

Há alguma particularidade no processo de escolha de árbitros nas arbitragens envolvendo a administração pública?

Fábio Peixinho Gomes Corrêa
Bacharel, Mestre e Doutor pela USP
LLM pela Regent University (EUA)
Advogado e Professor em São Paulo

III Congresso Brasileiro de Arbitragem na Administração Pública
Abril 2022

Índice

- 1. Base Teórica**
- 2. Análise Empírica**
- 3. Inovações Normativas**
- 4. Questões**
- 5. Conclusão**

1. Base Teórica

- A arbitragem é tão boa quanto os árbitros que compõem o Tribunal (Pierre Lalive)
- A escolha do árbitro é uma declaração unilateral de vontade (Marçal Justen Filho)
- Escolha entre os nomes constantes de um rol fornecido pela instituição arbitral:

"[...] É bom lembrar que os grandes constitucionalistas e administrativistas – normalmente procurados para integrar os tribunais arbitrais onde estejam em jogo algum interesse estatal – podem ser indigestos para a Administração Pública, por já terem atuado contra o Estado, por terem se manifestado sobre caso semelhante ou por terem elaborado pareceres abordando alguma tese relevante que mostre posição contrária aos interesses do ente estatal. O Estado, entre outros termos, não se sentirá confortável em apontar para o tribunal alguém que tenha claro posicionamento antipático em relação a certas posturas por ele adotadas, de modo que, se houver lista impositiva, esta deve ser pesquisada com cuidado pelo Estado antes de aceitar determinada instituição arbitral, sob pena de encurtar desnecessariamente suas opções de escolha."

Carlos Alberto Carmona



2. Análise Empírica

2.1. Fontes de informação (pesquisa entre advogados):

1a Ordem: Contatos profissionais em arbitragens anteriores

2a Ordem: Palestras ou artigos especializados do profissional

2.2. Universo de escolha (pesquisa entre advogados):

1a Ordem: Profissionais que já vi atuando como árbitro

2a Ordem: Profissionais com boa reputação na área da arbitragem

2.3. Critérios para escolha (pesquisa entre advogados):

1a Ordem: Confiança na idoneidade do profissional

2a Ordem: Especialização na matéria em litígio



3. Inovações Normativas

Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021):

“Art. 154. **O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais** e dos comitês de resolução de disputas **observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.**”

Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 203: “O processo de escolha, pela Administração Pública, daqueles que atuarão como terceiros facilitadores em métodos extrajudiciais de resolução de conflitos em que o Poder Público figurará como parte, prescinde de prévio procedimento licitatório, **devendo a decisão ser motivada** e ser observadas as disposições do art. 154 da Lei n. 14.133/2021.”



3. Inovações Normativas

Portaria Normativa AGU n. 42, de 7 de março de 2022

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

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.”



3. Inovações Normativas

Portaria Normativa AGU n. 42, de 7 de março de 2022

“§ 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 do 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.”



4. Questões

1. A ausência de sigilo de arbitragens com a administração pública contribuiria para o processo de escolha de árbitros?
2. Haveria restrições para indicação de administrativistas sem experiência anterior em arbitragem, considerando o assunto discutido?
3. Há revelações específicas para processos com administração pública?
4. O exercício da função de Procurador de ente da Administração Direta ou Indireta impede ou limita a atuação como árbitro?



4. Questões

5. O Decreto n. 64.356/19 do Estado de São Paulo que trata da arbitragem com a administração pública prevê o dever de o árbitro revelar “existência de demanda por ele patrocinada ou por escritório do qual seja associado, na qual se discuta tema correlato àquele submetido ao respectivo procedimento arbitral” (art. 11, parágrafo único). A revelação da existência dessa demanda pode representar causa de impedimento?
6. Se a resposta à pergunta anterior for positiva, os Procuradores de outros Estados estão impedidos de serem árbitros em casos de São Paulo que tenham objeto análogo?



4. Questões

7. As listas de árbitros das Câmaras oferecem muitas ou poucas opções de árbitros com experiência em arbitragem com a administração pública?
8. A indicação do mesmo árbitro de forma repetida por diferentes entes da administração pública pode afetar sua independência?
9. A prolação de sentença em arbitragem envolvendo a administração pública prejudica a imparcialidade para o árbitro atuar em arbitragem subsequente com objeto similar (“issue conflict”)?
10. Eventual aprovação do projeto de lei que prevê a arbitragem tributária traz para o árbitro o dever de considerar os precedentes arbitrais para que haja o tratamento isonômico dos contribuintes?



5. Conclusão

“Houve um aumento da participação do setor público em arbitragens, passando a representar quase 17% (16,66%) dos novos casos entrantes em 7 Câmaras de Arbitragem. Note-se que esse percentual em 2018 era de quase 10%. Provavelmente o aumento da participação da administração pública em arbitragens se deve a solicitações de indenizações por rompimento contratual, equilíbrio econômico financeiro de contratos, referentes a concessões e em contratos de parceria público-privada.

Vislumbra-se, neste momento de pandemia do COVID 19 e provavelmente em fases posteriores, que se as negociações e mediações originadas de contratos firmados com a administração pública direta e indireta resultarem infrutíferas, haverá incremento no número de arbitragens com a participação da administração pública.”



Selma Lemes



Obrigado!

Americas | Asia | Europe | Middle East

tauilchequer.com

Mayer Brown is a global services provider comprising associated legal practices that are separate entities, including Mayer Brown LLP (Illinois, USA), Mayer Brown International LLP (England), Mayer Brown (a Hong Kong partnership) and Tauil & Chequer Advogados (a Brazilian law partnership) (collectively the "Mayer Brown Practices") and non-legal service providers, which provide consultancy services (the "Mayer Brown Consultancies"). The Mayer Brown Practices and Mayer Brown Consultancies are established in various jurisdictions and may be a legal person or a partnership. Details of the individual Mayer Brown Practices and Mayer Brown Consultancies can be found in the Legal Notices section of our website. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of Mayer Brown. © 2018 Mayer Brown. All rights reserved. Attorney Advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.