

NOTA TÉCNICA

*Produzida pela Comissão de Estudos sobre
Infraestrutura do Instituto Brasileiro de Direito
Administrativo – IBDA e
Comissão de Estudos sobre Meios Extrajudiciais de
Solução de Controvérsias do Instituto Brasileiro de
Direito Administrativo – IBDA*

Observação: Esta Nota Técnica foi elaborada conjuntamente pela Comissão de Estudos sobre Infraestrutura, presidida pela Professora Cristiana Fortini, e pela Comissão de Estudos sobre Meios Extrajudiciais de Solução de Controvérsias, presidida pelo Professor Rafael Wallbach Schwind, ambas do IBDA. O documento não foi referendado por parte dos membros das Comissões em razão de impedimentos e responsabilidades profissionais.

Sentenças arbitrais, contratos administrativos e regime de precatórios: elementos para discussão institucional

1. Objeto

A presente Nota Técnica tem por finalidade apresentar, de forma objetiva e institucional, os principais elementos jurídicos envolvidos na discussão sobre a incidência do regime constitucional de precatórios no cumprimento de sentenças arbitrais proferidas em controvérsias envolvendo a Administração Pública, especialmente no contexto de contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas e demais projetos de infraestrutura.

O tema tem adquirido crescente relevância em razão de recentes decisões arbitrais e judiciais, bem como de manifestações doutrinárias e institucionais que tratam da distinção entre obrigação de pagar, obrigação de fazer, transferência de valores previamente depositados, acionamento de garantias contratuais e satisfação de créditos decorrentes de contratos públicos.

A Comissão de Infraestrutura do IBDA não pretende, por meio desta Nota, adotar posição definitiva sobre a matéria. O objetivo é contribuir para a qualificação do debate, mediante a identificação das principais premissas jurídicas, dos argumentos em tensão e dos critérios que podem orientar a análise de casos concretos.

2. Delimitação da controvérsia

A controvérsia pode ser sintetizada na seguinte pergunta: o reconhecimento, por sentença arbitral, de valores devidos pela Administração Pública em razão de contrato administrativo conduz necessariamente à submissão do crédito ao regime de precatórios, ou há situações em que a obrigação pode ser cumprida por outros mecanismos jurídicos, contratuais ou financeiros previamente constituídos?

A resposta a essa pergunta exige considerar, simultaneamente:

a) o art. 100 da Constituição Federal, que disciplina o pagamento dos débitos da Fazenda Pública decorrentes de sentença;

- b) a Lei nº 9.307/1996, segundo a qual a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial e constitui título executivo;
- c) o Código de Processo Civil, que qualifica a sentença arbitral como título executivo judicial;
- d) a natureza da obrigação reconhecida no caso concreto;
- e) a existência de valores previamente depositados, empenhados, caucionados, vinculados ou garantidos;
- f) as especificidades econômico-financeiras dos contratos de infraestrutura, concessões e PPPs.

Trata-se, portanto, de matéria que não comporta solução simplificada ou exclusivamente abstrata.

3. Contexto recente

A discussão foi recentemente impulsionada por casos que evidenciam situações distintas.

De um lado, há decisões em que se reconheceu a incidência do regime de precatórios sobre condenações arbitrais impostas à Fazenda Pública, especialmente quando se tratava de obrigação de pagar quantia certa, sem mecanismo contratual vigente de pagamento direto ou garantia específica apta a suportar a obrigação.

De outro lado, há julgados em que se afastou a aplicação do regime de precatórios diante da natureza específica da obrigação reconhecida. Exemplo relevante é o caso envolvendo a International Finance Corporation – IFC e o Município do Rio de Janeiro, no qual se discutiu a transferência de valores previamente depositados em fundo municipal. A controvérsia não foi tratada como típica condenação da Fazenda Pública ao pagamento de dívida pública nova, mas como obrigação de transferir valores anteriormente caucionados ou retidos, conforme reconhecido na sentença arbitral e posteriormente examinado pelo Poder Judiciário.

O tema também foi objeto de artigo específico publicado no Consultor Jurídico, ao qual esta Nota remete para exame mais detido dos precedentes, da doutrina especializada e dos argumentos jurídicos já formulados no debate.

4. Argumentos que sustentam a incidência do regime de precatórios

Uma primeira linha argumentativa sustenta que, sempre que houver condenação da Fazenda Pública ao pagamento de quantia certa em virtude de sentença arbitral, deve incidir o regime de precatórios.

Essa posição se apoia, principalmente, em quatro fundamentos.

O primeiro é a literalidade do art. 100 da Constituição Federal, que disciplina os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença.

O segundo é a equiparação legal entre sentença arbitral e sentença judicial. Se a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial, a execução contra a Fazenda Pública deveria observar o mesmo regime aplicável às condenações judiciais.

O terceiro é a preservação da isonomia e da impessoalidade entre credores públicos. O regime de precatórios impede que determinados credores recebam de forma preferencial em relação a outros que se encontram submetidos à ordem cronológica constitucional.

O quarto é a proteção da previsibilidade orçamentária e da responsabilidade fiscal. A submissão de condenações da Fazenda Pública a procedimento próprio de pagamento busca compatibilizar o cumprimento de decisões judiciais com a organização das finanças públicas.

Sob essa ótica, admitir pagamentos diretos de valores reconhecidos em arbitragem poderia, se não houver critérios claros, fragilizar o regime constitucional de precatórios e criar vias paralelas de satisfação de créditos contra o Poder Público.

5. Argumentos que sustentam a necessidade de distinções

Uma segunda linha argumentativa sustenta que a incidência do regime de precatórios não deve ser automática em toda e qualquer hipótese de sentença arbitral envolvendo a Administração Pública.

Essa posição parte da premissa de que nem toda decisão que envolve transferência de valores configura obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública. Em certas situações, a sentença pode apenas reconhecer o dever de liberar, transferir, restituir ou permitir o levantamento de valores previamente depositados, retidos, caucionados, vinculados ou garantidos.

Nessas hipóteses, a obrigação pode assumir natureza de obrigação de fazer ou de cumprimento específico de uma estrutura contratual ou financeira anteriormente constituída, e não propriamente de dívida pública nova sujeita ao art. 100 da Constituição Federal.

Também se argumenta que contratos de infraestrutura, concessões e PPPs possuem lógica própria. São contratos frequentemente estruturados com base em investimentos privados antecipados, financiamentos de longo prazo, garantias, contas vinculadas, receitas afetadas, mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro e instrumentos de mitigação de risco.

A desconsideração automática desses mecanismos, após a prolação de sentença arbitral, poderia comprometer a financiabilidade dos projetos, a efetividade das garantias contratualmente pactuadas e a própria utilidade da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias em contratos complexos.

Essa linha argumentativa não nega a relevância do regime de precatórios. Propõe, porém, que a análise considere a natureza da obrigação, o status jurídico dos valores envolvidos e a estrutura contratual previamente estabelecida.

6. Critérios relevantes para análise dos casos concretos

A Comissão entende que a discussão deve ser conduzida a partir de critérios objetivos, capazes de distinguir situações juridicamente diversas.

Entre os elementos relevantes, destacam-se:

- a) se a sentença arbitral impõe obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública ou obrigação de fazer, transferir, liberar, restituir ou permitir o levantamento de valores;
- b) se os valores discutidos ingressaram definitivamente no patrimônio público ou se foram apenas depositados, caucionados, retidos ou vinculados com finalidade específica;
- c) se há empenho vigente, dotação específica, conta vinculada, fundo garantidor, garantia contratual, receita afetada ou outro mecanismo previamente constituído para suportar a obrigação;
- d) se o crédito reconhecido corresponde a dívida pública nova, verba indenizatória não prevista na estrutura contratual ou parcela contratual já abrangida por mecanismo de pagamento ou garantia;
- e) se o cumprimento da sentença exige desembolso novo dos cofres públicos ou apenas movimentação de valores previamente separados ou pertencentes ao particular;
- f) se a solução adotada preserva, simultaneamente, a isonomia entre credores públicos, a disciplina orçamentária e a segurança jurídica dos contratos de infraestrutura;
- g) se a decisão arbitral tratou expressamente da natureza da obrigação e da forma de cumprimento, considerando os limites de revisão judicial da sentença arbitral.

Esses critérios não eliminam a necessidade de análise caso a caso, mas podem contribuir para maior previsibilidade e coerência na aplicação do regime constitucional de precatórios.

7. Considerações institucionais

A Comissão de Infraestrutura do IBDA entende que a matéria exige tratamento cuidadoso, especialmente porque envolve a interação entre direito constitucional financeiro, direito administrativo contratual, arbitragem, infraestrutura e modelagem econômico-financeira de projetos públicos.

A adoção de uma solução uniforme e abstrata pode gerar distorções.

De um lado, a submissão automática de toda e qualquer obrigação reconhecida em sentença arbitral ao regime de precatórios pode desconsiderar estruturas contratuais legítimas, valores previamente vinculados e garantias essenciais à financiabilidade de concessões e PPPs.

De outro lado, a admissão indiscriminada de pagamentos diretos com fundamento em cláusulas contratuais ou estruturas financeiras pode comprometer a isonomia entre credores públicos e a disciplina constitucional do art. 100.

Por isso, a Comissão considera recomendável que o tema seja examinado a partir de distinções técnicas, e não de fórmulas gerais. A pergunta central não deve ser apenas se a sentença arbitral é ou não equiparada à sentença judicial, mas qual obrigação foi efetivamente reconhecida, qual é a natureza dos valores envolvidos e qual mecanismo jurídico-financeiro foi previamente estruturado para seu cumprimento.

8. Encaminhamento

A Comissão de Infraestrutura do IBDA propõe que o tema seja objeto de debate institucional específico, com participação de especialistas em direito administrativo, direito financeiro, arbitragem, concessões, PPPs, controle externo, Procuradorias, financiadores e agentes privados envolvidos na estruturação de projetos de infraestrutura.

O objetivo do debate deve ser a construção de critérios interpretativos que permitam compatibilizar:

- a) a autoridade da sentença arbitral;
- b) o regime constitucional de precatórios;
- c) a isonomia entre credores da Fazenda Pública;
- d) a previsibilidade orçamentária;
- e) a segurança jurídica dos contratos públicos;
- f) a efetividade dos mecanismos de garantia e pagamento previstos em projetos de infraestrutura;
- g) a financiabilidade de concessões e parcerias público-privadas.

A Comissão poderá, a partir desse debate, avaliar a conveniência de elaborar estudo técnico mais aprofundado, enunciados interpretativos ou recomendações institucionais sobre o tema.

9. Referência complementar

Para análise mais desenvolvida dos precedentes recentes, das correntes interpretativas existentes e dos critérios jurídicos aplicáveis ao tema, recomenda-se a leitura do artigo “Sentenças arbitrais e a execução em desfavor da Administração Pública”, publicado no Consultor Jurídico, que examina a matéria à luz do REsp nº 2.223.325-RJ, de precedentes estaduais e da doutrina especializada.