

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 10/10/2022

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PROCESSO DE ESCOLHA DE ÁRBITROS

*ARBITRATION AND PUBLIC ADMINISTRATION: THE
SELECTION PROCESS OF ARBITRATORS*

Márcia Uggeri Maraschin

Especialista em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal pela Escola de Administração Fazendária - ESAF. Mestre em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Universidad Complutense de Madrid. Advogada da União atuando no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O processo de escolha de árbitros. 3. Prática administrativa: a aplicação de critérios legais e de diretrizes inerentes à indicação de árbitros pela Administração Pública Federal. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO: O presente estudo visa a analisar o processo de escolha de árbitros pela Administração Pública em arbitragem. O Processo Arbitral permite resolver conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, por meio da atuação imparcial de terceiros indicados pelas partes em litígio, os árbitros. A natureza jurídica contratual inerente à convenção arbitral não se confunde com a natureza jurídica dos atos que compõem um Processo Arbitral, em especial no que se refere a relação que se estabelece entre os árbitros e as partes. A escolha dos árbitros é precedida pela definição do modelo de arbitragem (institucional ou ad hoc), da eleição da Câmara de Arbitragem, como também da escolha da forma de composição do juízo arbitral. Definidas tais premissas, cabe às partes enfrentarem o processo de escolha dos árbitros, tendo como foco a formação de um juízo independente, com o perfil técnico apropriado ao objeto da demanda. O processo de escolha de árbitros, em âmbito estatal, formaliza-se por um ato administrativo unilateral, quando, de forma motivada e discricionária, pautando-se em elementos objetivos e subjetivos, a autoridade competente decide pela indicação de um profissional que detenha a expertise e a independência necessárias à prolação de uma decisão arbitral válida e eficiente.

ABSTRACT: This study aims to analyze the process of choosing arbitrators by Public Administration in Arbitration Proceedings. Arbitration allows to solve claims related to patrimonial negotiable rights, through the impartial intervention of arbitrators appointed by the parties. The contractual and legal nature of the arbitration agreement can't be confused with the legal nature of the acts that form an arbitration proceeding, with particular emphasis on the relationship established between the arbitrators and the parties. The arbitrator's nomination is preceded by the definition of the arbitration model (institutional or ad hoc), the election of the arbitration chamber, as well as the choice of how the arbitral tribunal will be formed. Once these premises are defined, it is up to the parties to face the process of choosing the arbitrators, focusing on the formation of an independent court, with the appropriate profile to the claim. The process of choosing arbitrators on the public sector is formalized by a unilateral, discretionary and motivated act, based on objective and subjective elements, whereby the public manager decides to nominate a professional who has the necessary expertise and independence to take a valid and efficient arbitration decision.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Processo. Escolha de árbitros. Critérios.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Process. Selection of arbitrators. Standards.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem constitui um instrumento de composição de litígios que se apresenta como alternativa à jurisdição estatal. Nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o Processo Arbitral tem em sua essência um acordo de vontades, onde partes capazes¹ convencionam² - mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral - submeter eventuais demandas a um juízo arbitral, composto de árbitros por elas escolhidos, conforme seu perfil profissional e sua *expertise*.

A escolha pela arbitragem vem como fomento a um sistema de incentivos à execução dos contratos, uma vez que propicia soluções mais céleres às demandas contratuais, por meio de decisões com alto nível de tecnicidade, em razão da especialização dos árbitros.

A arbitragem permite resolver conflitos, relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, por meio da atuação imparcial de terceiros indicados pelas partes em litígio, os árbitros. A composição de um tribunal arbitral se dá por meio da indicação de árbitros pelas partes, os quais, ao mesmo tempo que gozam de sua confiança, possuem a *expertise* necessária para dirimir determinado conflito ao proferir uma sentença arbitral válida e, por conseguinte, irrecurável.

Ao convencionarem a arbitragem, as partes em litígio definem o modelo de procedimento arbitral a ser adotado, que pode ser o modelo *ad hoc* ou o modelo institucional. No modelo institucional a gestão dos procedimentos arbitrais compete às Câmaras Arbitrais. Já o modelo *ad hoc* é marcado pela ausência de órgão arbitral institucional.

Os órgãos arbitrais institucionais oferecem a estrutura processual necessária para apreciação da causa, primando pela qualidade dos

1 Art. 1º, caput, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

2 Art. 3º da Lei nº 9.307, de 1996.

profissionais que venham a atuar como árbitros, exigindo padrões éticos e profissionais que garantam a reputação da instituição arbitral.³

Apesar de as Câmaras Arbitrais não serem civilmente responsáveis pela atuação dos árbitros, zelam por sua credibilidade, situação que conduz a um especial cuidado com relação ao nível dos profissionais a serem indicados a árbitros (CARMONA, 2016).

Tratando-se de demandas envolvendo entes públicos, a Lei de Arbitragem não estabelece o modelo a ser adotado, de forma que a escolha por um ou outro modelo será decidida de maneira discricionária pelo administrador público. Sem embargo, a doutrina tem se mostrado a favor da arbitragem institucional nos litígios envolvendo a Administração Pública.⁴

Há que se considerar que a arbitragem *ad hoc* apresenta riscos derivados da extensão da autonomia da vontade das partes, uma vez que estas devem concordar em todos os aspectos concernentes à estrutura processual básica para que a arbitragem possa fluir, detendo tal modelo um elevado nível de consensualidade, apresentando-se, assim, vulnerável à intervenção do juízo estatal em caso de divergências, fato que pode provocar morosidade na tramitação do processo.

A arbitragem institucional, por seu turno, supre tais riscos, pois se vale da estrutura disponibilizada por um órgão arbitral institucional, que fixa os honorários arbitrais, funciona como órgão administrador para resolver as questões ligadas a suspeições e impedimentos e, ainda, conta com um regulamento específico para estabelecer o procedimento a ser seguido pelas partes (CARMONA, 2016; PEREIRA, TALAMINI e QUINTÃO, 2017).

Não existem, entretanto, óbices para que o Estado se valha da arbitragem *ad hoc*, especialmente se consideramos a redução dos custos processuais envolvidos neste modelo. Contudo, não se pode olvidar que tal opção implica a ausência das vantagens inerentes ao modelo institucional, acima relacionadas.

Com a crescente evolução legislativa, os entes estatais contam com normativos esparsos que assinalam preferência pela arbitragem institucional em processos envolvendo a Administração, como o disciplinado

3 O Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC trata da matéria em seus artigos 3, 4 e 5. No mesmo sentido, a Corte Internacional de Arbitragem – CCI estabelece, no artigo 13 do seu Regulamento de Arbitragem, regras sobre o processo de nomeação e confirmação dos árbitros.

4 Nesse sentido, destaca Felipe Estefam que a arbitragem institucional se adequa ao princípio constitucional da eficiência, “afinal, a relação processual fica presidida por uma instituição especializada, e não pela pessoa natural, que exerce, tipicamente, o papel de julgar, e não o de administrar”. Ademais, “há instituições arbitrais que adotam medidas que reforçam o cumprimento do princípio constitucional da impessoalidade”, valendo-se, em seus regulamentos, de mecanismos de controle das sentenças arbitrais ao cumprimento dos requisitos legais exigidos pela Lei nº 9.307, de 1996.

no Decreto nº 10.025, de 23 de setembro de 2019, que estabelece que as arbitragens em questões que envolvam setores de infraestrutura devem adotar, preferencialmente, o modelo institucional, sendo admissível a arbitragem ad hoc desde que devidamente justificada⁵.

Frente a estas considerações, infere-se que caberá ao ente estatal, por meio do compromisso arbitral ou da cláusula arbitral, definir o modelo a ser usado em um Processo Arbitral – arbitragem *ad hoc* ou institucional – e, havendo opção pelo modelo institucional, decidir qual Câmara de Arbitragem será utilizada. Vencidas essas etapas, o passo seguinte será o da formação do juízo arbitral, que poderá ser composto por árbitro único ou por um tribunal arbitral.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2022) defende que os casos envolvendo a Administração Pública não devam ser submetidos, em regra, à arbitragem monocrática, sendo recomendável, para tais demandas, um colegiado arbitral, formado por três árbitros, no mínimo. Faz-se evidente que o debate e a reflexão característicos de um colegiado arbitral tem maior potencial para qualificar a decisão a ser proferida, conferindo, conseqüentemente, maior legitimidade à sentença arbitral.

A opção pelo juízo monocrático, por outro lado, poderia justificar-se pelo menor custo e pela maior celeridade processual, tendo vista não se tratar de um juízo colegiado que, em tese, demanda maior tempo quando de sua atuação jurisdicional. Entretanto, a ponderação sobre a relação custo-benefício entre uma ou outra alternativa deverá considerar as características de uma decisão monocrática, desprovida de maior debate, em comparação a uma sentença advinda de Tribunal Arbitral.

A escolha dos árbitros é, pois, precedida das etapas em que as partes definem: modelo de arbitragem (institucional ou *ad hoc*), eleição da câmara de arbitragem e escolha da forma de composição do juízo arbitral. Superadas tais etapas, cabe às partes enfrentarem o processo de escolha dos árbitros propriamente dito, tendo como foco a formação de um juízo independente, com o perfil técnico apropriado ao objeto da demanda.

Pois bem. O presente artigo tem como objeto o estudo do processo de escolha de árbitro em âmbito estatal, abordando, para tanto, o microsistema jurídico consoante a tal sistemática, como também a dinâmica administrativa adotada, pela Administração Pública Federal, quando da aplicação dos critérios legais e das diretrizes inerentes à indicação de árbitros.

5 Veja-se a disposição do art. 3º, V, do Decreto nº 10.025, de 23 de setembro de 2019: “V - a Arbitragem em questões envolvendo aqueles setores deve ser, preferencialmente, institucional, sendo admissível a arbitragem ad hoc desde que devidamente justificada”.

2. O PROCESSO DE ESCOLHA DE ÁRBITROS

A arbitragem perfaz-se de um sistema singular, composto por uma engrenagem combinada por uma série de atos que formam um todo particular, o Processo Arbitral. Logo, o Processo Arbitral traduz-se em uma série de atos coordenados e complexos, resultando em uma sentença prolatada por um juízo arbitral, no pleno exercício de sua função jurisdicional.

A Arbitragem tem em sua essência um acordo de vontades, onde as partes convencionam submeter eventuais demandas oriundas de uma relação contratual a um juízo arbitral, com perfil profissional adequado às peculiaridades da lide a ser dirimida.

Contudo, a natureza jurídica contratual inerente à convenção arbitral não se confunde com a natureza jurídica dos atos que compõem um Processo Arbitral, com especial destaque para a relação que se estabelece entre os árbitros e as partes.

Nesse contexto, enfatiza-se o fato de que os árbitros não estão subordinados às partes que os indicaram. Na arbitragem, os árbitros se vinculam, de forma neutra e independente, ao próprio Processo Arbitral, caracterizado por uma pluralidade de relações jurídicas e pelas distintas etapas procedimentais.

Grandjean e Fouchard (2012) afirmam que a diferença fundamental entre a arbitragem e a justiça estatal é a escolha, pelas partes, a quem confiarão a tarefa de julgar sua disputa. Quando os usuários da arbitragem são levados a justificar a razão pela qual optaram por essa chamada “Justiça Privada”, motivam sua escolha, em especial, por deterem a competência de indicar o juízo que será submetida sua demanda. Os autores destacam que, tomada esta decisão, nada importa mais do que escolher um bom tribunal arbitral. A importância da eleição do tribunal arbitral é ainda maior ao se considerar que a decisão dos árbitros será, em princípio, sem recurso.

Assim, a fase da indicação do juízo arbitral reveste-se de extrema importância no Processo Arbitral, uma vez que a *expertise*, a independência e a imparcialidade dos árbitros são essenciais para um julgamento técnico e justo.

A relação entre árbitro e parte se dá em decorrência de mandamento normativo – a Lei de Arbitragem. Faz-se inquestionável a existência de um dever de fazer que recai sobre o árbitro. Tal dever, entretanto, não tem por finalidade produzir um benefício para determinada parte em detrimento da outra. O dever é voltado, isto sim, ao cumprimento da justiça em prol da sociedade e de todas as partes envolvidas na controvérsia instaurada.

O vínculo jurídico que se desenvolve entre partes e árbitros, no nosso entender, decorrem de uma relação de natureza jurisdicional. Tal tese se

reforça pela leitura do art. 17 da Lei nº 9.307, de 1996, o qual determina que os árbitros, no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

Na mesma linha de raciocínio, o art. 31 da Lei Arbitragem equipara a sentença arbitral à sentença judicial, determinando que a decisão em sede arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial.

Note-se que a Lei de Arbitragem estabelece, em seu art. 18, que o árbitro (ou o tribunal arbitral, conforme o caso) é juiz de fato e de direito. Mais: a sentença proferida em sede arbitral não está sujeita a recurso ou homologação por parte do Poder Judiciário. Dessa maneira, a decisão arbitral, uma vez proferida, será definitiva e vinculará as partes.

Assim, o juízo arbitral atua buscando a concretização dos direitos que assistem às partes litigantes, proferindo, para tanto, uma decisão irrecorrível de efeitos vinculantes. Resta, assim, de vital importância garantir que o árbitro detenha conhecimento técnico compatível com a causa a ser decidida e que preserve, durante todo o exercício de sua função, autonomia e independência necessárias à sua atuação imparcial.

A importância de uma boa escolha, quando se trata da indicação de árbitros, é ressaltada por Selma Lemes (2022) quando, ao discorrer sobre o papel do árbitro no procedimento arbitral, relembra um ensinamento mundialmente conhecido: “a arbitragem vale o que vale o árbitro”. A autora destaca, em reforço, que o árbitro representa a chave da abóbada da arbitragem e ao seu redor gravitam todos os temas e conceitos afeitos à arbitragem.

Para Philippe Fouchard (1996), todos os árbitros devem ser independentes de todas as partes no litígio, por ser esta uma situação objetiva que supõe a ausência de vínculos ou liames com as partes, em especial com aquela que o indicou. Adverte o autor que:

[...] do árbitro se espera imparcialidade, mas como se trata de um estágio psíquico difícil de ser demonstrado e, em decorrência do comportamento parcial do árbitro ser raramente externado, firmou-se o consagrado entendimento que a independência do árbitro é da essência da função jurisdicional e as circunstâncias para contestar essa independência devem caracterizar-se pela existência de vínculos materiais ou intelectuais, uma situação de natureza a afetar o julgamento do árbitro, constituindo um risco certo de prevenção com respeito a uma das partes na arbitragem.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Ahmed El-Kosheri e Karim Youssef (2007) quando defendem que:

[...] os árbitros devem evitar comportamentos que prejudiquem a justiça arbitral. Suas responsabilidades consistem, por conseguinte, essencialmente, em respeitar a norma jurisdicional de independência. Esta responsabilidade se inscreve numa ampla tendência internacional de moralização do direito comercial internacional em geral.

A independência e a imparcialidade do árbitro, assevera Selma Lemes (2022), representam *standards* de comportamento. A independência se refere a critérios objetivos e visa a assegurar a que o árbitro, no cumprimento do seu mister, não ceda a pressões nem de terceiros nem das partes, isto porque o árbitro deve decidir a controvérsia exclusivamente com base no Direito e nas provas dos autos (ou pela equidade, se assim estiver pactuado pelas partes). Já a imparcialidade se vincula a critérios subjetivos e de difícil aferição, pois externa um estado de espírito (*state of mind*).

Carlos Alberto Carmona (2011), por seu turno, lembra que a independência reside na isenção quanto a qualquer tipo de pressão ou coação que possa intimidar o julgador no exercício de sua função, enquanto a imparcialidade trata da desvinculação do julgador em relação às partes em litígio e aos seus respectivos interesses. Para que o árbitro seja independente, segundo Carmona (2011), é razoável que não esteja sujeito, em razão de sua atuação, a riscos de sofrer um mal, um prejuízo, em sua esfera de interesses.

O mapeamento das situações de risco à independência e à imparcialidade de um árbitro constitui uma dinâmica complexa. Nesse cenário, as partes têm recorrido a códigos de ética e a diretrizes de instituições dedicadas à arbitragem. Com efeito, o Código de Ética do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CCBC; as Recomendações Relativas à Independência e Imparcialidade dos Árbitros – elaborada pelo *Club Español de Arbitraje*; as Diretrizes da *International Bar Association* – IBA, relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional; e os Códigos de Ética das instituições internacionais e nacionais, como o da *American Bar Association* – ABA e da *American Arbitration Association* (AAA) – para os Árbitros em Disputas Comerciais, fornecem regras de caráter não cogente, que servem de norte importante a ser utilizado pelas partes.

As Diretrizes IBA, ou IBA *Guidelines* (2022), constituem um rol não exaustivo, mas largamente utilizado no cenário internacional, e têm

por finalidade relacionar as condutas que possam potencialmente gerar situações de parcialidade em uma decisão arbitral. Estas diretrizes, além das regras gerais, listam diferentes categorias de situações, classificadas com as mesmas cores de um semáforo (vermelha, laranja e verde) que podem configurar o grau de parcialidade de um juízo arbitral. Nesse sentido a lista vermelha (*Red List*) relaciona situações que poderiam resultar em impugnação do árbitro. A lista laranja (*Orange List*) traz questões que devem ser ponderadas pelas partes e árbitros. Já a lista verde (*Green List*) descreve situações pontuais de menor relevância, que não trazem risco de distorção de julgamento.

No entanto, enfatiza-se que as IBA *Guidelines* não são leis, mas assumem o critério de *soft law*, ou seja, são orientações, recomendações, pautadas em experiências internacionais, que servem como ferramenta útil aos aplicadores do direito quando da escolha do juízo arbitral.

No âmbito da ordem jurídica interna, a matéria relativa à nomeação de árbitros, por sua relevância, vem sendo objeto de crescente evolução legislativa. O Capítulo III da Lei de Arbitragem (art. 13 e seguintes da Lei nº 9.307, de 1996) estabelece regras que, por sua especificidade, impõem-se aos demais normativos que prevejam a arbitragem como forma de resolução de conflitos.

Da leitura do art. 13 da Lei de Arbitragem sobressai a informação de que os árbitros podem ser quaisquer pessoas capazes que apresentem, como atributo diferencial, a confiança das partes. Frente a tal dispositivo, os árbitros poderão ser quaisquer pessoas maiores e no domínio de suas faculdades mentais.

Ademais, a Lei de Arbitragem estatui, em seu art. 13, § 6º, que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. Segundo a doutrina pátria, o art. 13, § 6º, da Lei de Arbitragem, perfaz o Código de Ética dos Árbitros.

O dever de imparcialidade na ação arbitral também está previsto no parágrafo 2º do art. 21 da mesma Lei, ao estabelecer que os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento serão respeitados no procedimento arbitral.

Na mesma linha, seu art. 14, § 1º, reforça a determinação de imparcialidade e independência do árbitro ao obrigá-lo a revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

Pautando-se nas regras gerais acima descritas, o Decreto nº 10.025, de 2019, que dispõe sobre a arbitragem nos setores de infraestrutura, trata especificamente sobre critérios de escolha de árbitros, ao prever,

em seu art. 12, requisitos mínimos a serem observados pelos órgãos pela Administração Pública Federal na área de infraestrutura.⁶

Nesse elenco normativo, faz-se imprescindível citar a Lei nº 14.133, de 2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – que estabelece, em seu artigo 154, que os critérios para a escolha de árbitros deverão ser isonômicos, técnicos e transparentes.

Finalmente, cabe mencionar a recente edição da Portaria Normativa AGU nº 42, de 7 de março de 2022, que, em cumprimento ao art. 154 da Lei nº 14.133, de 2021, definiu, com a clareza e a sistematização necessárias, os critérios a serem valorados pela União quando da indicação de árbitros em processos arbitrais de que seja parte, inovando ao prever fatores adicionais a serem observados pelo ente público quando da escolha dos candidatos a compor um Tribunal Arbitral.⁷

Não há como negar que a escolha dos árbitros não é uma tarefa fácil. Marçal Justen Filho (2016) sustenta, de forma acertada, que o ato de

6 Art. 12. Os árbitros serão escolhidos nos termos estabelecidos na convenção de arbitragem, observados os seguintes requisitos mínimos:

I - estar no gozo de plena capacidade civil;

II - deter conhecimento compatível com a natureza do litígio; e

III - não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto na Lei nº 13.105, de 2015- Código de Processo Civil, ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

7 Art. 2º São requisitos para a escolha de árbitros, sem prejuízo de outros previstos em legislação específica:

I - estar no gozo de sua plena capacidade civil;

II - deter a confiança das partes;

III - deter conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio;

IV - não ter, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, as relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil;

V - não incidir em situações de conflito de interesses reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida; e

VI - não ser ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.

§ 1º Para o cumprimento do requisito previsto no inciso III do caput, serão considerados os seguintes critérios:

I - a formação profissional;

II - a área de especialidade;

III - a nacionalidade; e

IV - o idioma.

§ 2º O Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, unidade responsável pela escolha dos árbitros a que se refere esta Portaria Normativa, poderá, sem prejuízo dos incisos dispostos no caput, considerar os seguintes critérios adicionais:

I - a disponibilidade;

II - as experiências pretéritas como árbitro;

III - o número de indicações para árbitro pela União; e

IV - o perfil do indicado como árbitro pela contraparte.

escolha de árbitro é uma declaração de vontade, de natureza unilateral, que desencadeia uma pluralidade de efeitos jurídicos. Se o sujeito escolhido aceitar a indicação, será ele investido na função correspondente – desde que não existam impedimentos, suspeições ou algum outro obstáculo.

Logo, quando da indicação dos árbitros o ente estatal deve amparar-se em uma dinâmica proba que incorpore as particularidades da Administração Pública. Tal dinâmica deve conferir segurança à autoridade competente ao proferir uma decisão administrativa motivada em critérios transparentes e isonômicos, previamente definidos, conforme a especificidade da demanda e os normativos que disciplinam a matéria.

Diante de tal cenário, emerge a importância de a Administração Pública definir, com a clareza necessária, a sistemática a ser aplicada pela Administração Pública na arbitragem que figure como parte, de forma a assegurar o deslinde de um processo arbitral válido e eficaz.

3. PRÁTICA ADMINISTRATIVA: A APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS LEGAIS E DE DIRETRIZES INERENTES À INDICAÇÃO DE ÁRBITROS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

A arbitragem tem como fundamento a autonomia da vontade das partes, onde aquelas escolhem, de forma independente, os árbitros que entendem ter atributos necessários para dirimir suas controvérsias. Sendo assim, cumpre à Administração Pública definir, com transparência e clareza, os critérios a serem considerados na escolha dos árbitros em processos que envolvam o poder público.

A escolha de árbitros transcende os elementos subjetivos evidenciados na relação de confiança entre partes e árbitros. Assim, em busca de segurança jurídica, a Administração Pública Federal sistematizou o processo a ser observado pelo ente público quando da identificação do árbitro e consequente formação do Juízo Arbitral.

Para garantir a validade do processo de escolha de árbitros, faz-se imperioso que o ente público verifique se o candidato a árbitro possui algum impedimento ou suspeição a obstaculizar o exercício de tal função. Contudo, antes da análise de tais requisitos impeditivos, será necessário identificar os profissionais que detenham o perfil adequado a determinada demanda.

Assim, na prática administrativa, antes de o ente público verificar se o candidato a árbitro possui algum impedimento ou suspeição, deverá apurar se detém o perfil adequado para o exercício de tal função.

João Bosco Lee e Maria Cláudia de Assis Procopiack (2008, p. 304) corroboram esse entendimento ao afirmar que, no processo de eleição de

um árbitro, as partes ou seus advogados vão direcionar suas escolhas a alguém com quem se identifiquem e que aquele, ao mesmo tempo, possa identificar-se com a parte, com a causa, ou com tudo o que envolve a arbitragem. Tais aspectos tendem a valorizar pessoas que tenham as mesmas origens, que compreendam as tradições, os costumes e as ideias que estavam presentes no espírito da parte quando o contrato foi elaborado e que continuarão a guiá-las durante o procedimento arbitral.

Registra-se, porém, que a eleição dos árbitros em sede arbitral demanda uma postura estratégica por parte da Administração, espaço este de caráter eminentemente discricionário, intimamente ligado às características de cada caso concreto. Ainda que tal definição constitua uma atuação discricionária por parte do administrador público, a escolha dos candidatos a árbitro deve pautar-se em critérios subjetivos e objetivos isonômicos e transparentes.

Os doutrinadores Grandjean e Fouchard (2020) sustentam que “a personalidade do árbitro, sua formação profissional, suas opiniões doutrinárias – se houver – e as sentenças que ele foi capaz de proferir são elementos a serem levados em consideração no momento da nomeação dos árbitros”. Os citados autores afirmam, ainda, que antes de se questionar a identidade de um árbitro, é necessário definir seu perfil, que varia de acordo com as características de cada processo. Nesse sentido, salientam que a nacionalidade do árbitro e o idioma da arbitragem e do direito aplicável são importantes critérios de seleção. Destacam os autores, ainda, um derradeiro critério a ser verificado, a disponibilidade do árbitro, dado que constitui fator inerente à eficácia da arbitragem.

Pois bem. Considerando que cabe às partes, de forma independente, definir os atributos que entendam ser necessários aos árbitros que virão a dirimir suas controvérsias, cumpre à Administração Pública, neste cenário, estabelecer os critérios a serem considerados na escolha dos árbitros em processos que envolvam o poder público.

À luz deste contexto, a União, pautando-se nos normativos vigentes, elencou por meio da Portaria Normativa nº 42, de 2022, os requisitos a serem observados quando da definição do perfil do árbitro a ser indicado. Assim, de acordo com parágrafo 1º do art. 2º da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, de forma a garantir que o árbitro a ser indicado detenha conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio, a União considerará os seguintes critérios ao definir o perfil do árbitro a ser indicado:

1. formação profissional: área do conhecimento desejável, como Direito, Engenharia, Contabilidade, etc.;

2. área de especialidade: direito processual, arbitragem, auditoria, infraestrutura, energia, direito público, direito societário, direito estrangeiro, entre outros; e
3. nacionalidade almejada, considerando, para tanto, fatores culturais; e
4. idioma aplicável à arbitragem.

Anota-se que o perfil desejado para o árbitro será determinado conforme o caso concreto, sendo que o peso ou a preferência de cada critério serão atribuídos de acordo com as exigências de cada demanda, sem estarem condicionados à obediência a qualquer ordem de prioridade.

Vencida a etapa da definição do perfil desejado e identificados os candidatos que atendam aos atributos previamente pontuados, a fase seguinte será a de análise curricular e de verificação da sua produção acadêmica. A título exemplificativo, nesta fase pode-se apurar se o candidato: a) consta da lista de árbitros de câmaras de arbitragem, b) já atuou como coárbitro ou como árbitro presidente; c) é pós-graduado, mestre ou doutor na área do conhecimento desejada e quais foram os temas das respectivas dissertações; e d) sendo profissional da área jurídica, tem experiência predominante acadêmica ou prática.

Na sequência do processo de escolha de árbitros cumpre à União observar o disposto no parágrafo 2º do art. 2º da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, o qual elenca outros requisitos, que intitula como critérios adicionais, que podem ser considerados quando da escolha de um árbitro:

1. disponibilidade do profissional, o que se justifica pela desejável celeridade do Processo Arbitral;
2. experiências pretéritas com a atuação do profissional na condição de árbitro, seja no que se refere à condução do procedimento, seja no que se refere à qualidade das sentenças proferidas;
3. número de vezes que o profissional foi indicado como árbitro pela União, sendo desejável a alternância de profissionais; e
4. perfil do profissional indicado como árbitro pela parte contrária.

A disponibilidade, que pode ser apurada por consulta direta ao candidato, traz consigo a ideia de sua disposição de energia, de estrutura e de tempo necessários à apreciação e julgamento do caso de maneira célere e dedicada.

Anote-se que tal matéria está sendo objeto do Projeto de Lei - PL nº 3.293, de 2021, em curso na Câmara dos Deputados, que visa, entre outras providências, alterar o art. 13 da Lei nº 9.307, de 1996.

A nova redação proposta para o art. 13 da Lei de Arbitragem estabelece que poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz, que tenha disponibilidade e a confiança das partes. O legislador prevê no artigo proposto a disponibilidade como requisito à aptidão para ser árbitro, adicionado à capacidade civil e à confiança das partes.

Ademais, o PL nº 3.293, de 2021, propõe um novo parágrafo ao art. 13 da Lei de Arbitragem, estabelecendo que o árbitro não poderá atuar, concomitantemente, em mais de dez arbitragens, seja como árbitro único, coárbitro ou como presidente do tribunal arbitral.⁸

Infere-se da redação proposta que a intenção do legislador é inserir ao art. 13 da Lei de Arbitragem a disponibilidade como requisito obrigatório a ser observado pelas partes quando da indicação de árbitros, vinculando a disponibilidade, a nossa ver de forma equivocada, a contornos estritamente matemáticos.

Registra-se que, até o momento, não se tem conhecimento de estudos conclusivos que avalizem a valoração do critério de disponibilidade com base em um único fator, seja um fator com dados matemáticos como o limite máximo de arbitragens, seja relacionado a uma estrutura jurídica mínima necessária, ou mesmo um fator subjetivo isolado que defina ser um árbitro apto a conduzir de modo diligente um determinado número de arbitragens.

Assim, parece-nos que para apuração de tal requisito as partes devem considerar, adicionadas ao número de arbitragem que atua o candidato a árbitro, o somatório de variáveis individualizadas (subjetivas e objetivas) relativas ao profissional, como por exemplo: atividades que o candidato a árbitro exerce em paralelo a suas funções como árbitro; fatores inerentes ao seu momento de vida; comprometimento pessoal; e posição que o árbitro ocupa nos Tribunais Arbitrais dos quais participa, considerando que, como regra, a função de árbitro-presidente demanda mais tempo e disponibilidade na condução do Processo Arbitral do que o coárbitro.

No que se refere ao requisito inerente à experiência pretérita, pontua-se que a experiência é um relevante fator de confiança.

Os franceses Grandjean e Fouchard (2021) destacam que que com árbitros experientes e reconhecidos, as partes não terão certeza de

8 Art. 13. Poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz que tenha disponibilidade e a confiança das partes.

[...]

§8º O árbitro não poderá atuar, concomitantemente, em mais de dez arbitragens, seja como árbitro único, coárbitro ou como presidente do tribunal arbitral.

vencer a arbitragem – nenhum litigante pede essa garantia – mas eles se envolverão no processo – muitas vezes longo e caro – com a convicção de que reduziram o risco judicial e garantiram a esperança de uma sentença bem fundamentada, após uma arbitragem bem conduzida. Ponderam os autores que a experiência é um fator de confiança igualmente importante. Tal experiência não é mais a experiência do árbitro, mas a experiência que outros praticantes, advogados ou outros árbitros, tiveram em suas relações com o árbitro. Conceituam tal atributo sendo a experiência da experiência.

Na apuração da experiência pretérita é recomendável que o ente público consulte o próprio candidato sobre tais experiências, ademais de buscar informações na própria Administração Pública sobre como foi a atuação daquele profissional no papel de árbitro, assim como pesquisar em fontes abertas e mesmo nas Câmaras de Arbitragem.

No que concerne ao requisito referente ao número de vezes que o profissional foi indicado como árbitro pela União, enfatiza-se que esta questão é de extrema importância para se resguardar a transparência e a validade de um Processo Arbitral. Com a observância deste requisito, o ente público busca afastar a indicação repetida ou frequente de um mesmo árbitro e, por conseguinte, preservar alternância entre os profissionais a serem indicados pela União.

Registra-se que se faz recomendável adotar certa alternância entre os profissionais indicados para árbitros, como forma de assegurar a preservação da sentença arbitral e a diminuição do risco de incidentes processuais que possam levar a sua invalidação. O tema foi objeto de alerta de Carlos Alberto Carmona (2011) ao lembrar que comportamentos patológicos no Processo Arbitral, como a indicação repetida ou frequente de um mesmo árbitro deve ser reprimida.

Entre os requisitos adicionais disposto no § 2º do art. 2º da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, está o perfil do árbitro indicado pela parte contrária. Este requisito tem por finalidade assegurar a constituição de um Juízo Arbitral harmônico ou complementar, a depender das peculiaridades de cada caso concreto, considerando, para tanto, os aspectos de formação profissional dos árbitros, como a área de especialidade, nacionalidade e idioma dos componentes do Tribunal Arbitral.

Cabe destacar que o elenco acima tratado – intitulado pelo legislador de requisitos adicionais – é meramente exemplificativo, não tendo o legislador, com tal dispositivo, a intenção de exaurir o rol de atributos que devam ser considerados pela União na eleição de árbitros. Tampouco tais requisitos implicam a obrigatoriedade de sua observância, embora constituam relevante subsídio a ser considerado pelo ente público quando do processo de seleção de árbitros.

O viés que guia a análise quando da aplicação dos requisitos adicionais ora tratados é a eficiência, princípio que norteia as ações da Administração Pública. Logo, tais critérios adicionais podem ser ampliados ou suprimidos em prol da eficiência, conforme se faça necessário frente ao caso concreto. Enfatiza-se, assim, que a análise de cada caso concreto é que determinará os fatores a serem considerados pela Administração Pública no processo de definição dos árbitros, assim como o peso que será conferido a cada critério adicional envolto com a indicação em questão.

Definido o profissional que apresenta o perfil considerado adequado para atuar no caso, caberá à Administração verificar o atendimento dos seguintes critérios legais:

1. estar no gozo de sua plena capacidade civil;
2. deter a confiança das partes;
3. não estar impedido de funcionar como árbitro, considerando as relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil; e
4. não incidir em situações de conflito de interesses reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

A capacidade civil (item “1”) e as regras sobre impedimento ou suspeição de juízes (item “3” acima), constituem matérias regulamentadas por lei e devem ser averiguadas com redobrado zelo pelo ente público, pois sua inobservância invalidará o Processo Arbitral.

Dentre os critérios acima elencados, ganha especial destaque o aspecto da confiança que a parte deposita no candidato a árbitro.

Selma Lemes (2022), ao abordar o tema, adverte que a confiança é o critério definidor da atuação do candidato a árbitro, pontuando que é da confiança que deriva o dever de transparência do profissional e a obrigação de revelar quaisquer fatos ou circunstâncias que possam prejudicar a confiança nele depositada. Enfatiza a autora que a missão do árbitro é dar solução ao litígio com justiça e essa missão funda-se na confiança das partes que o nomearam. É em nome dessa confiança que se nomeia um árbitro que goze de independência para julgar com imparcialidade, posto que a independência é um pré-requisito da imparcialidade.

Quanto às Diretrizes IBA e os códigos de ética, reitera-se que tais orientações não são imperativas, pois têm finalidade pedagógica

e representam um guia referencial de modo que, a depender do caso concreto, poderá ser oportuno a sua utilização ou, em outras situações, inadequado.

Por fim, destaca-se que o art. 2º, inciso VI, da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, estabelece que caberá ao ente público verificar se o candidato a árbitro não é ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.

Percebe-se do exposto que a escolha pela arbitragem pelo ente público implica na aceitação de um sistema peculiar que propugna pela celeridade e o tecnicismo. Revela-se, assim, a importância de ter-se clareza sobre em quais fatores – critérios e diretrizes – a Administração Pública irá pautar sua decisão quando da definição de um Juízo Arbitral.

Diante de tais premissas, infere-se do sistema arbitral vigente que o processo de escolha de árbitros em âmbito Estatal formaliza-se por um ato administrativo unilateral, onde a autoridade competente, de forma motivada e discricionária, pautando-se em elementos objetivos e subjetivos, decide pela indicação de um profissional que detenha a expertise e a independência necessárias à prolação de uma decisão arbitral justa, válida e eficiente.

4. CONCLUSÃO

A arbitragem é instrumento heterocompositivo, alternativo ao Poder Judiciário estatal, utilizado para a resolução de litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. No Brasil, o instituto da arbitragem tem natureza convencional, que vem a ser exteriorizada por meio de uma convenção arbitral e estruturada por um Processo Arbitral de elevado grau de complexidade e pluralidade de atos.

A Administração Pública, ao optar pela arbitragem, o faz de forma discricionária e motivada. Ao aderir à arbitragem, o ente público anui a um sistema singular, que propugna pela celeridade e o tecnicismo, cuja lógica deve ser seguida, sob pena de desvirtuamento do instituto e, conseqüentemente, perda das vantagens que caracterizam a essência do Processo Arbitral.

A função jurisdicional na arbitragem acontece por meio da atuação de terceiros imparciais, indicados pelas partes: os árbitros. O juízo arbitral deve gozar da confiança das partes e possuir *expertise* para exercer o poder/dever de dirimir a relação conflituosa mediante a prolação de uma sentença arbitral.

O processo de escolha de árbitros pauta-se pela autonomia da vontade das partes, onde escolhem, de forma autônoma, os árbitros que entendem ter os atributos necessários para dirimir suas controvérsias.

Faz-se, assim, evidente a importância de a Administração Pública ter definido, de forma transparente e isonômica, os critérios a serem considerados na escolha dos árbitros em processos que envolvam entes públicos, uma vez que a *expertise*, a independência e a imparcialidade dos árbitros são elementos imprescindíveis para um julgamento técnico e justo, decorrente de uma decisão arbitral que detém eficácia vinculante às partes.

Inferre-se, do sistema jurídico inerente à escolha de árbitros, a proeminência de algumas regras imperativas destinadas à escolha dos árbitros pela Administração Federal, vale dizer, os candidatos a árbitros devem: i) estar no gozo de sua plena capacidade civil; ii) deter a confiança das partes; iii) deter conhecimento compatível com a natureza do contrato/litígio; e iv) o processo de escolha de árbitros observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Somam-se, ao elenco acima, critérios impeditivos à indicação de um árbitro: i) não podem ser árbitros aqueles que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil; e ii) não podem ser árbitros aqueles que se encontrem em situações de conflito de interesses, reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

Pautado no microssistema acima, temos a edição da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, que vem definir os critérios a serem valorados pela União quando da escolha dos árbitros a compor um Tribunal Arbitral.

A Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, elenca critérios que tem como objetivo definir o perfil do árbitro a ser indicado, de acordo com as características de cada processo, de forma a garantir que o árbitro tenha conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio, cabendo à União verificar: i) a formação profissional almejada; ii) a área de especialidade almejada; e iii) a nacionalidade almejada, considerando, para tanto, fatores culturais; e iv) idioma aplicável à arbitragem, quando for o caso.

Uma vez definido o perfil desejado, conferindo sequência ao processo de escolha de árbitro, a União deverá proceder à análise curricular e a produção acadêmica dos candidatos à arbitro.

Conforme o previsto na Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, há alguns fatores adicionais que podem ser levados em consideração na escolha de um árbitro: i) disponibilidade do profissional; ii) experiências

pretéritas com a atuação do profissional na condição de árbitro; iii) número de vezes que o profissional foi indicado como árbitro pela União; e iv) perfil do profissional indicado como árbitro pela parte contrária.

Por fim, no que se refere especificamente à Administração Pública Federal, conforme dispõe o art. 2º, inciso VI, da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, caberá verificar se o candidato a árbitro não é ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.

Assim, diante de todo o exposto, infere-se que o processo de escolha de árbitros em âmbito Estatal, formaliza-se por um ato administrativo unilateral, quando, de forma motivada e discricionária, pautando-se em elementos objetivos e subjetivos, a autoridade competente decide pela indicação de um profissional que detenha a expertise e a independência necessárias à prolação de uma decisão arbitral justa, válida e eficiente.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem

_____. *Decreto nº 10.025, de 23 de setembro de 2019*. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

_____. *Projeto de Lei nº 3.293/2021*. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2300144>>. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. *Portaria Normativa AGU nº 42, de 7 de março de 2022*. Estabelece critérios para a escolha de árbitros pela União em processos arbitrais de que seja parte.

CÂMARA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO – Câmara de Comércio Brasil-Canadá. *Regulamento de Arbitragem*. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento>>. Acesso em: 20 set. 2022.

CÂMARA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM. *Regulamento de Arbitragem e Mediação*. Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Administração Pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública*. Revista Brasileira de Arbitragem – Ano XIII, nº 51 – jul-ago-set 2016 – págs. 7-21.

CARMONA, Carlos Alberto. *Em Torno do Árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação: RArb, São Paulo, v. 8, n. 28, p. 47-63, jan./mar. 2011.

EL-KOSHERI, Ahmed S. e YOUSSEF, Karim Y. *L'indépendance des arbitres internationaux: le point de vue d'un arbitre*. Bulletin de La Cour Internationale d'Arbitrage da CCI, *L'indépendance de l'arbitre, Supplément spécial* 2007.

FOUCHARD, Philippe. *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*. Revue de L'arbitrage, 1996: 325/72.

GRANDJEAN, Jean-Pierre et FOUCHARD, Clément. *Le choix de l'arbitre: de la théorie à la pratique*. Cahiers de Droit de L'Entreprise nº 4 - jul-out 2012. Les Qualités des Arbitres - Dossier 21. Disponível em <<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/Jean-PierreetClement.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2020.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Diretrizes IBA sobre conflitos de interesses em Arbitragem Internacional*. Disponível em <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>>. Acesso em: 2 set. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros*. Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo: RT, v. 1, p. 103-150, 2016.

LEE, João Bosco e ASSIS PROCOPIACK, Maria Cláudia. *A obrigação de revelação do árbitro está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro "standard" universal?* In

LEMES, Selma Ferreira. *A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2017/11/06/independencia-imparcialidade-arbitro/>>. Acesso em: 2 set. 2022.

LEMES, Selma Ferreira. *O Papel do Árbitro*. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro ou instituição arbitral nas contratações públicas*. In: Revista do Estado, 285, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/inexigibilidade-de-licitacao-na-escolha-do-arbitro-ou-instituicao-arbitral-nas-contratacoes-publicas>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PEREIRA, Cesar; TALAMINI, Eduardo, QUINTÃO, Luísa. *Arbitragem e Administração Pública: sentença judicial supre cláusula compromissória vazia e determina arbitragem institucional*, in: Informativo Migalhas, nº 4.097, 24 de abril de 2017.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *“Estudos de arbitragem”*. Curitiba: Juruá, 2008.

