



# MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM & TRIBUNAIS DE CONTAS: reflexões e propostas

**Levy Pinto de Castro Filho**

Mestre em Direito das Relações Econômicas/UGF; Mediador Certificado pelo Instituto de Certificação e Formação em Mediadores Lusófonos – ICFML; Membro do Colégio de Árbitros e Mediadores do Conselho Nacional de Justiça Arbitral – CONAJA; Professor da Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ

**Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho**

Doutoranda em Direito Financeiro e Econômico Global da Universidade de Lisboa  
Árbitra no Centro Brasileiro Mediação e Arbitragem – CBMA; Mestre em Direito da Administração Pública; Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Professora da Escola Superior da Advocacia Pública – ESAP

**Resumo:** O presente trabalho pretende lançar luz quanto aos meios consensuais de composição de litígios pela Administração Pública. Dentre os métodos adequados de solução de conflitos (MASCs), a mediação e a arbitragem exercem papel de destaque nos cenários nacional e internacional. A utilização desses institutos junto à Administração Pública se revela como uma real possibilidade de contribuição para a redução da quantidade de demandas judiciais e composição dos interesses das partes envolvidas. No tocante à mediação, o artigo pretende destacar alguns tópicos sobre composição extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública, oferecendo um contributo para a participação do Sistema Tribunal de Contas neste novo horizonte. No que se refere à arbitragem, o trabalho irá abordar os limites de atuação do Tribunal de Contas, quando da análise das decisões arbitrais, sem afastar o seu importante papel na fiscalização no controle das finanças públicas. Traz como proposta conciliadora a possibilidade de atuação no auxílio da execução da sentença arbitral, no exato termo do decidido, de acordo com a boa governança. Sem prejuízo de atuação ampla, no caso de fraude comprovada ou improbidade administrativa.

**Palavras-chave:** Arbitragem; Mediação; Consensualidade; Boa Governança; Finanças Públicas.

**Abstract:** The present intends to shed light on the consensual means of composing disputes by the Public Administration. Among the alternative dispute resolution (ADRs), mediation and arbitration play an important role in the national and international stages. The use of these institutes with the Public Administration is revealed as a real contribution of the contribution to the reduction of the number of lawsuits and the composition of the interests of the parties involved. With regard to mediation, the article intends to highlight a few on the extrajudicial composition of conflicts involving the public administration, offering a contribution to the participation of the Accountability Office System in this new horizon. With regard to arbitration, the work will address the limits of performance of the Court of Audits, when analyzing the arbitration decisions, without undermining the important role played in the control of public finances. It brings as a conciliatory proposal, a possibility of acting in the assistance in the execution of the arbitration award, in the exact term of the decision, according to good governance. Without prejudice to the wide performance, without a case of proven fraud or administrative improbity.

**Keywords:** Arbitration; Mediation; Consensuality; Good Governance; Public finances.

## APRESENTAÇÃO

Já dizia Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000), há mais de vinte anos, que o Estado vai perdendo seus monopólios assim como o foi com a produção normativa para o desenvolvimento da regulática; com o monopólio da execução administrativa para a expansão das parcerias; e, por fim, com o monopólio da distribuição da justiça para o consenso.<sup>1</sup>

A fim de melhor elucidar a mudança proporcionada pela regulática e seu conceito, ensina José Gomes Canotilho<sup>2</sup>:

"O estudo das fontes do direito no âmbito do Direito Constitucional está tradicionalmente vinculado a uma visão estatocêntrica da criação do direito.

O monopólio de normação jurídica pertenceria ao Estado ou, pelo menos, a entidades públicas dotadas de prerrogativas normatizadoras. No entanto, de vários quadrantes – desde algumas correntes de Filosofia do Direito e metodologias jurídicas até as teorias ordenamentais do pluralismo jurídico, passando pelas correntes da Sociologia crítica e da Antropologia jurídica – se insiste na inadequação e até irrealismo de uma tal visão. Nos tempos recentes, tem-se acentuado uma nova perspectiva designada regulática. O ponto de partida da regulática é tendencialmente este: as mudanças estruturais das sociedades tornam clara a necessidade de o Direito não ser considerado como regulador heterônomo das relações sociais, mas como instrumento de trabalho para a autoregulação das relações sociais.

Consequentemente, o problema das fontes de Direito deve ter em consideração não apenas as questões ligadas às regulações legais, mas também as normações jurídicas de qualquer gênero, como por exemplo, contratos, sentenças, normas privadas das empresas e associações e até o 'direito achado na rua'. Numa palavra: tem que tomar em conta o processo jurissociológico de produção do Direito. Além disso, uma com-

preensão moderna (rectius: pós-moderna) das fontes de Direito deve também responder às mudanças das estruturas sociais num sentido individualizante, e, por isso, causadoras de modelos de regulação flexíveis".

Já em relação ao método heterocompositivo de resolução de conflitos, denominado "arbitragem", conforme preceitua Moreira Neto (2000), após um grande atraso, foi dada a revalorização da consensualidade<sup>3</sup> com a edição da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, mas somente em 26 de maio de 2015 foi conferida a oportunidade expressa para que a administração pública direta e indireta pudesse se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sendo a matéria de direito e respeitando o princípio da publicidade. O uso da mediação junto à administração pública, por seu turno, começa a se colocar como uma possibilidade concreta, a partir da vigência da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Assim, dentro da autonomia da vontade entre as partes, as soluções consensuais, que surgiram "na crista dessa nova onda de socialização", nas palavras do saudoso Prof. Diogo, apresentam inúmeras vantagens em comparação como os métodos tradicionais, pois "estimulam a participação responsável dos indivíduos, o que se pode considerar como um desejável progresso ao campo do civismo"<sup>4</sup>.

## O TRIBUNAL DE CONTAS E A BOA GOVERNANÇA

O termo 'governança' remonta à Idade Média, mas seu uso no contexto atual foi utilizado pelo Banco Mundial em 1994, quando cita em 1989 o desenvolvimento da África Subsaariana como um dos primeiros usuários do conceito de governança na seguinte definição: "(...) A forma como o poder é exercido na gestão dos recursos econômicos e sociais de um país para o desenvolvimento"<sup>5</sup>. A Comissão das Comunidades Europeias, em Comunicação de 2003, afirma que "Governança" significa "a capacidade do Estado

de servir os cidadãos" e tem essa definição como suficiente para explicar a governança de outros elementos como os direitos humanos, a democracia ou a corrupção. "A governança diz respeito às regras, processos e comportamentos segundo os quais são articulados os interesses, geridos os recursos e exercido o poder na sociedade"<sup>6</sup>.

E é dentro desse conceito histórico e internacional que o Brasil vem aderindo importantes instrumentos junto à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em temas de governança, com destaque para a Recomendação sobre Governança Orçamentária, a que aderiu em 3/3/2020, e a Recomendação sobre aprimoramento da Governança Regulatória, em 14/5/2020<sup>7</sup>. Outro importante marco nesse caminho foi o que resultou na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos recentemente promulgada (Lei nº 14.133/2021), a respeito da qual Humberto Mota e Vanessa Reis enfatizam:

"[...] avanços institucionais adequados para lidar com o conceito mais atual de governança pública que oferece uma nova abordagem do governo, entendido como um processo amplo, plural e complexo da sociedade, que envolve a integração da política e da administração, da gestão e das políticas públicas, no campo específico das compras públicas, imprescindível para o desenvolvimento internacional, principalmente em tempos atuais."<sup>8</sup>

Na administração pública tradicional era compreensível que o controle a ser exercido, mormente pelos tribunais de contas, centrasse na estrita legalidade e regularidade das finanças. Entretanto, em virtude do maior número de demandas para atender às necessidades sociais da população, justifica-se que o centro gravitacional da atividade de controle financeiro externo saia da estrita legalidade para a avaliação de resultados.<sup>9</sup> Nesse sentido, nossos tribunais de contas têm exercido um importante papel de orientação em prol da governança e aproximação das decisões

ou recomendação na medida certa de adequação da realidade.

Uma importante atuação, em prol da boa governança, foi recentemente realizada pelo Tribunal de Contas da União ao aceitar, no Processo TC 006.851/2021-5, lançando o Acórdão 534/2021, a aquiescência para que o governo brasileiro suporte os riscos da vacinação, nas palavras do Ministro Benjamin Zymler, relator do processo:

"Considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras".

O texto confirma o atual estágio de colaboração e governança que alcançamos. O Ministro ainda trata em seu voto da deslegalização, visto que "as próprias leis em tela determinam a prevalência das cláusulas especiais dos contratos em detrimento das normas da teoria geral dos contratos, previstas em diplomas legais, mas sempre com respeito aos princípios constitucionais"<sup>10</sup>. Essa dialogicidade também já é aplicada no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ), por exemplo, no julgamento do processo TCE-RJ N° 116.748-4/10, em sede de recurso de reconsideração interposto pelo Instituto Estadual do Ambiente (INEA) acerca do contrato com a Associação Pró-Gestão de Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul (Agevap). A Conselheira Marianna M. Willeman, em sua declaração de voto da análise do Contrato de Gestão nº 03/10, que havia sido declarado nulo, suscitou o "debate acerca da manutenção ou alteração do paradigma atualmente em vigor de celebração de contratos de gestão com entidades sem fins lucrativos para exercer funções de competência das agências de água" (grifos no original), de uma forma totalmente colaborativa, mesmo aderindo após o voto do Relator, o Conselheiro Substituto Marcelo Verdini,

<sup>1</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 222.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Portugal: Almedina, 1998. p. 23-24.

<sup>3</sup> Ob. cit. p. 223.

<sup>4</sup> Ob.cit.

<sup>5</sup> TAVERDI, Yashar, SAHA, Shrabani, CAMPBELL, Neil. *Governance, democracy and development, Economic Analysis and Policy*, v. 63, p. 220-233, 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0313592618303849#bb16>. Acesso em: 26 mar. 2021.

<sup>6</sup> Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0615:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 26 mar. 2021.

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/dezembro/brasil-adere-a-mais-instrumentos-da-ocde-1?fbclid=iwar3n-cf2eiauevndf43i97hok33a3xkzbdismy4i1id9diuczykfr5bw>. Acesso em: 26 mar. 2021.

<sup>8</sup> MOTA, Humberto; CARVALHO, Vanessa Cerqueira Reis. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/de-peso/340920/governanca-e-compliance-das-compras-publicas-rumo-a-ocde>. Acesso em: 27 mar. 2021.

<sup>9</sup> COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*. Forte da Casa, Portugal: Petrony Ed, 2017. p.151.

<sup>10</sup> Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/tcucidades/noticias/detalhes/tcu-confirma-menos-burocracia-para-aquisicao-de-vacinas.htm>. Acesso em: 26 jan. 2021.

que acolheu parcialmente o recurso de reconsideração interposto, em que foi requerida a regularidade contratual na forma existente. Foi um exemplo prático de como o TCE-RJ já se inclina ao diálogo, sem o cunho meramente coercitivo e sim colaborativo e de governança.

Essa atuação, de certa forma, o TCE-RJ também já vem realizando em relação à pandemia da Covid-19 com a prorrogação do convênio entre o TCE-RJ e o MPRJ para fiscalizar atos e contratos durante a pandemia<sup>11</sup>.

À luz do novo serviço público e diante da complexidade da *accountability*, tal atuação tem que ser compreendida em termos mais abrangentes que a tradicional<sup>12</sup>, dentro de um novo quadro de liderança compartilhada em que se inserem os governos, como um instrumento de manutenção da legitimidade democrática por parte dos mesmos<sup>13</sup> e, claro, em conjunto com os tribunais de contas.

Erra quem pensa que *accountability* é somente a simples prestação de contas de origem grega na *euthyna* da Grécia Antiga, quando consistia em um simples processo de prestação de contas, em geral, no fim de um mandato. Hoje em dia, melhor se coaduna com a obtenção dos objetivos de boa governança, em um sentido mais amplo da *accountability*, o qual, segundo Kelvin Kearns e Bernard Rosen, adotam, além da *responsability* e *answerability*, a *responsiveness*, com a absorção de valores democráticos e éticos<sup>14</sup> devendo, segundo M. Dubnick e B. Romzeck, a administração pública corresponder às expectativas legítimas das populações<sup>15</sup> e, no caso do presente trabalho, das partes envolvidas na arbitragem e na mediação.

Assim, é sob essa ótica da boa governança e respeito a uma dimensão democrática da *accountability* que se pretende defender, no presente trabalho, a interpretação da atuação dos tribunais de contas, quando da análise e avaliação das decisões arbitrais, para que sejam tomadas dentro do respeito à vontade legítima

das partes envolvidas, que democraticamente escolheram a arbitragem, como instrumento de solução de litígio, agindo em cooperação no interesse público decidido consensualmente.

## DA MEDIAÇÃO

Em linhas gerais, a mediação é um método autocompositivo de solução de controvérsias em que as próprias partes envolvidas chegam a um consenso, sob a condução de um terceiro, denominado “mediador”, que conduzirá as negociações com base nos seguintes princípios: **independência; imparcialidade; autonomia da vontade; confidencialidade; da oralidade; informalidade e decisão informada.**

Com o uso de ferramentas facilitadoras (escuta ativa; *caucus*<sup>16</sup>; *rapport*<sup>17</sup>, dentre outras), a mediação objetiva criar oportunidades para que as partes debatam abertamente e, juntas, cheguem a um consenso, seja judicial ou extrajudicialmente.

No intuito de diminuir as consequências negativas do colapso do sistema estatal de resolução de litígios, a mediação vem exercendo papel de destaque para a resolução de conflitos que versem sobre direitos disponíveis, bem como sobre direitos indisponíveis que admitem transação.

## PREVISÃO LEGAL

No Brasil, as normas gerais de mediação estão previstas no Código de Processo Civil - CPC (arts. 165 a 175; 334; e 696), bem como na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), sendo que esta última também traz normas específicas sobre a matéria em foco. A Lei de Mediação dedica nove artigos à autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, concentrados em um capítulo específico (Capítulo II - arts. 32 a 40), dividido em duas seções.



## TÓPICOS DA MEDIAÇÃO JUNTO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### Confidencialidade X Publicidade

A confidencialidade ou sigilosidade é um dos princípios norteadores da mediação que resulta no *dever de sigilo* imposto não somente ao mediador, como também às partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação.

Apesar da aparente incompatibilidade entre o princípio da confidencialidade e o princípio constitucional da publicidade<sup>18</sup>, tal fato é mitigado, seja pela comunicação dos atos, através de convite para a mediação, seja pela publicação da decisão final, após a homologação do acordo. É oportuno salientar que, por imperativo legal, a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública não está abrigada pela regra de confidencialidade.

### Facultatividade

A mediação é voluntária, por sua própria natureza, ou seja, ninguém pode ser obrigado a se submeter às regras da mediação contra a sua própria vontade.

Da mesma forma, a lei estabelece que é facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às

empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

### A Transação Tributária

Como os direitos indisponíveis que admitem transação podem se sujeitar à mediação, tal forma de autocomposição será admitida nos casos em que a controvérsia se referir à matéria tributária, observados os limites leais (art. 38 da Lei de Mediação), sendo importante destacar que a transação tributária não implica a renúncia de receita vedada pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

### Limites da Responsabilidade do Agente Público

A responsabilização civil, administrativa e/ou criminal dos servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito é uma possível consequência, condicionada à constatação de eles terem agido mediante dolo ou fraude; terem recebido qualquer vantagem patrimonial indevida; terem permitido ou facilitado sua recepção por terceiros, ou para tal terem concorrido.

É válido destacar, ainda, que a composição extrajudicial do conflito não implicará o afastamento da apuração

<sup>11</sup> Disponível em: [https://www.tcerj.tj.br/portalnovo/noticia/tce\\_rj\\_e\\_mprj\\_prorrogam\\_convenio\\_para\\_fiscalizar\\_atos\\_e\\_contratos\\_during\\_pandemia](https://www.tcerj.tj.br/portalnovo/noticia/tce_rj_e_mprj_prorrogam_convenio_para_fiscalizar_atos_e_contratos_during_pandemia). Acesso em: 27 mar. 2021

<sup>12</sup> COSTA, Paulo Nogueira da. O Tribunal de Contas e a Boa Governança. Forte da Casa, Portugal: Petrony Ed, 2017. p.155.

<sup>13</sup> \_\_\_\_\_. O Tribunal de Contas e a Boa Governança. Forte da Casa, Portugal: Petrony Ed, 2017. p.156.

<sup>14</sup> Ob. cit. p. 237.

<sup>15</sup> Ob. cit. p. 238. Para um maior aprofundamento sobre o tema, o autor Paulo Nogueira da Costa traz um estudo detalhado sobre o caráter complexo da *accountability*, com diversos estudos, entre os quais se destacam Robert Behn sobre a “*accountability democrática*”, “*accountability pela lisura*” “*accountability pelos resultados*”, “*accountability pelo uso (ou abuso) do poder*, além de várias outras designações de cunho valorativo muito mais densas que a simples prestação de contas.

<sup>16</sup> Reuniões individuais entre o mediador e as partes, em igualdade de condições.

<sup>17</sup> Técnica psicológica que consiste em se colocar no lugar do outro.

<sup>18</sup> Sobre o aparente conflito entre tais princípios, vide: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-con>

de responsabilidade do servidor, sempre que se verificar que a ação ou omissão do agente público constituiu dano resultante de infração disciplinar.

### Natureza Jurídica do Termo de Acordo

Quando for celebrado acordo, ao término da mediação, será lavrado um termo de acordo que se constitui como *título executivo extrajudicial*. Caso seja homologado judicialmente, passará a servir como *título executivo judicial*.

### A Mediação e os Tribunais de Contas

O estabelecimento de parcerias institucionais tem se revelado um valioso instrumento de controle dos gastos e de proteção ao erário. Como visto anteriormente, a adoção de ações conjuntas entre o TCE-RJ e o MPRJ tem sido essencial para o combate a atos eivados de vício vinculados à pandemia do novo coronavírus.

A atuação dos dois referidos órgãos, com a participação do Ministério Público de Contas (MPC), além da troca de informações com o Ministério Público Federal (MPF), com a Procuradoria-Geral do Estado (PGE-RJ) e com a Controladoria-Geral do Estado (CGE-RJ), por exemplo, se revelou uma experiência deveras importante, garantindo eficiência e eficácia no combate à malversação de recursos públicos.

Visando ao estímulo da prevenção e da conciliação de conflitos, a PGE-RJ criou o “Programa + Consenso”, com foco na solução administrativa para os litígios envolvendo o poder público. Para a sua efetividade, dois empreendimentos foram desenvolvidos em parceria com outros órgãos do governo de Estado e com a Defensoria Pública (DPRJ), a saber: a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS)<sup>19</sup> e a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC)<sup>20</sup>.

Nesse sentido, o estreitamento entre o TCE-RJ e a PGE-RJ, visando a uma atuação conjunta, poderia ser o pontapé inicial para a viabilização do uso da mediação junto à administração pública fluminense, evitando que novas demandas cheguem ao Poder Judiciário

e/ou tornando mais célere a solução das controvérsias em curso.

Por fim, mas não menos importante, faz-se oportuno salientar que a resolução de conflitos no ambiente de trabalho<sup>21</sup> tem apresentado resultados animadores no meio corporativo. Por tal razão, a implantação de uma unidade de mediação no âmbito dos Tribunais de Contas de país, junto aos setores de recursos humanos e/ou às ouvidorias, poderia ser avaliada, uma vez que a adoção de tal medida proporcionaria benefícios diretos e indiretos ao bem-estar dos seus servidores e servidoras, com a valorização da ideia de pertencimento, sem mencionar os reflexos de uma eventual redução do tempo de tramitação dos processos administrativos disciplinares.

### DA ARBITRAGEM

#### A ARBITRAGEM E O PODER JUDICIÁRIO

A arbitragem, disciplinada pela Lei nº 9.307/1996<sup>22</sup>, vem tomando fôlego no Brasil e tem como importante apoiador o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>23</sup> que em vários de seus julgados vem prestigiando a autonomia da vontade das partes, ao estabelecerem e ao se submeterem a essa forma de composição de litígios. Aqui iremos tratar não do instituto, mas sim das repercussões da arbitragem no Poder Judiciário e nossa proposta de repercussão no Tribunal de Contas, dentro do conceito que abordamos de boa governança. Ao contrário da mediação, que pode ocorrer estando ou não no contrato, a arbitragem, quando existente, é medida vinculante, antes do acesso ao Judiciário. De acordo como o decidido pela 4ª Turma no julgamento do REsp 1.331.100, que envolveu a existência de cláusula compromissória e a possibilidade de mediação, manifestou-se o Egrégio STJ, no rastro do voto vencedor proferido pelo Ministro Raul Araújo:

“Como ninguém pode ser obrigado a acatar uma mediação, é claro que esta representa sempre apenas uma tentativa de alcance

<sup>18</sup> tent/uploads/2020/03/DIR37-01.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>19</sup> Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/mais-consenso/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>. Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>20</sup> Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/mais-consenso/camara-administrativa-de-solucao-de-conflitos-casc>. Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>21</sup> Sobre o assunto, confira: Mediação de Conflitos no Ambiente de Trabalho. Disponível em: <http://pacto-contraviolencia.niteroi.rj.gov.br/2020/07/07/desatando-nos-mediacao-de-conflitos-no-ambiente-de-trabalho/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>22</sup> A permissão da arbitragem é ratificada, ainda, pelo § 1º do art. 3º do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

<sup>23</sup> Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/A-jurisdicao-arbitral-prestigiada-pela-interpretacao-do-STJ.aspx>. Acesso em: 28 mar. 2021.

de solução. Uma vez frustrada a tentativa, vem a arbitragem, com sua força vinculante. Por isso, mostra-se também mais correto e lógico o emprego da alternativa “ou” do que a utilização da aditiva “e”, pois, na prática, alcançada a mediação ou conciliação, por anuência das partes, desnecessária a arbitragem, inerente à persistência do litígio.

Então, não é razoável entender-se que a referência à mediação como alternativa, sempre uma mera tentativa de resolução de divergência, tornaria nula a cláusula compromissória. Essa forma de compreensão conduziria à ilogicidade de entender-se que, uma vez firmada a cláusula compromissória, as partes estariam impedidas de firmar acordo ou conciliação, inclusive por mediação, já que esta é uma forma de resolução consensual de divergências”.

Em outra passagem, a 3ª Turma analisou o REsp 1.550.260 e reafirmou a precedência do juízo arbitral para a solução do litígio quando presente a cláusula, na esteira do voto proferido pelo Ministro Villas Bôas Cueva:

“Em assim o fazendo, a competência do juízo arbitral precede, em regra, à atuação jurisdicional do Estado para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A sentença arbitral produz entre as partes envolvidas os mesmos efeitos da sentença judicial e, se condenatória, constitui título executivo. Além disso, tão somente após a sua superveniência é possível a atuação do Poder Judiciário para anulá-la, nos termos dos artigos 31, 32 e 33 da Lei 9.307/1996”.

De igual forma, no julgamento do REsp 1.598.220, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino afastou a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que não poderia, no caso concreto, ser utilizado para afastar a cláusula compromissória, ao interpretar que norma extraída do parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem tem caráter obrigatório e vinculante,

<sup>24</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 223.

<sup>25</sup> Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/TC%2520000.723%252F2020-7/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0%2520> Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>26</sup> Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>27</sup> SCHMIDT, Rocha. Gustavo. *Arbitragem Administrativa à Brasileira*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/331362/arbitragem-administrativa-a-brasileira>. Acesso em: 29 mar. 2021.

afastando a jurisdição estatal. Denota-se, portanto, que arbitragem veio como uma forma de socialização para contribuir para a governabilidade, promover a justiça coexistencial, visando a desafogar o Judiciário, tendendo ao ideal de justiça pronta para o caso<sup>24</sup>.

### A ARBITRAGEM E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Recentemente, o Tribunal de Contas da União decidiu, nos autos do Processo 000723/2020-7<sup>25</sup> (Acórdão 3.160/2020) em uma representação formulada pelo Deputado Federal Eli Corrêa Filho, acerca da legalidade e legitimidade das cláusulas de contratos administrativos que disponham sobre a possibilidade de arbitragens em câmaras privadas. Em brilhante voto da lavra do ministro Vital do Rêgo, foi reconhecido que a arbitragem aumenta a segurança jurídica e promove a melhoria do ambiente institucional, prestigiando a vinculatividade dos contratos em um ambiente neutro e especializado. Foi destacado ainda que, dada a complexidade elevada dos contratos, a existência das cláusulas de arbitragem garante a maior previsibilidade, o que incentiva os investidores estrangeiros.

A realidade é que, apesar de dispormos de um sistema judiciário altamente qualificado, organizado em instâncias com amplo acesso, a arbitragem ainda traz suas vantagens, frente a um problema inevitável, o congestionamento das demandas no Poder Judiciário. Em estudo do CNJ, “A justiça em números” apresenta uma série histórica do indicador de produtividade por magistrado, que tem crescido desde 2014 até 2018. Nesse período de 4 anos, a produtividade aumentou em 10,7%, alcançando a média de 1.877 processos bairados por magistrado em 2018, ou seja, uma média de 7,5 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recesso, mas já na execução o processo dura em média 8 anos na Justiça Federal.<sup>26</sup> Portanto, conforme afirmado por Gustavo Schmidt (2020),<sup>27</sup> a arbitragem é excepcional para redução dos custos de transação com o Estado, visto que a “celeridade processual, associada a juízos técnicos e especializados, gera maior previsibilidade nas decisões, tanto no tempo quanto no que diz respeito ao resultado final dos processos”.

No mesmo sentido, foi a fundamentação do voto lan-

çado no Acórdão 3.160/2020 DO TCU<sup>28</sup> quanto à consagração da interpretação da constitucionalidade da arbitragem no setor portuário, nos exatos termos pelo ministro relator, enaltecendo o instituto:

"Em se tratando dos fundamentos jurídicos que conferem a base para o uso da arbitragem no setor portuário, destaque-se que o seu uso é plenamente respaldado pela Constituição Federal. Com efeito, aplicam-se plenamente à arbitragem todos os consectários da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), como a ampla defesa e o contraditório processual, a igualdade das partes, a motivação e fundamentação de todas as decisões, a imparcialidade e o livre convencimento dos árbitros (art. 21, § 2º da Lei 9.307/1996), sem os quais uma sentença arbitral pode vir a ser anulada a posteriori pelo Poder Judiciário.

Esse é o primeiro respaldo legal que vai de encontro aos pleitos do representante, posto que a legitimidade constitucional que é lançada sobre o processo arbitral garante a juridicidade de suas decisões, preservando o interesse público e a segurança jurídica. Tendo em vista que o legislador constitucional não faz qualquer separação entre a aplicação de ditos princípios para a arbitragem em câmaras públicas ou privadas, construir uma interpretação em sentido oposto significaria esvaziar o instituto sob a pretensão de que apenas nas arbitragens públicas seriam garantidas decisões legítimas, o que não é o caso".

Dessa forma, em um cenário favorável, as decisões tanto do Superior Tribunal de Justiça como do Tribunal de Contas da União vão exatamente na esteira da preservação dos direitos e reconhecimento da autonomia da vontade das partes no caso das decisões arbitrais. Entretanto, na verdade, ainda estamos em uma construção lenta rumo a essa consolidação, que pode ser boa saída para a retomada do desenvolvimento, como uma instância colaborativa rumo à boa governança.

Um bom exemplo de sucesso é Portugal, que já conta com dispositivo constitucional expresso sobre a existência de Tribunais Arbitrais, em seu artigo 209, 2, tendo o regime jurídico que regula a arbitragem voluntária previsto na Lei n.º 63/2011, em que o prazo legal para a duração do processo é de 12 meses, embora possa ser superior se as partes assim o convencionarem. Nos Centros de Arbitragem apoiados pelo Ministério da Justiça, o tempo médio de resolução de um processo é de cerca de 2 a 3 meses<sup>29</sup>. As sentenças arbitrais têm força vinculante, e a possibilidade de recurso das decisões arbitrais é limitada aos recursos para o Tribunal Constitucional com fundamento em inconstitucionalidade e para o Supremo Tribunal de Justiça com fundamento em oposição entre a decisão recorrida e acórdão anterior do Supremo Tribunal Administrativo ou de um Tribunal Central Administrativo<sup>30</sup>.

## DOS LIMITES DE ATUAÇÃO FRENTE À SENTENÇA ARBITRAL

Como dito, estamos em um processo de sedimentação para o acolhimento pleno dos efeitos das sentenças arbitrais, seja pelas partes, seja pelo Poder Judiciário, seja até mesmo pela Corte de Contas.

Quanto ao Judiciário, interessante é o decidido no caso do "Conflito de Competência 157.099" que, quando analisado o conflito entre o juízo arbitral e a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, apesar de manter a competência do juízo arbitral, destacou que as jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta. A dota decisão utiliza como fundamento o decidido no REsp 1.277.725, 3ª Turma, DJe 18/03/2013<sup>31</sup>. No mesmo sentido, ao entender a coexistência em ambiente de cooperação com o juízo arbitral, pronunciou-se o STJ no REsp 1.798.089, aduzindo que cabe ao Poder Judiciário conferir coercibilidade às decisões arbitrais, a fim de garantir um resultado útil ao procedimento de arbitragem.

Em prestígio à sentença arbitral, do mesmo modo, o TCU no Processo 016.896/2020-3, em voto no Acórdão 1.563/2020 - Plenário, entendeu que é competente para decretar medida cautelar de indisponibilidade

de bens (art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992) com base em condenação proferida em sentença arbitral, desde que o débito se refira à matéria de competência do Tribunal<sup>32</sup>, em atitude colaborativa e executória do decidido em instância arbitral, denotando a boa governança que ora propomos.

Destarte, somente essa deve ser a interpretação possível para a fundamentação lançada no Acórdão 3.160/2020 DO TCU<sup>33</sup> que, após toda a brilhante fundamentação prestigiando a escolha arbitral e sua segurança jurídica, entendeu como possível o controle a posteriori da sentença arbitral. De acordo com o voto:

"(...) A accountability também pode ser tratada do ponto de vista horizontal, onde se destaca a participação do Ministério Público e Tribunal de Contas, que pode ter contato com esta matéria por ocasião da análise dos editais de licitação e dos contratos administrativos, seja de novas licitações ou nos casos das prorrogações de contratos já vigentes que eventualmente incluam convenção de arbitragem dentre as cláusulas a serem pactuadas.

Na fase pós-arbital, finalmente, é possível também vislumbrar a figura do Tribunal de Contas no acompanhamento do cumprimento da sentença arbitral, verificando, por exemplo, se a sentença favorável ou não à Administração foi fundamentada em padrões mínimos de razoabilidade e se o cumprimento da sentença condenatória de obrigação de fazer ocorre de modo compatível com as disponibilidades e limites orçamentários."

Como visto alhures, a boa governança está diretamente ligada ao desenvolvimento, à legitimidade e aos princípios democráticos, imprescindíveis para nosso país, onde as regras devem ser claras, as decisões previsíveis e respeitadas, principalmente quando já estamos inseridos em um cenário internacional de desen-

volvimento econômico e governança, como aderentes a instrumentos da OCDE.

Deve-se, assim, ter em conta que ser sustentável (sem as vírgulas) abrange todas as dimensões: ordem econômica, social, ambiental e financeira<sup>34</sup>.

Conforme ensinamentos de Gomes Canotilho, tem-se sob a perspectiva da governança uma compreensão político-normativa como um princípio da condução responsável dos assuntos do Estado<sup>35</sup>.

Assim, o controle instrumentalizado pelos tribunais de contas é extremamente importante na colaboração da consecução dos objetivos firmados legitimamente e legalmente pelo Tribunal Arbitral, devendo exercer sua competência somente na exequibilidade do decidido no juízo arbitral.

Fora esse controle colaborativo, e diante da tecnicidade das sentenças arbitrais, a margem de espaço para atuação sancionatória e coercitiva do Tribunal de Contas somente pode ocorrer no caso de fraude ou improbidade administrativa. Nas palavras do Professor Fábio Medina Osório "preservando-se as diferenças e os matizes necessários entre grave desonestade funcional e grave ineficiência funcional no marco das proibições pontuais e sanções proporcionais, inclusive mantendo um uso mais restrito e preciso da corrupção pública como espécie de improbidade, resgatando-se sua vocação originária de repressão à grave desonestade funcional"<sup>36</sup>.

Essa é a nossa interpretação sobre a afirmativa contida no bojo do texto do Acórdão 3.160/2020, de que a accountability também pode ser tratada do ponto de vista horizontal, com a participação do Ministério Público e Tribunal de Contas.

Assim, em atendimento à boa governança e à accountability democrática acima defendida, que abarca não somente a ideia arcaica de prestação de contas, mas também a de preservação dos valores democráticos e éticos em busca do pleno desenvolvimento, a atuação das Cortes de Contas abrange somente atos de cooperação para a exequibilidade do decidido na sentença arbitral ou nos casos de fraude e improbidade administrativa, em que pode atuar de ofício e de forma autônoma.

<sup>28</sup> Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/SEN-TEN%25C3%2587A%2520ARBITRAL%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>29</sup> Disponível em: <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Arbitragem/Perguntas-frequentes-sobre-Centros-de-Arbitragem>. Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>30</sup> Referência no caso de sentenças de arbitragem tributárias proferidas pelo CAAD.

<sup>31</sup> Fica consignado que na época desta decisão que serve como precedente ainda não havia sido editada a alteração legislativa de 2015 na Lei 9.307/1996.

<sup>32</sup> COSTA, Paulo Nogueira da. O Tribunal de Contas e a Boa Governança. Forte da Casa, Portugal: Petrony Ed, 2017, p. 259.

<sup>33</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006. p.329.

<sup>34</sup> OSORIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.57.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios consensuais de solução de litígios são reconhecidamente uma forma de composição que preservam a autonomia da vontade das partes, atendem ao princípio da eficiência e estão inseridos como forma sustentável de solução das questões administrativas. A Administração Pública dispõe, ao seu lado, de excelente quadro de servidores públicos qualificados para seu acompanhamento, além de normas de boa governança. Em caso de desvio, não só os Tribunais de Contas e o Ministério Público, mas qualquer cidadão é competente para questionar.

Começa-se a perceber, aos poucos, uma mudança na mentalidade dos atores (partes, advogados, julgadores e instituições), privilegiando a cultura da paz em detrimento da já saturada cultura do litígio.

Dados do CNJ indicam que, há pouco mais de quatro anos, uma marca superior a 100.000.000 (cem milhões) de processos se encontravam pendentes de decisão<sup>37</sup>.

No intuito de diminuir as consequências avassaladoras do colapso do sistema estatal de resolução de litígios, a mediação vem exercendo papel de destaque dentre os denominados Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs).

Neste diapasão, a mediação e a arbitragem se apresentam como alternativas concretas não somente para a redução das demandas judiciais, como também, e especialmente, para a plena satisfação dos interesses das partes.

No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, alguns municípios têm incentivado o uso da mediação como forma de restabelecimento do diálogo e instrumento de pacificação social<sup>38</sup>, em cumprimento às diretrizes de políticas públicas e às regras da boa governança.

O fato é que a Administração Pública não pode ficar à margem do atual momento de transformação, e a participação dos Tribunais de Contas nesse cenário colaborativo de mudanças é fundamental para o aperfeiçoamento dos instrumentos ora abordados que, em muito, podem contribuir para a proteção do interesse público, prestigiando a segurança jurídica das questões legitimamente escolhidas pelas partes.

<sup>37</sup> O Presidente da Associação Nacional de Desembargadores, Marcelo Buhatem, expõe a preocupante realidade em <https://andes-jur.com.br/numeros-que-nao-consolam-2/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>38</sup> Em Niterói foi criado o “Espaço Mediar”, cujas reuniões são agendadas por telefone, enquanto que, em Petrópolis, destaca-se o Programa de Pacificação Restaurativa “Petrópolis da Paz”.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm) . Acesso em: 29 mar. 2021
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 19 mar. 2021.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 1 abr. 2021.
- BUHATEM, Marcelo. **Números que não consolam.** Disponível em: <https://andes-jur.com.br/numeros-que-nao-consolam-2/> . Acesso em: 28 mar. 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brancos e Inter-constitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra, Portugal: Almedina, 2006. 435 p.
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra, Portugal: Almedina, 1998. 1352 p.
- CASTRO FILHO, Levy Pinto de. Panorama atual da mediação de conflitos no Brasil: atualidade jurídica e vivências. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 24, n. 5704, 12 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70806>. Acesso em: 7 set. 2020.
- CAVALCANTE, Lucas Ernesto Gomes; ZONARI, Mariana Luz. Transação tributária e renúncia de receita nos termos do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista Controle: doutrina e artigos*, Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 393-421, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/547/459>. Acesso em: 10 maio 2021.
- COSTA, Paulo Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança.** Forte da Casa, Portugal: Petrony Ed., 2017.
- ESTELLITA, Verônica, CASTRO FILHO, Levy Pinto de.
- Desatando nós: mediação de conflitos no ambiente de trabalho. Niterói, RJ: Pacto Niterói Contra violência, 7 jul. 2020. Disponível em: <http://pactocontraaviolencia.niteroi.rj.gov.br/2020/07/07/desatando-nos-mediacao-de-conflitos-no-ambiente-de-trabalho/>. Acesso em: 28 mar. 2021.
- JÚDICE, José Miguel; FALCÃO, Pedro Fontes. **À Conversa sobre negociação.** um diálogo sobre a arte negocial ao longo da história. Alfragide, Portugal: Ed. Dom Quixote, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MOTA FILHO, Humberto E. C.; CARVALHO, Vanessa Cerqueira Reis. Nova lei de licitações: governança e compliance das compras públicas rumo à OCDE. **Migalhas**, Broadcast Político da Agência Estado, São Paulo, 1 mar. de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340920/governanca-e-compliance-das-compras-publicas-rumo-a-ocde>. Acesso em: 27 mar. 2021.
- MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso Básico de Direito Arbitral.** teoria e prática. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- NEIVA, Geisa Rosignoli. **Conciliação e mediação pela administração pública: Parâmetros para sua efetivação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- OSORIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Orgs.). **Mediação e arbitragem na administração pública.** Curitiba, PR: Rio de Janeiro: Ed. CRV, 2018.
- SCHMIDT, Rocha. Gustavo. Arbitragem Administrativa à Brasileira. **Migalhas**, Broadcast Político da Agência Estado, São Paulo, 30 jul. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/331362/arbitragem-administrativa-a-brasileira>. Acesso em: 29 mar. 2021.
- SILVA, Diógenes Ivo Fernandes de Sousa. **Reflexões sobre a Advocacia Pública na Lei de Mediação:** impacto da consensualidade no desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- TAVERDI, Yashar, SAHA, Shrabani, CAMPBELL, Neil. Governance, democracy and development. **Economic Analysis and Policy**, v. 63, p. 220-233, sep. 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0313592618303849#bb16>. Acesso em: 26 mar. 2021.