

A ARBITRAGEM ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA E SUA CONFORMAÇÃO NA QUALIDADE DE COMUNICAÇÃO JURÍDICA EM NÍVEL MUNICIPAL, SOB A ÓTICA DE NIKLAS LUHMANN

ARBITRATION AS A PUBLIC POLICY AND ITS CONFIRMATION IN THE QUALITY OF LEGAL COMMUNICATION AT MUNICIPAL LEVEL UNDER THE PERSPECTIVE OF NIKLAS LUHMANN

Hipólito Domenech Lucena¹

Isadora dos Santos Zilio²

Resumo: O presente artigo pretende analisar a arbitragem, instituto moldado a partir da Lei 9.307/96, com um enquadramento voltado para seara municipal, onde a maioria dos programas governamentais é executada. Nesse sentido, tendo como balizador principal a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, objetiva caracterizar a arbitragem como política pública e sua fluência a partir de entidades autônomas, verificando, sob o prisma jurídico e sistêmico, o atendimento do interesse público. Sob o ponto de vista jurídico, a arbitragem não se mostra suficientemente apta a fornecer todos os elementos necessários à eficaz aplicação do instituto sob estudo. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, além de possibilitar delinear o Município como entidade organizada e executora de políticas públicas, permite que a arbitragem se insira nesse âmbito na qualidade de comunicação jurídica e instrumento de diálogo entre poder público e comunidade, permitindo avaliar aspectos de inserção e relevância da arbitragem, como instrumento transformador da sociedade e da Administração Pública.

Palavras-chave: Arbitragem. Município. Teoria dos sistemas.

Abstract: This article intends to analyze arbitration, an institute shaped according to Law 9.307/96, with a framework focused on the municipal sphere, where most government programs are executed. In this sense, having the systems theory by Niklas Luhmann as its main guide, it aims to characterize arbitration as a public policy and its flow from autonomous entities, verifying, under the legal and systemic perspective, the fulfillment of public interest. From the legal point of view, arbitration is not sufficiently able to provide all the necessary elements for the effective application of the institute under study. Niklas Luhmann's systems theory, besides making it possible to delineate the Municipality as an organized entity and executor of public policies, allows arbitration to be inserted in this sphere as a legal communication and instrument of dialogue between public authorities and the community. Thus, the mentioned theory also

¹ Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa “Direitos Sociais e Políticas Públicas”, com ênfase no eixo temático “Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas”. Integrante do grupo de pesquisa (CNPq) “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, sob a coordenação da Prof^a. Pós-Dr^a. Fabiana Marion Spengler. Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Pós-Graduado em Direito do Estado pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). E-mail: hipolitodlucena@gmail.com

² Acadêmica de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista de Iniciação Científica da FAPERGS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, sob a coordenação da Prof^a. Pós-Dr^a. Fabiana Marion Spengler. E-mail: isadoraszilio@gmail.com



allows one to evaluate aspects of insertion and relevance of arbitration as an instrument of transformation of society and the Public Administration.

Keywords: Arbitration. Municipality. Systems theory.

INTRODUÇÃO

Preliminarmente, necessário referir que a arbitragem na Administração Estatal, assume o papel de política pública relacionada com a ideia inerente aos serviços postos à disposição do cidadão, uma vez que, em um primeiro plano, é exigível que se proceda à caracterização da arbitragem como uma forma de resolução de um problema que afeta não somente o setor público, mas toda a sociedade, e sua implantação se consubstanciaria como um importante elemento a ensejar um caminho mais célere para que o contribuinte perceba o que lhe é devido, ou dialogue com a Administração, no sentido de obter uma decisão que satisfaça aos seus anseios, independentemente da oneração judicial advinda das custas processuais, compondo, uma ordem estruturada de comunicações e decisões, a partir das quais são gerados programas vinculantes para toda comunidade.

No que tange à consideração da arbitragem como um programa afeto à Administração Pública, há que se ter em mente que o acesso à justiça não se perfectibiliza somente por meio do Poder Judiciário. A conciliação, a mediação e a arbitragem corroboram essa afirmação. A implantação desse instituto significaria uma nova perspectiva à solução de conflitos envolvendo a Administração direta e indireta, absorvendo grande parte das demandas que obstaculizam os cartórios cíveis, muito embora um programa voltado para disseminação da arbitragem, tenha por supedâneo o fortalecimento dos procedimentos administrativos e a consequente modernização da estrutura prático-teórica dos entes públicos.

Não obstante, em algum momento, todos sofrerão, direta ou indiretamente, os efeitos de uma má condução dos litígios existentes no setor público, seja porque os órgãos públicos conduzem suas contendas ao Poder Judiciário, como forma de obter uma chancela para a impactação positiva ou negativa de seu orçamento, seja pela incapacidade do âmbito forense de administrar o número de demandas a seu cargo.

Portanto, desde as contendas mais vultuosas, até aquelas que se caracterizam de menor expressão financeira, são carreadas ao Poder Judiciário, o que, além de tornar a Administração



Pública o litigante com o maior número de ações judiciais, assoberba ainda mais o Poder Judiciante, razão pela qual a arbitragem, serviria como um instrumento, cujo modelo representaria uma guinada na gestão pública.

No intuito de ir além de uma simples mudança cultural, ou de praxe administrativa, é bom ressaltar que o Estado, tanto na qualidade de sujeito ativo, quanto passivo, esgota todas as instâncias judiciais possíveis, para somente após a derradeira sentença, conduzir o crédito ao cofre público e o débito a precatório.

Pelo exposto, mesmo considerando a amplitude deontológica trazida pela expressão “paradigma” e a cautela que deve ser observada na sua utilização, a reserva dessa palavra a eventos de maior magnitude, deixaria de trazer ao tema a devida importância, impedindo a revelação da verdadeira transformação desse formato pragmático enrustado no seio da Administração Pública, em que se privilegia uma pseudo segurança jurídica, em detrimento da execução adequada dos instrumentos postos à sua disposição, na busca de seu verdadeiro e mais genuíno objetivo, o interesse público.

É exatamente nesse sentido, que a caracterização da arbitragem na qualidade de política pública, pode avançar e significar uma nova perspectiva, que impacta não somente na eficiência, agilidade e desburocratização da máquina estatal, mas favorece, de forma significativa, o fluxo arrecadatário.

Evidentemente, o Direito não possui respostas a todas as dúvidas de juristas e estudiosos, ao contrário, sua limitação e suas deficiências são facilmente apontadas, especialmente quando se converge para a análise de políticas públicas a serem inseridas nos Municípios brasileiros, cuja realidade destoava de um lugar para outro.

Com esse esboço, a teoria dos sistemas proporciona uma nova forma de enxergar a sociedade e a comunicação, elemento central da teoria de Luhmann, e de buscar respostas que a ciência jurídica não possui, além de estudar o universo jurídico por meio de seu próprio sistema.

Com esse mote, busca-se, através dos meandros da comunicação, caracterizar a arbitragem como uma política pública, e as ferramentas encontradas no âmbito sistêmico Luhmanniano, que possibilitam sua criação.

Cabe ainda discorrer, sobre a inserção dessa política no espectro da entidade que a organiza, o município. Por intermédio dessa unidade político-administrativa, será possibilitado analisar a construção do sentido das ações voltadas à execução da arbitragem, conformadas como decisões, a partir da forma com que enfrentam a contingência. A partir dessa observação, imperioso refletir acerca da hierarquia e fluência de poder, para que se possa vislumbrar, através da perspectiva pragmático-sistêmica, um novo limiar a alicerçar a arbitragem, desta feita, não como um simples método de redução de ações judiciais, mas de uma nova política pública.

Face ao exposto, pretende-se investigar a configuração da arbitragem enquanto política pública e sua inserção no âmbito municipal, com uma análise voltada a partir dos postulados da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, cujo problema consiste em questionar o seguinte: a (in) disponibilidade patrimonial prevista no §1º, do artigo 1º, da lei 9.307/96 permite a plena eficácia da arbitragem na Administração Pública? a implantação da arbitragem no âmbito municipal, sob o escopo da teoria pragmático sistêmica, pode ser considerada como política pública eficaz aos anseios da sociedade e do poder público?

No que tange aos aspectos metodológicos, o método de pesquisa a ser utilizado é o dedutivo, pois parte de uma premissa geral – a arbitragem na administração municipal -, para alcançar um conceito particular – a inserção da arbitragem em âmbito municipal sob o espectro da teoria pragmático-sistêmica -. Dentre os procedimentos técnicos existentes, optou-se pela pesquisa bibliográfica e documental. No primeiro caso, porque abrange a análise de livros, artigos, periódicos, tanto jurídicos, quanto sociológicos, caracterizando-se como uma pesquisa de cunho interdisciplinar. Por outro lado, a pesquisa documental, também transparece de forma inequívoca, tendo em vista a consulta a documentos emitidos pelo Estado Brasileiro.

1. A SOCIEDADE SEGUNDO NIKLAS LUHMANN E A CONFORMAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO POLÍTICA PÚBLICA INSERIDA NESSE CONTEXTO

Preliminarmente, ao se analisar a sociedade pela lente de Niklas Luhmann, verifica-se que há uma diferenciação da sociedade em subsistemas funcionais, à exemplo da política,



economia, direito, ciência, ensino, etc. O funcionamento desses subsistemas obedece à uma lógica binária de valores correspondentes, governo/oposição, capacidade de pagar/incapacidade de pagar, licitude/ilicitude, verdade/não verdade, aprendido/não aprendido.

Gize-se que o sistema difere do ambiente, que seria correspondente a tudo que se refere à externalidade do sistema, como se fosse uma fronteira na qual tudo aquilo que escapasse ao seu espaço seria inerente ao chamado ambiente externo. Por outro lado, identifica o que convencionou chamar de ambiente interno, que assinalaria o que está fora de controle do ponto de vista do sistema, mas que pode ter influência no seu desempenho. Os seres humanos comporiam o sistema na qualidade de ambiente da sociedade e não um elemento integrante dela, à contrario sensu do pensamento corrente na sociologia tradicional. Entretanto, não quer dizer que o homem não exerça um papel essencial dentro desse sistema, ou que seja manipulado por este, pois o ambiente pensado por Luhmann é sempre mais complexo e rico de possibilidades, razão pela qual não pode determinar o ambiente. (SALIM; SILVA, 2016, p. 96).

Sob essa perspectiva, há um elemento estrutural a que o autor atribui importância basilar na composição de uma análise da formação sistêmica autorreferencial, com capacidade para regular as relações entre os sistemas e ambiente, qual seja, a comunicação. Ao contrário do pensamento de Talcot Parsons e de Max Weber, baseados na ação ou em um aspecto dela, para que o sujeito fosse introduzido no sistema. (LUHMANN, 2016, p. 161).

No sentir de Luhmann (2016, p. 161-162):

Sociabilidade não é um caso particular de ação. A ação é constituída nos sistemas sociais, mediante comunicação e atribuição, como uma redução de complexidade, como autossimplificação indispensável do sistema. No nível da Teoria Geral dos Sistemas, já se fala de constituição "mutualista" ou "dialógica". Isso significa que autorreferência no nível dos processos basais só é possível quando existem pelo menos dois processadores de informação que, referindo-se ao outro ou por meio do outro, podem se referir a si mesmos. Portanto, a autorreferência pressupõe uma infraestrutura correspondentemente descontínua. Os dispositivos necessários para isso não podem ser os elementos nem os subsistemas do sistema social, pois tanto os elementos como os subsistemas são produzidos por aqueles dispositivos. Sistemas só se constituem, antes, a partir dos acordos seletivos produzidos pela combinação daqueles processadores; e a estrutura desses sistemas tem somente a função de tornar provável a permanente troca e reencontro de tais acordos. Essa reflexão conduz diretamente ao tema deste capítulo. Nessas condições, o processo basal dos sistemas sociais que produz os elementos, dos quais esses sistemas são constituídos, só pode ser a comunicação.

Refletir sobre uma teoria geral dos meios de comunicação luhmannianos, tem como ponto de partida uma esquematização binária, em que existe a necessidade de que situações problemáticas encontrem como resposta um sim ou um não. Nas sociedades desenvolvidas, por seu turno, o êxito dessa composição binária não pode ficar à mercê do acaso ou da ocorrência de uma situação específica. Perfaz-se necessário que se institucionalizem a estipulação de alternativas, pois se avulta a premência de conectar a multiplicidade de situações e acontecimentos a imensas cadeias de conexões reais, por intermédio das quais se pode presumir, que as escolhas feitas, persistem com seu sim e seu não. Desse modo, formam-se estruturas de processo progressivas, em que uma decisão se embasa em outras e permanece fixa em relação a elas, podendo repetir-se a qualquer momento ou, com consequências previsíveis, mudar. (LUHMANN, 1983, p.119).

Com fulcro nessa perspectiva, deduz-se que:

Los más importantes códigos especiales para la comunicación socialmente eficaz han de prever, de forma directa o indirecta, que sean binariamente esquematizables las situaciones de comunicación [...] El lenguaje del poder ha sido esquematizado binariamente acoplándolo a la distinción de lo lícito y lo ilícito, con la consecuencia de que todo uso oficial del poder es o conforme o contrario a derecho. (LUHMANN, 1983, p. 121).

Basicamente, as comunicações partem de uma unidade de três posições, para que se realize como acontecimento emergente: 1) seletividade da própria informação; 2) a seleção de sua forma de participação ao outro; 3) a expectativa do êxito, ou seja, da seleção ser aceita. A comunicação como elemento componente da sociedade é definida por intermédio da tríade mensagem, informação e compreensão da diferença entre mensagem e informação. Então, tomando por exemplo a afirmação “está chovendo”, pode-se dizer que é o resultado de uma seleção, pois a frase divide o mundo entre aquilo que foi dito e aquilo que foi excluído (está fazendo sol), ou seja, poderia não ter dito nada ou ter dito outra coisa. Essa informação como entendimento trivial da comunicação, não é resultado de uma transmissão, mas sim, produto da construção de uma seleção específica. A compreensão da diferença entre mensagem (aquilo que foi dito) e informação (está chovendo), realiza a comunicação. (Luhmann, 2016, p. 165).

Seguindo esse raciocínio, ainda é possível inferir:

No processo de comunicação, comunicação produz constantemente comunicação e mantém assim o sistema social. No mesmo lado, comunicação é sempre comunicação dentro do sistema social. Ela é operação interna e, por isso, não há comunicação entre



sistemas sociais e o meio, assim como o sistema não recebe informação do meio. O que existe é comunicação do sistema, tendo como referência o seu meio. Nesse caso, o sistema constrói internamente - através da observação - a sua informação sobre o seu meio. (MATHIS, 2004, p. 10/22).

Portanto, tem-se que as decisões são o resultado da sistematização da contingência e pode existir, mesmo que a eleição seja imposta ou haja sido influenciada por outras decisões, cada uma delas com sua própria identidade, composta pela alternativa eleita e horizonte e outras possibilidades, dentre as quais aquela preferida. (LUHMANN, 1997, p. 9).

Em consequência, as comunicações estabelecidas na política pública indicada, em um sentido Luhmanniano, conformam-se como jurídicas, considerando-se que o sistema jurídico é formado por todas as comunicações que possuem uma inserção jurídica, não obtendo como referências importantes a forma ou a linguagem jurídica utilizada, porquanto o procedimentalismo não garante um pertencimento ao sistema jurídico, pois ele é muito mais amplo do que isto, razão pela qual é capaz de englobar a doutrina e os princípios gerais de direito. (RECK, 2018, p. 35).

Todavia, o caráter procedimental, executado na arbitragem voltada aos órgãos públicos, não pode ser desprezado. Ao contrário. O próprio processo de formação do Direito possui como supedâneo o procedimento, como forma de estimular a integração social. Ao tomarmos como referência os processos espontâneos de coordenação de ações na sociedade, o que se visualiza é que as decisões são dificultadas pela ausência de procedimentos. A esquematização do Direito por meio de regras, conduz à obrigatoriedade de uma decisão, suficientemente capaz de motivar a ação. A coordenação da ação perpassa pela união do exercício da autonomia e a positividade do Direito. A partir desse encontro, é possível conjugar motivação da ação e estruturas criadas artificialmente, possibilitando a criação de políticas públicas a partir do zero. “Assim, a coordenação de ações torna-se possível por conta da motivação que o Direito gera à integração social, seja pelo enlace do Direito com a democracia, seja pela característica sancionatória da positividade do Direito”. (RECK, 2018, p. 42).

2. O MUNICÍPIO COMO ENTIDADE ORGANIZADA E IMPLEMENTADORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS, SEGUNDO A TEORIA DOS SISTEMAS

Ao propor como referência de estudo determinada política pública, primordial gizar sua inserção em um âmbito específico, que irá norteá-la através de programas voltados a sua efetivação. Sob esse mote, o presente trabalho volta foco para o Município, em razão de que é neles que a comunidade efetivamente reside e torna o tema em debate ainda mais instigante. Isso se deve muito mais ao alcance dessas entidades, no sentido de possuírem nível decisório e de competência capazes de satisfazer os pleitos de sua população.

Nesse sentido é que exsurge o Município na qualidade de organização implementadora de política pública, consistindo em sistema baseado na construção de sentido de ações, realizadas ou descritas como decisões e que, em sua autoconstituição sistêmica, diferenciam-se de seu meio, descrevendo os elementos do mundo como decisões. Esses mesmos elementos são transformados em unidades de sentido, que valem como decisões, o que corrobora a assertiva de que nem tudo o que ocorre dentro de uma organização é realizado da perspectiva dos indivíduos envolvidos. (DUTRA, 2020, p. 6).

Sabendo-se que o Município é uma organização que decide e que através da organização se diferenciam complexos de decisões e ações a que faltem uma correlação ponto a ponto, ou seja, as decisões se diferenciam das ações pela forma com que enfrentam a contingência. A identidade de um ato de decisão não consiste somente na alternativa eleita, mas também na variedade de possibilidades, dentre as quais uma será a escolhida. (LUHMANN, 1997, p. 8-9).

Ainda sob esse diapasão, imperioso refletir sobre a hierarquia predominante nos Municípios brasileiros, cabendo destacar os principais pontos em comum dentro dessa escala, tendo em vista que o fato de que podem existir diferenças calcadas na dimensão territorial, economia, zona urbana, etc. Tais condições influem, por exemplo, na criação ou fusão de Secretarias, alterando, quantitativamente, a localização da competência, muito embora não desloque o grau hierárquico. Assim sendo, o primeiro escalão municipal, composto pelos agentes políticos, abarca as principais funções a serem exercidas em nível local, a eles são designadas atribuições de comando, em um patamar acima dos demais servidores. Abaixo deles, mas com designações voltadas para funções de direção, chefia e assessoramento, encontram-se os cargos comissionados, também com relevância na questão organizacional, pois é a partir deles, que as ordens emanadas das demais autoridades, têm seu fluxo natural através da estrutura administrativa. Por fim, o maior contingente da Administração Pública, são os



chamados agentes administrativos, cujas atribuições têm por objetivo a execução das atividades administrativas. (DI PIETRO, 2020, p. 682-685).

Para a realização dessas atividades, a Administração Pública cerca-se de prerrogativas e poderes para que se imponha o interesse público sobre o do particular. O Poder Hierárquico rege esse escalonamento em plano vertical, no qual o vínculo de autoridade entre os órgãos de escalonamento superior com os de escalonamento inferior, denomina-se hierarquia ou reação hierárquica, que, tradicionalmente foi engendrada para separar níveis de decisão, emanando dela, ordens, controle, revisão, punição, avocação, delegação, edição de atos internos. (NOHARA, 2020, p. 124-129).

No que tange a hierarquia de cargos, é possível afirmar:

En conexión con esta situación de partida y dentro de ella pueden establecerse jerarquías de cargos, en que la competencia de orden de los cargos se encuentra conectada con la posibilidad de, en caso de desobediencia, poner en cuestión la permanencia del oponente en el sistema. Los clásicos de la teoría organizacional suponen esta posibilidad con todas sus bases en el derecho público o privado. Pero también la situación inversa merece atención (incluso en parte en las mismas organizaciones): que importa mantener en el sistema a miembros dispuestos a retirarse concediéndoles oportunidades suficientemente atractivas. Entre éstas se encuentra no sólo el impedimento del retiro mismo, sino también el impedimento de una resignación que se mantiene muda, es decir, tilla contracción del campo de decisión por falta de una disposición para abogar por alternativas. (LUHMANN, 1997, p. 68).

De outra parte, a hierarquia na perspectiva pragmático sistêmica, observadas por intermédio do sistema jurídico, nada mais são do que observações possíveis, ou seja, se a Constituição hierarquiza o sistema jurídico, também aparece como uma fonte secundária, no sentido de construir os sentidos da Constituição atual, por meio dos jogos de linguagem anteriores a 1988. Em via semelhante, a doutrina surge no topo, preparando as decisões a serem tomadas. Ainda sob um terceiro viés, a deliberação e a esfera pública restariam em destaque, mas sem os atos administrativos das autoridades que têm contato com a população, a Constituição Federal de 88 não teria normatividade alguma. (ROCHA, 2013, p. 144).

Com efeito, essa sequência de atos e decisões, ou seja, a movimentação de toda a máquina administrativo em prol do desenvolvimento e eficácia de uma política pública que tenha por mote a arbitragem, não faria qualquer sentido sem a participação do cidadão,



pressuposto da existência da própria democracia, sob o escopo da soberania popular. (GHISLENI; SPENGLER, 2013, p. 50).

A política é baseada em um sistema de perde-ganha, pois as respostas aos problemas não têm o condão de beneficiar, indiscriminadamente, a todos. Isso impende referir que apenas aqueles que estão inseridos no jogo político, possuem maior influência e por essa razão, seriam favorecidos com a tomada de decisão, reproduzindo um status quo, dentro da comunidade. Nesse diapasão, há um impacto diferenciado na gama de setores sociais em que é mais premente as chamadas política redistributivas, calcadas na circulação de recursos, partindo das camadas financeiramente elevadas da sociedade, com destino traçado para aqueles grupos considerados hipossuficientes. Toda essa gama de fatores, leva a crer que o destinatário do interesse público, deve passar de uma posição passiva, a ator principal das inovações carreadas ao Poder Público. (SCHMIDT, 2018, p. 124-125).

3. ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL: A RECONSTRUÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO A PARTIR DA TEORIA PRAGMÁTICO SISTÊMICA

Ao se vislumbrar a política pública pautada no decorrer do presente trabalho, verifica-se, consoante a Lei n° 9.307/1996, que, prima facie, há uma íntima relação com a questão contratual, uma vez que se possibilita a inclusão de cláusula compromissória, podendo ser, inclusive, autônoma ao contrato, o que nesses casos cria uma independência com relação no que pertine ao seu conteúdo, que mesmo declarado nulo, não implicaria, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. (BRASIL, 1996).

Interessante destacar, que na fluência de poder, no contexto da arbitragem, ocorre a consequência estrutural descrita por Luhmann (2016, p. 56):

É necessário mencionar, em particular, uma importante consequência estrutural que resulta inevitavelmente de uma constituição sistêmica autorreferencial. Trata-se da renúncia a possibilidades de controles unilaterais. Podem existir diferenças de grau de influência, de hierarquias, assimetriações, mas nenhuma parte do sistema pode controlar outras partes sem que ela própria se subordine ao controle; e, sob tais circunstâncias, é possível, para não dizer altamente provável no caso de sistemas orientados por sentido, que cada controle seja exercido com base na antecipação de um contracontrole. Portanto, garantir uma estrutura ainda assim assimétrica (como, p. ex., nas relações de poder internas ao sistema) sempre requer providências especiais.

O procedimento disposto para execução da arbitragem, passa, inexoravelmente, pela análise pelo formato de escolha dos árbitros, cuja competência é concedida às partes integrantes do litígio, mas aos árbitros cabe a eleição do presidente do tribunal arbitral, quando houver vários componentes. Nomeado o presidente, este poderá nomear um Secretário. Veja-se que o poder decisório, bem como a competência, se alterna a partir da pactuação das partes no sentido de optar pela arbitragem, passando pela instauração e escolha dos árbitros e funções que devam ou possam ser efetivadas nesse processo. (BRASIL, 1996).

“Em termos muito genéricos e pouco técnicos, no âmbito do Direito Público a ideia de competência envolve, primeiro, a imputação de tarefas a um determinado sujeito e, segundo o reconhecimento a ele de poderes de ação”, no sentido da execução dessas mesmas atividades. (LOUREIRO, 2010, p. 308).

Vale lembrar, como visto acima, que a arbitragem possui bases muito sólidas a regrá-la. Entretanto isso não impede que o ente municipal venha a normatizá-la em nível local, em razão da competência estabelecida no artigo 30, inciso II, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Sob um viés pragmático-sistêmico, a competência perfilha-se como uma comunicação, do tipo jurídico, da e na sociedade e que expressa uma decisão, com a finalidade de redução da complexidade, no que tange às alternativas consubstanciadas no Direito, adotadas pelo Município – ou ainda, no caso sob análise pelos árbitros – para fundamentar uma decisão, auxiliando os órgãos e os agentes na tarefa de decidir, desde que, no momento da decisão, puderem conectar a alternativa escolhida dentre as diferenças geradas, concedendo efetividade ao sistema. Portanto, pode-se afirmar que a competência atua como uma espécie de decisão especializada em ligar decisões. Nesse sentido, quando o Município normatiza a arbitragem em seus limites territoriais, arrima-se na competência, fazendo com que os diversos enlaces, provenientes da novel legislação, tenham por supedâneo resolver os conflitos existentes na Administração Pública, criando padrões, órgãos e estruturas, que dão azo, por exemplo, a que o árbitro determine às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias. (GESSINGER; RECK, 2014, p. 101).

Independentemente de como se processam o poder e a competência nas entranhas da política pública de arbitragem, é preciso avaliar os métodos utilizados e o alcance propugnado pela Lei, para que se tenha noção do impacto sobre a Administração Pública a partir do



momento de sua implantação, em especial, verifica-se que a sentença emanada pelos árbitros, a teor do artigo 31, da Lei 9.307, “produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. (BRASIL, 1966).

Conquanto, para que realize um dos principais intentos da arbitragem, qual seja, a condução mais célere dos litígios em que a Administração Pública seja parte, é preciso considerar que a preocupação com a rapidez não deve confinar-se a fase cognitiva. Ao passo que o direito é rapidamente afirmado, constituindo título executivo, a eficácia do instituto seria mitigada pela fase executória, que na Justiça Estadual duraria, em média, seis anos e seis meses e sete anos e sete meses na Justiça Federal. Nessa mesma esteira, o sistema de precatórios aplicáveis aos débitos oriundos de sentença judicial, seria transportado às sentenças arbitrais, gerando uma espera geralmente exacerbada, em que determinados órgãos públicos sequer os pagam, gerando um verdadeiro caos, que nem mesmo o Congresso Nacional e o Supremo têm obtido sucesso em seu saneamento. (ACCIOLY, 2019, p. 16).

Como se vê, a noção de que a introdução de políticas públicas, de forma pura e simples, tem o condão de, isoladamente, fazer desaparecer as mazelas de um sistema fadado à falência, não parece ser verdadeira, muito embora possa ser o catalisador da mudança de parâmetros, que mesmo no interior da Administração Pública não se saiba explicitar a razão de sua existência. Essa nova ordem, ou a causa da desordem, em um sentido voltado para a obra de Edgar Morin, pode ser explicitado por intermédio do anel tetralógico em que ordem/desordem/interação/organização, formam uma simbiose propícia à reflexão e propagação de técnicas avançadas, que possam alavancar os serviços públicos e modernizar a estrutura Administrativa. (MORIN, 1977, p. 58-59).

Desde o início do Universo, a composição ordem/desordem ou desordem/ordem, permeia as primeiras criações. O próprio planeta terra passou por diversos ciclos, mas foi a partir da catástrofe, que ordem e desordem passam a existir quase que concomitantemente. Para que se busque uma nova identidade para a Administração Pública, é preciso que se erijam contraposições ao desenho majoritário existente, que privilegia o aparato protetivo da Administração, em detrimento de projetos que desafiam a lógica principiológica vigente. As premissas ora estabelecidas, permitem inferir que o alcance do objetivo de qualquer programa

com pretensões que possam de forma efetiva e realista, obter sucesso em alavancar um nicho altamente deficitário em qualquer unidade administrativa, por menor que seja. A arbitragem possui potencial para alcançar esse desiderato e suas bases têm se destacado na área privada, mas é premente que se revisem determinadas condutas que, historicamente, são atribuídas à supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público e que, ao avesso do pensamento corriqueiro, servem para prevenção punitiva do gestor municipal. Questões como duração razoável do processo, previsão orçamentária calcada em eixos mais concretos, o tratamento adequado do cidadão e o diálogo como fonte propulsora de significativas venturas nas mais diversas áreas públicas. O autor retro citado, desvela um caminho factível, de desconstrução de uma ordem imaginada, que tem por supedâneo a desordem como fonte criadora de um horizonte promissor, sem as amarras de uma natureza que conspira em favor da contenção de qualquer iniciativa que influa na tônica ultrapassada de que a Administração Pública é obrigada a recorrer de sentenças adversas, seja sob o pretexto que for. A desordem aqui propugnada, deve alimentar o desenvolvimento de fenômenos organizados, vez que em toda desordem existe também uma ordem. A desordem não se perfectibiliza como uma entidade em si, mas em processos energéticos, interacionais, transformadores ou dispersivos, que está em ação em toda parte, não podendo ser considerada como mera dispersão, conforme segue:

Com efeito, a cosmogênese mostra-nos que a desordem não é apenas dispersão, espuma, baba e poeira do mundo em gestação, é também carpinteira. O universo não se construiu apenas apesar da desordem, construiu-se também na e pela desordem, isto é, na e pela catástrofe original e as rupturas que se seguiram, no e pelo desenvolvimento desordenado de calor, nas e pelas turbulências, nas e pelas desigualdades de processos que comandaram toda a materialização, toda a diversificação e toda a organização. (MORIN, 1977, p. 75).

Outro aspecto a ser tratado com relação à política pública referenciada, diz respeito ao tempo. Esse elemento possui extrema relevância para o sistema luhmanniano, no que tange a tomada de decisão, para a modificação do sistema, por meio de irritações ou sob um formato de diferenciação ou contingência. A decisão é tomada no presente, conquanto seus efeitos são reservados para o futuro, prospectando objetivos, fins e metas, o que impossibilita sua correção.

O futuro funciona como um catalisador, produzindo irritação do sistema por meio de oscilação funcional, transformando-a em informação. Portanto, a decisão não determina o futuro, mas o constrói no momento em que irrita o sistema e, conseqüentemente, o modifica. Por conclusão, o presente se conforma como a única possibilidade de ação livre, em comparação com o passado – que já não mais existe – e com o futuro – que ainda não é atingível. É nesse sentido que se deve ressaltar a importância do observador, dado que cada um tem uma perspectiva distinta ao analisar pessoa, organização e sociedade, intervindo diretamente no sistema. Ainda é exigível pelo tempo, uma capacidade de mudança, que põe em cheque ideais de perfeição da ordem social. (GUERRA FILHO; MABTUM, 2018, p. 356-357).

O ponto que mais tangencia a inclusão da política pública de arbitragem, talvez seja a contingência vinculada ao tempo, pois remete à reflexão sobre novos desenvolvimentos teóricos, concebidos a partir de uma visão do tempo, na qualidade de estrutura do processo de seleção, que conforma reversibilidades e irreversibilidades, consentaneamente ao que segue:

Se virmos o tempo como estrutura de um processo de seleção que continuamente equilibra irreversibilidades e reversibilidades", logo se reconhecerá que os fundamentos de toda seleção são criados mediante seleção e estabilizados mediante uso no processo de seleção seguinte, de modo que a nova dissolução se tornará mais difícil, mas nunca seguramente impossível. (LUHMANN, 2016, p. 148-149).

Coincidentemente, Luhmann (2016, p. 148-149) coloca em debate a questão contratual – tema que se vincula diretamente a arbitragem, em vista da possibilidade de inclusão de cláusula compromissória – e seus efeitos vinculados ao *pacta sunt servanda*, ou seja, a obrigatoriedade de cumprimento do instrumento em questão. A proposta de reformulação desse instituto, restou calcada na dificuldade de justificação segura para o regramento. Para tanto, é necessário que se proceda à experimentação da seleção inserida por intermédio da produção de uma sequência temporal, harmonizando-se com o declinado abaixo:

Condição indispensável é que cada seleção seja experimentada como contingente e que seja produzida uma sequência temporal, de modo que as seleções possam se estabelecer mutuamente, antecipando e retomando aquilo que, de sua posição temporal, é futuro e passado. O fundamento do vínculo aponta para esses dois elementos juntos, contingência e tempo, e o contrato é a forma que possibilita essa união (que se diferencia de outros tipos de encontros) ". [...] Formulado mais abstratamente: tempo não é simplesmente a medida de um movimento que se torna reconhecível, calculável, viável e repetível uma vez que estejam estabelecidos quais estados ele transfere para quais outros estados. Tempo não é simplesmente cronologia dependente de leis naturais. Tempo também não é organizado com vistas a um bom

final atingido normalmente pelos processos. Tempo não é simplesmente teleologia. Tempo é assimetriação de autorreferência com vistas a uma ordem de seleções; no domínio social, ele temporaliza a dupla contingência do agir social com as autorreferências nele atuantes, a fim de possibilitar que surja, quase que imprescindivelmente, ordem improvável sempre quando se experimentar dupla contingência. (LUHMANN, 2016, p. 149).

A talante do acima citado, há que se obter a confiança capaz de lidar com a complexidade do mundo como hoje se apresenta e projetar o futuro. A redução da complexidade, na atualidade, depende da estabilização de alternativas e eventos variáveis, resguardando a segurança do estado presente e assegurando a estabilidade e durabilidade das relações. Em verdade, o futuro permanecerá norteado pelas incertezas que lhe são peculiares, com isso as possibilidades de ação e de conhecimento perfilham-se como minimamente confiáveis. (ALMEIDA, 2017, p. 259-260).

CONCLUSÃO

Como se vê, a construção de um paradigma que seja fidedigno à relevância de novas formas de acesso à justiça – no caso específico do presente artigo, a arbitragem –, sobrepõe-se à apreciação exclusivamente jurídica. A busca por adaptação de um instituto específico na órbita jurídica, carece de estudos que privilegiam uma análise que compreende não só a regra em si, mas a fluência do procedimento em um sistema e a complexidade existente na sociedade.

Sob o mesmo prisma, cabe gizar uma condição essencial para que a arbitragem alcance um patamar em que sua utilização seja algo natural, ou seja, a incorporação dos postulados dela oriundos devem obter uma sedimentação gradativa no seio da Administração. Em razão disso e tendo por objetivo a concretude de um sistema voltado à recepção do processo arbitral, perfaz-se primordial a inclusão e adequação da base principiológica do Direito Administrativo, privilegiando o princípio da autonomia da vontade.

Para que isso ocorra, é preciso uma visão inovadora sobre o próprio Estado, desfazendo as amarras de um sistema alicerçado em convicções voltadas para um contexto em que a estrutura estatal, nem de perto, possuía as mesmas demandas de hoje em dia.

Os Municípios, diante do exercício das mais variadas responsabilidades a ele atinentes, exsurge como ente responsável pela implantação e execução das políticas públicas idealizadas



por si, pelo Estado e, também pela União. Essa incumbência justifica-se pelo fato de que é no Município, que o dinamismo inerente ao cumprimento das ações pensadas pelo Estado, é efetivado.

Entretanto, a sistemática jurídico-administrativa, não permite um olhar mais acurado sobre a arbitragem, pois sob o escopo da proteção patrimonial, reside o temor de doutrinadores e juristas em dar novo sentido ao Direito Administrativo, fazendo com que novos espaços de discussão norteiem uma nova perspectiva do Direito Público.

A teoria esposada por Niklas Luhmann, permite uma análise voltada à Administração enquanto sistema, fazendo com que o cenário tradicionalmente traçado para a Administração Pública seja revisitado e ressurgja não somente como um mero protetor do interesse ou do patrimônio públicos, mas um *locus* de debate que permita a ampliação da participação e inclusão popular.

Além do mais, imprescindível que o cidadão ocupe seu lugar no processo democrático, não apenas na condição de votante, mas participando ativamente da tomada de decisões, mais especificamente, como quer Luhmann, na qualidade de observador ativo.

REFERÊNCIAS:

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des) confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *Revista de Informação Legislativa - RIL*, Brasília, v. 54, n. 213, p. 241-263, jan./mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p241. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 25 nov. 2020.

_____. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso: 26 nov. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DUTRA, Roberto. Sistema Político-Administrativo e Interações na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 102. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v35n102/0102-6909-rbcsoc-35-102-e3510208.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

GESSINGER, Igor; RECK, Janriê. Observação Pragmático-Sistêmica da Competência Municipal para Elaboração do Plano Diretor em Face da Competência para Zelar pelo Meio Ambiente. *Revista Jovens Pesquisadores*, Santa Cruz do Sul, v. 4, n. 1, p. 96-105, 2014. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/view/4604>. Acesso em: 14 jan. 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; MABTUM, Matheus Massaro. A Importância do Tempo e Sentido Para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Direito Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 6, n. 2, p. 342-358, 2018. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/483/pdf_1. Acesso em: 02 dez. 2020.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoria da ação comunicativa de Habermas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 47-71, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2449>. Acesso em: 20 fev. 2021.

LOUREIRO, Luís Gustavo Kaercher. Premissas para uma Leitura Integrada da Indústria da Energia na Constituição e para a Identificação de uma Política Energética Constitucional – A Propósito dos Arts. 173 e 175 da Carta. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) *Direito do Petróleo e de Outras Fontes de Energia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 303-325. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luiz-gustavo-kaercher-loureiro/premissas-para-uma-leitura-integrada-da-industria-da-energia-na-constituicao-e-para-a-identificacao-de-uma-politica-energetica-constitucional-a-proposito-dos-arts-173-e-175-da-carta>. Acesso em: 30 jan. 2021.

LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*; Tradução de Ignacio de Otto Prado. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior, Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo I*; Tradução de Darlo Rodríguez Mansilla. Rubí, Barcelona: Anthropos, 1997.

MATHIS, Armin. A Sociedade na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Presença Revista de Educação, Cultura e Meio Ambiente*, Rondônia, v. 8, n. 28, p. 94-107, mai. 2004. Disponível em: http://www.revistapresenca.unir.br/artigos_presenca/28arminmathias_asociedadenateoriadossistemas.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.



MORIN, Edgar. *O Método 1: A natureza da natureza*; Tradução de Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Europa América, 1977.

NOHARA, Irene. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA NETO, Emérito Silva De. *Fundamentos do Acesso à Justiça: conteúdo e alcance da garantia fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação Pragmático-Sistêmica da Competência Como Decisão Coordenadora de Ações. In: BITENCOURT, Caroline Müller; Reck, Janriê Rodrigues. (Orgs.). *Políticas Públicas e Matriz Pragmático-Sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018, p. 32-51. Livro eletrônico.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 141-149, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2013.52.06/3934>. Acesso em: 02 dez. 2020.

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre Direito e Política sob a Perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 94-107, jan./abr. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Dialnet-RelacaoEntreDireitoEPoliticaSobAPerspectivaDeNikla-5523855.pdf>. Acesso em: 17.02.21.

SCHMIDT, João Pedro. Para Estudar Políticas Públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688/7826>. Acesso em: 03.02.21.