabilidade de cariz objetivo no direito privado⁸, mas, quanto ao direito público, notadamente quanto aos contratos administrativos, o cenário era bem diferente e mais nebuloso.

Há, agora, maior clareza quanto à dicotomia entre a arbitrabilidade subjetiva (relativa ao sujeito, no caso, a Administração Pública) e a arbitrabilidade objetiva (que concerne ao objeto). Esta última, para ser aferida, implica aferição detida da natureza do ato praticado – se de império ou de gestão – para que contornos específicos sejam posteriormente traçados em contrato próprio, dentro dos limites que a legislação faculta. (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p 125) O tema revolve ao entrelaçamento entre interesse público e interesse privado – e maior espaço será dedicado a esse tema em tópico posterior deste capítulo –, importando saber, no momento, que:

7- Anota a doutrina: “For purposes of some (perhaps artificial) clarity, I suggest here, as I review the history of the development of the field and its key ideas and concepts, that “disputes” and “dispute resolution” have been constituted by the legal field, and “conflicts” and “conflict resolution” by the broader pastiche of the social sciences (anthropology, political science, international relations, sociology, psychology, history, economics, and game theory) and their more multidisciplinary social activist spinoffs, such as peace studies, social movement theory and practice, and conflict resolution. While “disputes” may be about legal cases, conflicts are more broadly and deeply about human relations and transactions. Conflict “handling” may be both more and less involving and complicated than “dispute settlement” or “conflict management”. The study of “dispute processing” is a sort of bridge terminology and field, having been constituted by legal anthropologists (some of whom were and are lawyers) to move the focus away from legally constructed “cases” to the broader notion of culturally and contextually embedded “disputes” having existences, before, during, and after formal legal disputes.” (MENKEL-MEADOW, 2004, p. 12)

8- Confira-se, por todos: FACCHINI NETO, 2017.

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. (GRAU, 2002, p. 147-148)

Em resumo, a patrimonialidade do bem⁹ é o aspecto determinante para a aferição da arbitrabilidade objetiva e, por conseguinte, da cogitação da arbitragem para um determinado caso concreto. E, em se tratando do direito público, algumas objeções doutrinárias, todas elas de grande importância, devem ser consideradas para que não se ateste a pertinência do tema de forma açodada.

Quanto a isso, Juarez Freitas (2017, p. 40-41) traz importante sistematização:

(a) a objeção relativa à presumida incompatibilidade entre a negociação e a vinculação do agente público às regras legais. Ora, essa crítica esquece a vinculação cogente a princípios constitucionais nas relações administrativas, liame confortado pela boa transação. De mais a mais, acordos administrativos são efetuados, desde sempre (por exemplo, nas desapropriações). Fingir que não ocorrem é pior política. Como se não bastasse, hermeneuticamente falando, inexistente vinculação absoluta no direito administrativo.

(b) a objeção de que o atendimento administrativo legítimo de pleitos particulares prejudicaria a abordagem sistêmica, engendrando soluções excludentes e privilegiadas. Na realidade, o particularismo não universalizável é antitético à negociação idônea, aqui defendida, a qual se encontra compelida a demonstrar, a contento, a universalização dos benefícios líquidos. Vale dizer, a resposta à crítica é a de que a negociação prova contempla, motivadamente, os benefícios líquidos sistêmicos das saídas consensuais, sob pena de antijuridicidade.

(c) a objeção de que a negociação ofereceria oportunidade à negociata. O risco preocupa, está claro, mas não a ponto de justificar o banimento puro e simples do compromisso. Justifica, sim, uma intervenção vigorosa e cautelar do aparato de controle e autocontrole. Todavia, a negociação defensável não se presta a servir de instrumento de violação à moralidade administrativa, seja por enriquecimento ilícito, seja por dano ao erário, seja por violação aos princípios.

(d) a objeção de que a via cooperativa debilitaria a solução judicial. Ao contrário: reserva-se aos magistrados o campo para equacionar questões complexas e, sobretudo, resguarda-se a última instância à esfera judicial, atenuando-se, em contrapartida, a febril judicialização exatamente para que o juiz possa melhor exercer o seu papel, em tempo útil. De mais a mais, a filosofia não adversarial desencadeia vasta gama de efeitos positivos, ao instaurar ambiente emancipatório no qual o diálogo não coercitivo prepondera, engendrando a sociedade pacífica, capaz de conviver com desacordos inevitáveis.

(e) a objeção de que o modelo extrajudicial seria o fruto de constrangimento econômico, mercê da onerosidade assimétrica no acesso ao Poder Judiciário. Existe o risco de encerrar o compromisso como mal menor sobretudo para os particulares, em face de entraves econômicos. Contudo, precisamente para reduzir os custos (diretos e indiretos) que se preconizam alternativas de satisfatória resolução consensual de conflitos.

De mais a mais e já partindo para outro norte, a mediação e, de forma mais ampla, também a conciliação e a negociação, encontram sua pertinência no estudo da consensualidade administrativa, como indicam Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira (2018, p. 144-145):

9- Com efeito: "(...) quando se trata tão-somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante." (MOREIRA NETO; SOUTO, 2004, p. 217)

Os institutos da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem têm a capacidade de aproximar as partes e gerar resultados compatíveis com as diretrizes constitucionais, inclusive com os princípios que regem a Administração Pública. A mediação, como método não-adversarial de solução de controvérsias, almeja maior cooperação na busca da melhor solução. Além disto, a legislação é clara, ao impor a todos, inclusive à Administração Pública e aos advogados (públicos e privados) o dever de utilização da conciliação e da mediação. Embora a realização de transações pela Administração Pública não seja algo novo, a utilização de institutos como a conciliação, a mediação e a arbitragem ainda é recente.

Para que esses mecanismos funcionem de forma efetiva, a doutrina indica alguns requisitos técnico-procedimentais voltados à garantia de lisura e higidez da operacionalização da mediação:

(...) normalmente, será necessária a utilização de mediadores para viabilizar a negociação entre particulares e o Poder Público, dada a desigualdade de poder. Tal necessidade é ainda maior em conflitos multipartes, nos quais existem diversos entes públicos envolvidos, e grupos distintos também na sociedade civil, nem sempre organizados. A primeira necessidade que se coloca, assim, é a de que exista um quadro de mediadores previamente capacitados a que o Poder Público possa recorrer. Também é necessário definir de onde virão os recursos para pagar pelos serviços de mediação, quando os mediadores já não sejam servidores remunerados pelos cofres públicos para tal fim, bem como para pagar por eventuais estudos técnicos.

Existente este quadro, a escolha do mediador (ou equipe de mediadores, como é mais comum em se tratando de conflitos coletivos) deve ficar ao encargo das partes envolvidas. Se se tratar de um conflito judicializado, admite-se que o juiz da causa faça a escolha, mas é evidente que mediadores poderão ser recusados por razões de suspeição e há que se sopesar se vale a pena o ganho de tempo decorrente da escolha unilateral, com a perda de autonomia e confiança das partes no(s) mediador(es) escolhido(s) sem a sua participação. Nos EUA, costuma-se permitir às partes que façam esta escolha, sempre havendo, contudo, uma proposta inicial de nomes que se sabe serem imparciais e experientes na matéria.

Escolhidos os mediadores, devem estes proceder ao diagnóstico do conflito, com a identificação de todos os interessados e/ou afetados, bem assim de todos os atores necessários para a resolução efetiva do problema. Este conjunto de atores envolverá até os órgãos do Poder Executivo com competência para atuar na matéria, representantes do Legislativo, quando for o caso (...), o Ministério Público, a Defensoria Pública (quando houver pessoas hipossuficientes), o(s) empreendedor(es), quando for o caso, a comunidade diretamente afetada, quando for possível identificá-la, as entidades do terceiro setor que atuem na matéria naquela região, quando existentes. (SOUZA, 2014, p. 498)

Seja para a arbitragem, seja para a mediação, não há dúvidas de que a utilização da Internet fornece substratos interessantes e capazes de aprimorar resultados, simplificando interações, facilitando comunicações, encurtando distâncias e, de modo geral, também auxiliando o árbitro ou mediador em suas intervenções. São as chamadas *Online Dispute Resolutions* (ODR), comumente voltadas à 'desjudicialização', especialmente de demandas de massa, e à implementação de soluções não adversariais. (KAUFMANN-KOHLER; SCHULTZ, 2004, p. 21-25; 26-35)

Mecanismo corriqueiro para a realização de sessões virtuais de arbitragem e mediação é a videoconferência, que pode ser utilizada para permitir a participação de uma parte ou testemunha que, eventualmente, não possa estar presente pessoalmente no local previamente designado. As webconferências, por sua vez, ainda guardam certo grau de ineditismo e são mais abrangentes – conforme se indicou no tópico anterior, quanto às audiências públicas –, e são mais rápidas que as trocas de mensagens escritas. Sem dúvidas, as webconferências têm grande valor na organização de reuniões procedimentais entre os árbitros/mediadores e as audiências com as partes, uma vez que essas reuniões e audiências são frequentemente realizadas por meio de conferências telefônicas. Uma exceção deve ser feita quando a audiência também se destina a ser uma oportunidade de se reunir as partes pela primeira vez – questão valorosa para a eventual formulação de um acordo.

Um sistema de webconferência com recursos para a apresentação e edição de documentos pode facilitar e acelerar negociações e a formatação de um acordo, pois as partes e o árbitro/mediador poderão discutir e alterar o documento em tempo real, com o texto e suas revisões bem diante dos olhos de todos os participantes. E o que é mais importante: tudo isso pode ser concretizado sem a necessidade de grandes infraestruturas de informática, bastando, para o acesso e a utilização dessas plataformas, a utilização de dispositivos móveis.¹⁰

Relevante a análise de Gustavo Binenbojm (2014, p. 142):

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa. Foi essa influência que determinou a inserção, no art. 20, §3º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (*sind an Gesetz und Recht gebunden*). Tal ideia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas. (...) Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala Santamaria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a zona de irradiação do direito constitucional, manteve-se alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo.

Deliberações mais céleres, redução de custos, flexibilização de datas e acessibilidade são alguns dos fatores positivos das resoluções de disputas virtuais. Por essa razão, tais práticas vêm sendo fortemente incentivadas, a ponto de a Organização Mundial do Comércio (2003) editar uma cartilha de práticas especificamente voltada ao tema.

Os benefícios são muitos e as potencialidades ainda maiores; a implementação de mecanismos para a resolução virtual de disputas é um caminho inexorável e se apresenta frutífero do ponto de vista intelectual, elevando o potencial de gestão da governança para níveis ainda maiores. A superação dos obstáculos relativos ao sujeito cartesiano, na expressão de Castanheira Neves, parece transitar pela a governança – fenômeno complexo – assim como a implementação de aplicativos inovadores de webconferência, telefonia móvel e resolução de disputas no contexto correto. Levará tempo para encontrar uma correspondência boa, sustentável e escalável entre tais tecnologias, pois ainda existem muitos desafios em relação à boa governança, mas não há obstáculos ao potencial disruptivo dessas inovações.

10- Destaca a doutrina: "Researchers are just beginning to work out the impact of this erosion of the importance of spatial limitations, but it is very tempting to assume that some significant changes in our concept of relationships and our definition of social groups are in store. Some of the first reactions to technology by dispute resolution professionals centered around making it easier to do what dispute resolvers have always done, and some of the first approaches to ODR were to mirror online what had been done in the "real" world. In the long run, it is reasonable to assume that the changes technology is bringing to society at large will resonate in the dispute resolution community by making us challenge what we can do, what we should do and what we have to do. Mobility tends to be thought of mainly in spatial terms, as a capability to overcome constraints of distance, thus providing access not only to information far away but also to people far away. Perhaps the classic example is the mediator who, while on a break from a mediation session in Florida, was able to use a smartphone to conference two parties in California and review with them final language for a settlement agreement. Yet, the new mobility also affects our temporal sense, shortening or accelerating time as well as overcoming space. We can create connections faster and expect outcomes from those connections to occur more quickly. Compared to the past, feedback loops are accelerated and both errors and the correction of errors can occur more quickly. The term "cyberspace" emphasized the concept of space but there is also lurking in the background something that might be labeled cybertime, a new set of expectations about duration and about how long things last (Katsh 1995). Before we entered the era of cyberspace and cybertime, citizen interaction with government moved spatially and temporally in much different ways than citizen interaction moves now." (KATSH; RAINEY, 2011, p. 83)

Se a sociedade, enquanto sistema social, é composta por elementos comunicacionais que dão relevância ao sujeito, no modelo sistêmico luhmaniano, não se pode perder de vista, na linha do alerta de Herrera Flores (2009, p. 41-42), que “uma confluência estrita entre elementos ideológicos (que se apresentam como ‘universais’) e premissas culturais (que têm a ver com os entornos de relações ‘particulares’ em que as pessoas vivem)” também se transpõe ao plano virtual, trasladando toda a dinâmica inter-relacional que envolve a proteção de direitos fundamentais para um novo ambiente, agora digitalizado.

4. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS (ADRS) E ONLINE DISPUTE RESOLUTIONS (ODRS): UM OLHAR MAIS APROFUNDADO SOBRE SEUS USOS E APLICAÇÕES

O crescente movimento de acesso à Justiça desafia os profissionais do Direito a “encontrarem alternativas capazes de acomodar melhor as demandas urgentes de uma época de transformações sociais num ritmo acelerado sem precedentes”¹¹ (CAPPELLETI, 1993, p. 236). Neste cenário, o direito público se depara com mecanismos inovadores de resolução de controvérsias, a exemplo das *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs) e *Online Dispute Resolutions* (ODRs).

Alternative Dispute Resolutions (ADRs) são mecanismos que, com características, habilidades e técnicas próprias, oferecem a administração adequada aos diferentes tipos de conflitos (SALES; SOUSA, 2014, p. 379) por meio da negociação, conciliação, mediação, arbitragem, dentre outros. São métodos sigilosos que primam pela construção do consenso através do diálogo, e podem ser utilizados antes ou após a judicialização da controvérsia - a qualquer tempo e fase do processo judicial.

O instituto foi introduzido no cenário nacional pela Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequados dos conflitos e interesses no âmbito do Poder Judiciário”. Contudo, ganhou maior projeção e relevância no Brasil, como resposta efetiva para o problema do excesso de litigiosidade, com o advento do Código de Processo Civil/2015¹² e regras esparsas, a exemplo da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015).

As ADRs, mais recentemente denominadas MASCs (Meios Adequados de Solução de Controvérsias), remontam à ideia do conceito de “Tribunal Multiportas” (*Multidoor Courthouse System*), apresentada pelo professor Frank Sander, da Harvard Law School, na Pound Conference em 1976. Diferenciando-se do modelo autocentrado e interventivo de justiça tradicional, sugere uma estruturação múltipla de possibilidades e caminhos para resolução adequada de controvérsias.

Em outras palavras, as portas de acesso ao Sistema de Justiça se diversificam para abrigar soluções adversariais, consensuais, heterocompositivas ou autocompositivas. Frente à peculiaridade de cada conflito, é possível escolher a melhor estratégia de acordo com a complexidade do caso, custos, tempo, dentre outras variáveis.

Dado o avanço das relações construídas em rede e mediadas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), “as ODRs (*Online Dispute Resolutions*) abrangem a aplicação da tecnologia da informação e comunicação à prevenção, gestão e resolução de conflitos”. (KATSH; RULE, 2016, p. 329)

11- Tradução livre. No original: “(...) find alternatives capable of better accommodating the urgente demandas of a time of societal transformations at an unprecedented accelerated pace”.

12- “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

De fato, a utilização da Internet nos métodos consensuais de resolução de conflitos tem facilitado a comunicação e interação, viabilizando soluções mais céleres e acessibilidade, na medida em que possibilita o diálogo e a construção do consenso independentemente da distância entre as partes. Além disso, a exigência de isolamento social e as restrições às atividades presenciais no contexto da pandemia do COVID-19 indicam uma tendência a adoção das plataformas de resolução de conflitos online como importante movimento de acesso à Justiça.

No âmbito jurídico normativo, os avanços na disciplina da resolução virtual de conflitos são crescentes. Com o advento da Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, estabeleceu-se regulamentação à comunicação e a prática de inúmeros atos judiciais e administrativos de forma eletrônica, fomentando a criação de Diários da Justiça eletrônicos (art. 4º) e sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 8º).

No plano processual, o Código de Processo Civil positivou a prática eletrônica de atos processuais (Seção II, arts. 193 a 199), inclusive por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 236, § 3º). Além disso, autorizou a criação de câmaras de mediação e conciliação, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio da conciliação, no âmbito da administração pública e promover, quando couber, a celebração de termos de ajustamento de condutas (art. 174).

No mesmo sentido, a Lei n. 13.140, de 2015, além de dispor sobre a mediação entre particulares, disciplina a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A Lei referida autoriza a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública (art. 32).

Nesse sentido, importante lembrar que o Decreto nº 10.197, de 2 de janeiro de 2020, alterou o Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015, para estabelecer o “Consumidor.gov.br” como plataforma oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo.

Como já se pontuou em relação à arbitragem, com o advento da Lei n. 13.129, de 2015, passou-se a permitir, expressamente, que a administração pública direta e indireta utilize-a para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º), respeitado o princípio da publicidade (art. 2º, § 3º).

Importante mencionarmos, ainda, a recente edição da Resolução 358 de 02/12/2020 do Conselho Nacional de Justiça que regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação, considerando que a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação permite alternativa mais célere ao processo judicial, com a mesma segurança jurídica, sendo medida de efetividade do acesso à justiça.

A esse respeito, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam:

Ap primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a gratuidade constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional) (GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 32).

Conclui-se, pois, pela viabilidade jurídica normativa da adoção, pela administração pública, de modais tecnológicos para a efetivação da solução de conflitos por meios não adversariais na Internet, seja por meio da Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) seja na Resolução Online de Conflitos (ODR). Mais que isso, conforme se depreende da legislação supracitada, há um contínuo incentivo ao uso da tecnologia pela administração pública no direito brasileiro.

4.1 A consensualidade administrativa frente ao princípio da indisponibilidade do interesse público

Reflexão importante à adequada compreensão do tema em análise, diz respeito a consensualidade administrativa e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Questiona-se se o referido princípio constitui barreira à realização de atos consensuais por parte da Administração Pública.

Quanto ao tema, Luzardo Faria (2017, p. 311-312) traz importante elucidação:

Reconhecendo-se que os interesses individuais também compõem a noção de interesse público e que este não se confunde com o interesse próprio do Estado enquanto pessoa jurídica, é fácil compreender como é possível harmonizar os dois conceitos (indisponibilidade e consensualização). (...) A chave para se aceitar a possibilidade de harmonização entre as noções de indisponibilidade e consensualização está em, como dito, saber que a Administração ao tutelar interesses individuais não necessariamente está se afastando do interesse público. Afinal, os interesses individuais protegidos pelo ordenamento jurídico também ostentam a qualidade de interesse público.

A suposta incompatibilidade aventada entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualização ou concertação administrativa decorre, portanto, de uma equivocada compreensão do interesse público.

O termo autocomposição, previsto no artigo 190 do CPC, é abrangente e vai além da expressão direito disponível, pois alcança os direitos indisponíveis que admitem a transação. “A mera indisponibilidade do direito não impede, portanto, a celebração de um negócio jurídico processual” (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 196)

Diante do caso concreto, incumbe aos agentes públicos a análise, com fundamento no princípio legalidade e da proporcionalidade, do interesse público preponderante. Alguns parâmetros são de indispensável observância, confira-se:

Além dessa questão do arbitramento de conflitos de interesses públicos abstratos, a harmonização da indisponibilidade e da consensualização perpassa, também, pela devida observância da decisão administrativa consensual a alguns parâmetros jurídicos. No total, defende-se a existência de cinco *standards* de validade dos acordos administrativos de acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público: (i) a submissão da atividade administrativa à legalidade e as condicionantes que isso impõe à realização de acordos; (ii) a necessidade de tratamento isonômico dos particulares com quem a Administração realiza esses acordos; (iii) o respeito aos princípios da publicidade e da motivação dos atos administrativos; (iv) a moralidade na atuação dos agentes públicos envolvidos na negociação dos acordos e (v) a observância ao postulado da segurança jurídica. (FARIA, 2017, 312-313)

No contexto das ADRs envolvendo o poder público, uma releitura adequada do princípio da indisponibilidade tem permitido a concretização da consensualização administrativa, desfazendo-se a falsa percepção de que indisponibilidade do interesse público deve impedir acordos pelos entes públicos. “A verdade é que nem todo direito indisponível implica a impossibilidade de haver transação que o envolva” (DIDIER JR., 2015, p. 625)

É cada vez mais comum, por exemplo, que audiências de conciliação ocorram entre particulares e a administração pública, a exemplo de processos judiciais envolvendo a concessão de benefícios previdenciários, ação civil pública, ações indenizatórias, dentre outras.

Mais que isso, a evolução doutrinária tem caminhado no sentido de compreender que o reconhecimento da procedência da pretensão de um particular pela Administração Pública não importa em disposição do interesse público:

“Caso se constate a procedência da pretensão do particular – e, conseqüentemente, a improcedência da pretensão da Administração – é dever do Poder Público, por força inclusive da indisponibilidade do interesse público, tutelar o direito do cidadão. Isso deve ocorrer quando se verificar a presença de dois requisitos fundamentais, quais sejam: (i) a inexistência de dúvidas sobre a matéria fática e (ii) a existência de entendimento jurídico consolidado favorável ao autor. Defender o contrário seria permitir que a Administração perseguisse seus interesses secundários, em descompasso com o verdadeiro interesse público”. (FARIA, 2017, 315-316)

Em muitos casos, inclusive, o encerramento prematuro ou prevenção do litígio pode se mostrar mais benéfico ao interesse público, haja vista o custo da permanência do ente público na disputa judicial.

4.2 A importância do *Dispute System Design* (DSD) para a Administração Pública

Faz-se necessário um olhar atento para o aspecto qualitativo da utilização e aplicação da Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) e da Resolução Online de Conflitos (ODR) por parte da administração pública. Neste propósito, merece destaque a adoção da metodologia do *Dispute System Design* (DSD) na medida em que se propõe a construir arranjos procedimentais específicos, possibilitando o atendimento às peculiaridades do direito público, com especial foco à prevenção, implementação de soluções não adversariais e desjudicialização de conflitos.

A esse respeito, relevante a análise de Diego Faleck (2018, p. 33):

É necessário que se conduza um devido diagnóstico sobre a situação conflituosa que se procura resolver, avaliando-se quais são os temas das disputas, como estas são resolvidas, quais os custos e riscos jurídicos de cada um destes temas, tanto em termos de mérito quanto de processo, quem são as partes interessadas e afetadas, quais são seus interesses e alternativas, como funciona, quais são as vantagens e desvantagens do sistema existente, entre outros. Deve-se envolver as partes interessadas e afetadas e deve-se pensar a construção de modelos adequados, contando com os métodos adequados, devidamente sequenciados, inclusive os híbridos. Uma disposição que meramente estipula a obrigação para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de criar câmaras de mediação e conciliação parece-nos ter pouca eficácia e aplicabilidade.

No atual momento de evolução da técnica processual, espera-se do processualista mais do que a simples aplicação do direito (SALLES, 2011, p. 24). Frente a abertura legislativa aos métodos consensuais de resolução de conflitos, que ganha novos contornos em seus desenhos a partir das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), o design de sistema de disputas propõe a criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos, requerendo mais criatividade e iniciativa dos operadores do Direito.

Para operacionalização técnico-procedimental do método de Desenho de Sistema de Disputas – DSD, orienta Faleck (2018, p. 45-46):

Nesta esteira, pelo aspecto lógico e cronológico, o primeiro passo para determinar a adequação de um arranjo procedimental é a análise de conveniência e oportunidade, para definir se a empreitada deve ou não ter ignição. Denominamos essa etapa fundamental do processo e o conjunto de reflexões que ela requer de “iniciativa”. Em segundo lugar, para que se alcance a adequação, o designer deve realizar o diagnóstico abrangente da situação conflituosa

existente, do problema e do seu contexto. Portanto, sustentamos que a adequação dependerá também de uma terceira etapa estratégica e conceitual, consubstanciada na definição de propósitos, objetivos e escopo do sistema. A quarta etapa natural decorrente corresponde à construção conceitual em si do sistema; e a última etapa, à implementação e avaliação do arranjo procedimental. (p. 45-46)

Interessante exemplo de uso das plataformas de ODRs, a partir do Design de Sistema de Disputas – DSD, é proposta por Fernando Amorim e Ricardo Rodrigues para os Serviços de Informação ao Cidadão (SIC), previstos na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), ou nos Portais da Transparência, decorrentes da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), de forma que “essa ferramenta possa auxiliar a resolução de conflitos que envolvam o cidadão e o poder público, de forma mais rápida e sem envolver o judiciário, no que se refere ao atendimento das regras de transparência estabelecidas na legislação.” (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 190)

O Desenho de Sistemas de Disputas – DSD permite a customização procedimental de forma mais adequada ao conflito, em toda sua complexidade, e seguramente tem muito a acrescentar às ADRs, a exemplo do Programa de Indenização Mediada (PIM) relativo ao desastre ambiental de Mariana, cuja iniciativa partiu da extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (FALECK, 2018, p. 180).

No âmbito do direito público, a judicialização e adjudicação de conflitos não deve ser a principal porta de acesso à Justiça. Nesse sentido, recorre-se a uma “nova perspectiva de jurisdição, não mais restrita, apenas, à tutela estatal ou mesmo arbitral, mas voltada à utilização de meios consensuais de solução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, visando, acima de tudo, à garantia do acesso à justiça, enquanto acesso à ordem jurídica justa.” (GRINOVER, 2018, p. 7)

A metodologia de desenho do sistema de disputas releva sua importância no estudo proposto pelo presente artigo na medida em que combina diversos mecanismos de resolução de conflitos (ADR), partindo-se da “premissa, cada vez mais assente no Direito, de que as soluções processuais para a diversidade de circunstâncias materiais e jurídicas que informam disputas e conflitos não admitem tamanho único” (FALECK, 2018, p. 31).

Ademais, o *Dispute System Design* (DSD) estimula diálogos institucionais entre todas as esferas de poder, favorecendo a resolução democrática e participativa de conflitos sociais (consensualização administrativa), sobretudo os de maior complexidade e abrangência como aqueles advindos da ineficiência das políticas públicas de saúde.

Há na essência do instituto um estímulo democrático por meio do diálogo colaborativo e horizontal entre os entes públicos e da participação plural na construção de caminhos para resolução de demandas, considerando toda a complexidade social, econômica e política que lhes são subjacentes.

5. CONCLUSÃO

A transformação digital oferece soluções profícuas à Administração Pública. É preciso que se reconheça o potencial de implementação das Tecnologias de Informação e Comunicação nas rotinas administrativas para a otimização de resultados e metas, mas também para a efetivação de soluções alternativas de disputas.

Na seara administrativa, como se viu, as ADRs e ODRs contribuem para a solidificação da chamada consensualização administrativa, que aproxima Administração e administrados. Neste propósito, merece destaque a adoção da metodologia do *Dispute System Design* (DSD) na medida em que se propõe a construir arranjos procedimentais específicos, possibilitando o atendimento às peculiaridades do direito público, com especial foco à prevenção, implementação de soluções não adversariais e desjudicialização de conflitos.

Ao longo desse breve estudo, concluiu-se que, no âmbito do direito público, a judicialização e adjudicação de conflitos não deve ser a principal porta de acesso à Justiça. O implemento dessas tecnologias tem o potencial de contribuir para o reforço do diálogo horizontal em busca da desejada consensualização. Nesse espírito, a hipótese aventada se concretiza e demonstra como a tecnologia pode robustecer o direito público desde sua essência, reforçando o próprio princípio democrático.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017a.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017b.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Alternative Dispute Resolution Process Within the Framework of the World-Wide Access-To-Justice Movement**. 56 *Modern Law Review*. 1993, pp.282-296. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02673.x>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte: Fórum, v. 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.
- DEAMORIM, Fernando Sérgio Tenório; RODRIGUES, Ricardo Schneider. A resolução online de litígios (ODR) na administração pública: o uso da tecnologia como estímulo à transparência. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 54, 2019.
- DENHARDT, Robert B.; CATLAW, Thomas J. **Teorias da Administração Pública**. Tradução de Francisco Gabriel Heidemann. 7. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Jurisdição ou resolução consensual de conflitos: a quem pertence o futuro? **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 103, p. 15-47, maio/jun. 2017.
- FALECK, Diego. Introdução ao design de sistema de disputas: câmara de indenização 3054. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, ano v, n. 23, p. 10, 2009.
- FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital De Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 4, n. 2, p. 69-90, jul./dez. 2017.
- FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração Pública Digital: proposições para o aperfeiçoamento do Regime Jurídico Administrativo na sociedade da informação**. Indaiatuba: Foco, 2020a.
- FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Governança pública na Administração Pública Digital e a superação da parametrização consequencial das decisões. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, set./dez. 2020b.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BORGES, Alexandre Walmott; AYZAMA, Alex Cabello. Reflexões sobre o consequencialismo jurídico na Lei da Segurança para a Inovação Pública (Lei nº 13.655/2018). **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, ano X, n. 21, p. 111-121, jul./dez. 2020.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62542/R%20-%20D%20-%20LUZARDO%20FARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 mar. 2021.

FERRAZ, Luciano. LINDB consagra controle consensual da administração pública, 7 jun. 2018. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica>. Acesso em: 27 fev. 2021.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, n. 4, p. 25-46, set./dez. 2017.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 21, p. 141-148, mar. 2002.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Principes de philosophie du droit**. Tradução de André Kaan. Paris: Gallimard, 1940.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KATSH, Ethan; RAINEY, Daniel. ODR and government in a mobile world. In: POBLET, Marta (Ed.). **Mobile technologies for conflict management**: online dispute resolution, governance, participation. Cham/Basileia: Springer, 2011.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online dispute resolution**: challenges for contemporary justice. Haia: Kluwer Law International, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

LEIGH, Katharine. Arbitration in Public Administration. In: FARAZMAND, Ali (Ed.). **Global encyclopedia of public administration, public policy, and governance**. Cham/Basileia: Springer, 2016.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A revogação do artigo 25 da Lei de Arbitragem e suas consequências nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 26, p. 211-228, 2016.

MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26/5/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14. ed. Barueri: Manole, 2006.

MENKEL-MEADOW, Carrie. From legal disputes to conflict resolution and human problem solving: legal dispute resolution in a multidisciplinary context. **Journal of Legal Education**, Washington, D.C., v. 54, n. 1, p. 4-23, mar. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, n. 2, p. 215-261, abr./jun. 2004.

NEVES, António Castanheira. Uma perspectiva de consideração da comunicação e o poder – ou a inelutável decadência eufórica... Notas de um esboço de reflexão. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **Estudos de direito da comunicação**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1992.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. **Solução de Controvérsias**, Nova York e Genebra, 2003. Disponível em: https://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add11_pt.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol. **Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p.92. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-081205/pt-br.php>. Acesso em: 01 mar. 2021.

RULE, Colin; KATSH, Ethan. What we know and need to know about Online Dispute Resolution. **South Carolina Law Review**. Columbia, v. 67, pp. 329-344, 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Maria Almeida de. A Mediação e os ADR'S (Alternative Dispute resolutions) – A Experiência norte-americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 2, mai./ago. 2014.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHIRATO, Vítor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, v. 24, n. 1, jan./fev. 2011.

SOMBRA, Thiago Luís. Mitos, crenças e a mudança de paradigma da arbitragem com a Administração Pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 54-72, abr./jun. 2017.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; CASTRO, Maíra Lopes de. Desenhando modelos de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n° 3, p. 101-123, 2018.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, n. 3, p. 117-126, maio/ago. 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

