

Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros*

Marçal Justen Filho**

1 Colocação do problema

A arbitragem consiste na composição de um litígio por um ou mais sujeitos privados, que são independentes das partes litigantes e cuja decisão produz efeito de coisa julgada e vincula o próprio Estado. Essa solução depende da escolha consensual de submeter um litígio à arbitragem¹.

O presente estudo versa sobre o vínculo jurídico instaurado entre as partes litigantes e os terceiros (sejam árbitros², sejam instituições de arbitragem) que atuarão no desempenho das funções de arbitragem. As considerações quanto à natureza desse vínculo jurídico são relevantes para o exame da arbitragem no âmbito da Administração Pública, em especial no que se refere à incidência da disciplina das licitações e contratos administrativos.

2 A controvérsia no direito comparado

A doutrina estrangeira considera duas alternativas teóricas para determinar a natureza da relação jurídica entre as partes e a câmara de arbitragem e o árbitro.³

2.1 A teoria contratualista

A posição prevalente na maioria dos países de direito continental (*Civil Law*) é a contratualista. Existiria um contrato bilateral entre as partes e o árbitro. Se houver a intervenção de uma câmara arbitral, o contrato passaria a ser triangular.

Mas essa concepção comporta uma pluralidade de variáveis. Como afirma uma especialista,

*A natureza ou classificação desse contrato permanece controvertida e incerta. Alguns interpretam esse relacionamento como um contrato de 'mandato', enquanto outros o classificam como um contrato de prestação de serviços [...].*⁴

Não é estranhável ponderar, então, que

*[...] nós duvidamos que um empresário, se parasse para pensar, admitiria que estaria praticando um contrato ao indicar um árbitro. Esse tipo de indicação não é semelhante à escolha de um contador, de um arquiteto ou de um advogado. Na verdade, não tem nada a ver com isso [...].*⁵

A controvérsia é reconhecida pela própria jurisprudência. Uma decisão de 1984 da Corte de Genebra sumariou as diversas concepções vigentes sobre o tema no direito estrangeiro. O texto tem a seguinte redação:

É difícil determinar a natureza jurídica da relação que vincula os árbitros à partes. Segundo Brosset (FJS Nr 464^o), 'alguns (autores) consideram que existe um ato unilateral de nomeação ao qual apenas o direito público é aplicável. Essa opinião parece difícil

* Este artigo foi originalmente publicado na *Revista Brasileira da Advocacia*, n. 1, pp. 103-150, abr./jun. 2016.

** Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP. Advogado.

¹ A definição é assumidamente simplista. A finalidade deste estudo não é examinar o conceito de arbitragem. Para um aprofundamento do tema, confirmam-se, dentre outras, as seguintes obras: BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3. ed., São Paulo: RT, 2013; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009; LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007; CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/1996*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

² A arbitragem pode ser desenvolvida mediante a atuação de um árbitro único. Essa é uma solução anômala e incomum, no entanto, quando se trata de litígios envolvendo a Administração Pública. Na prática, a esmagadora maioria dos casos envolve um painel arbitral — ou seja, composto por uma pluralidade de árbitros. Este estudo alude genericamente à arbitragem envolvendo uma pluralidade de árbitros. Tal se destina tão somente a evitar o incômodo de ressaltar, a cada passagem, a existência de alternativas teóricas distintas.

³ Sobre o tema, confirmam-se os ensinamentos de SERAGLINI, Christophe; ORTSCHIEDT, Jérôme. *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris: Montchrestien, 2013, pp. 14-23.

⁴ LAGARDE, Mercedes Torres. "Liability of Arbitrators in Dubai: Still a Safe Seat of Arbitration". *ASA Bulletin*, v. 33, issue 4. Kluwer Law International, 2015, pp. 780-807 (original em inglês).

⁵ MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. *Commercial Arbitration*. 2nd ed. Lexis Nexis, 1989 (original em inglês).

de defender, porque o árbitro não está obrigado a aceitar a missão que lhe é ofertada. Outros autores pensam que existe, ao contrário, um contrato sui generis de direito privado ou um verdadeiro mandato, ou mesmo um contrato de trabalho'. Habscheid (*Droit judiciaire privé suisse*, 2nd ed., 1981, at. 562) sustenta que 'a relação jurídica entre o árbitro e as partes é uma relação jurídica de direito privado decorrente de um contrato entre o árbitro e as partes (sic)... (página '277'). O contrato é similar à execução de serviços. Rüede/Hadenfeldt (*Schweizerisches Schiedsgerichtrecht*, 1980, at. 147) escrevem que as regras do mandato devem ser aplicadas.⁶

2.2 A teoria do *status*

No âmbito dos países de tradição anglo-saxã (*Common Law*), prevalece a concepção do *status*. Segundo esse enfoque, a natureza da atividade desempenhada pelo árbitro implica submeter o relacionamento existente àquele reservado para os membros do Poder Judiciário estatal.

Alguns autores afirmam que a teoria do *status* não implica afastar a teoria contratual. Nesse sentido,

A ideia de que os árbitros usufruem de um 'status' obviamente não é incorreta. A sua função como juízes privados é muito peculiar para resultar exclusivamente das intenções das partes privadas. Para que eles assumam o poder jurisdicional ..., os árbitros (e com eles o inteiro instituto da arbitragem) movem-se dentro de um esquema legal e procedimental que vai muito além das partes e dos seus juízos escolhidos numa dimensão de caso a caso... Em outras palavras, o fato de árbitros internacionais serem investidos de um 'status' simplesmente significa que o contrato do qual derivam seus poderes não pode excluir a aplicação dos princípios fundamentais que governam a resolução de disputas em qualquer fórum.⁷

2.3 O núcleo da controvérsia no direito comparado

Essa discussão se instaurou no direito comparado em vista de reflexos práticos muito específicos e determinados.

⁶ Coriman International SA en liquidation judiciaire v. Batima SA and Auxiba SA., Geneva Court of Justice, 10 February 1984 in *Journal of International Arbitration*, v. 1, issue 3. Kluwer Law International, 1984, pp. 277-278 (original em inglês).

⁷ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999 (original em inglês).

2.3.1 A questão do controle da atuação dos árbitros

Trata-se especialmente de determinar a extensão da autonomia dos árbitros, os deveres que disciplinam a sua atividade, o regramento de sua responsabilidade pessoal e o controle jurisdicional de sua conduta.

O reconhecimento da natureza contratual da investidura do árbitro relaciona-se diretamente com a afirmação da existência de deveres de diligência e honestidade que norteiam o desempenho de suas funções. A incidência do regime puramente privado e contratual permite a aplicação de regras inerentes à atividade negocial e à responsabilidade civil por inadimplemento contratual. Nesse sentido, diferenciam-se as atuações do juiz estatal e do árbitro.

2.3.2 As dificuldades enfrentadas no direito comparado

A discussão acima sumariada é muito relevante porque se relaciona com um tema complexo no direito comparado. Trata-se do controle dos atos estatais. Em muitos países, há limitações intensas à revisão de atos produzidos pelo Estado, especialmente no tocante ao desempenho da função jurisdicional.

Portanto, a negativa da teoria contratual poderia submeter o controle da atuação dos árbitros ao regime próprio dos atos estatais, o que poderia significar a existência de parâmetros de controle muito reduzidos. Tal redundaria em riscos insuportáveis para o instituto da arbitragem.

2.4 A análise da questão em face do direito brasileiro

A teorização do direito comparado reflete pressupostos jurídicos distintos daqueles vigentes no Brasil. Isso não implica desmerecer as concepções do direito comparado. Mas é necessário trazer à consideração as peculiaridades que o tema apresenta no direito brasileiro — e que, se fossem tomadas em vista pelo pensamento alienígena, conduziriam certamente a resultados diversos dos ora considerados.

3 A dimensão consensual da arbitragem

Certamente, a instauração de uma relação entre as partes litigantes e os árbitros é uma decorrência da convenção de arbitragem.

3.1 A natureza "contratual" da arbitragem

É inquestionável que o pacto de arbitragem tem natureza convencional. Mas daí não se segue que a arbitragem e todas as suas demais derivações jurídicas apresentem natureza propriamente contratual.

3.1.1 A ausência de configuração de um contrato

A complexidade da arbitragem se evidencia pela própria manifestação consensual de vontade que lhe dá origem. É problemático assemelhar esse acordo de vontades à figura de um contrato propriamente dito.

O contrato se caracteriza pela obrigação de pelo menos uma das partes realizar uma prestação em favor da outra.⁸ Nesse sentido, há os contratos unilaterais e os contratos bilaterais (em que há constituição de obrigações para ambas as partes). Costuma-se aludir a contratos plurilaterais (ou organizacionais), em que as partes disciplinam a conjugação de esforços e recursos comuns para o desenvolvimento de atividades futuras de interesse recíproco.⁹

O acordo de vontades prevendo a solução arbitral não determina diretamente a obrigação de uma das partes realizar prestação em favor da outra, ou de ambas as partes executarem prestações recíprocas. E claramente não se trata de um contrato organizacional.

3.1.2 A finalidade da convenção de arbitragem

A convenção que prevê a arbitragem tem por objeto a atribuição a um terceiro da função de compor litígio, com eficácia vinculante não apenas em face das próprias partes, mas do próprio Estado. Trata-se de afastar a regra genérica que reserva ao Estado-Jurisdição a competência para composição de litígios.

Nenhuma das partes do pacto de arbitragem se obriga a realizar uma prestação em favor da outra — nem mesmo de modo indireto. O efeito da convenção de arbitragem reside numa manifestação de renúncia ao direito de recorrer ao Poder Judiciário para a composição jurisdicional de litígio.

Seria de duvidosa procedência a tese de que a convenção de arbitragem implicaria também a assunção de deveres patrimoniais e não patrimoniais, necessários à implementação da arbitragem. Esse entendimento é problemático porque a recusa da parte em adotar tais condutas não configura uma infração ao pacto de arbitragem. Assim, por exemplo, a recusa da parte em indicar um árbitro e a ausência de pagamento das despesas atinentes à arbitragem

não se traduzem, propriamente, em “inadimplemento contratual”¹⁰.

3.1.3 A questão dos requisitos de validade

É inquestionável que a convenção de arbitragem, em qualquer de suas modalidades, consiste em um acordo de vontades, que reflete a autonomia jurídica das partes e exterioriza uma competência de natureza normativa. Negar-lhe a natureza propriamente contratual não implica rejeitar a proximidade entre os institutos. Justamente por isso, os requisitos de validade da convenção arbitral são basicamente os mesmos exigidos em vista dos demais negócios jurídicos.

4 A natureza jurídica do vínculo com as partes

A natureza jurídica do vínculo entre as partes e os árbitros¹¹ reflete a natureza jurídica da própria arbitragem.

4.1 A amplitude da relação jurídica de arbitragem

O vínculo entre as partes e os árbitros é uma faceta da própria arbitragem. Isso não significa afirmar que a natureza da arbitragem decorre da natureza da convenção arbitral.

4.1.1 A distinção necessária

As duas questões são muito diversas. A natureza jurídica da convenção de arbitragem não se confunde com a natureza jurídica da própria arbitragem. Basta considerar os sujeitos que integram as duas relações jurídicas. A convenção de arbitragem é pactuada entre as partes. Os árbitros não são partes na convenção de arbitragem, ainda que se vinculem à arbitragem.

O tema objeto de estudo envolve uma outra questão, que é a natureza jurídica do vínculo entre as partes litigantes e os árbitros (e a câmara arbitral). Se a arbitragem é um meio de composição de conflitos mediante a atuação de árbitros privados, isso implica a existência de um vínculo jurídico entre os árbitros e as partes litigantes.

⁸ Em sentido amplíssimo, contrato é todo acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. A orientação acima adotada reflete uma concepção mais restrita.

⁹ ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 266-267.

¹⁰ A rejeição à natureza contratual da arbitragem não implica, no entanto, a denegação da existência do dever de a parte arcar com os custos inerentes. São duas questões distintas e inconfundíveis.

¹¹ Neste primeiro momento, o exame será centrado apenas no vínculo entre as partes e os árbitros. Retornar-se-á posteriormente à avaliação da questão relativa ao relacionamento entre as partes e a câmara arbitral.

Logo, a relação jurídica estabelecida entre as partes e os árbitros é uma faceta essencial à própria arbitragem.

4.1.2 A inviabilidade da duplicação da questão

É incorreto duplicar a questão e afirmar que a relação jurídica entre as partes e os árbitros envolve uma questão distinta da própria relação jurídica de arbitragem.

Nem teria cabimento estabelecer uma espécie de diferenciação temporal, supondo que a atividade de indicação do árbitro envolveria um vínculo jurídico que se encerraria quando instaurada a arbitragem. Existe um relacionamento jurídico que se desenvolve ao longo do tempo, dotado de elevado grau de complexidade.

A complexidade traduz-se na existência de uma pluralidade de etapas procedimentais. Desencadeada a causa jurídica apta à instauração da arbitragem, o procedimento se inicia mediante atos jurídicos das partes litigantes. O painel arbitral é composto usualmente a partir de escolhas das partes litigantes — mas não apenas e nem sempre diretamente delas¹². Na sequência, os árbitros iniciam a sua atuação, que deve concluir por uma decisão.

A pluralidade de etapas procedimentais não reflete uma pluralidade de relações jurídicas distintas. Há uma relação jurídica complexa, vinculando as partes e os árbitros. É juridicamente impossível, por isso, diferenciar a natureza jurídica da relação entre as partes e os árbitros da relação jurídica propriamente dita de arbitragem.

4.2 A determinação da natureza jurídica da arbitragem

A discussão sobre a natureza do vínculo jurídico instaurado em virtude da arbitragem se desenvolve de há muito, inclusive no direito comparado. O debate contempla as já referidas fórmulas da natureza contratual e da natureza jurisdicional (*status*) do instituto.

No âmbito da doutrina processualista brasileira, Alexandre Câmara afirma que

*Há, basicamente, duas orientações doutrinárias acerca da natureza da arbitragem. Uma primeira corrente defende ter a arbitragem uma natureza privatista, enquanto outra corrente, claramente dominante, defende a natureza jurisdicional da arbitragem. Parece-me que as duas posições são criticáveis [...]*¹³.

Para os fins do presente estudo, serão consideradas essas duas principais posições sobre o tema.

5 As teses da formação contratual do vínculo

A concepção privatista relaciona-se diretamente com o reconhecimento de que a arbitragem resulta de uma convenção entre as partes. Logo, a atuação dos árbitros seria uma decorrência desse pacto entre as partes litigantes, sem que tal implicasse que a arbitragem seria a mera execução do “contrato de arbitragem” (figura que, como já acima indicado, não pode ser admitida).

5.1 O relacionamento jurídico entre os litigantes e terceiros

A instauração efetiva da arbitragem envolve, usualmente (mas não necessariamente), uma atuação consensual entre os litigantes. As partes podem acordar sobre a escolha de uma câmara arbitral — o que implica a necessidade de consenso. Por outro lado, cada parte deve indicar um árbitro, cabendo em geral aos dois árbitros escolhidos a indicação de um terceiro¹⁴.

Essas atividades jurídicas pressupõem uma atuação voluntária das partes litigantes. Isso não significa, no entanto, a existência de contrato entre elas e os terceiros.

¹² São admitidas diversas soluções quanto a isso. Há casos em que as partes elegem um regulamento que atribui a uma instituição o poder de nomeação do árbitro. A Lei 9.307 determina que a nomeação poderá ser realizada pelo Judiciário (Art. 7º, § 4º - “Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio”)

¹³ Ob. cit., p. 11. FRANCISCO JOSÉ CAHALI coloca a questão em outros termos: “São basicamente quatro as teorias a respeito: privatista (contratual), jurisdionalista (publicista), intermediária ou mista (contratual-publicista) e a autônoma” (Ob. cit., p. 92).

¹⁴ Não existe impedimento a que as partes estabeleçam, especialmente na hipótese de cláusula compromissória, uma disciplina anterior ao surgimento do litígio, disciplinando a constituição do tribunal arbitral na hipótese de future litígio. Isso pode compreender inclusive a previsão de que todos os árbitros serão indicados pela instituição arbitral, por exemplo.

5.2 O contrato como resultado da fusão de vontades

A existência do contrato pressupõe, em primeiro lugar, a fusão das vontades das partes, de modo a produzir um ato jurídico uno. Ademais, é indispensável que o conteúdo da relação jurídica seja determinado pela vontade conjunta das partes.

Em muitos casos, há manifestações consensuais de vontade de natureza unilateral, que se produzem de modo sucessivo e que não se fundem entre si. Em tais casos, não há contrato.

Basta um exemplo para permitir a compreensão da questão. Considere-se o vínculo jurídico entre Administração e servidor público. Imagine-se a hipótese de investidura em cargo de provimento efetivo, mediante concurso de provas e títulos. Um particular inscreve-se para participar de um concurso. A Administração defere a inscrição. Há dois atos voluntários, que retratam uma manifestação de vontade. É evidente, no entanto, que não se configura um contrato. Os dois atos permanecem diferenciados entre si. São dois atos voluntários unilaterais, de existência sucessiva, que mantêm a identidade própria.

Suponha-se que o sujeito seja aprovado no concurso, ocorra a sua nomeação e ele tome posse. Esse cenário também não é configurável como um contrato: há uma sucessão de atos unilaterais, de natureza voluntária e que refletem manifestações de vontade que não se conjugam para produzir um ato jurídico bilateral. Há o surgimento de uma relação jurídica específica, para a qual foi indispensável a vontade das partes. Mas não se configura a existência de um contrato.¹⁵

5.3 As obrigações decorrentes de atos voluntários unilaterais

O direito admite, então, o surgimento de relações jurídicas fundadas em atos voluntários unilaterais, que se produzem de modo sucessivo e que não apresentam natureza contratual. Nessa categoria enquadram-se os

¹⁵ Um exemplo marcante envolve a própria relação jurídica processual judicial. A instauração do processo judicial pressupõe o exercício do direito de ação, que se faz pela atuação unilateral do autor. O Estado-Jurisdição é provocado e convoca o réu a se defender. Surge uma relação jurídica triangular, que é implementada pelas atuações voluntárias e unilaterais de diversos sujeitos. Isso não implica reconhecer que a relação processual judicial tem natureza contratual. Por outro lado, os exemplos fornecem a indicação de que a atuação do árbitro envolve o exercício de uma função de natureza pública. O tema será examinado adiante.

atos de escolha e aceitação dos árbitros e da câmara arbitral, uma vez que não há fusão de vontades, e tanto bastaria para rejeitar as teorias contratualistas.

5.4 Ainda a hipótese do negócio jurídico não contratual

Mas até é possível que a escolha da instituição arbitral se faça mediante consenso entre as partes. Existirá, então, um negócio jurídico. A vontade das partes se funde para produzir um ato jurídico único, de natureza negocial. Não se produz, no entanto, um “contrato” propriamente dito entre as partes¹⁶, tampouco um contrato entre as partes e a câmara arbitral. As partes, de comum acordo, indicam a câmara. Cabe a essa aceitar ou rejeitar a indicação. Até se poderia aludir a um ato coletivo, que consiste numa manifestação de vontade única, produzida pela atuação de uma pluralidade de sujeitos em posição homogênea — tal como se passa, por exemplo, com a deliberação de uma assembleia geral.

6 A escolha e aceitação dos árbitros e da câmara arbitral

A efetiva instauração da arbitragem envolve a (eventual) escolha de uma câmara arbitral e a indicação dos árbitros.

6.1 A escolha dos árbitros

A escolha do árbitro configura um ato jurídico unilateral (ressalvada a hipótese de escolha consensual) de cunho discricionário, por meio do qual a parte formula uma avaliação sobre a presença dos requisitos desejáveis e necessários ao bom desempenho da função de árbitro.

¹⁶ Não é demais lembrar que os negócios jurídicos plurilaterais podem ser classificados em contratos e acordos. ORLANDO GOMES, acentuando a influência do Direito Público nessa construção, dizia prevalecer o entendimento de que “Contrato e acordo são negócios que devem ser distinguidos pelo modo de constituição. Por este critério, a distinção baseia-se na estrutura do concurso de vontades. No contrato, as partes têm interesses contrapostos, ou pelo menos divergentes, motivo por que procuram harmonizá-los, ajustando as respectivas declarações de vontade a uma vontade comum [...]. No acordo, os sujeitos têm o mesmo intento.” E que, para se admitir a existência de acordos, necessário apenas que “se reconheça a existência de negócios plurilaterais dos quais não resultam para as partes, pelo menos imediatamente, direitos e obrigações recíprocas como se verifica com os contratos” (Introdução ao direito civil. 19. ed. atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 289 e 291).

6.1.1 A declaração unilateral de vontade

Esse ato 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 outros obstáculos.

6.1.2 A desnecessidade de escolha “consensual” dos árbitros

Havendo um árbitro único, a alternativa usual é a escolha consensual das partes. No entanto, essa solução não é necessária — inclusive porque a ausência de concordância entre as partes não impede a instauração da arbitragem. Assim se passa porque o árbitro pode ser indicado pela instituição escolhida ou pelo Poder Judiciário.

Nos casos mais usuais, em que há pluralidade de árbitros, cada parte é investida na titularidade do poder jurídico para indicar um deles.

6.1.3 A indicação do árbitro pela parte

No modelo praticado usualmente, cada parte indica um árbitro. Cada parte é investida de autonomia para escolher o árbitro. Portanto, nem sequer é cabível afirmar que as duas partes emitiriam uma manifestação de vontade consensual, que seria aceita pelos árbitros, gerando uma figura contratual.

Afinal, cada parte litigante realiza uma escolha própria ao indicar um dos árbitros. Existem duas séries de atos unilaterais, cada uma delas proveniente de uma das partes e cada qual orientada à indicação de um dos árbitros.

6.1.4 A posição de cada parte quanto ao árbitro indicado pela outra

Logo, não existe a participação da parte litigante relativamente ao árbitro indicado pela outra parte. Existe um poder jurídico de discordância quanto à indicação¹⁷. Mas essa discordância não traduz uma manifestação discricionária de vontade. Nem pode ser imotivada. Depende da invocação da ausência de requisito indispensável à atuação do sujeito como árbitro.

A circunstância de que incumbe à outra parte escolher concordar com a indicação e não arguir a ausência de um requisito indispensável à atuação do árbitro não infirma o raciocínio.

6.1.5 A questão da escolha do terceiro árbitro

Por outro lado, é impossível defender a existência de ato consensual das partes litigantes relativamente à escolha do terceiro árbitro. Esse é usualmente¹⁸ escolhido pelos dois árbitros, de comum acordo¹⁹. Não existe qualquer manifestação de vontade vinculando o terceiro árbitro e cada uma das partes em litígio.

6.1.6 A indicação do árbitro sem participação da parte

Por outro lado, o sujeito pode ser investido na condição de árbitro independentemente da manifestação de vontade da parte litigante. Se houver omissão ou recusa da parte em exercitar a sua faculdade, serão adotadas soluções que conduzirão à escolha de árbitro sem a participação do litigante. Isso não produzirá qualquer efeito jurídico relevante relativamente à arbitragem propriamente dita.

6.2 A impossibilidade de alteração por vontade unilateral

Anote-se que a concepção contratualista da investidura dos árbitros conduziria à inevitável possibilidade de alterações consensuais. Assim, cada parte poderia retirar o seu consentimento à “contratação” do árbitro que indicou. Mas assim não o é. Se uma parte arrepender-se quanto à indicação por ela própria realizada quanto ao árbitro, caber-lhe-á apenas formular um protesto invocando alguns dos fundamentos previstos genericamente para a recusa da autoridade julgadora. Cabe-lhe apontar fatos que indicam o impedimento ou a suspeição e que induzem a ausência de imparcialidade do árbitro.

6.3 A questão das câmaras arbitrais

A câmara arbitral desempenha um conjunto de atividades orientadas a assegurar o desenvolvimento da arbitragem, de modo a preservar e a garantir a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do árbitro.

¹⁷ Aliás, a recusa pode ser exercitada quanto ao árbitro indicado pela própria parte. A hipótese não é comum, mas pode ocorrer. Basta que a parte alegue o desconhecimento no momento da indicação do motivo gerador do impedimento. Outra alternativa seria a ocorrência de evento superveniente.

¹⁸ Como já apontado, admitem-se outras soluções para a escolha dos árbitros, inclusive do terceiro.

¹⁹ É desnecessário anotar que a indicação consensual do terceiro árbitro não implica a existência de um contrato entre os dois árbitros indicados pelas partes.

6.3.1 As atividades ancilares

A câmara arbitral desenvolve atividades secundárias e dependentes, relativamente à arbitragem propriamente dita²⁰. Mas todas as atuações por ela desempenhadas são relacionadas à arbitragem.

6.3.2 A ausência de prestação à parte de utilidade autônoma

A atuação da câmara arbitral não é orientada, portanto, a fornecer uma utilidade autônoma à parte litigante. Não se trata de disponibilizar instalações físicas, serviços de assessoramento ou qualquer outro benefício destinado à utilização pela parte no desempenho de suas atividades próprias.

Toda e qualquer atuação da câmara, mesmo quando dela usufrua a parte, é um meio para assegurar o desenvolvimento satisfatório da função arbitral.

Portanto, numa terminologia menos técnica, pode-se afirmar que uma câmara de arbitragem “presta serviços” às partes. Mas não se instaura entre a parte e a câmara arbitral um contrato para prestação de serviços. Sob o prisma mais rigoroso, a atuação da câmara de arbitragem é orientada a satisfazer os interesses transcendentais da comunidade. Não existe uma relação contratual entre as partes e a câmara. Nem há qualquer manifestação de comutatividade no relacionamento estabelecido.

6.3.3 A escolha de comum acordo entre as partes

Há casos em que as partes formulam escolha de comum acordo relativamente à câmara arbitral. Essa decisão não produz, de modo automático, o surgimento de um vínculo jurídico entre as partes e a câmara arbitral. Caberá à câmara um ato de aceitação. Sem a manifestação de aceitação pela Câmara não se instaura relação jurídica alguma entre ela e os litigantes.

6.3.4 A escolha imposta e a adesão da outra parte

Admite-se a possibilidade de que a escolha da câmara seja imposta por uma das partes. A outra a isso se submeterá. É a solução que possivelmente será praticada no âmbito da Administração Pública.

A imposição unilateral e a aceitação da outra parte ou a inserção da cláusula compromissória com previsão de arbitragem institucional num contrato

de adesão não implicam o surgimento de relação contratual entre os litigantes e a câmara arbitral. Permanece a mesma situação já exposta: existem atos voluntários unilaterais, que não se fundem para produzir um contrato.

6.3.5 A indicação pelo Poder Judiciário

Aliás, é perfeitamente possível que a determinação da câmara arbitral resulte de decisão judicial. Basta que as partes não cheguem a acordo quanto a isso, nos casos em que o tema não estiver predeterminado na convenção de arbitragem.

6.3.6 A fixação consensual de limites e restrições

Admite-se que as partes estabeleçam condições e limites à atuação da câmara ou do árbitro. Daí tampouco se segue que se configure um acordo de vontades de natureza contratual.

Não seria exagero lembrar que a Administração, ao prever a realização de um concurso público, fixa as condições de data, local e duração das provas. O candidato que aceita tais condições e desempenha a sua atuação em conformidade com elas não está pactuando um contrato com a Administração. Nem se passa diversamente no âmbito mesmo do processo judicial, que admite negócios processuais entre as partes.

Tal como ocorre nos exemplos acima fornecidos, as delimitações impostas pelas partes são vinculantes para a câmara e para os árbitros, sem que tal implique a existência de um contrato. Cabe à câmara arbitral e ao árbitro a faculdade de recusar a indicação, se com ela discordarem. Mas a indicação é um ato unilateral, tal como também o é a aceitação.

6.3.7 O vínculo jurídico equivalente

Assim, o vínculo jurídico estabelecido entre as partes e a câmara arbitral apresenta natureza jurídica equivalente àquele instaurado com os árbitros. Trata-se de providenciar uma solução que permita o desenvolvimento de um processo arbitral que observe todas as garantias e envolva a atuação de um julgador imparcial.

7 As teses contratualistas sobre o vínculo propriamente dito

A formação do vínculo entre as partes litigantes e os árbitros (e a câmara arbitral) não configura um

²⁰ Lembre-se que a participação da câmara arbitral não é uma condição necessária para a existência da arbitragem. Pode haver o processo arbitral conduzido exclusivamente pelos árbitros (arbitragem *ad hoc*).

contrato. Mas a natureza da relação jurídica constituída também não se enquadra no conceito de contrato.

7.1 A tese do contrato de mandato

Uma das teses contratualistas sustenta que o árbitro é um mandatário da parte. Essa orientação não pode ser aceita.

O mandatário deve atuar sempre no interesse da parte e seus atos são diretamente imputados ao mandante. Isso não ocorre no tocante aos árbitros. Eles desempenham atividades em nome próprio e sua atuação não é norteada a dar concretude à vontade das partes, mas a promover a extinção do conflito mediante a aplicação do direito ao caso concreto.

A teoria do mandato apenas reflete um aspecto inerente à atividade dos árbitros — que costuma ser apontada a propósito da função jurisdicional. Trata-se da substitutividade que caracteriza a heterocomposição dos litígios. Ao invés de definirem a solução mediante a sua atuação própria, as partes se valem de outrem nos casos de atuação jurisdicional. Os árbitros se “substituem” às partes, na acepção de que determinam a solução que prevalecerá.

Nem no caso da arbitragem, nem nas demais hipóteses de atuação de terceiros, existe algum tipo de mandato. Definitivamente, o árbitro não é um representante das partes.

7.2 A tese do “contrato de prestação de serviços”

A tese do contrato de prestação de serviços funda-se no entendimento de que os árbitros aplicam os seus esforços para produzir um resultado que se reflete num benefício para a parte do litígio. Basta levar adiante o exame para reconhecer a improcedência dessa tese.

7.2.1 A realização de esforços pessoais no interesse de terceiro

É inquestionável que o desempenho da função de árbitro envolve a realização de esforços, que são desenvolvidos não no interesse próprio. É verdade que, num contrato de prestação de serviços, o prestador aplica os seus esforços para produzir um resultado de interesse alheio. Mas daí não se segue que em toda e qualquer situação em que um sujeito aplique os seus esforços para produzir um benefício para terceiro existiria um contrato de prestação de serviços.

Ninguém ousará defender, por exemplo, que o registro de um certo documento em Cartório de Títulos e Documentos configuraria um “contrato de prestação

de serviços” entre o interessado e o cartorário, embora se trate de situação em que o cartorário aplica seus esforços para produzir resultado de interesse alheio.

7.2.2 A pluralidade de partes e a inviabilidade da tese

A tese é ainda mais insustentável porque a arbitragem produz um vínculo jurídico que abrange todos os árbitros e todas as partes. Não se formam vínculos autônomos entre cada parte e cada árbitro. O árbitro indicado por uma das partes não é um “prestador de serviço” em favor dela.

A situação jurídica do terceiro árbitro é idêntica à dos outros dois. A ausência de relação contratual entre o terceiro árbitro e cada uma das partes é idêntica à relação entre cada árbitro e a parte que o indicou.

7.2.3 A ausência de prestação “em favor” da parte

Tampouco se pode defender que a atuação dos árbitros seria uma prestação executada “em benefício” das partes. Afigura-se inquestionável a existência de um dever de fazer recaindo sobre o árbitro. Mas esse dever não tem por objeto produzir um benefício para a parte.

7.2.4 A ausência de prestação economicamente avaliável

Nem é cabível reconhecer algum conteúdo patrimonial na prestação desenvolvida pelos árbitros. A decisão arbitral não é um objeto economicamente avaliável — ainda que verse sobre pretensões externadas pelas partes e que apresentem valor econômico.

7.2.5 O conteúdo do “serviço”

O “serviço” prestado pelo árbitro consiste na produção de decisão destinada a compor o conflito. Essa atuação destina-se a promover a reintegração da ordem jurídica, perturbada pelo conflito de interesses instaurado entre as partes. Portanto e rigorosamente, a atuação dos árbitros apresenta um cunho de relevância social, constituindo-se numa solução privada para evitar a necessidade de movimentação do Poder Judiciário estatal.

7.2.6 O dever de satisfazer o direito, não o interesse da parte

O árbitro tem a obrigação de desempenhar a sua função com absoluta imparcialidade, com total dedicação, visando produzir a decisão mais conforme à ordem jurídica.

Portanto, sua posição jurídica em face da parte não consiste em atender às necessidades dela, em obedecer às suas orientações ou em favorecê-la.

Se o árbitro “presta serviços” — construção que deve ser adotada com cautela —, tais serviços são desenvolvidos no interesse não de cada uma das partes. O árbitro atua visando promover a paz social e a realização dos valores jurídicos fundamentais.

7.2.7 A questão da “competência-competência”

Ou seja, a atividade desempenhada pelo painel arbitral apresenta uma dimensão supraindividual. Ainda que a instauração da arbitragem dependa de uma decisão consensual das partes, a atuação dos árbitros se configura como uma função de natureza pública (ainda que não estatal).

Isso se traduz na atribuição aos árbitros da competência para determinar a própria competência²¹. Essa decisão apresenta cunho vinculante em face do Estado²², mas apresenta efeito vinculante, antes de tudo, em face das próprias partes. Se existisse um contrato de prestação de serviços, ter-se-ia de convir com a impossibilidade de o painel arbitral definir a sua própria competência em face dos próprios sujeitos em litígio. Nenhum contrato de prestação de serviços poderia gerar um poder jurídico para que o prestador definisse, de modo autônomo em relação às partes, a existência de uma prestação de serviço “compulsória”.

7.2.8 O direito à remuneração

Outro ponto relevante é a questão da remuneração devida aos árbitros. Não cabe às partes definir esse aspecto. Os árbitros (ou a câmara de arbitragem) definem o valor da remuneração devida, que é imposto de modo vinculante às partes²³.

Mais ainda, essa remuneração será devida independentemente da satisfação atingida pela parte com o desempenho do painel arbitral. A decisão desfavorável à parte não implica ausência de adimplemento do dever do árbitro.

Ademais, os honorários serão devidos ainda que a decisão arbitral implique o julgamento de improcedência para todas as pretensões externadas por ambas as partes.

É evidente, no entanto, que a conduta defeituosa do árbitro pode implicar a sua responsabilização civil (inclusive). O reconhecimento de um defeito, que pode acarretar até mesmo a invalidação da arbitragem, configura a violação a um dever inerente à função do árbitro. Mas não se configura propriamente o inadimplemento a deveres contratuais. Os deveres objetivos de atuação honesta e leal, conforme a ordem jurídica, de modo imparcial e com observância de todos os requisitos pertinentes, derivam da condição de árbitro.

8 A distinção entre o litígio e a sua composição

Anote-se que as teorias contraturalistas refletem um enfoque superado no âmbito do próprio direito processual clássico. Uma das conquistas fundamentais do direito processual reside na distinção entre o direito subjetivo decorrente da relação de direito material e o direito à obtenção de um provimento destinado a compor o litígio.

8.1 Ainda a “teoria dualista da ação”

A distinção entre a relação de direito material e a relação jurídica de arbitragem tem íntima vinculação com a clássica diferenciação entre “direito material” e “direito de ação”. A composição de um litígio por meio da atuação de terceiros desencadeia o surgimento de uma pluralidade de relações jurídicas, cada qual com objeto jurídico próprio e diverso do objeto jurídico do litígio.

8.2 A convenção de arbitragem

Rigorosamente, a convenção de arbitragem não dispõe sobre a relação de direito material, mas sobre o direito de ação. Como dito acima, a convenção de arbitragem é um pacto autônomo e distinto da relação de direito material. Se houvesse alguma dúvida, bastaria apontar que a cláusula compromissória pode ser inválida, sem que isso contamine a validade do contrato. E o contrato pode ser inválido, sendo essa invalidade pronunciada numa arbitragem instaurada

²¹ Sobre o tema, confira-se TIBURCIO, Carmen. O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof). In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares (In Memoriam)*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 426-435.

²² A decisão pode ser revista pelo Judiciário ao final do processo arbitral, por provocação das partes.

²³ Há sistemas jurídicos, no entanto, que admitem a negociação dos honorários entre os árbitros e as partes. Isso exige a observância de regras rigorosas para evitar o risco de comprometimento da imparcialidade dos árbitros.

com fundamento em cláusula compromissória contemplada no próprio contrato questionado²⁴.

Mas é pacífico que os mecanismos jurisdicionais desencadeados para a composição do litígio não se constituem num mero desdobramento da relação jurídica em que tal conflito se instaurou.

Por isso, as pretensões das partes litigantes no âmbito da relação jurídica de direito material não se confundem com as relações jurídicas instauradas entre elas e terceiros, convocados a desempenhar a arbitragem.

8.3 A confessada influência da teoria do direito de ação

É claro que esse enfoque reflete a influência da concepção processualista, desenvolvida a propósito da atividade jurisdicional estatal. Ainda assim, é possível estabelecer um paralelo entre o direito de ação (direito público subjetivo) e o direito de provocar a instauração da arbitragem — ainda que apresente uma dimensão de natureza privada.

Mesmo que existam diferenças entre as duas situações, é inquestionável que a composição vinculante do litígio por meio da atuação de um sujeito imparcial e independente implica a existência de relações jurídicas diversas e distintas. Assim se passa tanto no âmbito da jurisdição estatal como no tocante à arbitragem.

8.4 A questão jurídica implicada

O instituto da arbitragem implica uma complexidade jurídica adicional, relativamente ao direito de ação. Assim se passa porque, como já acima exposto, o relacionamento jurídico entre as partes litigantes e os árbitros é uma decorrência da convenção de arbitragem, mas com ela não se confunde.

A convenção de arbitragem produz uma relação jurídica entre as partes. A efetiva instauração da arbitragem implica o surgimento de uma outra relação jurídica, da qual participam as partes e os árbitros.

Ou seja, é necessário diferenciar a convenção entre as partes (compromisso arbitral ou cláusula compromissória) e as relações por elas estabelecidas

com terceiros em vista da efetiva execução propriamente dita da arbitragem.

8.5 A relação “processual não estatal”

No âmbito da atividade jurisdicional estatal, alude-se à existência de uma relação jurídica processual²⁵, que vincula as partes e o Estado-jurisdição.

O vínculo entre as partes e os árbitros, o qual pode abranger inclusive uma câmara arbitral, configura uma relação processual. Trata-se de um vínculo jurídico orientado a produzir uma atuação específica e diferenciada, por meio da qual haverá a composição do litígio entre as partes. Uma diferença fundamental, no entanto, reside na natureza não estatal desse vínculo. O processo arbitral não é um processo estatal.

Não seria incorreto, então, aludir a uma relação processual de natureza não estatal, que se caracteriza por sua pluriangularidade e pela posição de imparcialidade do árbitro.

9 A concepção jurisdicional

A concepção prevalente no tocante à natureza jurídica da arbitragem é a que reconhece a existência de uma atividade jurisdicional.

9.1 A posição de Carlos Alberto Carmona

A controvérsia sobre o tema foi objeto de análise específica de Carlos Alberto Carmona, em trabalho clássico, que deu nova configuração ao tratamento do instituto no direito brasileiro²⁶. O autor sintetizou a origem das controvérsias, no texto abaixo reproduzido:

O fato é que os autores do final do século passado e do início deste – especialmente os italianos – preocuparam-se sobremaneira com o contrato e compromisso, centrando ali suas preocupações. Assim, para os privatistas, a origem contratual da arbitragem era fundamental na qualificação de todo o instituto, ao passo que para os publicistas o problema estava em balizar, definir e especificar melhor a origem contratual da arbitragem, demonstrando ser fundamental o estudo do papel dos árbitros, suas funções e os efeitos da decisão deles²⁷.

²⁴ Esse último exemplo envolve, como é evidente, variações no tocante à causa de invalidade. Pode ocorrer de que a causa de invalidade contratual produza a invalidade inclusive da própria cláusula compromissória.

²⁵ Sobre a relação jurídica processual, consulte-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 200-225.

²⁶ *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993.

²⁷ Ob. cit., p. 33.

O ponto central da questão reside na reavaliação do conceito de jurisdição. Como afirma Carmona,

*[...] parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça [...]*²⁸.

Daí a conclusão preconizada por esse autor de que a arbitragem envolvia o desempenho de função jurisdicional, em tudo assemelhável às atividades atribuídas ao Poder Judiciário.

9.2 A orientação difundida na doutrina brasileira

A concepção antecipada no trabalho de Carmona vem sendo acompanhada pela generalidade dos doutrinadores.²⁹ Em trabalho mais recente, Cândido Rangel Dinamarco afirmou que:

*Indo além do que diz o próprio Carmona, hoje é imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização da justiça, exercida tanto pelo juiz togado quando pelo árbitro*³⁰.

Logo a seguir, Dinamarco formula uma ponderação marcante, que apresenta grande importância para a controvérsia examinada. As suas palavras estão adiante reproduzidas:

*O que importa e se impõe como elemento essencial é o escopo social de pacificação. De importância menor nesse quando conceitual, ou de importância nenhuma, são ainda as circunstâncias de o poder do árbitro ter origem na convenção das partes, e não na Constituição ou na lei, e de a execução forçada estar inteiramente excluída de suas atividades*³¹.

9.3 Ainda a natureza não estatal da arbitragem

Daí não se segue, no entanto, que a arbitragem configure uma atividade estatal. Os árbitros são sujeitos privados, que não atuam em nome do Estado

e seus atos não se subordinam ao direito processual judiciário. Cabe aprofundar a questão.

10 O exercício de função

A natureza da função assumida pelo árbitro é incompatível com a instauração de qualquer relação jurídica específica e diferenciada com qualquer das partes. A relação jurídica que operacionaliza a arbitragem é a relação jurídica processual.

10.1 O árbitro como exercente de função jurisdicional

O árbitro é um sujeito investido de função jurisdicional, ainda que não integre a estrutura do Estado. A arbitragem é um instituto que se submete aos postulados fundamentais do Direito Público — ainda que não se configure como uma manifestação estatal.

10.1.1 O direito público não estatal

Os diversos ramos do direito — inclusive o Direito Administrativo — encaminham-se para o reconhecimento de que a efetivação dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente não depende, de modo necessário, da participação e da presença do Estado.

Isso significa a crescente participação da sociedade (inclusive, mas não necessariamente, do chamado terceiro setor) como solução para a realização de valores reconhecidos como indisponíveis e supremos.

O efeito experimentado é o surgimento de institutos inovadores e desafiadores, que conjugam a ausência de estatalidade e a presença de publicismo. São cada vez mais frequentes as hipóteses em que um sujeito privado atua fora dos limites do Estado, mas desempenha atividades públicas. Isso não implica a integração do particular no âmbito estatal. Não significa o surgimento de relações típicas de Direito Público. Há o desempenho de funções de interesse coletivo, que são subordinadas aos princípios próprios do direito público, mas que não se desenvolvem ao interno do Estado. O Direito Público, os direitos fundamentais e os interesses coletivos são muito mais extensos do que o conceito de Estado.

Nesse sentido, podem ser referidas as lições de Eduardo Talamini, abaixo reproduzidas:

Conquanto legítima e plenamente compatível com a garantia da inafastabilidade da

²⁸ Ob. cit., p. 37.

²⁹ “O caráter jurisdicional da arbitragem é reconhecido pela doutrina amplamente majoritária” (AMARAL, Paulo Osternack. Ob. cit., pp. 33-34, nota de rodapé nº 54).

³⁰ *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39.

³¹ Ob. cit., pp. 40-41.

tutela jurisdicional, a atividade arbitral é privada. O árbitro não exerce a jurisdição estatal.

*Sua origem está em um ato negocial das partes [...] Mas não há um ato de delegação estatal. Se for para utilizar o termo 'jurisdição' no sentido clássico, de uma das modalidades do poder soberano do Estado, a arbitragem não é 'jurisdicional' (ainda que o seja em outra acepção...)*³².

Portanto, os árbitros não são agentes públicos, nem atuam em nome do Estado, ao desenvolver as atividades arbitrais³³. Isso não implica negar, no entanto, a configuração de uma manifestação jurisdicional.

10.1.2 A amplitude do fenômeno

A arbitragem se insere, então, numa tendência de soluções privadas para a satisfação de interesses coletivos relevantes. Vai-se produzindo uma dissociação entre os conceitos de Estado e de função de interesse da coletividade.

Esse fenômeno verifica-se também a propósito da função administrativa, que não mais pode ser identificada com os Poderes do Estado. Tal como afirmado em outra oportunidade,

*O direito administrativo tem por conteúdo disciplinar a atividade administrativa pública – a qual pode ser desenvolvida no âmbito do Estado ou não. Isso significa que o direito administrativo institui a atividade administrativa pública estatal e disciplina o desenvolvimento da atividade administrativa pública não estatal [...]*³⁴.

Esse processo social e político não se desenvolve apenas nos limites da função administrativa. Também se verifica no tocante à função jurisdicional. Pode-se

diferenciar, como decorrência, uma função jurisdicional estatal e uma função jurisdicional não estatal — que compreende inclusive a arbitragem.

10.2 A questão fundamental: garantias e a posição do árbitro

Tratando-se de função jurisdicional, a tutela constitucional e legal da arbitragem vincula-se diretamente à garantia de composição do litígio segundo uma concepção reforçada de devido processo legal e imparcialidade do julgador. Ou seja, não se trata tão somente de reconhecer a função de pacificação social promovida por meio da arbitragem. O ponto relevante é o *modo* pelo qual tal se produz. Como assinala Felipe Sripes Wladeck:

*A legitimidade e a constitucionalidade do instituto da arbitragem enquanto método apto a produzir decisões vinculantes para as partes decorrem da exigência que lhe põe [...] de realizar-se em plena conformidade com os ditames do devido processo legal, inclusive sob a condução de um terceiro imparcial – com o que se atendem os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal [...]*³⁵

A garantia do devido processo legal compreende, de modo inafastável, a imparcialidade do julgador. O árbitro é um terceiro cuja imparcialidade se constitui num pilar teórico-organizacional do instituto.

10.2.1 A vedação à instituição de vínculo entre a parte e o árbitro

A natureza jurídica da arbitragem e as garantias inerentes à função jurisdicional constituem-se em impeditivos absolutos à existência de qualquer relação jurídica direta entre a parte e o árbitro. Essa é uma decorrência da conformação constitucional da jurisdição.

A imparcialidade do árbitro, que dá identidade à função jurisdicional (seja estatal ou não estatal), acarreta a inviabilidade de atuação como árbitro de um sujeito que integra o litígio. Portanto, o árbitro é *imparcial* na acepção, primeira e direta, de não ser titular de qualquer dos polos da relação jurídica em que se instaurou o litígio.

Mas a imparcialidade do árbitro se manifesta com idêntica relevância numa segunda acepção. Trata-se da vedação à instauração de vínculo jurídico contratual

³² Arbitragem e Estabilização da Tutela Antecipada, *Revista de Processo*, v. 246, ano 40, p. 456.

³³ A Lei 9.307 determina, no art. 17, que “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”. Isso não implica o reconhecimento de sua condição de agentes públicos. Se o fossem, aliás, nem seria necessária essa regra. Trata-se de admitir que a posição jurídica do árbitro no âmbito da arbitragem é equivalente à do magistrado. Por isso, a infração a deveres fundamentais pode configurar uma conduta típica similar.

³⁴ *Curso de Direito Administrativo*, 12. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 31. Tornando mais claro o raciocínio, há o seguinte acréscimo em nota de rodapé: “O enfoque equivale a reconhecer a dissociação entre os conceitos de ‘Estado’ e de ‘atividade administrativa pública’. Mais ainda, admite a existência de atividade administrativa pública estatal (que é preponderante) e a atividade administrativa pública não estatal[...]”.

³⁵ *Impugnação da Sentença Arbitral*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014, p. 30.

entre a parte e o árbitro. Essa proibição se aplica não apenas em vista de relações externas ao litígio. Alcança inclusive a própria arbitragem. A exigência de imparcialidade do árbitro conduz à inviabilidade do reconhecimento de uma “prestação de serviços” em favor da parte. O árbitro não é nem pode ser, sob nenhum ângulo, parte numa relação jurídica contratual instaurada com uma ou com ambas as partes do litígio.

10.2.2 A tese das “partes litigantes” como parte única

Especialmente no direito comparado, costuma-se conceber que as partes litigantes seriam uma parte única no relacionamento com os árbitros. Existiria, então, uma comunhão de interesses entre elas, o que afastaria o risco de infração à imparcialidade.

A tese depende da aceitação de uma ficção jurídica, consistente em transformar as partes litigantes em um único polo da relação. Basta considerar que, no mundo real, é perfeitamente possível que uma das partes se oponha (devida ou indevidamente) à instauração da arbitragem. Isso não se constituirá em impedimento a que a arbitragem venha efetivamente a se desenvolver. Nesse caso, é muito problemático defender a tese de que ambos os litigantes teriam uma vontade comum no tocante à arbitragem.

Mesmo quando as partes estiverem de acordo em implementar a arbitragem e ainda que exista um interesse comum em obter um tratamento justo e equânime, isso não implica a existência de um contrato entre os litigantes (de um lado) e os árbitros (de outro).

Aliás, o Direito conhece situações dessa ordem, negando-lhes natureza contratual de modo pacífico. Suponha-se uma licitação. Vários sujeitos privados comparecem perante um órgão público e formulam propostas. Têm interesse comum em obter uma decisão da autoridade julgadora. Não se pode afirmar que o vínculo jurídico instaurado entre licitantes e Administração Pública tenha natureza contratual. E não se contraponha que a existência de um vínculo de direito público implicaria uma distinção fundamental.

10.2.3 A equivalência de posicionamento com o juiz

O relacionamento do árbitro com as partes é equivalente àquele existente no âmbito da função jurisdicional estatal. Não se admite qualquer vínculo contratual específico e diferenciado entre uma das partes (ou ambas) e o magistrado estatal. Idêntica exigência se põe no tocante à função assumida pelo árbitro.

10.2.4 Os deveres do árbitro

Portanto, os árbitros sujeitam-se a deveres muito severos, mas tais deveres não têm origem contratual. O desempenho correto e adequado da função de árbitro não é uma decorrência da contratação do árbitro pela parte. É uma característica inerente ao regime jurídico da função jurisdicional.

Há exigências normativas próprias do exercício da função jurisdicional. Todo o indivíduo que for investido de tal função estará subordinado ao regime jurídico correspondente.

É verdade que a tradição do tratamento dispensado à arbitragem pode induzir à utilização de figuras tipicamente privadas ou de feição caracteristicamente contratual. Mas isso é irrelevante, na medida em que o regime jurídico inerente ao desempenho de uma função de natureza pública (mesmo que não estatal, insista-se) implica a incidência automática dos deveres a ela correlatos.

10.3 A configuração de uma função

O árbitro desempenha uma função, utilizada a expressão na acepção técnico-jurídica própria. Configura-se uma função nas hipóteses em que a ordem jurídica atribui a um sujeito um poder jurídico como instrumento para promover a satisfação de interesses a ele transcendentos.

10.3.1 A configuração de um poder-dever

Uma das características essenciais do vínculo funcional reside na vedação à utilização dos poderes para a satisfação de interesses próprios, egoísticos.

Nessa linha, a posição funcional acarreta uma conjugação de poderes e deveres. O sujeito está subordinado à realização de um fim, que não se encontra na sua própria órbita de interesses. Portanto, há um dever jurídico finalístico que recai sobre o sujeito. Para permitir o atingimento desse fim, o direito atribui ao sujeito certos poderes jurídicos, de natureza instrumental. É usual aludir-se, então, a um poder-dever.

10.3.2 A função jurídica mais usual

A configuração mais típica da função se verifica no âmbito do Estado. Alude-se à posição funcional dos agentes públicos, todos os quais dotados de competências orientadas à promoção dos valores escolhidos pela Nação e consagrados na Constituição e na lei.

10.3.3 Outras hipóteses de função jurídica

Mas o direito não reduz as hipóteses de função jurídica apenas aos agentes estatais. No seu relacionamento privado, muitos sujeitos ocupam uma função. O exemplo mais evidente é o do titular do poder familiar (Código Civil, art. 1.630 e ss.).

10.3.4 A difusão de situações funcionais

Vem-se verificando uma ampliação das hipóteses de funcionalização das situações jurídicas. Essa tendência decorre da convocação dos sujeitos privados a assumir tarefas de interesse coletivo. Atribui-se ao sujeito um poder jurídico que pode compreender até mesmo a alteração da posição jurídica alheia, em vista da realização de fins determinados de interesse coletivo.

10.3.5 A posição funcional do árbitro

O árbitro está investido do poder jurídico de emitir decisão destinada a compor um litígio entre outros sujeitos. Essa posição jurídica lhe é atribuída por uma escolha voluntária dos sujeitos. Mas tal escolha não é acompanhada da autorização para que o árbitro exercite tais poderes para outro fim que não promover a solução mais justa e legítima do litígio, com observância do devido processo legal e com a mais absoluta imparcialidade.

Portanto, o árbitro tem poderes de natureza jurisdicional. Tem também deveres equivalentemente rigorosos. A posição jurídica do árbitro é instrumental: o árbitro é um sujeito que atua para realizar fins que são estranhos aos interesses próprios. Mais do que isso, até se poderia afirmar que o árbitro não busca realizar os interesses de qualquer das partes. Ainda que a sua decisão possa implicar a prevalência e a tutela aos interesses de uma das partes, a decisão do árbitro se orienta a promover a pacificação social.

10.4 O mecanismo social difundido

A arbitragem consiste num instrumento concebido para promover a pacificação social. As soluções de arbitragem e as pessoas envolvidas se constituem em instituições a que recorrem os integrantes da comunidade para obter a composição de litígios. Trata-se, portanto, de uma instituição social.

As concepções institucionais vêm adquirindo relevância cada vez mais intensa. Tal se passa precisamente pelo reconhecimento de que certas

atividades são desenvolvidas de modo a realizar os interesses comuns de uma pluralidade de sujeitos.

A concepção institucional concentra uma pluralidade de posições jurídicas em que o desempenho da atividade se faz visando à realização de certos interesses socialmente relevantes.

Assim e por exemplo, a concepção institucional foi consagrada para determinar a natureza jurídica da sociedade anônima. As concepções puramente contratualistas são aplicáveis apenas às sociedades ditas de pessoas. As sociedades de capital passaram a ser qualificadas como uma instituição, cuja origem e desenvolvimento não se vinculam aos acordos consensuais entre os sócios³⁶.

11 A natureza jurídica dos desembolsos a cargo da parte

O exercício da função de árbitro e o funcionamento da câmara de arbitragem não necessitam fazer-se gratuitamente. Aliás, não existe vínculo jurídico entre o instituto da “função” e da “gratuidade”.

11.1 O exemplo clássico: a remuneração do agente estatal

A natureza transcendente dos interesses promovidos por meio da função não implicam uma exigência de atuação gratuita do sujeito. O exemplo mais evidente é, mais uma vez, o do agente estatal. Investido de situação jurídica funcional e encarregado de promover o bem comum, não se lhe é negado o direito de receber uma remuneração por sua dedicação.

11.2 O direito do árbitro de ser remunerado

Pelas mesmas considerações, assegura-se ao árbitro uma remuneração pela atuação desempenhada.

11.2.1 A variação de situações e a remuneração da câmara

A remuneração ao árbitro apresenta configurações distintas em vista de seu relacionamento com a câmara arbitral. Admite-se inclusive que os árbitros estabeleçam relacionamento jurídico de natureza trabalhista com câmaras de arbitragem, mas

³⁶ Nesse sentido, confira-se MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 36. ed., atual. por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 239.

a hipótese é anômala e deve preservar os postulados do devido processo legal.³⁷

Por outro lado, as partes “pagam” à câmara uma remuneração que é uma contrapartida pelo desempenho da arbitragem.

11.2.2 A responsabilidade das partes

A remuneração auferida pelo árbitro será derivada de desembolsos promovidos pelas partes. Como visto, há alternativas diversas para a determinação do valor da remuneração dos árbitros. Mas o montante devido, ao menos no direito brasileiro, não é pactuado mediante uma convenção entre as partes e o árbitro.

11.3 O fundamento jurídico do desembolso

O desembolso do montante pertinente à arbitragem apresenta natureza de liquidação de despesas e emolumentos extrajudiciais. Consiste num valor monetário de responsabilidade da parte, que se caracteriza como uma despesa necessária ao custeio das atividades de jurisdição não estatal.

Ou seja, o valor destinado ao custeio das atividades de arbitragem tem a mesma natureza jurídica dos emolumentos e custas exigidos a propósito das despesas judiciais. Em ambos os casos, não existe um vínculo contratual como causa jurídica do desembolso.

11.4 A inaplicabilidade do princípio da legalidade

Nem cabe estabelecer uma diferenciação com a jurisdição estatal, invocando o princípio da legalidade que disciplina a atividade estatal.

11.4.1 O motivo da fixação por lei das custas e emolumentos

As custas e emolumentos judiciais são fixados por lei em virtude da natureza essencialmente estatal da atividade. Não se trata de uma decorrência da natureza jurídica dos próprios emolumentos. Ou seja, a lei deve disciplinar o valor das custas e emolumentos porque se trata de uma remuneração exigida por um órgão estatal.

11.4.2 A ausência de obrigatoriedade do consumo

Aliás, a lei não impõe a obrigatoriedade da fruição dos serviços judiciários estatais. Se assim o determinasse, incidiria uma taxa e haveria a possibilidade de cobrança não apenas pela efetiva fruição, mas também pela simples disponibilidade do serviço.

11.4.3 A determinação do valor por meio de lei

Nem cabe alegar que o próprio valor das custas e emolumentos é fixado por lei. A forma de determinação do valor a ser desembolsado pelas partes não afeta a sua natureza jurídica.

Suponha-se, por exemplo, que o valor das custas e emolumentos das atividades judiciárias estatais não precisasse ser fixado por lei. Seria estabelecido por um ato unilateral da autoridade envolvida. Isso não alteraria a sua natureza jurídica. Continuará a se configurar uma despesa relacionada com a invocação pelo sujeito da tutela jurisdicional.

A fixação do valor das custas e emolumentos por lei resulta de uma garantia em favor dos jurisdicionados. Tal garantia não se faz necessária no âmbito das arbitragens.

12 Os reflexos sobre o Direito Administrativo

A longa exposição anterior destinou-se a fornecer os necessários fundamentos para identificar o regime jurídico aplicável aos trâmites de indicação de árbitros e câmaras de arbitragem, nas hipóteses em que a solução for praticada pela Administração Pública.

12.1 A exigência da licitação prévia à contratação administrativa

O reconhecimento da existência de um contrato entre a parte e a câmara arbitral ou entre a parte e o árbitro propiciaria, no direito brasileiro, uma disputa sobre a incidência da regra do art. 37, inciso XXI, da CF/1988 em vista da Administração Pública.

³⁷ Nesse sentido, há um interessante julgado do STJ, onde se pode ler o seguinte: “3. A remuneração do árbitro, ou dos árbitros, compete às partes que se valeram da arbitragem e poderá estar contida no próprio compromisso arbitral, se for o caso. Todavia, se o árbitro integrar uma câmara arbitral, nada impede que haja convenção determinando que os honorários, custas e despesas sejam pagos diretamente à instituição privada, a qual, por sua vez, repassará o valor devido aos seus árbitros. 4. Não existe, igualmente, nenhum óbice legal para que os serviços prestados pelos árbitros sejam remunerados por salário, mediante observância da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. 5. Hipótese em que os árbitros são remunerados diretamente pelas partes, não havendo previsão de pagamento de salário, na forma regimental, tendo o autor da demanda firmado contrato de franquia com tribunal arbitral, adquirido as respectivas cotas e participado de curso de arbitragem, determinando a existência de uma relação jurídica de natureza civil” (CC 129.310/GO, 2ª Seção, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 13/05/2015, DJe 19/05/2015).

12.1.1 A regra geral da licitação prévia ao contrato da Administração

Ali está previsto que toda contratação promovida pela Administração Pública deve ser precedida de licitação.

Como decorrência, ter-se-ia de promover licitação para a escolha da câmara arbitral a ser prevista na convenção ou do árbitro a ser indicado pela Administração, quando tal se fizesse necessário.

12.1.2 A tese da inexigibilidade de licitação

Essa situação conduziu alguns a defender a configuração de “inexigibilidade de licitação” em tais hipóteses. Tal concepção acabou influenciando o próprio Regulamento da Lei de Portos (Lei 12.815/2015). O § 3º do art. 7º do Decreto 8.465/2015 determinou que

A escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes [...]»³⁸.

12.1.3 A ausência de previsão legal sobre o tema

Nenhum dispositivo legal determina que o vínculo jurídico entre a Administração e os árbitros configura um contrato. A previsão de que a indicação do árbitro seja “considerada contratação direta”, contemplada no Dec. 8.465/2015, não consiste na explicitação de uma regra legal. Trata-se de uma tentativa de solucionar uma dificuldade prática, promovendo a extensão de institutos conhecidos para solucionar controvérsias até então nunca enfrentadas.

Essa solução deve ser interpretada com grande cautela. Assim se passa porque a tese da inexigibilidade de licitação alicerça-se em pressupostos inconsistentes. E conduz a dificuldades práticas insuperáveis.

É necessário examinar a questão com mais profundidade, para identificar as características diferenciadas do relacionamento jurídico entre partes e instituições encarregadas da atividade de arbitragem.

12.2 A não incidência do art. 37, inciso XXI, da CF/1988

Somente estão sujeitas à regra da licitação obrigatória as relações jurídicas de natureza contratual.

12.2.1 A determinação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal

Em vista dos contratos da Administração Pública, incide a determinação genérica do art. 37, inciso XXI, da CF/1988, cuja redação é a seguinte:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

12.2.2 A limitação da exigência de licitação prévia

O dispositivo constitucional referido determina a obrigatoriedade da licitação prévia às contratações promovidas pela Administração Pública. Não há dúvida quanto a isso, inclusive porque o dispositivo constitucional é claro ao aludir a “serão contratados”.

Portanto, um pressuposto inafastável para a aplicação do dispositivo é a configuração de contratação administrativa. Não se prevê licitação para as hipóteses em que o relacionamento jurídico da Administração Pública com um terceiro não configurar um contrato.

12.2.3 A ausência de contratação do árbitro pela Administração

A arbitragem não é um contrato entre as partes litigantes e os árbitros (e a câmara de arbitragem), o que conduz à ausência de submissão da escolha do árbitro à disciplina do dispositivo constitucional acima indicado.

Como longamente demonstrado acima, a relação jurídica entre Administração e árbitro e câmara de arbitragem não se enquadra na figura do contrato. Não há relacionamento contratual em tal hipótese.

12.3 A ausência de aplicação da Lei 8.666

Como decorrência, o relacionamento em questão não se submete à disciplina da Lei 8.666.

³⁸ Algumas considerações podem ser encontradas em PEREIRA, Cesar. Arbitragem no setor portuário: o Decreto 8.465 e sua aplicação prática. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito Portuário Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 584-585.

12.3.1 O âmbito de abrangência do diploma

O art. 1º determina o âmbito de abrangência do referido diploma, estabelecendo a seguinte regra:

Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, somente incidem os dispositivos pertinentes aos casos em que existirem contratos pactuados pela Administração. Não havendo contratação administrativa, não se aplica o dispositivo. Também não incide a exigência de licitação.

12.3.2 O despropósito da ideia de licitação

A absoluta incompatibilidade entre a indicação de árbitros e o procedimento licitatório é reconhecida de modo genérico. Ninguém ousaria imaginar possível um potencial candidato a árbitro ser selecionado mediante um procedimento fundado em critérios objetivos (tal como o menor preço ou a maior qualidade técnica).

A licitação é um mecanismo jurídico destinado a selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Como a arbitragem não se constitui num contrato, é inviável cogitar de promover licitação para instaurar uma arbitragem — ou para escolher árbitros ou câmaras de arbitragem.

12.3.3 O descabimento da inexigibilidade de licitação

É verdade que, tal como já acima apontado, tem-se adotado uma tese simplista para resolver questões práticas. A solução preconizada é a configuração de inexigibilidade de licitação. Esse entendimento legitima a ausência de licitação, mas não resolve os problemas existentes.

Há um pressuposto inafastável para a aplicação do instituto da inexigibilidade da licitação. Trata-se da existência de um contrato e a submissão do relacionamento entre as partes ao regime da Lei 8.666³⁹.

Se não existir contrato e não houver a incidência da Lei 8.666, será juridicamente *impossível* submeter uma situação prática ao regime da inexigibilidade de licitação.

Ou seja, aplicar a inexigibilidade da licitação não resolve os problemas jurídicos porque implica o reconhecimento de que os árbitros e a câmara de arbitragem são contratados pela Administração Pública. Exige a aplicação do procedimento específico da inexigibilidade de licitação, o que envolve inclusive a determinação da “remuneração” devida ao particular contratado. Acarreta a necessidade de aplicar todo o regime da Lei 8.666 (ou, quando menos, as normas gerais) ao relacionamento entre as partes e os árbitros.

Esse regime jurídico não se conforma com a arbitragem, pela pura e simples razão de que não existe um contrato entre os árbitros (e a câmara arbitral) e as partes litigantes. Quando a Administração Pública é parte na arbitragem, não surge um contrato entre ela e os árbitros ou entre ela e a câmara arbitral.

12.4 A inviabilidade de competição e a notória especialização

Outro argumento utilizado para defender a aplicação da inexigibilidade de licitação é o reconhecimento de que é inviável a competição para indicação do árbitro, cuja atuação envolve uma notória especialização. Esse argumento também reflete uma confusão entre questões jurídicas distintas.

12.4.1 A notória especialização e a Lei 8.666

A notória especialização foi eleita pela Lei 8.666 como um dos critérios para escolha do particular a ser contratado, nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Assim está previsto no art. 25, inciso II e § 1º, do referido diploma.

Daí não se segue, no entanto, que toda e qualquer situação de notória especialização conduza à incidência dos dispositivos referidos. Há hipóteses em que a Administração estabelece relacionamento com um sujeito dotado de notória especialização. Mas daí não se segue que incida, de modo necessário, a regra do art. 25, inciso II e § 1º, da Lei 8.666.

Basta um exemplo simples para o raciocínio ser compreendido. A Administração pode pactuar

predominantemente, por norma de direito privado; II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.”

³⁹ Lembre-se que mesmo os ditos “contratos privados da Administração” submetem-se às normas gerais da Lei 8.666. Assim está previsto no art. 62, § 3º: “Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido,

convênios e ajustes com sujeitos privados. Algum desses sujeitos pode contar em seus quadros com indivíduos de notória especialização, o que se constitui em fundamento para a escolha de estabelecimento do vínculo⁴⁰. A hipótese não será submetida, no entanto, ao art. 25 da Lei de Licitações. E não o será porque convênio não se confunde com contrato. E o art. 25 apenas se aplica às hipóteses de contratos. Portanto, a notória especialização pode existir e ser relevante, sem que a sua consideração conduza à incidência das normas sobre inexigibilidade de licitação.

Dito de outro modo, a notória especialização é um atributo pessoal e diferenciado de alguns indivíduos. Esses sujeitos podem estabelecer vínculos com a Administração. Mas esse atributo do sujeito privado pode ser reputado como relevante pela Administração não apenas na hipótese do art. 25 da Lei de Licitações.

12.4.2 A questão da inviabilidade de competição

Considerações similares podem ser adotadas relativamente à inviabilidade de competição. Como se sabe, o art. 25 da Lei 8.666 estabelece que a inexigibilidade de licitação se configura nos casos de inviabilidade de competição. Não existe uma definição legal do conceito, mas apenas um elenco exemplificativo dos casos em que se verifica — tal como se encontra nos três incisos do mesmo art. 25.

É correto afirmar que não será realizada a licitação para a contratação administrativa nos casos em que for inviável a competição. Mas isso não significa que a inviabilidade de competição exista apenas a propósito de contratação administrativa.

A inviabilidade de competição se configura em diversas hipóteses. O art. 25 trata do tema relativamente aos casos de contratação administrativa. Mas há outros tipos de relacionamento jurídico estabelecidos pela

Administração. Em tais casos, também pode haver inviabilidade de competição.

Poder-se-ia utilizar o mesmo exemplo do convênio. Se a Administração deliberar realizar um convênio e existir um único sujeito em condições de participar, haverá inviabilidade de competição — sem que se configure uma hipótese de inexigibilidade de licitação.

12.4.3 Síntese: a confusão a ser superada

A não configuração da arbitragem como um contrato conduz à impertinência das regras da Lei 8.666 atinentes à licitação. Também conduz à inaplicabilidade dos conceitos fundamentais relativos à contratação direta.

Não estão presentes os requisitos para uma licitação nas hipóteses de escolha de árbitros e câmara de arbitragem. Mas isso não decorre da subsunção do caso ao art. 25 da Lei 8.666. A razão fundamental para não ser aplicada a licitação consiste em que a arbitragem não é um contrato e os árbitros não são contratados pela Administração Pública.

12.5 Ainda a demonstração do despropósito da solução

Apenas por cautela, cabe apontar os resultados desastrosos que a tese da inexigibilidade de licitação acarretaria.

12.5.1 A existência de contratação administrativa

A inexigibilidade de licitação conduz apenas à ausência de licitação, não ao afastamento de uma contratação administrativa. Aplicando-se o art. 25 da Lei 8.666, continuaria a incidir todo o regime jurídico próprio previsto naquele diploma.

12.5.2 A exigência da contratação formal e por escrito

Como decorrência, caberia a formalização por escrito da “contratação”, com determinação explícita do prazo de vigência, das obrigações do “contratado”, do preço e das condições de pagamento, e assim por diante.

Então, o “árbitro” seria um sujeito vinculado à Administração Pública segundo o relacionamento jurídico correspondente. A ausência de licitação seria apenas um detalhe formal. O resultado, como é evidente, seria a instauração de um vínculo jurídico incompatível com a própria função de árbitro.

⁴⁰ Apenas por cautela, afaste-se o improcedente argumento de que a notória especialização do sujeito vinculado a uma empresa é juridicamente distinta da notória especialização do indivíduo contratado diretamente pela Administração. A situação é idêntica e o art. 13, § 3º, da Lei 8.666 determina que “A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato”. Quando a notória especialização for relevante para a Administração, será irrelevante se o titular dessa especialização for a própria pessoa física ou a pessoa jurídica a que tal pessoa física se vincular.

12.5.3 Ainda a questão do preço

Frise-se que o contrato teria de contemplar o “preço” a ser pago ao árbitro “contratado” pela Administração. Essa solução conduziria a um impasse invencível relativamente à situação dos demais árbitros. Não há solução para justificar contratualmente o pagamento a cargo da Administração relativamente ao árbitro indicado pela outra parte e ao terceiro árbitro indicado de comum acordo entre os árbitros. Quanto a isso, não existiria contrato, nem haveria fundamento para pagamento de importância alguma.

Mas o ponto evidente é o mesmo: nenhum dos árbitros, nem mesmo aquele indicado pela Administração, vincula-se a ela por um contrato de prestação de serviços.

12.5.4 Síntese: o problema essencial

O problema essencial, portanto, não é a dificuldade de realizar uma licitação para indicar um árbitro. Essa dificuldade é uma decorrência, um reflexo da ausência de vínculo contratual entre a Administração e o(s) árbitro(s).

12.6 A questão da câmara arbitral: a inviabilidade da solução

Nem seria cabível tentar solucionar a dificuldade mencionada por meio da utilização da câmara de arbitragem.

12.6.1 A tentativa de solução

Alguém poderia supor que as dificuldades antes apontadas poderiam ser superadas por meio da “contratação” de uma câmara arbitral. Segundo esse enfoque, não haveria necessidade de estabelecer qualquer relacionamento entre a Administração e o árbitro. Bastaria pactuar um vínculo com a câmara arbitral, que seria contratada para prestar “serviços de arbitragem”. Essa solução é igualmente inadequada, afigurando-se como uma tentativa de encontrar uma solução formal para tentar acomodar a situação a um regime jurídico com ela incompatível.

12.6.2 A permanência dos problemas

Todos os problemas essenciais permanecem existindo, na hipótese de uma “contratação” com a câmara de arbitragem. Em primeiro lugar, o vínculo jurídico é estabelecido em igualdade de condições entre a câmara e as duas partes. Em segundo lugar, a câmara não se obriga a prestar serviço algum às partes. Em terceiro lugar, a câmara não recebe o pagamento de

um preço. Em quarto lugar, a câmara não se subordina a qualquer prerrogativa ou poder jurídico contratual da Administração. Em quinto lugar, a câmara nem mesmo se obriga a “fornecer árbitros”. Em sexto lugar, há um vínculo jurídico direto entre os árbitros e as partes, que é insuprimível.

Como visto, a câmara é um instrumento de apoio para o desempenho da função de arbitragem. Não desempenha em nome próprio nenhuma atividade de resolução do litígio. A arbitragem é a atuação fundamental e principal, que é desenvolvida em nome próprio e diretamente pelos árbitros.

12.7 O descabimento da solução do convênio

Diante do cenário acima, há sugestões de adoção da figura do convênio.

12.7.1 A figura do convênio

O convênio consiste num acordo de vontades de que participa a Administração, por meio do qual se obriga a conjugar esforços e(ou) recursos com outro sujeito, visando atingir um resultado de interesse comum.

Uma das características essenciais do convênio reside na vedação à apropriação pela parte conveniada de qualquer riqueza ou benefício em virtude da execução das prestações. No convênio, há uma atuação de interesse comum que é desenvolvida ou custeada por uma pluralidade de sujeitos, sem que qualquer um deles incorpore qualquer benefício daí decorrente. Assim, por exemplo, o Estado pode pactuar um convênio com uma instituição privada de assistência a portadores de certa moléstia. A Administração pode repassar valores para essa instituição. Mas é absolutamente vedado que tais valores sejam incorporados, mesmo que parcialmente, ao patrimônio da instituição.

12.7.2 O descabimento do convênio

Não é viável submeter as atividades de arbitragem a convênio porque tanto o árbitro como a câmara de arbitragem apropriam-se de valores para seus próprios fins e interesses. Isso não é ilegítimo nem antijurídico: apenas é incompatível com um convênio.

Mas esse é apenas o obstáculo mais evidente. Há outros impedimentos relevantes. A atuação do árbitro ou da câmara de arbitragem não envolvem uma “associação”, nem uma “comunhão” de atividades com a Administração, que é parte no litígio. A câmara de arbitragem e o árbitro atuam com total independência,

sem se preocupar com as finalidades cogitadas pela Administração. A arbitragem tem por objeto o julgamento do litígio, sem que isso envolva uma atuação concertada entre o sujeito titular da função decisória e a parte no litígio.

Ou seja, o convênio promovido pela Administração Pública não fornece solução nem mesmo para o relacionamento isonômico entre o árbitro e a outra parte. Se há convênio entre a Administração e a câmara, qual é a situação jurídica da outra parte? Não há resposta para essa indagação.

12.7.3 Ainda o problema da licitação

Em rigor, a utilização do convênio é mais uma manifestação das distorções produzidas pela compulsão pela licitação. Supondo-se que seria obrigatório realizar licitação, reputa-se que a solução para evitá-la seria simular a existência de um convênio. O resultado é lamentável do ponto de vista prático, criando vulnerabilidade para os próprios envolvidos e propiciando riscos significativos de soluções inadequadas.

12.7.4 A validade de convênios pactuados

Até pode existir um efetivo convênio para incentivar e dar respaldo a soluções arbitrais. Mas a atuação de uma instituição como câmara arbitral não configura um convênio, sob o prisma jurídico. Ou seja, o desempenho de atividades de suporte a uma arbitragem não é um convênio entre a instituição e a parte, inclusive nos casos em que essa parte integra a Administração Pública.

Isso não significa imputar algum defeito jurídico a tais “convênios”. Negar a configuração de convênio não equivale a afirmar a invalidade das escolhas da Administração. É perfeitamente válido que a Administração escolha certa instituição para o desempenho das funções de câmara arbitral, desde que presentes os requisitos para tanto. Como visto, não se configura nem contrato, nem convênio. Trata-se de uma escolha administrativa, que deve ser fundada em motivos adequados. Denominar a escolha de “convênio” é irrelevante, se estiverem presentes os requisitos necessários.

Para ser ainda mais direto: a escolha pela Administração de uma certa instituição para atuar como câmara arbitral não depende de licitação. Mas essa desnecessidade decorre não da configuração de um convênio. Resulta da ausência de configuração de um ato bilateral (contrato ou convênio) entre

a Administração e a referida instituição. O único defeito na situação examinada consiste em afirmar a existência de um convênio em hipóteses em que não se encontram presentes os requisitos correspondentes.

12.8 O desastre do credenciamento

Outra solução que também não pode ser adotada é a do credenciamento. Aliás, o credenciamento pode gerar efeitos muito mais desastrosos do que as soluções antes examinadas.

12.8.1 A figura do credenciamento

O credenciamento consiste num ato administrativo unilateral por meio do qual a Administração estabelece requisitos de habilitação de potenciais interessados em contratar com ela, promovendo contratações sucessivas, de modo indistinto, com os diversos credenciados.

12.8.2 O tratamento isonômico para todos os credenciados

Em termos práticos, o credenciamento resulta numa situação de ausência de diferenciação entre os diversos credenciados. Todos os que preencherem os requisitos de credenciamento devem ser tratados de modo isonômico, inclusive para o efeito de serem contratados em condições razoavelmente aleatórias.

12.8.3 O credenciamento de árbitros

Ainda em termos práticos, o credenciamento de árbitros e de câmaras de arbitragem se traduziria numa espécie de “banco de dados” contendo nomes de sujeitos distintos. Em cada situação concreta, haveria a escolha de um desses nomes — presumindo-se que todos os que se encontram credenciados dispõem de condições de idêntica performance.

12.8.4 O problema enfrentado

O problema produzido pela adoção do credenciamento é a ausência de possibilidade de seleção fundada em critérios específicos, especialmente a avaliação fundada em razões diferenciadas. Há o enorme risco de admissão de credenciamento a sujeitos que dispõem de documentos de habilitação exigidos, mas que não se encontram em condições de desempenho satisfatório.

12.8.5 Ainda o problema da existência de contrato

Ressalte-se que o credenciamento também é uma solução descabida porque se destina a resolver questões de natureza contratual. Portanto, propicia resultados inadequados em vista da arbitragem. No

credenciamento, não existe licitação, mas há contrato com a Administração Pública.

12.8.6 Ainda e sempre o problema da licitação

Também a solução do credenciamento é uma prática orientada a evitar disputas relativamente a licitações. Trata-se de um meio para evitar o questionamento quanto à escolha de sujeitos determinados para o desempenho de funções para a Administração Pública.

12.9 A solução jurídica adequada

A adoção dos postulados jurídicos corretos permite atingir a solução mais satisfatória e eficiente.

12.9.1 O postulado jurídico fundamental

Há um postulado fundamental, que permite superar todas as dificuldades apontadas na via administrativa. Trata-se da admissão de que a arbitragem traduz o desempenho de função jurisdicional.

12.9.2 Ainda a ausência de contratação administrativa

Por isso, a arbitragem não produz um vínculo de natureza contratual entre a Administração e a câmara de arbitragem e os árbitros. Trata-se de uma relação de natureza institucional.

12.9.3 A escolha do árbitro e da câmara de arbitragem

A escolha do árbitro e da câmara de arbitragem envolve um ato administrativo unilateral, que é praticado no exercício de competência discricionária. Nada impede que essa escolha, inclusive da instituição arbitral, seja realizada consensualmente com o particular. Isso não implica o surgimento de um contrato, na acepção da Lei 8.666. A autonomia inerente à configuração da arbitragem permite que Administração e particular estruturarem diferentes soluções para disciplinar o procedimento⁴¹.

⁴¹ Anote-se que a arbitragem envolvendo a Administração Pública, quando conduzida pela ICC (*International Chamber of Commerce*) é subordinada a regras peculiares. A partir de 2012, a ICC passou a ter competência para indicar diretamente, de modo discricionário, o árbitro único ou o presidente do tribunal arbitral em tais casos. Segundo o Artigo 13(4) das Regras da ICC de 2012, "A Corte pode também apontar diretamente para atuar como árbitro qualquer pessoa que lhe pareça adequada quando (a) uma ou mais das partes for um Estado ou reclamar a condição de entidade estatal" (original em inglês).

12.9.4 A não aplicabilidade de licitação

O ato não pode ser precedido de licitação porque esse instituto é reservado para hipóteses contratuais, em que o vínculo jurídico é produzido por acordo de vontades, que determina a disciplina jurídica aplicável.

12.9.5 A pluralidade de alternativas

Existe uma pluralidade de alternativas para a Administração (e para qualquer sujeito privado) relativamente à indicação de árbitros e de câmaras de arbitragem. Daí não se segue a obrigatoriedade de licitação. Insista-se em que a licitação somente é cabível nos casos em que há contratações. Quando existe uma decisão a ser adotada de modo unilateral, por ato próprio da Administração, a pluralidade de alternativas não impõe a realização de licitação.

12.9.6 A escolha orientada a produzir o resultado mais satisfatório

Tal como se passa com todas as decisões administrativas realizadas no exercício de competência discricionária, a escolha do sujeito a ser indicado como árbitro e da instituição para atuar como câmara arbitral devem ser orientadas por uma avaliação da realidade concreta. Isso se destina a produzir a escolha mais satisfatória e que possa atingir o melhor resultado possível.

Em termos concretos, é indispensável verificar se os sujeitos são dotados de respeitabilidade e conhecimento, inclusive a notória especialização. Também é indispensável examinar o universo de pessoas potencialmente indicáveis, identificando a presença dos requisitos pertinentes ao exercício adequado da função a ser exercitada.

12.9.7 A vedação a "convites" e "chamadas"

A escolha de árbitros e câmaras de arbitragem não comporta soluções de natureza restritiva, que impliquem algum tipo de violação à indispensável situação de imparcialidade.

Por isso, não se admite que a Administração promova soluções de "chamamento público" ou de "convites", especialmente quando contemplem algum tipo de definição de futura atuação dos potenciais interessados. Seria um despropósito, por exemplo, submeter a escolha da câmara de arbitragem a um procedimento seletivo, fundado em proposta de valores da remuneração a ser exigida.

Isso conduziria à escolha da câmara que praticasse os preços mais reduzidos. Ocorre que as câmaras de arbitragem e os árbitros não podem ser selecionados apenas segundo o critério econômico. O critério de seleção deve ser o melhor desempenho das atividades jurisdicionais e a observância das exigências do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade de julgamento.

12.9.8 Ainda a notória especialização

A escolha da Administração somente será válida quando evidenciar, na sua motivação, a qualificação dos sujeitos indicados para o desempenho adequado e satisfatório das funções jurisdicionais envolvidas. Isso compreende inclusive a notória especialização. Somente pode ser indicado para árbitro o sujeito que seja titular de conhecimento e experiência diferenciados, que o qualifiquem para assumir uma função assim relevante.

Mais do que uma notória especialização genérica, é indispensável o conhecimento específico da área em que o litígio se verifica. Justamente por isso, a natureza e as características do litígio impõem limites à autonomia de escolha da Administração. Incumbe-lhe selecionar, dentre os sujeitos dotados de atributos diferenciados de conhecimento e experiência, aquele que se afigure como o mais qualificado para a função de árbitro.

12.9.9 Os demais requisitos necessários

Acresce que não basta apenas a notória especialização do sujeito escolhido. É indispensável verificar outros atributos e eventuais impedimentos. A Administração tem o dever de tomar em vista a reputação do sujeito — tanto quanto da câmara arbitral escolhida. Isso envolve avaliar a opinião prevalente no setor especializado, a identificação de eventuais impedimentos ou de fatores que possam desaconselhar a indicação.

12.9.10 Ainda a escolha discricionária motivada

Mas a escolha do nome do árbitro e da câmara arbitral a serem indicados refletirá uma decisão administrativa de natureza discricionária. Existirá uma margem de autonomia da autoridade competente, que deverá atuar visando produzir a solução mais satisfatória para os interesses públicos. Caberá motivar adequadamente a escolha. E nunca caberá questionar a validade da decisão sob o fundamento de que

existia uma pluralidade de sujeitos em condições de igualdade a serem indicados.

A pluralidade de potenciais indicados não é um motivo de invalidade da escolha. A escolha de um único, dentre os potenciais sujeitos aptos a satisfazer as necessidades em questão, é uma necessidade inafastável. O problema reside na escolha arbitrária, não motivada ou incompatível com os pressupostos existentes ou com as finalidades buscadas.

12.10 A dissociação entre o procedimento prévio e a arbitragem

Há ainda outro ponto, que se relaciona à validade da arbitragem independentemente de questões relacionadas ao trâmite interno adotado pela Administração relativamente à indicação do árbitro ou da instituição de arbitragem.

12.10.1 As questões internas à Administração

As regras administrativas pertinentes à escolha do árbitro e da instituição arbitral devem ser observadas pela Administração. Daí não se segue, no entanto, que eventual infração imputável a ela de modo isolado implique a invalidade da arbitragem propriamente dita.

12.10.2 Ainda a relevância da ausência do vínculo contratual

A não configuração de vínculo contratual entre os árbitros e a câmara arbitral e a Administração implica a dissociação entre o procedimento decisório adotado e a atuação do painel arbitral.

12.10.3 A exigência dos requisitos objetivos

Exige-se a presença dos requisitos objetivos indispensáveis à assunção da condição de árbitro. Estando eles presentes, não cabe questionar o cumprimento pela Administração de requisitos próprios no desenvolvimento de sua atividade interna.

12.10.4 A vinculação pela escolha exteriorizada

Portanto, a Administração se vincula pelos efeitos da escolha realizada, quer quanto ao árbitro, quer quanto à câmara arbitral. A arbitragem se instaura e se desenvolve sem vínculo de dependência quanto ao preenchimento de requisitos internos à Administração na formação dessa vontade.

12.10.5 A vedação à “carta na manga”

Ou seja, não se pode admitir que a Administração mantenha uma espécie de “carta na manga” para pleitear a invalidade da arbitragem que porventura

não lhe seja favorável. Cabe-lhe observar todos os procedimentos necessários ao exercício dos atos necessários à implantação da arbitragem. Seria um despropósito admitir que a Administração poderia aguardar o desenlace da arbitragem e, verificando eventual insucesso, opor-se à validade da decisão invocando defeito da própria conduta.

13 Conclusão

A arbitragem é um instituto dotado de elevadas virtudes e que pode propiciar o aperfeiçoamento dos processos de composição de litígios envolvendo a Administração Pública. Isso produzirá reflexos sobre o conjunto das atividades administrativas. É uma solução cuja implementação é desejável e deve merecer incentivo generalizado.

É inquestionável, no entanto, que a operacionalização concreta da arbitragem propõe desafios de diversa ordem. Alguns deles se relacionam com a confluência de conhecimentos e regimes jurídicos distintos. Isso exige uma superação dos limites das práticas reiteradas. Demanda, de modo especial, a compreensão de que as soluções usualmente praticadas não são necessariamente compatíveis com as inovações introduzidas.

A controvérsia examinada demonstra a dimensão despropositada que a licitação adquiriu em nosso sistema jurídico. Até parece que “administrar é realizar licitações”. É mais do que tempo de aperfeiçoar as nossas práticas administrativas.

Referências

- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 3. ed., São Paulo: RT, 2013.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/96*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed., São Paulo: RT, 2016.
- LAGARDE, Mercedes Torres. “Liability of Arbitrators in Dubai: Still a Safe Seat of Arbitration”. *ASA Bulletin*, v. 33, issue 4. Kluwer Law International, 2015.
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 36. ed., atual. por ABRÃO, Carlos Henrique. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. *Commercial Arbitration*. 2nd edn. Lexis Nexis, 1989.
- PEREIRA, Cesar. Arbitragem no setor portuário: o Decreto 8.465 e sua aplicação prática. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito Portuário Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 584-585.
- PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SERAGLINI, Christophe; ORTSCHIEDT, Jérôme. *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris: Montchrestien, 2013.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. *Revista de Processo*, vol. 246, ano 40, pp. 455-482. São Paulo: Ed. Rt., ago. 2015.

TIBURCIO, Carmen. O princípio da Kompetenz-Kompetenz Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof). *In*: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem*

ao Professor Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da Sentença Arbitral*. Salvador: JusPODIVM, 2014.