

# JUSTIÇA & CIDADANIA<sup>®</sup>

ISSN 1807-779X  
9771602174000 032043  
Edição 204 - Agosto de 2017  
R\$ 16,90

MINISTRA GRACE MENDONÇA

**FIDELIDADE À MISSÃO**

**CONSTITUCIONAL À FRENTE DA AGU**

ENCARTE ESPECIAL: 19º SEMINÁRIO DE VERÃO EM COIMBRA DEBATE A PÓS-GLOBALIZAÇÃO



# A improbidade administrativa, a mediação e a arbitragem

Ana Tereza Basilio

Diretora de Mediação e Arbitragem do Instituto dos Advogados Brasileiros

A arbitragem é uma forma de resolução de conflitos, que tem como característica principal a atribuição de poder jurisdicional a árbitro ou árbitros escolhidos pelas partes para dirimir o litígio. Segundo o art. 1º da Lei nº 9.307/96, o processo arbitral deverá ter por objeto, necessariamente, direitos patrimoniais disponíveis.

Na arbitragem, as partes maiores e capazes, que venham a divergir a respeito de uma pretensão de cunho patrimonial, submetem, por ato de vontade, a lide a um ou mais árbitros, escolhidos de acordo com critérios que pactuaram. O Tribunal Arbitral, uma vez constituído, deverá, após regular procedimento – respeitadas as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa – decidir o conflito de interesses. O árbitro ou o colegiado ímpar de árbitros proferirá, assim, decisão de natureza jurisdicional e impositiva, caso uma solução conciliatória, no curso do processo arbitral, não seja alcançada. A atuação do árbitro é muito semelhante a de um magistrado, e a ele está equiparado, inclusive com relação a normas de natureza criminal, como estabelece o art. 17 da Lei de Arbitragem. É subtraída pela legislação, apenas, o poder de impor, diretamente, medidas de natureza executiva, que continuam privativas do Poder Judiciário, já que não há ativida-

de de execução provisória ou definitiva no âmbito da arbitragem.

A arbitragem, como equivalente jurisdicional, está sujeita a princípios consagrados, como o da autonomia da vontade, substitutividade, eleição da lei aplicável (nacional ou estrangeira), desde que não viole os bons costumes e a ordem pública, devido processo legal e contraditório, efeito vinculante da cláusula arbitral, princípio da competência-competência, inevitabilidade dos efeitos da sentença arbitral, autonomia entre a cláusula arbitral e o contrato no qual foi inserida, dentre outros.

O art. 1º da Lei nº 9.307/96 dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, a princípio, apenas podem ser objeto de processo arbitral lides que versam sobre direitos passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do seu titular, que deve ter plena capacidade jurídica. Desse modo, ficariam excluídos da arbitragem os direitos não patrimoniais, os direitos patrimoniais de incapazes, direitos indisponíveis, como as matérias de natureza familiar ou de estado, bem como, segundo a legislação atual, as de ordem fiscal e tributária. O instituto da arbitragem no Brasil foi revigorado pela promulgação da Lei nº



9.307/96, respeitados os referidos parâmetros, após sua ampla utilização no século XIX, para demandas envolvendo interesses patrimoniais de pessoas capazes e entes privados ou públicos.

A lei ordinária prevê a possibilidade, nesse contexto, da inclusão de cláusula arbitral em contratos administrativos, como é o caso, v. g., das Leis nºs 8.987/95 e 11.079/04, que dispõem o seguinte:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

A utilização da arbitragem pela Administração Pública no Brasil já foi objeto de grande controvérsia e de numerosas decisões que a limitavam ou vedavam, notadamente sem prévia e específica autorização legislativa. Os vetustos precedentes do Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos do caso Minas Gerais vs Werneck, no qual atuou Rui Barbosa, e do caso Lage, são exemplos eloquentes da possibilidade de o Poder Público se submeter à arbitragem. No caso Lage, entretanto, havia expressa autorização legal para sua utilização, o que não ocorria no caso Minas vs Werneck, embora a arbitragem tivesse sido iniciada pelo próprio Estado, que alegou perante a Corte Constitucional a sua invalidade.

Atualmente, o tema pacificou-se na legislação, na doutrina e na jurisprudência, no sentido da possibilidade de entes públicos se submeterem à arbitragem, mesmo porque, já há expressa autorização legislativa para a sua utilização em contratos públicos. Desse modo, conclui-se que não há dúvidas a respeito da possibilidade de a Administração Pública direta e indireta convencionar a arbitragem para dirimir litígios relativos a seus direitos patrimoniais disponíveis.

Cabe analisar, nesse contexto, se os temas objeto de ação de improbidade administrativa seriam direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de resolução

“Atualmente, o tema pacificou-se na legislação, na doutrina e na jurisprudência, no sentido da possibilidade de entes públicos se submeterem à arbitragem, mesmo porque já há expressa autorização legislativa para a sua utilização em contratos públicos. Desse modo, conclui-se que não há dúvidas a respeito da possibilidade de a Administração Pública direta e indireta convencionar a arbitragem para dirimir litígios relativos a seus direitos patrimoniais disponíveis.”

pela via da mediação e da arbitragem.

A expressão “improbidade administrativa” foi trazida ao ordenamento pela Constituição da República de 1988. Antes disso, os textos constitucionais abordavam o tema superficialmente, em sua modalidade mais direta e de mais difícil demonstração, o enriquecimento ilícito. O art. 37, §4º, da Carta Política cunhou esse *nomen iuris*, reproduzido na legislação ordinária.

Conceitualmente, o art. 37 da Constituição da República estabelece que a “administração pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Nesse contexto, a Lei nº 8.429/1992, regulamentando a previsão constitucional, tipifica as práticas que configuram a improbidade administrativa, e sobre o tema a doutrina salienta que “(...) a improbidade não está superposta à moralidade, tratando-se de um conceito mais amplo que abarca não só componentes morais com também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas. Justifica-se, pois, sob a epígrafe do agente público de boa qualidade somente podem estar aqueles que atuem em harmonia com as normas a que estão sujeitos, o que alcança as regras e os princípios.(...) Os atos de improbidade administrativa encontram-se descritos em três seções que compõem o capítulo II da Lei nº 8.429/1992; estando aglutinados em três grupos distintos, conforme o ato importe em enriquecimento ilícito (art. 9º), cause prejuízo ao erário (art.10) ou

tão somente atente contra princípios da administração pública (art. 11).” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6. ed. Lumen Júris, 2011. p. 125, 279.) Assim, a regra disposta no art. 4º da Lei da Improbidade Administrativa completa o mandamento do art. 37, *caput*, da CRFB.

Saliente-se, ademais, que a Lei de Mediação, recentemente, promoveu relevante mudança no regime legal, aplicável à improbidade administrativa. O novo diploma legal prevê, em seu art. 36, a possibilidade de conciliação extrajudicial “no caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal”. O mesmo dispositivo legal estabelece, em seu § 4º, a possibilidade de submeter tema objeto de litígio, no âmbito de ação de improbidade administrativa ou sobre o qual haja decisão do Tribunal de Contas da União, à conciliação, após a anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Por sua vez, e de forma mais genérica, o art. 35 da Lei de Mediação dispõe que “as controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão”, cujos termos deverão ser autorizados pelo Advogado Geral da União, se versar sobre matéria já pacificada no Tribunais, ou com a autorização do Presidente da República, se não for esse o caso.

Constata-se, nessa inovação legislativa, relevante avanço. Afinal, o art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992 vedava a celebração de “transação, acordo ou conciliação”, nas ações de improbidade administrativa. A Lei da

Mediação mitigou, por conseguinte, a proibição legal que era, até a sua promulgação, absoluta. O legislador não franqueou, na verdade, a utilização indiscriminada da conciliação e da mediação no bojo de ação de improbidade administrativa, mas permitiu a adoção desses métodos de composição de litígios a respeito de controvérsias existentes entre entes públicos que integrem a Administração Federal. Trata-se de um primeiro passo legislativo para abrandar a anacrônica regra cogente no art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, inspirada na nova perspectiva de que a conciliação e a mediação atendem ao Princípio da Eficiência, ao qual o Poder Público se subordina (CF, art. 74, II).

No que se refere à possibilidade de se utilizar do instituto da arbitragem para dirimir temas objeto de ação de improbidade administrativa, o debate atinge maior complexidade. A Lei 13.129/15 pôs termo à controvérsia a respeito do cabimento ou não de cláusula compromissória nos contratos administrativos. Mas ainda há grande celeuma a respeito do conceito de “direitos patrimoniais disponíveis”. Como salientou Maria Sylvania Di Pietro, em artigo sobre o tema, “muitos critérios têm sido apontados pela doutrina e jurisprudência para indicar as hipóteses de cabimento da arbitragem pela administração: é possível usar a arbitragem quando se trata de (i) ato de gestão; (ii) em relação aos serviços comerciais e industriais do Estado; (iii) nos atos negociais, em que a administração se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas; (iv) nos contratos de direito privado; (v) nas empresas estatais que exercem atividade econômica com base no artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição (...). No entanto, alguns aspectos são especialmente relevantes, a começar pela análise dos vocábulos ‘patrimônio’ e ‘disponível’” (Revista Consultor Jurídico, 24 de setembro de 2015). E ilustre jurista acrescenta: “Como nem toda matéria pode ser objeto de decisão pela via da arbitragem — mas apenas os direitos patrimoniais disponíveis —, é importante que os instrumentos convocatórios de licitação e os contratos contenham cláusula prevendo a arbitragem e delimitando as matérias sobre as quais ela é possível. O fato de ser inserida a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos não significa que ela possa referir-se a todas as matérias de que trata o contrato, porque algumas podem se referir a direitos patrimoniais indisponíveis.”

Nesse contexto, se faz impositivo aferir quais seriam os temas, objeto de ação de improbidade administrativa que poderiam e os que não poderiam ser submetidos à arbitragem. Os atos que importem em transgressão aos princípios da Administração Públi-

ca não se compatibilizam com o sistema arbitral, tendo em vista a absoluta indisponibilidade da matéria, que envolve a aplicação de sanções, que podem importar, v.g., na supressão de direitos políticos do réu (art. 12, Lei nº 8.429/1992).

Deve-se considerar as ações de improbidade administrativa, que tenham por objeto condutas representadas por ação ou omissão, que geraram dano ao erário e/ou enriquecimento ilícito do demandado. Nesses casos, seria, a nosso ver, possível realizar a apuração da conduta por meio da arbitragem, para a mensuração do montante a ser reparado. Trata-se, no caso, de direito patrimonial disponível, na acepção mais adequada desse vocábulo jurídico. Esses direitos, na realidade, são patrimoniais disponíveis “não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica.”

Por outro lado, para enfrentar o tema, vale invocar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da arbitrabilidade de direitos de entes públicos. A Corte Constitucional faz a distinção entre atos de império e atos de gestão do Poder Público. Os atos de império são praticados pelo Poder Público como autoridade, como ente que atua em nome do Estado, e no exercício de sua função primária. As decisões sobre punição de agentes, rescisão unilateral de contratos administrativos, tombamento, por exemplo, não podem ser objeto de apreciação por árbitros. No entanto, os efeitos patrimoniais dessas iniciativas podem, porque são passíveis de valoração econômica. Já os atos de gestão são praticados pelo poder público sem as prerrogativas de autoridade, tal como ocorre com os contratos de direito privado celebrados pela administração pública, como compra e venda, contratação de serviços etc, que representam a sua função secundária. Os conflitos oriundos desse tipo de relação também poderão ser decididos por meio de arbitragem.

Conclui-se, pois, que o tema vem ganhando novo tratamento pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista a premente necessidade de mecanismos mais eficazes e céleres que possam salvaguardar os direitos da Administração Pública, no âmbito da improbidade administrativa, sem a necessidade de contribuir para o asoberbamento dos Tribunais, mas de forma a garantir a efetiva tutela nas hipóteses em que tenha havido prática de condutas que importem em dano ao erário e enriquecimento ilícito. Aplicar a mediação e, sobretudo, a arbitragem nessas situações afigura-se visão de vanguarda, necessária aos desafios do Direito contemporâneo.

