

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
JOÃO GABRIEL COELHO MENDONÇA**

ARBITRAGEM, REFLEXÕES A PARTIR DE FOUCAULT

**Juiz de Fora
2019**

JOÃO GABRIEL COELHO MENDONÇA

ARBITRAGEM, REFLEXÕES A PARTIR DE FOUCAULT

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Material Privado sob orientação do Profa. Dra. Eliana Conceição Perini

**Juiz de Fora
2019**

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOÃO GABRIEL COELHO MENDONÇA

ARBITRAGEM, REFLEXÕES A PARTIR DE FOUCAULT

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Material Privado submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dra. Eliana Conceição Perini
UFJF

Mestranda Vanessa Ferreira Lopes
Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito PPGSD-UFF

Mestranda Jessica Siviero Vicente
Programa de Pós-Graduação de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e
Sociedade da UFRRJ

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 18 de novembro de 2019

RESUMO

Trata-se de artigo científico que propõe uma análise do recente (2010 a 2018) desenvolvimento da prática arbitral no Brasil sob a ótica do desenvolvimento histórico/genealógico da Verdade na tradição ocidental. Constrói-se uma analogia inversa com a construção histórica proposta por Michel Foucault sobre o ocorrido nos séculos XII e XIII na Europa, quando o poder Soberano passa a exercer controle sobre as contestações judiciárias pela forma do inquérito administrativo-religioso.

Palavras-chave: Verdade, Arbitragem, Foucault, Inquérito, Controle

ABSTRACT

This scientific article proposes an analysis of the recent (2010 to 2018) development of the arbitration practice in Brazil from the perspective of the historical/genealogical development of the Truth in the Western tradition. We construct an inverse analogy with the historical construction proposed by Michel Foucault on what happened in centuries XII and XIII in Europe, when the Sovereign begins to exercise control over the judicial challenges by the form of the administrative-religious inquiry.

Keywords: Truth, Arbitrage, Foucault, Inquiry, Control

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	05
2 A GENEALOGIA DA VERDADE	06
2 A ARBITRAGEM	21
4 CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS	31

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma pesquisa inicial, a qual pretende-se aprofundar em próximas oportunidades, por esse motivo não esgota todas as discussões, mas abre caminho para algumas reflexões inaugurais sobre as possíveis relações entre o recente crescimento do uso do juízo arbitral no Brasil e novos paradigmas da verdade, enquanto conceito filosófico essencial à produção de conhecimento.

Pensar essa transformação nos permite avaliar o desenvolvimento do conceito de sujeito de conhecimento, basilar para todo o processo de organização e distribuição de poder na sociedade.

Para alcançar esse objetivo, tomamos as reflexões propostas por Foucault sobre o que se poderia nomear como verdade e como esse conceito vem se modificando ao longo dos séculos. Nessa empreitada, a análise das formas jurídicas de solução de conflitos foi de grande valia ao autor, permitindo-lhe compreender como a ideia de verdade ganhou forma no ocidente, seja no Império Romano, seja na Idade Média, mas principalmente com o desenvolvimento do capitalismo a partir do século XVII na Europa.

Segundo Foucault, todo o desenrolar da história da verdade caminha para que ela se arrime ao Estado com a formação do Estado Nação, instrumento que controla a produção de conhecimento através de uma união entre o saber e o poder, junção que é chamada de tirania¹.

Esse foi o padrão desde a Revolução Francesa (aliás, mesmo antes, na baixa Idade Média). O interessante é que o neoliberalismo, novo modelo de gestão do poder de Estado que se desenvolve a partir da década de 1990, desloca do âmbito público para setores da sociedade civil a gestão do poder em diversas camadas. É possível observar esse fenômeno no desenvolvimento do Terceiro Setor, das privatizações de empresas públicas, da terceirização e da concessão da prestação de serviços públicos (ARNAUD, 2007, p. 145).

Um dos serviços públicos que se mantém imaculado no interior do Estado, entretanto, é a jurisdição, na medida em que essa é tida como a última instância de enunciação da verdade, cujas decisões são indiscutíveis por quaisquer outras instâncias sociais. Nesse contexto, a arbitragem apresenta-se como um limite à jurisdição (JUNIOR, 2017), de forma que o Poder Judiciário tem cassado de si (por força da autonomia da vontade, do acordo de

¹ Tirano “era aquele que tomava o poder porque detinha ou fazia valer o fato de deter um certo saber superior em eficácia ao dos outros” (FOUCAULT, 2005, p. 46) Ou seja, o tirano reúne em uma só figura o saber-poder, indissociáveis um do outro.

vontades entre os particulares ao instituírem o compromisso arbitral) o lugar de autoridade única a enunciar a verdade sobre os fatos e sobre o próprio Direito.

No Brasil, observou-se, de início, por meio das poucas pesquisas científicas disponíveis gratuitamente sobre a arbitragem na atualidade, um crescimento de 114,84% no número de arbitragens iniciadas de 2010 a 2017. Nesse mesmo período, os valores envolvidos em arbitragem saíram de R\$ 2,8 bilhões para R\$26,30 bilhões. No entanto, é importante destacar que esses dados foram extraídos a partir da disponibilização de dados de apenas 6 das 13 Câmaras de Arbitragem registradas junto ao Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr (Comitê Brasileiro de Arbitragem e Instituto de Pesquisa Ipsos, 2012), o que já demonstra uma certa dificuldade existente na produção de dados sobre a prática arbitral no Brasil, tendo em vista sua confidencialidade.

Não se pretende aqui uma explicação para esse crescimento, tampouco mapear suas consequências para a sociedade. A indagação de que se ocupa neste artigo é acerca da possibilidade de se analisar possíveis alterações sobre o lugar da verdade nos processos judiciais da atualidade por meio de um olhar cuidadoso sobre a prática arbitral.

A constatação primeira é a de que está em curso um deslocamento de poder do Estado, especificamente do Poder Judiciário, para o setor privado. Isso pode ser observado no desenvolvimento de institutos como a mediação, a conciliação, a transação extrajudicial e também a arbitragem. Essa primeira conclusão mostra-se mais complexa quando nos indagamos sobre quais as consequências desse deslocamento no que toca a transformações sobre a concepção e os usos dos conceitos de verdade e de sujeito do conhecimento nesses processos. Não se trata de realizar um estudo dogmático, quer dizer, das mudanças internas ao sistema jurídico, mas sim um estudo epistemológico/ político com vistas a pensar a cultura como um todo a partir de uma de suas faces.

É através da obra de Michel Foucault que se propõe a construir um entendimento sobre o que seria a verdade e também como os modelos judiciais são práticas sociais dignas de análise para a compreensão desse conceito, abordando sua obra sobre a genealogia da verdade.

Assim, a metodologia adotada é a revisão bibliográfica, pela qual se adota a pesquisa e as reflexões de Foucault, suas conferências “A Verdade e as Formas Jurídicas” como base para se indagar através de um estudo de caso da arbitragem no Brasil, utilizando-a como caso exemplar para fazer inferências sobre a aplicabilidade da reflexão foucaultiana para compreensão atual das transformações das práticas judiciais em relação à construção da Verdade.

2 A Genealogia da Verdade

2.1 O Nascimento e o Esquecimento do Inquerito

Para Foucault, é possível traçar duas histórias da verdade. A primeira seria uma “história interna da verdade” (FOUCAULT, 2005, p. 11), aquela de que se ocupam as ciências e muitas das correntes filosóficas desenvolvidas desde o período clássico (com base nas obras de Sócrates e Aristóteles por exemplo), pela qual se pressupõe como dogma, a existência do sujeito do conhecimento, o qual é capaz de fazer emergir por um certo número de regras epistemológicas, a verdade.

A própria verdade seria uma pressuposição daquele aspecto da realidade que não se altera, independentemente do tempo e lugar. Dizer que a verdade existe é dizer que há algum tipo de constância no universo que o orienta e o limita. Dizer que a verdade existe é se comprometer com a ideia grega de κόσμος (kosmos), a concepção de que há uma ordem fundamental no funcionamento da totalidade de tudo o que existe e que pode, portanto, ser demonstrada² pelo sujeito do conhecimento.

[...]esse sujeito de conhecimento, a este sujeito da representação, como ponto de origem a partir do qual o conhecimento é possível e a verdade aparece. Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história. É na direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir. (FOUCAULT, 2005, p. 10)

Michel Foucault propõe, assim, um percurso distinto daquele apresentado anteriormente, uma segunda história da verdade, ao que denomina genealogia, conforme proposto por Friedrich Nietzsche. A genealogia da verdade seria então a acontecimentalização³ da ideia de verdade, uma abordagem da verdade como um conceito que contingencialmente surge e se mantém em determinado contexto histórico. Isto é, propõe inserir a verdade no curso da história e não a sua margem, destituindo-a de seu caráter universal e necessário.

² Verdade-demonstração é uma é uma “manifestação daquilo que é: verdade-apofânica, verdade-descoberta, verdade-abstrata, constante, demonstrada e objetiva [...]”. (CANDIOTTO, 2007, p. 205)

³ Verdade-acontecimento é uma abordagem da verdade que “acontece, das técnicas de produção, da captação mediante rituais e recusas, efeito de jogos de verdade que ocorrem nas práticas concretas.” (CANDIOTTO, 2007, p. 205)

Para tanto, recorre-se a uma distinção elaborada por Nietzsche entre *Ursprung* (origem) e *Erfindung* (invenção). De forma que há objetos de estudo que não possuem uma origem natural que os justifiquem existir, isso porque foram inventadas em determinado contexto por determinadas pessoas. Nesse sentido, a verdade surge como um acontecimento, e não como uma decorrência necessária da natureza humana ou da natureza das coisas.

Ora, diz Nietzsche, a história não é isso, não é dessa maneira que se faz história, não é dessa maneira que as coisas se passaram. Pois a religião não tem origem, não tem *Ursprung*, ela foi inventada, houve uma *Erfindung* da religião. (FOUCAULT, 2005, p. 15)

A genealogia é tratada não como um retorno à origem ou à essência, mas um retorno ao contexto de seu acontecimento inaugural. A verdade-demonstração acaba por se revelar como uma decorrência da verdade-ritual. “O ideal não tem origem. Ele também foi inventado, fabricado, produzido por uma série de mecanismos, de pequenos mecanismos.” (FOUCAULT, 2005, p. 15)

Na elaboração dessa genealogia da verdade, o autor lança mão do estudo da evolução histórica das formas judiciárias.

Pareceu-me que entre as práticas sociais em que a análise histórica permite localizar a emergência de novas formas de subjetividade, as práticas jurídicas, ou mais precisamente, as práticas judiciárias, estão entre as mais importantes.

A hipótese que gostaria de propor é que, no fundo, há duas histórias da verdade. A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências.

Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas - regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber - e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade. (FOUCAULT, 2005, p. 11)

Note-se que é traçada uma diferença entre práticas judiciárias e práticas judiciais. Enquanto a segunda expressão será utilizada apenas para referir-se à atuação dentro da jurisdição estatal (ou incorporada pelo poder soberano antes da formação dos Estados-Nação), a primeira ideia refere-se amplamente à:

maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a

punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história - me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas. (FOUCAULT, 2005, p. 11)

Ou seja, há práticas judiciárias para além do Estado, e mesmo que precedem ao seu recente surgimento na história ocidental. Em “A Verdade e as Formas Jurídicas”, Michel Foucault reflete sobre dados históricos acerca dos meios pelos quais os seres humanos resolvem seus conflitos, decidindo quem estaria com razão e como reparar os danos.

O autor inicia o processo de análise na Grécia antiga contrapondo duas épocas, a de Homero (Sec. X a. C.) e de Sófocles (sec. V a. C.), ou melhor, compara a descrição das formas judiciárias contidas em duas peças teatrais desses autores, respectivamente: *Íliada* e *Édipo Rei*.

Na primeira obra, verifica-se que a resolução da contenda se dá por meio de uma prova: "Põe tua mão direita na testa do teu cavalo; segura com a mão esquerda teu chicote e jura diante de Zeus que não cometeste irregularidade" (FOUCAULT, 2005, p. 32). A palavra prova é usada com o significado de desafio, teste, “se tiveres coragem de cumprir o desafio, então é tens razão”.

Dois guerreiros se afrontavam para saber quem estava errado e quem estava certo, quem havia violado o direito do outro. A tarefa de resolver esta questão cabia a uma disputa regulamentada, um desafio entre os dois guerreiros. Um lançava ao outro o seguinte desafio: "És capaz de jurar diante dos deuses que não fizeste o que eu afirmo?" Em um procedimento como este não há juiz, sentença, verdade, inquérito nem testemunho para saber quem disse a verdade. Confia-se o encargo de decidir não quem disse a verdade, mas quem tem razão, à luta, ao desafio, ao risco que cada um vai correr. (FOUCAULT, 2005, p. 53)

Na segunda obra (*Édipo Rei*), ainda que haja momentos em que a prova é utilizada, o modelo central de resolução das questões que se impõem é o da pesquisa da verdade, é a prática do inquérito, que iremos descrever com maior minúcia a frente.

Estes restos da velha tradição reaparecem algumas vezes ao longo da peça. Mas na verdade toda a tragédia de *Édipo* se fundamenta em um mecanismo inteiramente diferente. É esse mecanismo de estabelecimento da verdade que gostaria de expor. (FOUCAULT, 2005, p. 33-34).

Resumidamente, *Édipo Rei*, se passa no reino de Tebas, onde o Rei Laio e sua esposa, a Rainha Jocasta, quando do nascimento de seu primeiro filho receberam a seguinte enunciação pelo oráculo de Delfos: um dia o rei Laio seria morto por seu primogênito, quem

lhe tomaria o reino e a esposa. Diante disso, Laio ordenou a um servo que se livrasse da criança, porém, comovido, o homem foi incapaz de matar o bebê, pregando-o pelos pés numa árvore à divisa entre os reinos de Tebas e Corinto.

Um pastor qualquer do reino de Corinto encontrou a criança e levou-a para seu reino, nomeando-o de Édipo. Lá, o pequeno foi adotado pelos reis, sem nunca terem revelado a Édipo sua verdadeira origem. Eventualmente, já adulto, Édipo acaba indo a ao oráculo, que lhe informa que ele iria matar o pai e casar-se com a mãe. Desesperado, foge de Corinto para que a profecia não se realizasse e vai acabar em Tebas. No caminho ele mata um homem (que posteriormente se revelaria ser Laio) e derrota a Esfinge (fonte de pragas naquela região), por esse motivo é aclamado rei de Tebas e casa-se com Jocasta, sua progenitora.

Depois de um tempo, o reino de Tebas passa a sofrer com uma terrível peste e o povo suplica a seu rei, Édipo, uma solução. O rei então recebe notícias do oráculo de Delfos no templo do Deus Apolo, por meio de Creonte, que lhe informa que a causa da peste é a impunidade do assassino de Laio, ao que Édipo jura que irá encontrar o assassino e puni-lo apropriadamente, sem saber que era dele mesmo que se falava.

É nesse ponto que se inicia o processo de investigação da verdade por meio da prática que Foucault vai denominar inquérito⁴.

Parece-me que esse mecanismo da verdade obedece inicialmente a uma lei, uma espécie de pura forma, que poderíamos chamar de lei das metades. É por metades que se ajustam e se encaixam que a descoberta da verdade procede em Édipo. Édipo manda consultar o deus de Delfos, o rei Apolo. A resposta de Apolo, quando a examinamos em detalhe, é dada em duas partes. Apolo começa por dizer: "Se quiseres que a peste acabe, é preciso lavar a conspiração". A essa primeira resposta falta, de certa forma, uma metade: há uma conspiração, mas quem conspirou, ou o que conspirou? Portanto, há necessidade de se fazer uma segunda pergunta e Édipo força Creonte a dar a segunda resposta, perguntando a que é devida a conspiração. A segunda metade aparece: o que causou a conspiração foi um assassinato. Mas quem diz assassinato diz duas coisas. Diz quem foi assassinado e o assassino. Pergunta-se a Apolo: "quem foi assassinado?" A resposta é: Laio, o antigo rei. Pergunta-se: "quem assassinou?" Nesse momento o rei Apolo se recusa a responder e, como diz Édipo, não se pode forçar a verdade dos deuses. Fica, portanto, faltando uma metade. À conspiração correspondia a metade do assassinato. Ao assassinato correspondia a primeira metade: "Quem foi

⁴ Optou-se por uma descrição cronológica dos fatos narrados a fim de facilitar a compreensão. No entanto, a peça tem início já no ponto em que o povo de Tebas suplica ao rei Édipo por uma solução para a crise que viviam. É no desenrolar das cenas que se vai obtendo novas informações.

assassinado". Mas falta a segunda metade: o nome do assassino. Para saber o nome do assassino, vai ser preciso apelar para alguma coisa, para alguém, já que não se pode forçar a vontade dos deuses. Este outro, o duplo de Apolo, seu duplo humano, sua sombra mortal é o adivinho Tirésias que, como Apolo, é alguém divino, o divino adivinho. Ele está muito próximo de Apolo, também é chamado rei, mas é perecível, enquanto Apoio é imortal; e sobretudo ele é cego, está mergulhado na noite, enquanto Apoio é o deus do Sol. Ele é a metade de sombra da verdade divina, o duplo que o deus luz projeta em negro sobre a superfície da Terra. É esta metade que se vai interrogar. E Tirésias responde a Édipo dizendo: "'Prometestes banir aquele que tivesse matado; ordeno que cumpras teu voto e expulses a ti mesmo". (FOUCAULT, 2005, p. 34-35)

O que a peça constrói politicamente no seu decorrer é um deslocamento do poder de enunciar a verdade. Sai dos Deuses (do adivinho inclusive), passa pelos reis e repousa estável nos servos, nas testemunhas, que atualizam os fatos passados por meio de seus depoimentos. A questão central da peça é o Poder, não é por acaso que se intitula Édipo-Rei. Toda a trama se desenvolve sob o suspense, a ameaça a Édipo de que ele perca o poder. Em várias falas fica explícito que a principal preocupação do protagonista é sempre conservar o poder. E é com seu poder que realiza as investigações, e à medida que vai chegando perto da verdade vai tomando consciência do precipício em que se lançará, mas ainda assim, persiste na busca da verdade. Duvida do oráculo, do adivinho, de Jocasta, mas contra a verdade dos fatos enunciada das testemunhas, nem todo o poder de um rei pode. A forma implacável da verdade proferida pelas testemunhas está acima de TUDO. Não há vontade, não há poder, não há jogo que possa contra essa verdade. Implacável ela é.

Durante toda a peça o que está em questão é essencialmente o poder de Édipo e é isso que faz com que ele se sinta ameaçado. Édipo, em toda a tragédia, nunca dirá que é inocente, que talvez tenha feito algo mas que foi contra a vontade, que quando matou aquele homem, não sabia que se tratava de Laio. Essa defesa ao nível da inocência e da inconsciência nunca é feita pelo personagem de Sófocles em Édipo-Rei (FOUCAULT, 2005, p. 41).

O personagem Édipo está incluído numa categoria de personagens de sua época, o Tirano. Tirano é aquele personagem que foi destituído do poder (perdeu seu lugar de primogênito de Laio) e depois dá a volta por cima através de provas de sua nobreza, de sua condição de bom governante (derrotou a esfinge que estava destruindo o reino) e retoma o poder (conquista a posição de rei de Tebas), mas a manutenção do poder é a todo o tempo ameaçada. Mas além disso, é aquele que conquista o poder por possuir algum tipo de saber muito próprio e solitário, autocrático (derrota a esfinge por ser o único capaz de resolver seu

enigma). O Tirano sabe e só ele sabe saber daquela forma, isso fica demonstrado pelas provas que cumpre, e é isso o que lhe garante o poder, pois sem ele, não haveria outro que o pudesse substituir.

Era aquele que tomava o poder porque detinha ou fazia valer o fato de deter um certo saber superior em eficácia ao dos outros. [...] Édipo representa na peça de Sófocles um certo tipo do que eu chamaria saber-e-poder, poder-saber. É porque ele exerce um certo poder tirânico e solitário, desviado tanto do oráculo dos deuses que ele não quer ouvir, quanto do que diz e quer o povo, que, em sua sede de poder e saber, em sua sede de governar descobrindo por si só, ele encontra, em última instância, os testemunhos daqueles que viram. (FOUCAULT, 2005, pp. 46-48)

Édipo é, portanto, aquele que ignora o saber dos outros, dos deuses, do povo e de seus pares. Acreditando na sua própria forma de saber, ela avilta as do demais.

A tragédia de Édipo está bem próxima, portanto, do que será, alguns anos depois a filosofia platônica. Para Platão, na verdade, o saber dos escravos, memória empírica do que foi visto, será desvalorizado em proveito de uma memória mais profunda, essencial, que é a memória do que foi visto no céu inteligível. Mas o importante é o que vai ser fundamentalmente desvalorizado, desqualificado, tanto na tragédia de Sófocles quanto na República de Platão: é o tema, ou melhor, o personagem, a forma de um saber político ao mesmo tempo privilegiado e exclusivo (FOUCAULT, 2005, pp. 48-49).

Para Foucault, Platão inventa uma divisão dos saberes. Distingue a figura do sofista, aquele que argumenta por seus próprios interesses, da figura do filósofo, aquele cujo único interesse é a busca da verdade original. Platão trata o sofismo como algo baixo, estúpido, pobre, porque inclui jogos de poder na busca pela verdade. Somente aqueles que tiveram a formação no método filosófico poderiam, para Platão, tratar da Verdade. O poder passa a acompanhar a autoridade em detrimento do debate do povo. Daí o desdém desse filósofo pela democracia, concluindo em sua obra A República que o melhor governo possível é um governo aristocrático. Cria-se assim a concepção de que a busca pelo saber é corrompida quando envolvida em jogos de poder e deve ser evitado pelos métodos adequados.

Retomando nossa reflexão, o que importa analisar na obra Édipo-Rei é a conexão indissociável entre poder e saber. Quando se põe em xeque o saber do governante, mesmo que em processo levado a frente por ele mesmo, seu poder se vai, submetido que está à vaziez de poder da Verdade.

A sociedade grega arcaica (até o sec. V a.C.) contava com o saber dos Tiranos, aqueles que detinham um saber sagrado, fundamentado na vontade dos Deuses, é isso que vemos no trecho da Ilíada tratado anteriormente. Sófocles marca a passagem, o deslocamento de poder,

desse saber-poder da verdade-ritual para outro, típico da época Clássica. Esse novo arranjo político do saber tem que ver com o inquérito.

O que aconteceu na origem da sociedade grega, na origem da idade grega do século V, na origem de nossa civilização, foi o dismantelamento desta grande unidade de um poder político que seria ao mesmo tempo um saber. Foi o dismantelamento desta unidade de um poder mágico-religioso que existia nos grandes impérios assírios, que os tiranos gregos, impregnados de civilização oriental, tentaram reabilitar em seu proveito e que os sofistas dos séculos V e VI ainda utilizaram como podiam, em forma de lições retribuídas em dinheiro. (FOUCAULT, 2005, p. 50)

Em suma, Édipo era aquele que mais tinha elementos para saber da verdade, mas tinha que esquivar-se de sabe-la para manter o poder. Esse é o mito fundador do sistema político-administrativo de distinção e separação entre o poder e o saber. Aquele que detém o poder administrativo não poderia ser o mesmo que detém o saber. Os governantes que se dizem sábios, os tiranos, passam a contar com uma imagem negativa, perigosa, que acompanha o termo até os dias de hoje.

Assim, enquanto o poder é taxado de ignorância, inconsciência, esquecimento, obscuridade, haverá por um lado, o adivinho e o filósofo em comunicação com a verdade, verdades eternas, dos deuses ou do espírito e, por outro lado, o povo que, sem nada deter do poder, possui em si a lembrança ou pode ainda dar testemunho da verdade. Assim, para além de um poder que se tornou monumentalmente cego como Édipo, há os pastores, que se lembram e os adivinhos que dizem a verdade. O Ocidente vai ser dominado pelo grande mito de que a verdade nunca pertence ao poder político, de que o poder político é cego, de que o verdadeiro saber é o que se possui quando se está em contacto com os deuses ou nos recordamos das coisas, quando olhamos o grande sol eterno ou abrimos os olhos para o que se passou. Com Platão, se inicia um grande mito ocidental: o de que há antinomia entre saber e poder. Se há o saber, é preciso que ele renuncie ao poder. Onde se encontra saber e ciência em sua verdade pura, não pode mais haver poder político. Esse grande mito precisa ser liquidado. Foi esse mito que Nietzsche começou a demolir ao mostrar, em numerosos textos já citados, que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber. (FOUCAULT, 2005, pp. 49-50).

A separação entre poder e saber foi uma importantíssima construção da democracia grega, pois dava aos cidadãos a possibilidade de se opor à verdade dos governantes. Podiam fazer isso por meio das formas racionais de alcance da verdade (ciência, filosofia...), por meio da retórica (debater sobre a verdade e pela verdade) e também por meio do inquérito (a possibilidade de reconstituir a verdade dos fatos por meio do testemunho).

Houve na Grécia, portanto, uma espécie de grande revolução que, através de uma série de lutas e contestações políticas, resultou na elaboração de uma determinada forma de descoberta judiciária, jurídica, da verdade. Esta constitui a matriz, o modelo a partir do qual uma série de outros saberes - filosóficos, retóricos e empíricos puderam se desenvolver e caracterizar o pensamento grego. (FOUCAULT, 2005, p. 55)

Essas bases acabaram por cair em desuso nos contextos históricos que se seguem, especialmente após a queda da cidade-Estado de Atenas, só sendo retomada posteriormente no renascimento.

Muito curiosamente, a história do nascimento do inquérito, permaneceu esquecida e se perdeu, tendo sido retomada, sob outras formas, vários séculos mais tarde, na Idade Média.

Na Idade Média européia, assiste-se a uma espécie de segundo nascimento do inquérito, mais obscuro e lento, mas que obteve um sucesso bem mais efetivo que o primeiro. O método grego do inquérito havia estacionado, não chegara à fundação de um conhecimento racional capaz de se desenvolver indefinidamente. Em compensação, o inquérito que nasce na Idade Média terá dimensões extraordinárias. Seu destino será praticamente co-extensivo ao próprio destino da cultura dita européia ou ocidental. (FOUCAULT, 2005, p. 55)

Na Idade Média europeia, a principal forma judiciária era a prova. Enquanto o inquérito é focado na descoberta judiciária da Verdade, à prova não importa a verdade, apenas decidir quem tem razão, ou seja, provar a força, o poder de quem diz algo. O discurso do mais forte vence simplesmente por ser mais forte e não por ser mais verdadeiro.

O velho direito germânico, que trouxe muitas influências para toda a Europa graças a sua inserção no Império Romano, muitas semelhanças com o direito grego arcaico (aquele da época de Homero).⁵ Esse sistema trabalha com a ideia de que o direito não seja diferente de uma forma singular e regulamentada de conduzir uma guerra entre os indivíduos e de encadear os atos de vingança. [...] O direito é, portanto, a forma ritual da guerra” (FOUCAULT, 2005, pp. 56-57). A arbitragem se faria presente, caso fosse interesse das partes, para cessar a guerra e interromper a vingança, para isso convocam um árbitro de confiança de ambas que estabeleceria uma quantia em dinheiro a ser paga pela desistência da vingança. Não havia que discutir sobre verdade, pois não se trata de responsabilidade civil, de reparar o dano, mas tão somente de cessar o direito de vingança.

⁵ “Assim, o direito feudal é essencialmente de tipo germânico. Ele não apresenta nenhum dos elementos dos procedimentos de inquérito, de estabelecimento da verdade das sociedades gregas ou do Império Romano.” (FOUCAULT, 2005, p. 58)

O sistema que regulamenta os conflitos e litígios nas sociedades germânicas daquela época é, portanto, inteiramente governado pela luta e pela transação; é uma prova de força que pode terminar por uma transação econômica. (FOUCAULT, 2005, p. 57)

Durante toda a Alta Idade Média (sec. V a sec. X), na Europa, usava-se, portanto, a forma judiciária da prova de maneiras distintas, a depender do caso e dos envolvidos. Ilustrativamente, Michel Foucault descreve alguns desses modelos (FOUCAULT, 2005, pp. 59-60), conforme exposto no esquema abaixo.

Prova de importância social	Cada parte reunia, fisicamente, um certo número de pessoas para se colocar do seu lado do campo. Quem reunisse mais pessoas em número e em importância social, venceria.
Juramento	Um parente próximo tinha que jurar por uma das partes. O que contava era a importância social daquele que jurava e sua proximidade com a parte (quanto mais próximo melhor). Não tem característica de testemunho, mas de mostrar que uma pessoa ou grupo social forte estava disposto a lutar pela honra daquela pessoa.
Fórmulas verbais	O acusado podia usar um certo número de fórmulas verbais, que, enunciadas corretamente, lhe garantiam a vitória. Uma troca de palavras ou um erro gramatical invalidava a fórmula e perdia-se.
Provas mágico-religiosas	São juramentos de cunho mágico-religioso que o acusado não podia se recusar ou hesitar em pronunciar sob pena de perder o processo.
Provas corporais, físicas, ordálios	O acusado era submetido a uma luta contra o próprio corpo. Andar no ferro quente e não ter cicatrizes, ser jogado na

	água e se afogar. Lutas físicas e Julgamentos de Deus.
--	---

O que poderia ser alvo de discussão durante a realização da prova é tão somente a observância das regras. O autor elabora cinco características essenciais da prova: (1) a forma binária -vitória ou fracasso; (2) a inexistência de sentença - vitória ou fracasso não se fundamentam na verdade; (3) a forma automática - não é preciso um terceiro pra dizer quem ganhou. O resultado é obvio, automático. Pode haver um árbitro designado por ambas as partes apenas para verificar o cumprimento das normas procedimentais da prova, apenas para isso; (4) a razão é do mais forte - é um mecanismo regulado para medir as forças e ao fim dizer que o mais forte tem razão. Não envolve nenhum tipo de investigação sobre a verdade, a prova não é uma forma de saber.

No curso do sec. XII, algumas transformações no contexto histórico, nas relações de poder daquela época, levaram à substituição da prova pelo inquérito, o que se consolidou no início do sec. XIII. (FOUCAULT, 2005, p. 62)

Toda a segunda metade da Idade Média vai assistir à transformação destas velhas práticas e à invenção de novas formas de justiça, de novas formas de práticas e procedimentos judiciais. [...] O que foi inventado nessa reelaboração do Direito é algo que, no fundo, concerne não tanto aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade do saber. O que se inventou no Direito dessa época foi uma determinada maneira de saber, uma condição de possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental. Esta modalidade de saber é o inquérito que apareceu pela primeira vez na Grécia e ficou encoberto depois da queda do Império Romano durante vários séculos. O inquérito que ressurgiu nos séculos XII e XIII é, entretanto, de tipo bastante diferente daquele cujo exemplo vimos em Édipo (FOUCAULT, 2005, pp. 62-63)

Ocorreu que um pequeno grupo de pessoas, acumulando poder, passa a exercer um certo tipo de controle sobre os processos judiciais como um todo, reinventando antigas formas judiciais.

2.2 A constituição do processo judicial ou o segundo nascimento do inquérito

Na idade média, a circulação de bens dava-se por sucessão ou contestação (guerra ou prova). Ou seja, aquela família que vencia mais contestações⁶ podia investir mais em armas e assim ficar mais forte para garantir a vitória em novas guerras e garantir, portanto, que os mais fracos não se armassem, promovendo a concentração do poder. Paralelamente à ascensão bélica, algumas famílias, tendo se tornado soberanas, estrategiam formas de apoderarem-se também das formas de circulação de bens que ocorriam nas contestações judiciais, exercendo um controle mais eficiente sobre a circulação de bens. (FOUCAULT, 2005, p. 64)

Na medida em que a contestação judicial assegurava a circulação dos bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judicial, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e mais poderosos. [...] A acumulação da riqueza e do poder das armas e a constituição do poder judicial nas mãos de alguns é um mesmo processo que vigorou na Alta Idade Média e alcançou seu amadurecimento no momento da formação da primeira grande monarquia medieval, no meio ou final do século XII. (FOUCAULT, 2005, p. 65)

O processo judicial deixa de ser uma contestação entre duas partes, que aceitavam submeter-se às regras da prova, para agora serem submetidas às regras impostas por um poder exterior que se impõe como poder judicial e político. Deixam também de ter o poder de transacionar.

Surge a figura do procurador, que diante de uma notícia de lesão, assume a voz (dublagem) da vítima em nome do soberano que ele representa. A construção estratégica do discurso de que “se há lesão a um indivíduo, há também lesão à vontade do soberano”, permite que o poder político se aposses do procedimento judicial.

A figura da infração substitui a do dano como era concebido antes. A infração é um dano contra a ordem jurídica, contra a ordem política, contra a vontade do soberano, contra a vontade da sociedade, e é esse dano que importa ao procurador.

Desenvolve-se, por fim, a instituição do confisco. Como o soberano, assim como a vítima, também sofre um dano, o culpado tem que reparar aos dois lesados, à vítima e o soberano. Daí surge a prática do soberano de confiscar bens dos culpados como forma de multa.

Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judicial, todo o mecanismo de liquidação interindividual dos litígios da Alta Idade Média.

⁶ explicita-se que quando se utiliza o termo *contestação* estamos referindo-nos *latu sensu* às disputas realizadas por guerras belicosas ou por formas judiciais, à época era utilizada a *prova*, que é uma teatralização da guerra.

[...] Confiscações dos bens que são, para as monarquias nascentes, um dos grandes meios de enriquecer e alargar suas propriedades. As monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação desses mecanismos de confiscação. Eis o pano de fundo político desta transformação. (FOUCAULT, 2005, pp. 66-67)

Esse momento histórico será de suma importância quando formos analisar, na contemporaneidade, quando observamos o reverso desse deslocamento de poder. A recente ascensão da arbitragem e de outros meios de resolução de conflitos extrajudiciais emergem como formas judiciárias amplamente prestigiadas pela sociedade, inclusive pelos juristas. O desenvolvimento dessas contestações judiciárias à margem do Estado se mostra um fenômeno muito intrigante quando temos contato com esse ponto da análise genealógica da verdade de Foucault. Ora, se em determinado momento as práticas judiciárias foram confiscadas das mãos do povo para o corpo estatal por interesse do centro do poder político-econômico, como maneira de controle da população, dos bens, dos corpos, das subjetividades, do saber, o que teria mudado para que a sociedade civil retomasse esse poder?

Retomando nossa linha cronológica, na baixa idade média, entretanto, o Centro do Poder passa a ingerir sobre as formas judiciárias, como controle social incorporando-as ao projeto dos governos soberanos. Mas sob que justificativa discursiva poderia o Rei se dizer parte num litígio interindividual que não lhe envolvesse diretamente?

A solução desenvolvida para essa problemática teve inspiração num procedimento que já existia em casos de flagrante delito, situação em que o delinquente é flagrado no momento em que pratica o ato ilícito. Nesses casos já era regra que a sociedade como um todo poderia levar o criminoso ao soberano para que ele o punisse, sendo desnecessária a prova⁷. Para que se pudesse aplicar esse instituto àqueles casos em que não houve flagrante, quer dizer, a prática do delito já encontrando-se no passado, lançou-se mão da atualização dos fatos ao momento presente promovida pela forma do inquérito.

A palavra inquérito denominava uma prática administrativa do governo Carolíngio, que consistia em chamar várias pessoas com autoridade para resolver uma determinada questão de impostos, de costume, de propriedade ou de foro (FOUCAULT, 2005, p. 68).

Reunia estas pessoas, fazia com que jurassem dizer a verdade, o que conheciam, o que tinham visto ou o que sabiam por ter ouvido dizer. Em seguida, deixadas a sós, estas pessoas deliberavam. Ao final dessa deliberação pedia-se a solução do

⁷ Reitere-se que o termo *prova* está sendo utilizado aqui como aquele tipo de contestação judiciária e não no sentido que se utiliza usualmente no âmbito dos processos judiciais contemporâneos como ferramenta de reconstituição da verdade dos fatos.

problema. [...] Esse procedimento de inquérito administrativo tem algumas características importantes. 1) O poder político é o personagem essencial. 2) O poder se exerce primeiramente fazendo perguntas, questionando. Não sabe a verdade e procura sabê-la. 3) O poder, para determinar a verdade, dirige-se aos notáveis, pessoas consideradas capazes de saber devido à situação, idade, riqueza, notabilidade etc. 4) Ao contrário do que se vê no final de Édipo-Rei, o poder consulta os notáveis sem forçá-los a dizer a verdade pelo uso da violência, da pressão ou da tortura. Pede-se que se reúnam livremente e que dêem uma opinião coletiva. Deixa-se que coletivamente digam o que consideram ser a verdade. (FOUCAULT, 2005, p. 69)

O inquérito administrativo do Império Carolíngio desaparece no sec. X e XI, tendo sido utilizado, em certa medida, apenas pela Igreja Católica. Havia a prática do inquérito espiritual tocado pelo bispo em sua diocese que, visitando as paróquias, procedia à inquisitivo generalis, questionando aos mais influentes se houve algum tipo de crime, pecado ou falta em sua ausência e havendo algum, passava à inquisitivo specialis, na qual investigava a autoria. O processo poderia ser interrompido a qualquer tempo pela confissão do criminoso. O inquérito administrativo era igualmente utilizado na administração dos bens da Igreja.

O modelo - espiritual e administrativo, religioso e político, maneira de gerir e de vigiar e controlar as almas - se encontra na Igreja: inquérito entendido como olhar tanto sobre os bens e as riquezas, quanto sobre os corações, os atos, as intenções, etc. É esse modelo que vai ser retomado no procedimento judiciário. O procurador do Rei vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos faziam nas paróquias, dioceses e comunidades. Vai procurar estabelecer por inquisitio, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem o cometeu. (FOUCAULT, 2005, p. 71)

Em suma, o soberano passa a ser o titular das práticas judiciárias com a criação da infração (a prática criminosa gera dano ao próprio soberano não só à vítima), essa construção lhe permite inserir o procurador para assumir certo controle sobre os processos. A prova, nesse contexto revela-se uma forma judiciária indesejada para o centro do poder porque “ O rei ou seu representante, o procurador, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido” (FOUCAULT, 2005, p. 67).

Fica nítido que o desenvolvimento do inquérito não foi um simples desenvolvimento da racionalidade, mas foi uma criação para dar corpo aos interesses do soberano, para dar corpo a uma nova composição do poder (nova estrutura política).

O inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer. Estaríamos enganados se víssemos no inquérito o resultado natural de uma razão que atua sobre si mesma, se elabora, faz

seus próprios progressos; se víssemos o efeito de um conhecimento, de um sujeito de conhecimento se elaborando. [...] Nenhuma referência a um sujeito de conhecimento e a sua história interna daria conta deste fenômeno. Somente a análise dos jogos de força política, das relações de poder, pode explicar o surgimento do inquérito. (FOUCAULT, 2005, p. 73)

Como o inquérito “se introduz no Direito a partir da Igreja [...], é impregnado de categorias religiosas” (FOUCAULT, 2005, p. 73), assim forma-se uma identidade entre ofensa à lei e falta religiosa. “Lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir. Elas estarão unidas profundamente no Direito Clássico. Dessa conjunção ainda não estamos totalmente livres.” (FOUCAULT, 2005, p. 74).

Dessa forma de inquérito derivaram-se diversas formas de saber. As formas de saber daí derivadas são chamadas de formas de conhecimento.

Parece-me que a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão do saber. [...] O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas. (FOUCAULT, 2005, pp. 77-78)

Contemplando esse processo genealógico da verdade desenvolvido por Michel Foucault em “A Verdade e as Formas Jurídicas”, cumpre destacar alguns pontos que serão cruciais para seguirmos nossa análise sobre o crescimento da prática arbitral no Brasil contemporâneo.

O primeiro ponto que gostaria de ter em mente, e é o que justifica o presente trabalho, é o de que as transformações das formas judiciárias dizem muito sobre o arranjo do poder em nossas sociedades, e sua análise pode nos levar a reflexões basilares para construir uma narrativa mais próxima do real sobre os caminhos por onde temos trilhado nossa história.

Um segundo ponto diz respeito ao jogo político que jaz ativo sob o discurso de racionalidade, quer dizer, não só a verdade e o sujeito de conhecimento não são conceitos universais e originários, como existem interesses de dominação por de traz dos discursos que os tratam dessa forma.

Em terceiro lugar, que a incorporação do inquérito aos processos judiciários, da forma como se deu na Idade Média e foi fundador de um novo saber, o saber que se faz a

partir investigação dos fatos, a partir das falas das testemunhas, reunindo em uma mesma estrutura os papéis de exercício do poder e de aquisição e transmissão do saber.

3 A Arbitragem

A arbitragem é um meio judiciário privado de resolução de conflitos interindividuais, no qual todas as partes, por acordo de vontades, elegem uma pessoa ou um grupo de pessoas que não atue(m) no processo exercendo qualquer função pública ou estatal, para apresentar uma solução pacificadora do litígio. É uma prática que pode comportar a vontade de saber⁸ ou simplesmente dar razão a alguém, determinando ao final obrigações⁹ (de dar¹⁰ ou fazer¹¹) às partes.

A arbitragem é documentada no ocidente pelo menos desde o estabelecimento da cidade de Roma em 754 a. C., sendo amplamente aplicada até o sec. III no Império Romano, quando os processos judiciários passaram a ser incorporados pelo Estado (DELGADO, 2004, p. 77).

Na Grécia antiga, houve, inicialmente em Atenas por volta de 400 a. C., a figura dos *Daitetai*, profissionais na resolução de conflitos por heterocomposição¹². O serviço poderia ser prestado de forma pública ou particular.

From these public Daitetai we must distinguish the Daitetai who arbitrated when an action was compromised. These Daitetai were appointed by the parties themselves by mutual agreement; and there was almost ways more than one, generally three. They based their decisions on considerations of equity, and the parties bound themselves by a written contract, often even by giving bail, to accept their arbitration. Against this, neither a motion of quashing the sentence nor an appeal was permitted. (GILBERT, 1968)

⁸ Referência à “vontade que escolhe o verdadeiro contra o falso” (FOUCAULT, 2014)

⁹ A obrigação é instituto jurídico por meio do qual se adquire o direito de exigir, por força do direito, de outra pessoa alguma prestação.

¹⁰ Utiliza-se a expressão “obrigação de dar” de forma a comportar as obrigações de dar dinheiro, coisa certa ou incerta.

¹¹ Utiliza-se a expressão “obrigação de fazer” de forma a comportar tanto as obrigações de fazer como não fazer.

¹² A heterocomposição diferencia-se da autocomposição por ser uma forma de resolução de conflitos que conta com a figura de um terceiro, alheio à lide, com o papel de determinar qual será o deslinde da contenda.

O antigo direito germânico, que exercerá influência em toda a Europa na Idade Média, baseado na prova, como apresentado no capítulo anterior, no qual a arbitragem tinha lugar nas transações, quer dizer nos acordos de vontade das partes para cessar a vingança. O árbitro, nesse contexto, tinha o papel de definir qual seria a forma pela qual o processado arcaria pelo fim do processo. Ausente, portanto, qualquer vontade de saber, tratava-se tão somente do apaziguamento da contestação. É esse mesmo uso que se observa nas arbitragens realizadas na Alta Idade Média (FOUCAULT, 2005, p. 55).

Na Baixa Idade Média, com o crescimento da importância do comércio, surge nos burgos uma nova fonte de direito baseada tão somente nos costumes comerciais, à margem das normas jurídicas vinculadas às soberanias que se consolidavam.

Durante os séculos X e XI, arbitragem comercial se tornou largamente utilizada em muitas cidades europeias no âmbito da prática das leis mercantis, embora nenhuma lei governamental [estatal] estivesse envolvida. Esse predecessor da ADR foi desenvolvido, aplicado e executado pelos comerciantes. A legitimidade do processo era fundada em uma compreensão de justiça, benefícios mútuos e reciprocidade de direitos¹³. (SOUZA, 2016)

Já na Revolução Francesa, a prática arbitral não só era permitida, como estimulada:

A Revolução Francesa representa o maior interesse para o estudo das soluções pacíficas de controvérsia. Os Decretos de 16 e 24 de agosto de 1791 qualificam a arbitragem; entre particulares como "o meio mais razoável de terminar um a contestação entre cidadãos" e, acrescentam, "os legisladores não poderão baixar nenhuma disposição que tenda a diminuir, seja o favor, seja a eficácia do compromisso" A Constituição de 3 de setembro de 1791, expressamente dispunha que "o direito dos cidadãos de terminar definitivamente suas contestações pela via da arbitragem, não pode sofrer qualquer lesão pelos atos do poder legislativo" (Tit. III, Cap. V, art. 5.º) O prestígio da arbitragem aumenta, com as leis do período da Convenção tendo multiplicado os casos e em que se tornam obrigatórias as arbitragens entre particulares. (SOARES, 1976)

No entanto, em 1843, na França, a Corte de Cassação a declarou nula todas as cláusulas compromissórias de arbitragem. Na Itália, mesmo sendo permitida, era obrigatória a homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário para que fosse eficaz (BUY, 2014).

¹³ "Tradução livre de 'During the tenth and eleventh centuries, commercial arbitration became widely used in many European cities under a practice referred to as the law merchant, although no governmental law was involved. This ADR predecessor was voluntarily developed, adjudicated, and enforced by merchants. The legitimacy of the process was founded on an understanding of fairness, mutual benefits, and reciprocity of rights.'" (SOUZA, 2016)

No Brasil, a previsão legal da arbitragem pode ser observada na constituição do império de 1824, cujo art. 160 traz a seguinte redação:

Art. 160. Nas civeis, e nas pnaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. (BRASIL, 1824)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1895 não faz referência à arbitragem entre particulares, restringindo-a à resolução de conflitos entre Estados Soberanos, no entanto.

O Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898 traz a figura do arbitrador, que se inseria no bojo do processo judicial, limitando-se ao processo de liquidação de títulos executivos na sede da Justiça Federal. O arbitramento de que trata essa legislação somente diz respeito ao presente estudo nos casos em que o árbitro fosse escolhido pelas partes e a própria prática arbitral se desse exclusivamente pelo acordo de vontade das partes, o que é apenas uma das hipóteses trazidas pela lei que facultava ao magistrado não só impor o arbitramento como também escolher o árbitro.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 prevê a arbitragem, tal qual conceituada nesse trabalho, apenas por norma de eficácia limitada¹⁴, a qual impõe ao Poder Legislativo Federal legislar sobre arbitragem comercial.

O Código Civil de 1916 previa o compromisso arbitral em duas modalidades, judicial e extrajudicial. “O primeiro pode celebrar-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, por onde correr a demanda; o segundo, por instrumento público ou particular” (BRASIL, 1916). A modalidade judicial, ainda assim contava com a instituição do compromisso por meio de acordo de vontades, assim como era a escolha do árbitro, de forma que se enquadra na concepção de arbitragem adotada nesse estudo. Uma norma mais relevante desse código é a contida no art. 1.045, segundo a qual a eficácia executiva da sentença arbitral estava condicionada a sua homologação pelo sistema de justiça estatal.

As Constituições Brasileiras de 1937, 1946 e 1967 sequer mencionam o instituto arbitral (LEMES S. F., 2012).

A constituição de 1988 menciona explicitamente a arbitragem apenas em seu art. 114 (das competências da Justiça do Trabalho), impedindo a instituição de Dissídio Coletivo caso as partes interessadas optem pela arbitragem na resolução de controvérsias nas negociações coletivas de trabalho.

¹⁴ As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas em que o texto constitucional deixa para o legislador infraconstitucional a tarefa de regular aquele instituto, apenas garantindo sua existência.

Os Códigos de Processo Civil de 1936 e 1973, ao trazerem o instituto da liquidação por arbitramento, assim como fez o Decreto 3.084/1898, não tratam da arbitragem conforme o conceito formulado no início do presente capítulo. Muito embora se valha do mesmo significante, a possibilidade de imposição legislativa ou judicial do instituto, lhe exclui do significado com o qual estamos trabalhando. Frise-se que a arbitragem para nós somente será considerada se for instituída exclusivamente por acordo de vontade das partes conflitantes, nunca por ordem de norma estatal.

Desde 1996, a arbitragem no Brasil é regulada pela lei nº 9.307. Antes dela, nos anos 1980, houve a tentativa de aprovação três projetos de lei para regulação da prática arbitral no Brasil que não foram aprovados pelo Congresso Nacional (LEMES, 2016, p. 2). O sucesso da Lei de Arbitragem (lei 9.307/98) deveu-se a um complexo jogo político que foi intitulado “Operação Arbitrer”, levado à frente pelo advogado pernambucano Petrônio R. G. Muniz, membro do Instituto Liberal de Pernambuco¹⁵ (MUNIZ, 2005).

Nos idos de 1990, inconformado com a morosidade do Poder Judiciário, Petrônio Muniz, tendo contato com a prática arbitral, vê nela uma solução para seus desgostos com o processo judicial. (MUNIZ, 2005, p. 32). Em assembleia nacional dos institutos liberais ocorrida em Recife, Muniz apresenta uma “Exposição de Motivos” que se inicia com uma citação de Platão¹⁶ e argumenta pela redução da interferência do Estado na resolução de conflitos interpessoais. Elenca ainda como vantagens do processo arbitral sobre o judicial, a “liberdade na escolha dos árbitros pelas partes em litígio”, a “simplicidade processual”, a “discrição do feito, a “economia” e a “rapidez” (MUNIZ, 2005, pp. 187-191). Apresenta como principais causa da não adoção à arbitragem a falta de uma legislação mais atual e a cultura do “estatismo imobilizante”, quer dizer a cultura de “ver no Estado a autoridade suprema e única capaz de resolver litígios” (MUNIZ, 2005, p. 190).

¹⁵ “O Instituto Liberal Pernambucano, *‘entidade cultural, sem fins lucrativos nem vinculação partidária, voltada à promoção de ideias e princípios liberais junto à opinião pública’* integrava uma rede de âmbito nacional de alto conceito e responsabilidade.” (MUNIZ, 2005).

“Como centros de difusão ideológica do neoliberalismo, os Institutos Liberais se constituem numa forma peculiar de organização da burguesia brasileira, cuja trajetória de inserção corporativista no Estado teve grande relevância na sua constituição histórica. Diferentemente das organizações corporativas, que negociam diretamente com o estado os interesses da burguesia, ou das associações setoriais, que defendem interesses econômicos específicos de setores industriais ou financeiros, os Institutos Liberais se constituem como entidades civis que se trata de defender interesses econômicos imediatos e sim, de construir uma hegemonia burguesa, de difundir uma concepção de mundo que torne os preceitos do livre mercado em “pensamento único”.” (GROS, 2002)

¹⁶ “Que os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a quem o nome de árbitros convém mais que o de juízes: que o mais sagrado dos tribunais seja aquele que as partes mesmas tenham criado e eleito de comum acordo” Platão, in “De Legis”, livros 6 e 12

Em um Brasil que hoje luta desesperadamente para desvencilhar-se da onipresença estatal (infeliz legado de nossa colonização lusitana) a permanência dessa mentalidade de súditos e não de cidadãos, é, a todos os títulos, humilhante e inaceitável

Demais passa a representar um obstáculo ao progresso, convertendo o próprio Direito em entrave às aspirações legítimas de uma comunidade.

Impõe-se mudança em toda essa conjuntura. (MUNIZ, 2005, p. 190)

A lei 9.307/96 teve como base a “Lei Modelo Sobre Arbitragem Comercial Internacional” elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)¹⁷, assim prevê algumas inovações importantes frente à antiga legislação:

No rol das inovações trouxe a figura da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que estivesse inserida; esclareceu que a cláusula compromissória podia estar disposta em um documento apartado ao contrato; que as partes são livres decidir se disporão da arbitragem ou não, mas ao elegê-la seria obrigatoriamente acatada; que compete ao árbitro avaliar em primeiro lugar se uma cláusula arbitral é válida e que o Judiciário está impedido de efetuar referida análise; que a arbitragem somente será instituída em juízo (art. 7º) se a cláusula compromissória não contiver os elementos mínimos para sua instituição (cláusula a vazia); privilegia a arbitragem institucional, ou seja, a arbitragem administrada por câmara de arbitragem; não prevê regras processuais rígidas, mas princípios jurídicos a serem observados no procedimento (igualdade de tratamento, contraditório e convencimento motivado do árbitro). (LEMES S. F., 2014)

Destaque-se o crescimento de limitações ao poder judiciário que, além de ficar vedado da análise do mérito da arbitragem, também fica restringido de analisar uma série de questões formais, tal qual a validade do compromisso arbitral.

Em 2015, a Lei de Arbitragem (lei nº 9.307/96) foi modificada pela lei nº 13.129. Por meio dessa é admitida à administração pública (direta e indireta) a resolução de seus conflitos com particulares por meio da arbitragem, o que é um fato político muito interessante, vez que o próprio Estado pode passar a resolver suas contestações fora de sua própria jurisdição.

O Código de Processo Civil de 2015 é a mais recente alteração legislativa no Brasil com impactos diretos sobre a prática arbitral. Dispõe sobre a Arbitragem não como uma

¹⁷ Órgão subsidiário da Assembleia Geral da Nações Unidas, situado em Viena, focado no desenvolvimento de legislações modelo a serem adotadas pelos países no que diz respeito ao comércio internacional.

forma de jurisdição, visto que essa se mante exclusivamente estatal, mas sim como uma forma de limitação à jurisdição, o que fica nítido em seu art. 4218 (JUNIOR, 2017).

O art. 3º do CPC19 impõe aos agentes estatais e aos particulares uma ordem objetiva de preferência: primeiro a autocomposição deve ser privilegiada em relação à heterocomposição e em segundo lugar, a heterocomposição com maior caráter consensual deve ser privilegiada em relação à com menor consensualidade (JUNIOR, 2017). Ou seja, determinar a verdade deve ser um mecanismo subsidiário ao acordo de vontades. Em outras palavras, a “vontade de saber” é desprestigiada em relação à celeridade e economia da pacificação.

Assim, a comunidade política deve orientar-se pela seguinte conduta quando buscar resolver conflitos, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes: Primeiro a autocomposição direta (negociação), segundo a autocomposição assistida (mediação e conciliação), terceiro a arbitragem (heterocomposição com maior conteúdo consensual), quarto a jurisdição (heterocomposição com menor conteúdo consensual). (JUNIOR, 2017)

Esses dados históricos sobre a arbitragem nos servem, pelo menos, para verificar que sua recente expansão diz respeito a uma nova roupagem dada a um instituto mais antigo. Assim também ocorreu com o inquérito na baixa idade média²⁰, quando se recorreu a uma prática muito antiga, já quase apagada pelos séculos, para dar conta de um problema novo, o problema de viabilizar discursivamente a aplicação do procedimento do flagrante delito a qualquer situação, o problema que o centro do poder enfrentava em desenvolver uma forma de controle sobre todas as contestações judiciais com a finalidade última de concentrar os bens nas mãos dos monarcas, dando origem à inevitabilidade da jurisdição estatal.

É curioso observar que esse mesmo recurso da “reciclagem” de práticas judiciais ganhe vida na contemporaneidade exatamente para reverter um quadro que surge de um processo histórico tão semelhante. Quer dizer, a retomada da arbitragem surge no sentido de destituir do Estado o controle sobre contestações judiciais, fenômeno produzido historicamente pela retomada do inquérito. Seria possível pensar, portanto, que a arbitragem

¹⁸ Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

¹⁹ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (BRASIL, 2015)

²⁰ Ver página 14

como concebida hoje estaria na contramão do inquérito, esses dois institutos se colidiriam nos dias atuais? Sendo a prática do inquérito, como observado por Foucault, grande responsável pela constituição das noções de verdade, de saber e de conhecimento, estaria em curso algum tipo de movimento político (o mesmo que clama pela arbitragem) com vistas a desconstruir essas noções? Com essas questões em mente, sigamos nosso raciocínio²¹.

Um dado relevante para análise sobre a importância (ou não) da busca pela verdade nos procedimentos de arbitragem seria averiguar como se dá o procedimento da instrução, quer dizer, com base em que critérios se decide como será resolvida a contenda. Acontece que a lei não regula isso, apenas aponta princípios que devem ser seguidos pelo juízo arbitral. Muito embora a Lei de Arbitragem, em seu art. 12, §2º, enumere os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, o que já dá pistas da presença da vontade de saber nas bases desse instituto, deixa livre para as próprias partes podem escolherem os ritos e procedimentos a serem adotados pelo árbitro. Por esse motivo, é interessante uma avaliação não só da regulação, mas também da prática arbitral.

A pesquisa “Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos. Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.)” foi realizada colhendo dados disponibilizados por oito grandes câmaras arbitrais do Brasil²². É um trabalho que nos permite avaliar o crescimento da prática arbitral nacional.

Segundo seus dados, houve um crescimento de 114,84% no número de arbitragens iniciadas de 2010 (128 novos casos) para 2017 (275 novos casos)²³. Os valores envolvidos saíram de 2.8 bilhões de reais em 2010 para 26,3 bilhões em 2017. Não há dúvidas de que vivemos um momento de crescimento da aplicação prática do instituto da arbitragem, muito embora, em termos de quantidade, não se compare aos números do Poder Judiciário, no qual

²¹ Esse trabalho inicial se pauta mais em levantar questões do que propriamente responde-las, visto que para tanto é necessário um estudo de muito mais fôlego.

²² Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil (AMCHAM); Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAMCCBC); Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo CIESP/FIESP (CAMCIESP/FIESP); Câmara de Arbitragem do Mercado CAMBOVESPA; Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM FGV); Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB) (LEMES S. F., 2018)

²³ Em comparação aos 275 novos processos arbitrais, foram abertos 29,4 milhões de novos processos judiciais em 2017.

só em 2017 foram instaurados 29,4 milhões de novos processos judiciais (Conselho Nacional de Justiça, 2018). Mas um outro fato relevante que pode ser observado por meio desses dados é que o juízo arbitral tem sido utilizado por uma pequena parcela da população, e não qualquer parcela, mas a elite econômica, visto o volume dos valores envolvidos. Outro fato que corrobora esse entendimento é o de que a matéria mais comum de se discutir nessas câmaras arbitrais é direito societário, ou seja, conflitos internos às sociedades empresárias.

Outra pesquisa sob análise é “Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos”, que consiste em um relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud para a diretoria do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBar24 das opiniões colhidas de 107 advogados, 64 árbitros, 25 advogados internos e 9 representantes de câmaras de arbitragem. Possuem uma média de 23,3 anos de exercício de carreira jurídica, mas somente 33% possuem mais de 10 anos de experiência com arbitragem.

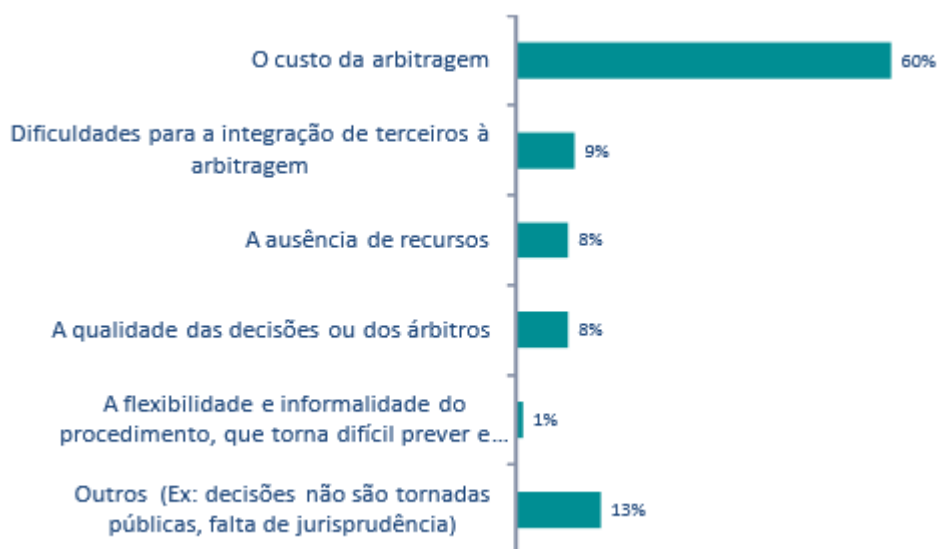
No gráfico abaixo, é possível ver as três primeiras respostas dos entrevistados quando perguntados sobre a maior vantagem da arbitragem sobre o processo judicial.



(Comitê Brasileiro de Arbitragem e Instituto de Pesquisa Ipsos, 2012, p. 12)

²⁴ “O Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar), como entidade que congrega a comunidade arbitral brasileira para o desenvolvimento desse método de solução de disputas, tem ao mesmo tempo a missão institucional e posição privilegiada para promover o conhecimento daquelas informações e fomentar estudos e debates a respeito.”

De outro lado, no próximo gráfico, as principais desvantagens mencionadas pelos entrevistados:



(Comitê Brasileiro de Arbitragem e Instituto de Pesquisa Ipsos, 2012, p. 14)

A importância do requisito “o caráter técnico e a qualidade das decisões” presente no primeiro gráfico nos leva a crer que existe sim uma busca pela verdade na prática arbitral. Outro dado interessante que a pesquisa traz para coadunar essa conclusão é o de que a principal critério para escolha de um árbitro é o fato de “ser especialista ou professor no direito ou na matéria submetida à arbitragem”, indicado como um dos três principais critérios por 66% dos entrevistados (Comitê Brasileiro de Arbitragem e Instituto de Pesquisa Ipsos, 2012, p. 22).

4 CONCLUSÃO

Quando Foucault estuda a loucura, percebe que em um determinado momento houve um “acontecimento” (algo que acontece na história de uma forma aleatória, sem necessariamente ser o reflexo de uma origem natural das coisas) que é a “separação trágica entre razão e loucura” a partir do século XVII (CADIOTTO, 2007, p. 209). Analogamente, houve uma separação entre justiça e sociedade, ou seja, a sociedade sofreu um confisco por parte do Estado, pois perdeu a autonomia de resolver seus próprios conflitos sem a intervenção estatal.

Ao observarmos o desenvolvimento da prática arbitral no Brasil, pode-se verificar que uma parte da sociedade civil vem retomando para si a possibilidade de resolver seus próprios conflitos sem a intervenção do Estado. E isso se revela muito interessante quando observamos a análise que Foucault traz da formação do Poder Judiciário na baixa idade média enquanto instância estatal que confiscou “todo o mecanismo de liquidação interindividual dos litígios da alta idade média” (FOUCAULT, 2005, p. 66).

Segundo Foucault, o inquérito estabeleceu-se em determinado momento como método obrigatório para a resolução de conflitos, impondo a essencialidade da busca pela verdade na busca pela justiça, de forma que “a sentença consiste na enunciação, por um terceiro, do seguinte: certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira, não tem razão” (FOUCAULT, 2005, p. 61).

Ocorre que, diante da atual e tão discutida “crise do direito”, podemos observar algumas transformações concernentes ao papel da verdade na busca por justiça.

Algumas alternativas que vêm surgindo tendem a isolar a verdade da solução dos conflitos. É o que tem acontecido, por exemplo, com a mediação, conciliação e autocomposição extrajudicial e até com os negócios jurídicos processuais. Ora, enquanto o processo judicial trabalha ainda com a descoberta da verdade dos fatos e da lei como meio indispensável à resolução das lides, essas novas formas trabalham a ideia de justiça sem necessariamente lidarem com algum tipo de epistemologia, apenas ajustando um acordo de vontades.

Nesses meios há um retorno à ideia da prova por meio da qual não há, portanto, busca pela verdade, pois “a prova serve não para nomear, localizar aquele que disse a verdade, mas para estabelecer que o mais forte é, ao mesmo tempo, aquele quem tem razão” (FOUCAULT, 2005, p. 62).

Dessa forma, o saber desaparece daquela equação de que nos falou Foucault que atesta quem tem razão, da mesma forma que se testemunhou com as práticas da prova, entendida por Foucault como “forma ritual da guerra” (FOUCAULT, 2005, p. 57).

Na arbitragem, no entanto, o que ocorre é uma renovação do inquérito judiciário que emerge fortalecido por essa prática. Importante destacar que, embora ambas as formas de solução de conflito, judicial e arbitragem, se utilizem do inquérito judiciário, a prática judicial possui um procedimento específico de pesquisa da verdade. Tal prática se mostra distinta na arbitragem, esta é mais flexível, participativa, confidencial, imparcial, transparente, previsível (juridicamente segura), permite à parte participar da escolha dos árbitros e da legislação

aplicável ao caso. Assim, não há dúvidas de que estamos diante de uma substancial transformação na epistemologia jurídica.

Essa retomada por parte da sociedade civil do direito de resolver e liquidar seus próprios litígios através da arbitragem mantém, apesar de todas as inovações, a forma do inquérito, ou seja, a verdade continua ocupando papel central no processo de definir quem tem razão.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, A.-J. (2007). *Governar sem Fronteiras, entre globalização e pós-globalização*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- BRASIL. (25 de mar de 1824). CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). *Carta de Lei de 25 de Março de 1824*.
- BRASIL. (1º de jan de 1916). Código Civil Dos Estados Unidos do Brasil. *LEI Nº 3.071*.
- BRASIL. (16 de mar de 2015). Código de Processo Civil. *Lei 13.105*.
- BUY, G. B. (2014). 'Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 11, 59-92.
- CANDIOTTO, C. (2007). Verdade e diferença no pensamento de Michel Foucault. *Kriterion*, 48, n. 115, 203-217. Acesso em 10 de ago de 2019, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2007000100012&lng=en&nrm=iso. access on 25 Oct. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2007000100012>.
- Comitê Brasileiro de Arbitragem e Instituto de Pesquisa Ipsos. (2012). *Biblioteca: Pesquisa CEBAr -Ipsos*. Acesso em 10 de fevereiro de 2019, disponível em Site do Comitê Brasileiro de Arbitragem: www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf
- Conselho Nacional de Justiça . (2018). *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ.
- DELGADO, J. A. (jul/ ago de 2004). A Arbitragem no Brasil: evolução histórica e coonceitual. *Revista Forense* (n. 347), 127-142.
- FOUCAULT, M. (2005). *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Nau.
- FOUCAULT, M. (2014). *Aulas Sobre a Vontade de Saber: curso no collége de France (1970-1971)*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- GILBERT, G. (1968). *The Constitucional Antiquities os Sparta and Athens*. Amsterdam: B. R. Grüner - Publisher. Acesso em 12 de out de 2019, disponível em <https://books.google.com.br/books?id=HJ25kBsSSpkC&lpg=PA391&ots=7H23K-TliY&dq=diatetai%20atenas&hl=pt-BR&pg=PA391#v=onepage&q=diatetai%20atenas&f=false>
- GROS, D. B. (out de 2002). Institutos Liberais, neoliberalismo e políticas públicas na Nova República. *XXVI ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS*, pp. Trabalho apresentado no GT - Empresariado e Ação Coletiva.
- JUNIOR, J. d. (2017). *A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil: ausência de natureza jurisdicional*. Rio de Janeiro. Acesso em 17 de julho de 2019, disponível em www.amazon.com.br

- LEMES, S. F. (12 de abr de 2012). O que mudou com a Lei de Arbitragem. *Direito ao Ponto*. Acesso em 22 de fev de 2019, disponível em <http://direitoaponto.com.br/o-que-mudou-com-a-lei-de-arbitragem/>
- LEMES, S. F. (15 de ago de 2014). Os 18 anos da Lei de Arbitragem. *Valor Econômico*. Acesso em 20 de out de 2019, disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3732168/os-18-anos-da-lei-de-arbitragem#ixzz3G2McOBGo>
- LEMES, S. F. (out./dez. de 2016). Petrônio R.G. Muniz, o arauto da arbitragem brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação - RArb.*(51), 19-22.
- LEMES, S. F. (2018). *Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos. Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.)*.
- MUNIZ, P. R. (2005). *Operação arbiter: a história da lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. Brasília.
- SOARES, G. F. (1976). Introdução Histórica ao Estudo das Soluções Pacíficas de Litígios e das Arbitragens Comerciais Internacionais. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*(71), 163-208. Acesso em 02 de out de 2019, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66778>
- SOUZA, F. M. (ago de 2016). Aspectos Formadores da Arbitragem Comercial Internacional na Idade. *Revista Eletrônica de Graduação - REGRAD - do UNIVEM*, 9(1), 117-127.

