



A LEI DE ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ARBITRATION LAW IN THE CONTEXT OF PUBLIC ADMINISTRATION

Márcio Bonini Notari¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o projeto de lei em tramitação no Senado Federal que altera alguns dispositivos da Lei 9.307/96, instituindo a possibilidade de aplicação da Lei de Arbitragem no âmbito da Administração Pública. No primeiro momento, será abordado o conflito, a partir da teoria marxista e sua concepção acerca do Estado e do direito, enquanto aparelhos ideológicos, repressivos e intermediários dos interesses das classes dominantes, reproduzindo a lógica do sistema capitalista de produção no uso da violência simbólica para a resolução das celeumas sociais. No segundo instante, o trabalho tratará de alguns fatores atinentes à crise do poder jurídico estatal na solução das demandas presentes no tecido social, verificando, em especial, os fatores decorrentes da cultura normativista predominante na formação do jurista e suas implicações quanto à forma litigiosa no tratamento das lides. No terceiro ponto, será abordado o novo projeto de lei em tramitação junto ao Senado Federal, que institui a aplicação do instituto da arbitragem, em se tratando de conflitos envolvendo a administração pública.

Palavras chaves: Estado, direito, arbitragem e administração pública.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pelotas/RS - UCPEL. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Atlântico Sul, Pelotas/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS. Professor Titular da Faculdade de Colider – FACIDER – MT.



ABSTRACT

This article aims to analyze the draft law, in progress in the Senate amending some provisions of Law 9,307 / 96, establishing the possibility of applying the Arbitration Law in Public Administration. At first, the conflict will be addressed, from the Marxist theory and his conception of the state and law, while ideological, repressive and intermediate the interests of the ruling class devices, reproducing the logic of the capitalist system of production, the use of violence symbolic for the resolution of social uproar. In the second moment, the work will address some factors relating to crisis of state legal power to solve the demands present in the social fabric, checking in particular some factors arising from normative culture predominant in the formation of the jurist and its implications for the way in litigation treatment of chores. On the third point, will address the new draft law, in proceedings before the Federal Senate, establishing the application of the concept of arbitration, in the case of conflicts involving public administration.

Key words: state, right, capitalism, conflicts, arbitration and public administration.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A autocomposição para lidar com os conflitos que desaguam no Poder Judiciário é atualmente um dos temas mais debatidos e analisados por estudiosos do Direito e de áreas afins. Trata-se de procurar, a partir de soluções alternativas, uma ótica voltada para os problemas que surgem das relações humanas e sociais, que não esteja interligada somente à cultura da litigância, a autor/réu, a reclamante/reclamado, a querelante/querelado, a reconvinte/ reconvindo, a demandante/demandado, ao executante/executado, em que ocorre a expansão de atribuições jurisdicionais ao

E-Civitas - Revista Científica do Cursos de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.

Volume IX, número 1, julho de 2016 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>



Judiciário, no que tange aos procedimentos e ao processo, o qual acaba sendo dispendioso, lento e burocrático, exigindo a instituição de novos mecanismos eficazes, desburocratizados e informais.

A questão central que se coloca para o presente trabalho é a instituição do mecanismo da Lei de Arbitragem no âmbito da administração pública, em tramitação no Senado Federal, e a maneira pela qual será enfrentado o problema referente à sua aplicabilidade, quando houver o confronto com princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, e do interesse público/coletivo a serem protegidos diante da característica arbitral de natureza privada, negocial e contratual.

Um dos propósitos será demonstrar os riscos inerentes a essa nova forma de resolução de conflitos, numa perspectiva marxista, quando estão em jogo os interesses privados e os dos setores dominantes. Nesse sentido, o direito e o Estado podem ser utilizados como intermediários para instrumentalizar mecanismos institucionais, que desvirtuam os mecanismos de autocomposição, com fins eminentemente econômicos, deixando em caráter periférico o diálogo entre as partes e a expectativa dos vulnerabilizados econômica e socialmente.

Considerando que este é de natureza bibliográfica, o método de abordagem adotado no seu desenvolvimento será o dedutivo. Quanto ao procedimento, será o dialético, tendo como pressupostos a tese e uma antítese para daí se extrair uma síntese.

2 O CONFLITO ENQUANTO FENÔMENO GLOBAL E LOCAL: APONTAMENTOS MARXISTAS

A crise existente no Estado Contemporâneo indica que se está falando do Estado nos dias atuais e, não apenas enquanto o Estado caracterizado por seu poder finalístico,



vinculado a sua função social, o qual necessita rever todos os seus papéis, tanto na esfera econômica quanto nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais.²

Um dos aspectos da referida crise está relacionado à supremacia absoluta da lei no Direito legislado como único critério de valoração do comportamento social do homem. A crise decorre da desregulação estatal, da lentidão em dar respostas a demandas cada vez mais rápidas, da incapacidade de ocupar o seu espaço, dando margem ao surgimento do Direito inoficial e do Direito marginal, enfim, ao descolamento entre a legislação posta e a realidade social (SPENGLER, 2010, p. 39).

Verifica-se a retração do Estado, que possui como função a proteção dos direitos dos cidadãos, sendo que, diante da sua ausência ou ineficiência, o cidadão muitas vezes cria ou diz o Direito. Dessa forma, a função de dizer o Direito, que era monopólio do Estado, passa a ser realizada pela esfera privada, caracterizando um dos aspectos de sua crise, vista como uma interferência de um dos três poderes sobre as atribuições do outro ou uma interferência supra estatal em sua soberania.

Essa crise acaba requerendo a transformação do Estado Contemporâneo, o que ocasiona um paradoxo a partir de um Estado mínimo ou um poder estatal interventor, acompanhando-o em sua história até os dias atuais, em que uma das principais características é a multiplicação dos locais de poder, com uma superação da supremacia da ordem estatal, seja por organizações supraestatais, seja pela ordem econômica, que passa por uma crise funcional em consequência da perda de centralidade e da exclusividade do Estado em suas funções.³ (SPENGLER, 2010, pp. 45-46).

Na visão de Spengler (2010, p. 46), “ há possibilidade de concorrência entre o poder estatal, semipúblicos, privados, marginais, internacionais, supranacionais, que interferem na capacidade e legitimidade de decidir sobre lei e o tratamento dos

² SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**. Por uma nova Cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010, p. 36.

³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação. Por uma nova Cultura no Tratamento de Conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2010, Idem, p. 45.



conflitos”. Assim, ocorre a descentralização do poder, cuja principal consequência é a minimização da capacidade estatal de cumprir suas funções, refletidas na perda de sua legitimidade e na debilitação de sua própria existência. Logo,

Na medida em que não é possível trabalhar com a ideia de morte do Estado, exsurge a possibilidade de sua adaptação/transformação, repensando os papéis no âmbito nacional ou internacional, eis que passa por uma desregulação cujo principal ponto é a globalização em todos os seus aspectos (econômico, cultural, político e social). A globalização econômica surgiu principalmente com a emergência de uma nova divisão da produção inaugurada pelas grandes corporações multinacionais que tem origem nos EUA, Japão e Europa Ocidental, as quais calcadas, objetivamente, em construir uma nova economia mundial sem fronteiras, unindo comunicação e controle em tempo real, o que é permitido com as inovações tecnológicas (SPENGLER, 2010, p. 54).

Essa perspectiva acarreta em inovar, pois ao oferecer restrições à regulação estatal da economia e ao defender a subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais, como o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio, pode causar o desemprego estrutural permanente (empregabilidade), sendo consequência também da globalização o clima e a segurança (intimamente ligados a questões de equilíbrio mundial).

Nesse sentido, essa possibilidade de crise global e a constatação de que somente o Estado e o mercado não vão resolvê-la tende a fortalecer o papel das ONGs enquanto organizações da sociedade civil, na construção de alternativas e de mecanismos de cooperação internacional. As ONGs, em razão de seu prestígio, podem ter, em alguns casos, maior poder que o próprio Estado.

A principal manifestação é o fim das fronteiras, traduzido pelas práticas transnacionais que destroem a capacidade do Estado de controlar e de conduzir o fluxo de pessoas, bens, capitais ou ideias. A crise de legitimidade causada pela globalização interage com o surgimento de movimentos sociais que afirmam identidades alternativas,



rejeitando a legitimidade estatal, existindo assim uma relação tripartite entre globalização, mercado e movimentos sociais.

A nova desordem mundial e a desregulação do direito culminam na atividade estatal deslocada. Esse fator causa a impressão de desordem mundial deixada pela globalização e gera uma produção normativa cuja proliferação anárquica traduz uma impressão quantitativa reconhecida como uma avalanche de normas. Assim, ao contrário do que se pensa, desregulamentação não é o inverso da regulamentação, mas sim o reemprego das normas segundo seus dispositivos mais opacos e complexos.

Por outro lado, a necessidade de superar o consenso global do direito voltado ao desenvolvimento econômico acaba exigindo do direito uma função crucial na regulação das sociedades e qual seria sua forma de contribuição para a construção de uma sociedade mais justa. Para tanto, a resposta mais frágil consistiria em reduzir essa discussão ao âmbito do consenso global, formado pelo Banco mundial, pelo FMI e pelas agências multilaterais e nacionais acerca da importância do Estado de direito e das instituições jurídicas para assegurar o desenvolvimento econômico. Acerca desse aspecto, valem as seguintes lições:

Faz parte dessa história complicada também um aspecto mais cotidiano dentro da prática dos sistemas jurídicos; hoje, o direito é constantemente forçado a decidir seguindo a crescente urgência dos problemas e das suas conexões (complexidade é também isso) e é por isso obrigado a ajustes dos ajustes anteriores: o êxito é aquele de uma provisoriedade de todas as normas adotadas. O problema se torna aquele de um direito intertemporal continuamente transitório que obriga a incerteza própria, bem como dos seus destinatários. Um exemplo que temos sob os olhos é aquele da programação dos currículos universitários, mas podemos voltar o olhar às regras do capital financeiro; em relação às questões do corpo e da vida, vimos o problema da identidade intertemporal dos indivíduos que o direito reduz a custo de qualquer paradoxo regulativo. (RESTA, 2014, p. 33).

Por conseguinte, na lição de Santos (2007, p. 20), “a resposta forte exige que se contradite este consenso hegemônico, indagando quais as condições para a construção



de um novo senso comum jurídico e o seu papel para a emancipação social”. O autor identifica os grandes campos em relação à construção do judiciário: o campo hegemônico intenta uma reforma que melhor sirva aos interesses econômicos, deixando os demais setores da sociedade civil em situação periférica. Tais reformas são orientadas, quase exclusivamente, pela ideia de rapidez, na busca de um sistema de justiça célere. A formação dos magistrados, por exemplo, é orientada, fundamentalmente, para as necessidades da economia.

Numa perspectiva marxista, conforme ensina o francês Louis Althusser, o que distingue os Aparelhos ideológicos do Estado dos Aparelhos repressivos, seria o fato de que os primeiros funcionariam pela violência, enquanto os segundos, pela ideologia. Nesse sentido, o Direito pertenceria, simultaneamente, ao Aparelho (repressivo) de Estado e ao sistema dos Aparelhos Ideológicos do Estado, ao lado da escola, da família, da religião, da imprensa e dos partidos políticos. Nesse ponto,

O Aparelho de Estado (AE) compreende: o Governo, a Administração, o Exército, a Polícia, os Tribunais, as Prisões, etc., que constituem o Aparelho Repressivo de Estado. Essa ideia de repressão, nessa vertente, indicaria que o Aparelho de Estado em questão funciona pela “violência”, pelo menos no limite; ela pode funcionar de maneira direta, como no caso da polícia, mas também, poderá ser realizada de maneira indireta, como no caso da repressão administrativa, a qual embora funcione secundariamente pela ideologia (AE), poderá ser revestida de formas não físicas de violência. (ALTHUSSER, 1985, p. 43).

O aparelho de Estado está calcado no materialismo histórico de Marx, que tem como fundamento as relações sociais, históricas, produtivas, entre outras, as quais são concebidas na estrutura de qualquer sociedade enquanto constituída pelos níveis ou instâncias, articulados por uma determinação específica. Essa determinação terá como ponto de partida a infraestrutura ou a base econômica, na visão de Althusser, estaria centrado na unidade das forças produtivas e das relações de produção, e a superestrutura



que comporta em si duas instâncias: a jurídico-política, que inclui o Direito e o Estado, e as diferentes ideologias (religiosa, moral, jurídica, política, entre outras).

Sendo assim, na visão de Althusser (1985, p. 24-25)," tomando por base as lições do materialismo histórico de Marx, a história tem em seu perfazimento não somente os indivíduos, mas sim na raiz econômica produtiva da sociedade, isto é, nas condições materiais de vida". Nesse ponto, segundo os ensinamentos do professor Muller (2007, p. 18), "para que possa compreender o conflito a partir da concepção da não-violência, deve-se primeiro entender o significado da violência e dos conceitos de conflito, de agressividade, de luta, de força, de coerção e, por fim, da violência".

Por primeiro, o conflito se faz presente em todo comportamento humano, com relação ao outro, com relação aos objetos ou com relação aos desejos, dentre muitas outras possibilidades. O conflito agrava-se nas diferenças e nas adversidades. Genuinamente o ser humano cria o conflito como um mecanismo de defesa diante do que não conhece ou do que lhe é antipático. Os desejos de posse e de poder sobre os objetos acabam interligando-se, ao mesmo tempo em que os indivíduos entram em rivalidade para se apropriarem dos objetos e digladiam-se para afirmar seu poder. Existe, portanto, um elo orgânico entre propriedade e poder.

O que está em jogo nos conflitos que opõem os homens geralmente é o desafio do poder. Não resta dúvida de que cada indivíduo necessita ter objetos suficientes para satisfazer suas necessidades vitais – alimentação, moradia, vestimenta –, tanto quanto precisa do poder adequado para ter seus direitos respeitados. Mas se os desejos de posse e de poder são legítimos, na medida em que permitem ao indivíduo tornar-se autônomo em relação aos demais, ambos possuem uma tendência natural para exigir e se desenvolver. Num primeiro momento, "o indivíduo busca o poder para não ser



dominado pelos outros, mas, se não estiver atento, extrapola rapidamente o limite a partir do qual busca dominar os outros”⁴.

Se há a fuga do conflito, o indivíduo estará automaticamente renunciando a seus direitos. Deverá, portanto, aceitá-lo, por meio do qual se fará reconhecido pelos demais indivíduos. Desse modo, o conflito demonstra uma dualidade, podendo ser destruidor e também construtivo. O conflito é um elemento estrutural porque estabelece uma espécie de contrato por meio do qual os adversários pactuam interesses que satisfaçam seus direitos. Caso sejam bem-sucedidos essa espécie de contrato pode construir relações de equidade e justiça entre os indivíduos, na mesma e entre diferentes comunidades.

Nesse ponto, obtempera Gabriela Maia Rebouças:

A complexidade e diversidade de arranjos sociais, com seus encontros e desencontros, a pluralidade de valores, a possibilidade de exercitar em graus diferentes a própria liberdade, gozando de oportunidades sempre contingentes, irão multiplicar em demasia as formas, objetos e maneiras de relações, que podem assumir uma tensão conflituosa. Contudo, equiparar o conflito a uma disputa é também reduzir suas potencialidades. Uma das percepções fundamentais é a de que a disputa não é o conflito, mas uma decorrência do conflito, eis que resolver a disputa não põe fim ao conflito subjacente, pois conflito pressupõe a ideia de dissenso. (REBOUÇAS, 2012, p. 166-167)

Nesse contexto, ocorre que o controle sobre recursos como propriedade, poder, bens de consumo, espaço, preferências e incômodos implica em uma exposição da sensibilidade, das suscetibilidades, do próprio modo de agir cotidiano; em valores, ou conflitos sobre o que deveria ser, marcando os conflitos de natureza política, ética, ideológica, cada vez mais abundantes em contextos de sociedades diversificadas, plurais e democráticas; e em crenças, isto é, em conflitos sobre as percepções da realidade, sobre os fatos, as informações e os conhecimentos.

⁴ MULLER, Jean-Marie. O princípio da não-violência: uma trajetória filosófica. Tradução de Inês Polegato. São Paulo: Palas Athena, 2007, p. 19.



A dinamicidade dos conflitos também implica em um reconhecimento, mais ou menos geral, de que não há um meio de resolução que seja preferível **em relação** aos demais, em absoluto. A diversidade de atores, de pessoas envolvidas, de interesses, de bens, de contextos sociais, de instrução, de personalidade, enfim, diversidade de subjetivação requer um leque igualmente e diversificado de procedimentos, de sistemas de resolução, com nuances, flexibilidade e adaptabilidade. (REBOUÇAS, Idem, 2012, p. 169).

Segundo Muller (2007, p. 20), “isso implica a criação de instituições, a elaboração de leis que forneçam modalidades práticas de resolução social dos conflitos que, em qualquer momento, podem ocorrer entre os indivíduos”. Logo, a não-violência não é pressuposto para a ausência de violência, da mesma forma que a paz não é a ausência de conflitos, a paz é o controle dos conflitos, a adequada gestão e a resolução que repudiam as práticas destruidoras e mortais.

Sendo assim, as relações humanas, em razão da sua complexidade e de suas múltiplas faces, de certa forma acabam experimentando o conflito em determinados momentos, não sendo algo necessariamente ruim ou anormal, visto que ele é um fato presente no mundo da vida, o qual exsurge quando as pessoas estão envolvidas na competição para atingir objetivos incompatíveis. Portanto, a ideia de conflito não se resume ao comportamento litigioso, delineando a intenção de infligir dano físico ou psicológico ao oponente; daí surge a necessidade de procedimentos judiciais ou extrajudiciais eficientes, de forma adequada para tratá-los. No ponto seguinte, será objeto de análise a crise do poder judiciário em relação às formas criadas para o tratamento de conflitos.

3 A CRISE DO PODER JURÍDICO ESTATAL NO TRATAMENTO DE CONFLITOS



A expressão “política pública” é definida como um programa ou um quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas, na busca da concretização de direitos. A formulação de políticas públicas enquanto atividade de planejamento sempre leva em consideração o objetivo que se pretende atingir, bem como a finalidade almejada. Em se tratando da busca de solução de conflitos sociais, as políticas públicas podem ocorrer paralelas ao Poder Judiciário ou ainda serem anteriores ao processo judicial (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 169).

A crise do poder judiciário no Brasil, explanando teoricamente sobre os problemas que estão sendo enfrentados pela jurisdição de conflitos e para o acesso à justiça, impacta na democracia nacional, ocasionando problemas. Devido a essa crise, diversas são as alternativas de resolução de conflitos que estão surgidas tanto no âmbito das organizações nacionais quanto no das não estatais. Essa crise traz consequências para a jurisdição estatal que, por sua vez, sofre influências negativas da globalização como um todo.

O Estado vem perdendo soberania e se fragilizando em todas as esferas, e o mercado, em contrapartida, vem ganhando poder e influenciando todas as esferas estatais. Dois grandes problemas incidem sobre a crise estatal, segundo Spengler (2014, p. 14): “sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais e sua perda de forma relativa na exclusividade de dizer e aplicar o direito”.

Nessa seara, os conflitos sociais que chegam ao Judiciário precisam deixar de ser analisados como meras abstrações jurídicas, olhando-se para os protagonistas dos processos judiciais como pessoas com rostos e histórias que requerem respostas qualitativas e céleres para suas demandas. Por consequência, a harmonia deve ser instalada, equilibrando respostas qualitativas em tempo razoável, de forma a ultrapassarem o tripé autor, réu e juiz, para instituírem um processo dicotômico, que trabalhe com os indivíduos, devolvendo-lhes a capacidade de tratar o conflito de maneira consensual, para obtenção de uma resposta mais democrática.



A justiça em números e as dificuldades da jurisdição brasileira em responder aos conflitos sociais demonstram que o poder judiciário não consegue dar uma resposta adequada à sociedade no que diz respeito a prazos processuais para se buscar ao máximo uma possibilidade de se fazer justiça, em razão da burocratização do sistema judiciários nacionais. O modo de vida globalizado exige resoluções cada vez mais rápidas para os problemas decorrentes do dia a dia, o que esbarra na quantidade de demandas judiciais e do tempo do processo (SPENGLER, 2014, p. 17).

Os juizados especiais, por exemplo, são apontados como um dos melhores recursos dentro de uma estrutura do judiciário, para dar celeridade à solução das lides e aproximar a decisão judicial dos cidadãos, com base na oralidade, na informalidade, na conciliação, na transação, na desistência de recursos, extinguindo o reexame necessário.

Conforme Santos (2007, p. 60), no ano de 2004 a taxa de congestionamento na justiça federal foi representada por 84% relativos à justiça comum contra 52% associados aos juizados especiais federais, considerando que cinco regiões da Justiça Federal receberam mais de 1,7 milhão processos.

Os indicadores relacionados ao judiciário nacional vêm demonstrando a situação dos últimos anos, em primeiro e segundo grau de jurisdição, da movimentação processual brasileira, mediante a explanação sobre a quantidade de processos tramitando/baixados, a quantidade de novos processos, a taxa de congestionamento, a carga de trabalho por magistrado, a quantidades de processos julgados/pendentes na justiça federal, na justiça do trabalho e na justiça estadual, demonstrando a complexidade do problema a ser enfrentado no Poder Judiciário brasileiro que se encontra em crise tendo em vista a carga processual, a burocracia, a ineficiência e a ineficácia do sistema de justiça (SPENGLER, 2014, p. 17).

Esse cenário denota um pouco da incapacidade da jurisdição de monopolizar a resolução dos conflitos. A tendência é a de se desenvolverem procedimentos jurisdicionais complementares como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a



negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmaticidade. Essa crise do Judiciário brasileiro pode ser entendida como uma crise de identidade, que contribui para o embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e de espaço (SPENGLER, 2014, p. 26).

Por outro lado, a relação que une o tempo e a complexidade não depende somente de ambos, mas das suas conexões, mediante um duplo movimento: aquele da complexidade da temporalização e aquele simétrico e oposto da temporalização da complexidade. No primeiro se fala de superávit de possibilidades nas conexões temporais que deixam de serem únicas, direcionadas e monólogas. No segundo, ao contrário, fala-se de uma variação da complexidade graças à urgência de conexões temporais inesperadas (RESTA, 2014, p.32).

Nessa perspectiva, os dois momentos entram num movimento dialético, pois ambos são rivais e cúmplices, de pontos de vista diversos, ao sugerirem, constantemente, as diferenças entre as possibilidades que se encontram confrontadas, a contingência dos eventos e as suas possíveis conexões. Isso se aplica tanto aos sistemas de personalidade, como aos sistemas sociais, dentre eles, a política, o direito, a economia, a ciência, a religião, a sociologia.

Entretanto, apesar desses postulados, do tempo, do movimento, das partes, da urgência, o poder judiciário passa por algumas dificuldades estruturais, a como falta de pessoal e de estrutura. A conta é paga por toda a população para um serviço que não está acessível a todos os cidadãos e que não cumpre as suas finalidades, sendo extremamente burocrático, lento, formal, procedimental, mecânico e pouco democrático, distante da realidade e que, por tais motivos, não possibilita melhores formas para o tratamento e a resolução dos conflitos. Para Spengler (2014, p. 32), “a crise vem desde os bancos escolares, onde a maior parte das universidades mantém o



conservadorismo para o ensino e se acentua na prática com profissionais apegados as formalidades em detrimento da justiça”.

Além disso, cabem elencar os seguintes ensinamentos:

Na área jurídica, o pós-graduando é frequentemente um operador do direito, na maioria dos casos integrante do que chamarei, dando a esse conceito um sentido bastante lato, de burocracia judiciária, pois, além de compreender membros do Judiciário *stricto sensu* – juízes funcionários de tribunais, etc. –, abrange procuradores, advogados, delegados de polícia etc. Bem recentemente, fiz um pequeno levantamento junto a meus alunos do ano letivo de 2002. Eram 19 alunos. Desses, nada menos do que 13 – ou seja, 68% em percentual redondo – integravam o que chamei de burocracia judiciária. Apenas 6 alunos – em percentual, 32% - compunham o perfil típico de outras áreas: eram apenas bacharéis, alguns com bolsa, e tinham, paralelamente à pós-graduação, uma atividade docente. Outros defeitos são apontados, tais como, abuso de manuais e de livros de doutrina em detrimento de jurisprudência atualizada e de artigos monográficos, de um lado; a ausência de referência a casos práticos, de outro. Afinal, suprir tais deficiências significaria dedicar-se a atividades de pesquisa que exigiriam do jurista/autor, escrevendo sua tese ou dissertação nos interstícios da elaboração de despachos e pareceres, um esforço bem maior do que o de voltar-se para a estante e pegar os consagrados livros dos doutrinadores que estão à mão! (OLIVEIRA, 2004, p. 145-146).

Esse fator está muito atrelado à cultura normativista técnico-burocrática manifestada de várias formas, dentre outros fatores, tais como, a prioridade do direito civil e penal, os dois grandes ramos das faculdades de direito; na cultura generalista na qual somente o magistrado tem competência para resolver os litígios, utilizando apenas a lei; na desresponsabilização sistêmica que consiste na ideia de que sempre há um problema no sistema, relacionado a outra instância; num segundo momento, no desempenho distinto com a mesma estrutura burocrática, no mesmo tribunal e, ainda, num baixíssimo nível de ação disciplinar efetiva; no privilégio de poder ligado a privilégios junto à justiça; no refúgio burocrático ligado ao andamento dos processos, como, por exemplo, as preferências por decisões processuais, em detrimento de decisões substanciais (SANTOS, 2008, p. 67)



Desse modo, acaba se constituindo para a sociedade o distanciamento do direito, porque, embora se possa conhecer o direito e a sua relação com os autos, por parte dos operadores do direito, tais como, os juízes, os advogados, os estudantes acaba não havendo o conhecimento da relação do processo com a realidade, pois na cultura dominante impera o dever de se aplicar a lei de forma igualitária a todos os cidadãos. Outro fator importante é o fato de que o direito seria independente das outras áreas do conhecimento, isto é, considera-se essa independência como uma espécie de autossuficiência (auto individualismo), não permitindo aprender e, portanto, estabelecer uma relação multidisciplinar com outros ramos do saber, tais como a filosofia, a sociologia, a hermenêutica, a economia, a ciência política e a realidade social daqueles que serão atingidos pela aplicabilidade da norma.

Logo, segundo a visão de Spengler (2010, p. 215), “o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos, tem o poder de inferir na concepção processual, uma vez que se torna grande controlador da máquina judiciária”. O sistema judicial, nesse caso, amparado por um corpo de direitos e de procedimentos que garantem a previsibilidade na decisão, concomitantemente, estabelece como ideal um tratamento igualitário, intermediado por este terceiro neutro, imparcial e distante do próprio conflito, se não é capaz de ser o guardião das expectativas dos que se encontram vulnerabilizados pelas condições econômicas e sociais, ao menos permite que o conflito não seja abandonado a um campo de forças que, de saída, é plenamente desfavorável aos carentes de informação, *status* ou poder econômico. (REBOUÇAS, 2012, p. 181-182)

Merecem destaque as respectivas lições:

Nos marcos da crise de valores e do desajuste institucional no âmbito de sociedades periféricas de massa como a nossa, a brasileira, a estruturação das novas formas racionais de legitimação da produção capitalista, de saturamento do modelo da representação política e do esgotamento



instrumental jurídico estatal, perpassa pela necessidade de empreender o esforço para que seja viável alcançar um novo paradigma de fundamentação para a cultura política e, também, a cultura jurídica. A construção de uma nova instância de normatividade social será capaz de abrir um horizonte que, de fato, transcenda as formas de dominação da modernidade burguês-capitalista e de sua racionalidade formal opressora. (WOLKMER, 1997, p.155)

As imbricações entre tutela jurisdicional e tempo são visíveis, especialmente quando não há uma resposta estatal às expectativas sociais e normativas, bem como uma forma importante de proteção do indivíduo quanto à lesão ou à ameaça de lesão mediante o direito de ação. Essas imbricações, entretanto, tornam-se débeis quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece a destempo. A distribuição desigual das chances de vida é um resultado das estruturas de poder. É o que se pode verificar nos textos de Marx, ao centrar a discussão no fato de que os indivíduos possuem uma essência nata e interesses predeterminados, porém, só não agem conforme tais interesses porque são enganados pelo sistema social. (SPENGLER, 2010, p. 269)

Logo, esses conjuntos de relações sociais vão se constituindo e necessitam ganhar contornos jurídicos em razão da economia mercantil. O direito passa a ser utilizado como mecanismo da estrutura econômica capitalista para a dominação do trabalhador pelo burguês; a regulamentação da propriedade, os lucros, os contratos de trabalho, a liberdade individual, a igualdade de oportunidades, a compra e venda, tudo que possibilite o lucro para os dominadores tem no Estado o garantidor do capital, da ordem e de suas relações sociais e, por consequência, jurídicas. (MASCARO, 2007 p. 108).

Assim, a teoria marxista afirma que a sociedade consiste num equilíbrio instável de forças contrapostas, as quais, por meio de suas lutas e tensões, geram transformação social, apontando ainda o conflito social como elemento determinante do processo histórico e descrevendo o Estado como um instrumento de domínio de classes, sendo no domínio político um reflexo e uma expressão do conflito entre essas classes. Observa



que o Estado sustenta as condições sociais que asseguram a permanência de um grupo dominante no poder, em defesa dos próprios interesses.

Por outro lado, não se pode olvidar que o paradigma jurídico dogmático (ensino), a cultura técnico-burocrática, a expansão das faculdades de direito, a educação bancária, a extensão nos cursos de direito, a formação dos professores (preparação pedagógica), a dogmática jurídica (direito oficial) são fatores preponderantes na formação do jurista. Para que a educação jurídica seja intercultural e interdisciplinar, necessita estar profundamente imbuída de responsabilidade cidadã, como forma de revolucionar democraticamente o sistema de justiça. Só assim seria possível vencer os três pilares da cultura normativista técnico-burocrática: a autonomia do direito, o excepcionalismo do direito e a concepção burocrático técnica dos processos. (SANTOS, 2007, p. 73)

Portanto, a crise do Estado e do Poder Judiciário é inegável. Essa crise tende a ganhar proporções de maior envergadura, se não forem adotadas novas formas para o tratamento de conflitos, haja vista a falta de eficiência do Estado na contrapartida necessária à população em suas demandas judiciais e, especialmente, na forma como deve ser tratado o conflito. O Estado, enquanto intermediário das relações sociais, no exercício de sua função de mediador, em razão dos fundamentos expostos, encontra-se embaraçado numa insolúvel contradição interna, dividido em antagonismos inconciliáveis, sucumbindo aos interesses das classes dominantes e econômicas e ligado a uma cultura jurídica sistemática (fechada em si mesma), individualista, burocrática, normativista, individual e processualista.

No próximo ponto, será abordado, o instituto da arbitragem como novo paradigma para a resolução de conflitos no âmbito da administração pública, a partir de algumas modificações propostas pelo Senado Federal, que alteram alguns dispositivos da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem).



4 A LEI DE ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Brasil, este instituto é legalmente conhecido desde os tempos da colonização portuguesa e, atualmente, vem encontrando um novo caminho, como provam a criação de várias câmaras arbitrais e a elaboração de projetos de lei, dos quais o último, de autoria do senador Marco Maciel, culminou na Lei 9.307/96. O Código Comercial Brasileiro de 1850 estabeleceu o arbitramento obrigatório para as causas entre sócios de sociedades comerciais. (MORAES; SPENGLER, 2012, p. 214)

Em 1990, pela primeira vez, o STJ reconheceu a eficácia da cláusula compromissória em contrato internacional, dispensando o compromisso arbitral posterior. Foi por meio da promulgação da Convenção do Panamá de 1975 (que valida a cláusula arbitral em contratos internacionais), em maio de 1996, que se sedimentou uma nova mentalidade acerca da arbitragem no Brasil. A partir de então não se faz mais distinção entre a arbitragem interna e a internacional (MORAES, SPENGLER, 2012, p. 215).

Essa lei substituiu o modelo de juízo arbitral, disciplinando a convenção de arbitragem, prestigiando a manifestação da vontade, inclusive versando sobre a ética dos árbitros. Ainda existem outros fatores gerais que inspiraram o despertar do interesse sobre o referido instituto, tais como: a) vícios da via judiciária; b) crescente complexidade dos negócios; c) natureza do procedimento arbitral; d) certeza da aplicação da norma desejada; e e) crescente facilidade da execução das sentenças arbitrais.

A entrada em vigor da Lei 9.307/96 representou uma transformação que adveio em grande parte da importância dessa fórmula como instituto jurídico, face às relações comerciais internacionais, avolumadas e intrincadas por transformações econômicas no cenário mundial, particularmente a transnacionalização da economia e a construção de blocos supranacionais. A lei em questão buscou revigorar o juízo arbitral. Sendo assim,



A arbitragem aparece como uma estratégia de extrema importância, pois, como se verá, o Estado confere à mesma algumas faculdades jurisdicionais, como outorgar às decisões arbitrais força de coisa julgada, sem a necessidade de homologação das mesmas pelos tribunais estatais. As partes, ao fazerem a opção pela justiça arbitral, afastam a jurisdição estatal substituindo-a por outra estratégia de tratamento de conflitos, reconhecida e regulada pelo Estado, de modo que permite a execução das decisões ali proferidas bem como a anular as decisões que não observem o mínimo de regras exigidas pelo legislador. Na Lei 9.307/96 encontramos a possibilidade de remissão de questões à autoridade judiciária competente, desde que envolvam direitos indisponíveis e sejam fundamentais ao julgamento arbitral (art. 25). (MORAIS, SPENGLER, 2012, p. 222)

Destacam-se algumas características presentes na arbitragem: amplia a liberdade de contratação; pode ser usada em qualquer controvérsia que envolva o direito patrimonial disponível; oferta de justiça aos técnicos e permite ao árbitro disciplinar o procedimento, caso não haja convenção das partes nesse sentido. Acrescido, ainda, ao fato de possibilitar maior celeridade no tratamento de conflitos, inclusive com o estabelecimento de prazo para a sentença arbitral, bem como com a possibilidade de sigilo do procedimento arbitral, transformando a sentença arbitral em título executivo judicial.

Algumas características demonstram a peculiaridade da arbitragem, especialmente se analisada quanto às suas categorias: arbitragem de direito público (ocorre entre estados) e de direito privado (ocorre entre particulares empresas, contratos de trabalho, de direito cível), ainda sob a possibilidade de ocorrer uma arbitragem mista, envolvendo o Estado e particulares na arbitragem *ad hoc*, em que as partes definem o desenvolvimento da arbitragem, caracterizado pela informalidade e a institucionalizada. Pressupõe, também, a existência de uma institucionalização especializada, com regulamento próprio e lista de árbitros.

Torna-se necessário ainda assinalar a diferença entre a arbitragem equitativa (na qual os árbitros ficam livres para decidir o litígio segundo o senso ??? comum,



formulando e aplicando uma regra de acordo com o caso em análise) e a arbitragem de direito (em que os árbitros decidirão com base em princípios estritamente jurídicos, de acordo com o direito positivo). O tema da natureza jurídica é justamente o ponto de maior polêmica entre os doutrinadores – situar a arbitragem no campo do direito. Assim, questiona-se: a arbitragem pertence ao direito público ou ao privado? (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 228)

Segundo a Tese Contratualista, a arbitragem possui um caráter privatista tanto no que se refere a sua origem, quanto a respeito da qualidade dos árbitros. Baseia-se no fato de que, no que tange a direitos disponíveis, não pode o Estado privá-la da faculdade de escolher o método para resolvê-la. Nessa tese inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem. O caráter puramente fundante da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto a jurisdição assenta na soberania do Estado. O árbitro não compõe a estrutura judiciária e o laudo arbitral não tem sua coercibilidade assegurada. A Tese Jurisdicional fundamenta-se no caráter público da administração da justiça, figurando seu laudo como uma sentença proferida por um magistrado em sua função jurisdicional do Estado (MORAIS, SPENGLER, 2012, p. 229).

A lei arbitral prevê, em seu art. 13, que qualquer pessoa capaz, que tenha confiança das partes, poderá ser árbitro, não descrevendo a obrigatoriedade acerca da função ser desempenhada por pessoas naturais; porém essa vem sendo a interpretação do dispositivo. A lei prevê ainda, em seu §6º do mesmo dispositivo acima mencionado, que a atuação do árbitro deverá se pautar pela imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. O art. 17 equipara o árbitro ao funcionário público, e o art. 18, do mesmo diploma legal, define que o árbitro é juiz de fato e de direito, fazendo dele um juiz privado, distinguindo-o do arbitrado que apenas examina os fatos.

O fato de os árbitros administrarem a justiça por vontade das partes não é razão para negar caráter público à sua atividade, pois, em última instância, estão fazendo por conta do Estado, que tem interesse em que as disputas sejam resolvidas de maneira



pacífica. A base contratual da arbitragem é o compromisso de caráter estritamente consensual e que estabelece as diretrizes de juízo arbitral que institui. Não é por que o juízo arbitral tem simplificação do procedimento que irá ignorar princípios como o devido processo legal e o contraditório.

Não se pode confundir compromisso com cláusula compromissória, embora ambos tenham por fim a renúncia à jurisdição ordinária. O primeiro refere-se a uma questão já existente, enquanto a cláusula visa questões futuras. Independentemente das regras estabelecidas para o procedimento arbitral, estas devem obedecer a alguns princípios: princípio do contraditório; princípio da ampla defesa; princípio da igualdade de tratamento; princípio da imparcialidade e da independência; princípio da disponibilidade; e princípio do livre convencimento do julgador. (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 234-235)

Uma das grandes inovações da mencionada lei é que qualquer recusa nesse sentido (da declaração de vontade) gera para a outra parte o direito de obter, em juízo, a tutela jurisdicional específica daquela obrigação. Segundo a lei, independente da existência de cláusula sobre os termos do compromisso, poderá a parte exigir, em juízo, seu cumprimento forçado, inclusive nomeando árbitro ou instituição arbitral, valendo a sentença como compromisso arbitral (art. 10). Além de satisfazer as exigências formais da Lei 9.307/96 (art. 4º §2º), sua eficácia ainda pode ser discutida a partir das regras de defesa do consumidor. Isto porque, por força dos arts. 6º e 7º da mesma lei, a cláusula compromissória prescinde de ato subsequente do compromisso arbitral.

A cláusula arbitral pode sofrer alguns problemas com relação à sua validade: no que se refere à violação de dispositivo legal do Estado que rege arbitragem ou ausência de poder de autoridade contratante e na separação da cláusula arbitral. São peculiaridades dessa norma conter cláusulas obrigatórias e facultativas (arts. 10 e 11), além de poder assumir forma judicial ou extrajudicial. Qualquer que seja a convenção de arbitragem, ela configura um impedimento processual, e para tal, deve atender alguns



requisitos: forma escrita, capacidade e consentimento das partes e objeto lícito – arbitrabilidade. (MORAIS, SPENGLER, 2012, p. 238-239)

A sentença arbitral não é igual à sentença judicial, mas produz os mesmos efeitos da sentença prolatada por órgão do Poder Judiciário. A decisão arbitral não depende de homologação do Judiciário para adquirir força executiva. A lei introduziu uma nova natureza para a decisão arbitral. São requisitos que devem estar presentes no laudo arbitral: o prazo de entrega; a decisão reduzida a termo, os mesmos elementos da sentença judicial. A não apresentação de todos os requisitos poderá gerar a anulação do laudo por meio de ação de anulação movida no Judiciário (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 244-245).

Contudo, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei⁵, Lei nº 7.108, de 2014, que tem por iniciativa que artigos 1º, 2º, 4º, 13, 19, 23, 30, 32, 33, 35 e 39 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, estabelecendo uma série de acréscimos a Lei de Arbitragem, ampliando o rol de aplicação do instituto, especialmente, no âmbito da Administração Pública.⁶

Preceitua o art. 1º, parágrafo 1º do projeto de Lei de Arbitragem, que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados. Nessa hipótese, evidenciam-se as espécies contratuais estabelecidas pela Administração Pública. Os contratos referidos pelo Projeto dizem respeito aos contratos previstos no art. 24, *caput* e seguintes, da Lei de Licitações (Lei. 8.666/93). Ainda a Constituição Federal em seu art. 175, incumbe o Poder Público, na forma da lei,

⁵ “Art. 1º § 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento.

⁶ Art. 3º § 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (NR) “Art. 2º § 3º As arbitragens que envolvam a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.”



diretamente ou sob o regime de concessão, de cessão ou de permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos.

Recentemente, um fato diz respeito a 16 vereadores, ex-vereadores, servidores públicos e empresários em Natal, Rio Grande do Norte, condenados em janeiro de 2012 por comercializarem o Plano Diretor da capital potiguar, em 2007, pelo valor aproximado, para cada um, de R\$ 30.000,00. Tais indivíduos não passaram um dia sequer atrás das grades e aguardam julgamento dos recursos interpostos (LEAL, 2013, p. 152). Nesse caso, envolvendo interesse patrimonial da Administração Pública, as partes poderiam escolher árbitros para julgamento? E ainda: em caso de superfaturamento de uma obra, envolvendo direito patrimonial e, conseqüentemente, o estabelecimento de relação contratual, poderiam as partes elegerem um árbitro para resolverem a questão?

O art. 2º, §3.º, do Projeto de Lei de Arbitragem, estabelece que a arbitragem pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Quando envolver a Administração Pública, será sempre de direito e respeitará ao princípio da publicidade. Nesse dispositivo, verifica-se que não apenas a publicidade, mas os demais princípios que regem a administração pública, dentre eles, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência deveriam estar inclusos no texto do Projeto, em atendimento aos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal. Sendo assim,

No âmbito das atividades constituintes, destaca-se a ideia de democratização do Estado – com o fortalecimento do controle externo da administração pública, especialmente com o papel do Ministério Público e da sociedade civil. É na constituição de 1988 que os princípios regentes da administração pública brasileira são encontrados, especialmente no que diz respeito à legalidade, à publicidade e à moralidade administrativa (Artigo 37). Além disso, é importante salientar o papel da descentralização estipulado pela Constituição, bem como o compromisso estabelecido de reforma do serviço civil, por meio do reconhecimento e da universalização da meritocracia e da participação da cidadania. (FILGUEIRAS et al, 2011, p. 135-136).



Aqui, nesse ponto, tem-se um conflito entre a arbitragem e os princípios que regem a Administração Pública. Se o procedimento arbitral requer a possibilidade do sigilo e a escolha do árbitro, como ficaria em caso de conflitos com os princípios da publicidade e da imparcialidade previstos na Constituição? O novo Projeto de Lei do Senado, nesse aspecto, é omissivo, não fazendo qualquer menção a essa possibilidade quanto ao choque principiológico. Mais ainda, em caso de solução entre as partes e havendo a supremacia do interesse público.

O novo texto legal, em seu art. 4.º, define a cláusula compromissória como sendo a convenção por meio da qual, em um contrato, as partes se comprometem a submeterem à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Acrescenta como nova hipótese à Lei da Arbitragem o parágrafo 4º, do referido dispositivo, prevendo que o empregado que ocupe ou venha a ocupar o cargo ou a função de administrador ou a de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar, expressamente, com a jurisdição⁷.

Dois pontos merecem destaque em relação ao dispositivo. Primeiro, conforme a leitura, os servidores vinculados a algum órgão da administração pública, direta ou indireta, que ocupem cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, isto é, sendo um servidor de carreira ou tendo cargo de confiança, no âmbito de uma Empresa Pública Federal, poderão, segundo a leitura do dispositivo, em contrato individual de trabalho, ou seja, *intuitu personae*, instituir a arbitragem ou ainda concordar expressamente com sua jurisdição. Vale ressaltar que a legislação é clara ao prever, de forma única, a hipótese acerca do contrato individual.

⁷ O § 4º do art. 4º tem a seguinte redação: § 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.



Outro fator importante seria em relação à iniciativa ou à concordância do empregado, de forma expressa, em aceitar a jurisdição de arbitragem. Apesar da possibilidade da instituição da jurisdição arbitral e da autonomia da vontade das partes em requererem a eleição de um Árbitro para o tratamento do seu respectivo conflito, a flexibilidade em relação à instituição ou à concordância tende ao enfraquecimento do instituto, visto que deve haver a iniciativa por parte de quem está figurando no polo ativo, de igual modo, concomitantemente, exigindo a anuência da parte que figura no polo passivo, bastando à parte contrária não aceitar a submissão à jurisdição ou sequer comparecer à audiência, em razão da faculdade que lhe é permitida.

O art. 13.º, § 4º estabelece que as partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou de entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição. Nos casos de impasse e de arbitragem multiparte deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável⁸.

É consenso o reconhecimento da arbitragem como um dos rituais de resolução de conflitos mais antigos registrados. Ao mesmo tempo, parece não haver outro argumento tão forte que justifique seu apagamento, ao longo dos últimos séculos, que não aquele que indica a centralização hegemônica nas mãos do Estado dos meios de resolução de conflitos. O império da lei afastou o juízo de equidade, típico da arbitragem, do ideal de segurança jurídica, apoiando-se, quase que exclusivamente, na construção de um ordenamento autossuficiente.

⁸ O § 4º do art. 13 passa a ter a seguinte redação: Art. 13. § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.



Desta feita, o próprio Estado, em um movimento de fortalecimento, chamou para si a função jurisdicional e se fez exclusivo nessa empreitada, diante do monopólio da sanção e do direito. Nas lições de Rebouças (2012, p. 171), “a medida da liberdade permitida pelo Estado é justamente aquela que nos faz sujeitos de direito, submetidos à suas normas.”

Assim, a arbitragem pressupõe igualmente uma concepção mais forte de contrato, desde que na autonomia e na reflexão das partes esteja incluído o consenso sobre a forma futura de resolução de conflitos porventura advindos daquela relação. No entanto, há quem veja não exatamente um acento na possibilidade contratual, que equivaleria a reduzir a arbitragem a uma vontade, mas sim um acento na característica negocial da arbitragem, como negócio jurídico.

Se comparada com o sistema judicial, a arbitragem coloca, então, ainda mais autoridade nas mãos de seu decisor. Restringe o debate, retira das partes a possibilidade de decisão e de pensar o conflito, concentra-se no resultado. As partes envolvidas participam ativamente da própria escolha do sistema, focando entre os limites contratuais da disputa e a credibilidade e adequação do árbitro. Mas, escolhido o árbitro ou o tribunal arbitral, cessam as falas e somente se concede voz ao próprio árbitro. Num monólogo, ele profere sua sentença e põe termo ao conflito. (REBOUÇAS, 2012, p. 176).

Ao esvaziar o grau de qualidade da legalidade, numa perspectiva voltada para as demandas empresariais, atendendo aos referenciais de caráter privado, celeridade, confidencialidade, decisão por equidade, tratamento equânime, conflito resolvido por meio de técnico afim às suas demandas e, alheios às preocupações de caráter público e social; o segredo arbitral e o afastamento dos imperativos legais que regem a Administração Pública, pela análise do novo projeto da Lei de Arbitragem, opera na lógica da reprodução econômica contemporânea, atendendo aos anseios do sistema capitalista, chancelando a legalidade voltada para os seus interesses.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito está muito presente no senso comum teórico dos juristas, remetendo à ideia de litigiosidade no tratamento das demandas individuais e sociais, bem como à ideia de conflito/litígio. Desse modo, a resposta mais eficiente, satisfatória e célere por parte do Estado e do direito na tomada de decisões seria o uso alternativo de soluções para as demandas judiciais. Na forma como vem sendo realizado o tratamento acerca dos conflitos sociais, pode-se correr o risco do uso da violência não física, realizado por intermédio da lei, enquanto via indireta na relação justiça e cidadão, numa perspectiva marxista, e entendido como aparelho repressivo e ideológico de Estado, por atender aos interesses das classes dominantes e do sistema capitalista de produção.

De outro modo, a crise do Estado e do Poder Judiciário é inegável, podendo ganhar maior proporção e envergadura, caso o sistema judicial continue sendo uma montanha composta de uma série escalada, priorizando o direito material/substancial em vista dos procedimentos, isto é, do processo formal da decisão judicial, sem a busca ideal acerca de um tratamento igualitário, na relação mediadora entre as partes e o árbitro.

Todavia, o novo Projeto de Lei que objetiva instituir a previsão normativa do instituto da arbitragem, no que tange à matéria envolvendo o interesse patrimonial da Administração Pública, exige uma cautela do legislador constituinte ordinário. Em se tratando de interesse público e dos princípios administrativos constitucionais, não se mostra crível pressupor uma concepção no estabelecimento de uma relação contratual e arbitral, posto que na autonomia da vontade e na reflexão das partes, incluído o consenso sobre a forma futura de resolução de conflitos porventura advindos daquela relação, há o interesse da coletividade a ser objeto de proteção jurídica.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade**. Causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. **Lições de Sociologia do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MORAIS, Jose Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MULLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência: uma trajetória filosófica**. Tradução de Inês Polegato. São Paulo: Palas Athena, 2007.

OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.

RESTA, Eligio. **Tempo e processo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**. Por uma nova cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. **Retalhos de mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito**. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1997.

E-Civitas - Revista Científica do Cursos de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.

Volume IX, número 1, julho de 2016 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>