

Entrevista: Gustavo Justino, professor da USP e árbitro

29/07/2018

Spacca



Sancionada em 2016, a Lei 13.129 regulamentou o uso

da arbitragem em contratos assinados da administração pública. No ano seguinte, a Lei 13.448 veio reforçar esse uso em contratos de parceria nas áreas de infraestrutura rodoviária, aeroportuária e ferroviária.

Agora, o método pode ser utilizado em litígios que envolvam qualquer contrato público, desde que envolva direitos patrimoniais disponíveis.

O problema é saber o que os árbitros podem fazer e como podem agir quando o Estado é uma das partes. Alguns entendem que nada muda: é apenas uma arbitragem normal, mas que em vez de duas empresas, o litígio envolve uma empresa e a administração pública. Não é o que pensa o advogado, árbitro e professor de Direito Administrativo **Gustavo Justino de Oliveira**.

Ex-procurador do Estado no Paraná, pós-doutor em arbitragem internacional pelo Instituto Max Planck (Alemanha) e professor de Direito Administrativo da USP, Justino atua apenas como árbitro e eventualmente parecerista na arbitragem.

Nesta entrevista à **ConJur**, Justino explica que o fato de o Estado ser parte no processo arbitral muda tudo. Uma decisão pode impactar nos cofres públicos e na prestação de serviços à sociedade. Por isso, o foco deve ser "mais aberto", defende o professor.

Ele é o primeiro a reconhecer que sua posição é minoritária no mercado. Acredita que a maioria dos árbitros em atividade hoje não gosta de levar o interesse público em consideração em suas decisões.

“Para avançar mesmo, com qualidade, temos que considerar a administração pública como um novo *player* do mercado de arbitragem. Ela tem que receber um tratamento adequado, sobretudo porque seus contratos têm impacto nos direitos das pessoas e nos recursos públicos. Então me espanta muito quando árbitros dizem que é matéria privada. Não é matéria privada”, afirma.

Ainda falta um decreto da Presidência da República para regulamentar a aplicação da lei que autorizou a arbitragem em contratos públicos. Justino é um dos que têm sido ouvidos pelo Planalto e acredita que o decreto saia até o fim deste ano.

Leia a entrevista:

ConJur — Quais foram as mudanças que vieram com a sanção da Lei 13.448?

Gustavo Justino — A 13.448 traz um regime jurídico para determinados tipos de contratos, os contratos de parceria. Eles estão vinculados àquela lei dos programas de parcerias de investimentos (PPI) e abrangem ferrovias, rodovias e aeroportos. Ela vai criar alguns institutos novos, como relicitação e prorrogação de contratos. A lei criou um lugar mais institucional para a arbitragem. Lá na lei de arbitragem tem regras gerais, mas aqui a gente já tem regras mais específicas sobre arbitragem na administração pública.

ConJur — Então o que tem de novidade e especificamente na questão da arbitragem?

Gustavo Justino — Pela primeira vez no Brasil se cria a chamada arbitragem obrigatória. Será assim nos casos de relicitação. A lei fala que mesmo nos contratos de parceria firmados poderão prever a arbitragem. Então poderá haver uma revisão de cláusula arbitral, um compromisso arbitral e isso também tem a ver com a vontade das partes. Mesmo que o contrato original não tivesse a previsão da arbitragem.

ConJur — O que é relicitação?

Gustavo Justino — A relicitação é um instituto novo. Ainda tem que ser trabalhada e precisa de melhores explicações também. Mas veja, ela está prevista na Lei 13448, no artigo 13. Diz assim: "Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta lei, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.."

ConJur — É um mecanismo de alcance específico, então.

Gustavo Justino — Seriam os contratos difíceis. Às vezes os contratos são tão amarrados que essa rescisão, essa indenização ou mesmo a extinção, é quase impossível. Então você cria a relicitação e cria possibilidades de dizer que o contratado não está cumprindo e tem como resolver. É como se fosse um olhar mais benevolente da administração, de querer resolver, mas querer que o objeto seja executado.

ConJur — A arbitragem em contratos públicos vai depender de jurisprudências fixadas no Supremo Tribunal Federal para ser pacificada?

Gustavo Justino — Não, pois já temos um quadro jurídico normativo bem estimulador da arbitragem. Tem a reforma da Lei de Arbitragem, a Lei especial 13.448, o decreto no caso dos portos. Então existe um avanço normativo. No Judiciário, o STJ é estimulador da arbitragem com o poder público. Temos também os enunciados da Justiça Federal, que estimulam não só a arbitragem, mas a mediação no setor público.

ConJur — Quanto tempo demora em média para um caso ser julgado por arbitragem?

Gustavo Justino — De um ano e meio a dois anos, a arbitragem com o poder público. Arbitragens comerciais, às vezes em nove meses já termina. Agora, há casos muito complexos e hoje o setor de infraestrutura é muito colocado sob suspeita, então algumas arbitragens já vão para três, quatro, cinco anos para ter decisão. Mas não é o usual.

ConJur — O senhor é um defensor da tese de que a arbitragem envolvendo a administração pública não pode ser igual à arbitragem comercial. Quais as diferenças?

Gustavo Justino — Alguns árbitros, sobretudo os mais antigos, acostumados com a arbitragem comercial que envolve apenas partes privadas, quando participam dos tribunais, têm uma visão de que a arbitragem, seja a administração pública parte ou não, tem a ver com direitos privados. Na verdade não é isso. Ainda que haja um litígio, o contrato é público. Ainda que a discussão esteja centralizada em aspectos financeiros e até comerciais do contrato, indenizatórios, o que seja, isso não transforma esse contrato num contrato privado. Essa calibragem alguns árbitros não têm, sobretudo os árbitros que eu chamo de primeira geração, mais generalistas. A gente escuta alguns árbitros dizerem que quando a administração é parte na arbitragem, deve ser tratada como uma parte privada. Não tem coisa mais errada. Teremos que começar a pensar nas questões de custos, de uso do dinheiro público e tentar ver quais são os impactos do contrato no setor, nos usuários, quem são as pessoas.

ConJur — O processo judicial é transparente por natureza e o arbitral é sigiloso por natureza. Como será em caso de arbitragem com o Estado envolvido?

Gustavo Justino — A arbitragem vai ter que ser pública também. Isso também é uma novidade para os árbitros. Eles não sabem se portar muito dentro dessa publicidade da arbitragem. Eles estão sob os holofotes, tudo o que eles vão fazer, a maneira como vão decidir, é público. Então tem que ser transparente, tem que ter uma governança do tribunal. As próprias câmaras ainda não sabem como lidar com essa publicidade.

Um efeito interessante dessa publicidade é que na arbitragem comercial só as partes têm acesso à decisão. A arbitragem sendo pública, o laudo, a sentença arbitral é pública. Portanto, ainda que se discuta o que tem que ser público o que não, o laudo tem que ser. Isso é importante, porque você acaba criando a ideia de precedente na arbitragem, o que dá previsibilidade.

ConJur — Qual será o impacto dessa mudança nas regras do sigilo?

Gustavo Justino — Isso é novo e os árbitros não sabem lidar. Hoje tem muitas empresas que colocam em xeque a qualidade dos laudos arbitrais por eles serem sigilosos. Apenas a decisão é divulgada. E a gente tem que pensar no que está acontecendo. Hoje se fala muito da baixa

qualidade. Então o fato de ter contratos públicos, de ter arbitragem, de a arbitragem ser pública, de poder criar precedentes, tende a melhorar a arbitragem como um todo, não só a arbitragem envolvendo o poder público. Por isso ela é importante.

Agora, tudo isso funcionará desde que os árbitros estejam cientes de que eles precisam ter mais técnica, serem mais especializados, sobretudo para lidar com esse tipo de litígio.

ConJur — Existe algum conceito do "Judiciário clássico" que os árbitros terão de absolver?

Gustavo Justino — Na arbitragem comercial não é usual falar de intervenção de terceiros, ou *amicus curiae*, por exemplo. Já é mais comum isso em arbitragens envolvendo o poder público, como uma ONG participar. Os árbitros de primeira geração olham para a intervenção e para o *amicus curie* e acham que são atores estranhos. Mas, por exemplo, pensa num contrato de saneamento. Envolve muita gente além das partes: ONGs do meio-ambiente, cidadãos, empresas que podem ser afetadas.

ConJur — Os árbitros não estão prontos para essas novidades?

Gustavo Justino — As câmaras arbitrais, não só os árbitros, tinham que se preparar melhor para essas mudanças. Elas se veem como entidades privadas que prestam serviços privados. No geral, não vejo essa movimentação. Há uma insistência em determinados nomes que, por exemplo, não têm especialidade na matéria e vão funcionar no tribunal arbitral tomando decisões que muitas vezes têm a ver com Direito Privado e não com Direito Público. Aquilo vai causar um choque na parte que viu que as suas pretensões não foram ouvidas com a qualidade que deveriam e as devolutivas não ocorreram. O que pode acontecer é a própria arbitragem cair em descrédito.

Hoje os laudos arbitrais envolvendo a administração pública, salvo algumas exceções, têm que ser públicos. Portanto, todo mundo vai poder ter acesso e vai poder, sim — e muitos árbitros têm medo disso —, avaliar a qualidade da decisão e do trabalho dos árbitros. Não vai ficar restrito às partes e não vai ficar restrito a um olhar único e exclusivo das câmaras.

ConJur — Qual será o alcance do uso da arbitragem nos contratos com administração pública?

Gustavo Justino — Será mais para litígios de alta complexidade, modelagens jurídicas de uma sintonia mais fina, mais especializadas. Obras de infraestrutura, por exemplo. Mas eu não vejo a arbitragem para todo e qualquer tipo de contrato, pois ela é cara.

ConJur — Quais diferenças deve ter a arbitragem pública?

Gustavo Justino — Talvez taxas menores, ou mais adequadas, porque se está gastando dinheiro público e às vezes os valores cobrados pelas câmaras são muito altos. Tem que considerar que aquele contrato é de interesse público e o dinheiro é o meu e o seu. Essa é uma discussão que não é feita.

ConJur — Caso a administração pública perca, deverá pagar por meio de precatório? Se for, a espera para receber pode ser maior que o processo arbitral.

Gustavo Justino — Não vejo obrigatoriedade de ser por precatório, pode haver um adimplemento espontâneo pela Fazenda que perde. Mas é exatamente isso que a gente precisa

refletir. É como se o sistema arbitral não fechasse. Se tudo isso vai mais rápido, a decisão é melhor, custa mais, enfim. E daí chega lá na sentença vai para o precatório e demora? Ainda assim vai ser mais rápido do que passar pela constituição do título no Judiciário.

ConJur — A reforma na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro diz que quando um juiz for decidir com base em princípios, deve avaliar as consequências práticas da decisão. Isso não sobrepõe os impactos econômicos aos jurídicos? O juiz deve decidir baseado na lei ou no impacto público que a decisão dele vai ter?

Gustavo Justino — A lei 13.665 fala do que se chama "consequencialismo jurídico". Sempre que uma decisão for tomada ou que um litígio for ser resolvido, é muito importante que se antevja quais os impactos da adesão naquele setor e tudo mais. E aí não é só econômico, o econômico é um dos elementos. Mas é impacto jurídico, são os direitos humanos, é uma série de fatores que devem ser considerados de antemão.

ConJur — Essa lei se aplica de alguma forma à arbitragem?

Gustavo Justino — Ela se aplica também as arbitragens porque se aplica aos gestores, ao controlador e ao juiz. O árbitro decide, então também se aplica as arbitragens. Isso é importante, porque o árbitro tem que ter uma visão muito mais ampla. Não pode pensar só em resolver o litígio, porque ele vai resolvê-lo de maneira que vai ter um impacto muito maior do que se fosse uma arbitragem comercial.

ConJur — Não existe o risco dos juízes e árbitros começarem a tentar fazer política pública em vez de aplicar a lei?

Gustavo Justino — Mas essa não é a ideia da lei e não é a função do consequencialismo jurídico. O consequencialismo é você conseguir, dentro do possível, entender que fatores devem ser considerados no processo decisório. E qual é o impacto daquela decisão naquele setor. Então não é só o impacto social, econômico ou regulatório, mas é um pouco de tudo. Claro que torna a decisão mais difícil, mas num tribunal arbitral isso é bonito ,porque, para atender os ditames das leis de introdução, o tribunal tem que ter formação diferente.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-jul-29/entrevista-gustavo-justino-professor-usp-arbitro/>