Aplicabilidade do regime de precatórios aos processos arbitrais envolvendo entidades da administração pública indireta

Applicability of the Court-Ordered Payment Regime to Arbitral Proceedings Involving Entities of the Indirect Public Administration

Suzana Soo Sun Lee

PROCESSO: 023.00000876/2024-82
INTERESSADO: Procuradoria-Geral do Estado São Paulo
PARECER: PA. nº 12/2024
EMENTA: ARBITRAGEM. PRECATÓRIOS. Artigo 100 da Constituição Federal. Autarquia. Fazenda Pública. Sentença arbitral e a jurisdicionalidade da arbitragem. Artigo 31 da Lei Federal nº 9.307/1996. Artigo 515, VII, do Código de Processo Civil. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Considerando que a sentença proferida pelo juízo arbitral possui natureza jurisdicional, a ela também são aplicados os regramentos atinentes à execução de títulos judiciais, tal qual se sucede com a sentença proferida pela jurisdição estatal, de modo que a execução da sentença arbitral deverá seguir o rito previsto no artigo 534 e seguintes do Código de Processo Civil. Regime de execução das despesas públicas: empenho, liquidação e pagamento.

A fase de liquidação de despesa é o momento em que a Administração Pública verificará o adequado cumprimento da obrigação contratual assumida pelo potencial credor, cumprindo-lhe atestar ou não o serviço. Incumbe exclusivamente à Administração a atribuição quanto à liquidação da despesa pública. A convenção de arbitragem não poderá abranger a matéria, não podendo igualmente a sentença arbitral incidir sobre tal aspecto, sob pena de ultrapassar os limites da arbitragem. Artigo 32, IV, da Lei nº 9.307/1996. A sentença arbitral que impõe uma condenação pecuniária às Fazendas Públicas, tal qual se sucede com as sentenças judiciais, deverá submeter-se ao regime dos precatórios em virtude do comando cogente previsto no artigo 100 da Constituição Federal.

1. Cuida-se de consulta oriunda da Assistência de Arbitragens, da Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso Geral, versando diversos temas jurídicos suscitados no âmbito do procedimento arbitral de autos nº 26772/PFF/RLS, ora em curso.

2. Para melhor compreensão da controvérsia, peço vênia para reportar-me ao Ofício Aarb nº 3/2024 (fls. 1307/1312), o qual reproduzo abaixo:

> Referido procedimento arbitral avalia pleitos apresentados por consórcio formado por CONSTRUCAP CCPS ENGENHARIA E COMÉRCIO S.A. SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA CONSÓRCIO CONSTRUCAP-COPASA SP-088 contra o DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO — DER, decorrentes do CONTRATO DE OBRAS POR PREÇO UNITÁRIO Nº 19.991-6 e da licitação pública LPI nº 003/2016. Tal avença possui como objeto a realização de obras de melhoria e duplicação do trecho compreendido entre os kms 32,000 e 39,453 da Rodovia SP-088 (Rodovia Pedro Eroles), localizado entre os municípios de Arujá/SP e Mogi das Cruzes/SP, e para construção de quatro passarelas e de dois viadutos.
>
> O valor inicial do contrato era R$ 121.939.663,12 e foi assinado em 10/01/2018 com prazo de duração inicial de 24 meses. Contudo, ao longo de sua execução, parte de seu objeto foi suprimida e o prazo de vigência foi prorrogado em três oportunidades (1º TAM, 2º TAM, 3º TAM e 4º TAM), de modo que até o momento não foi expedido o Termo de Recebimento Definitivo, em razão de falhas na execução das obras, detectadas pelo contratante.
>
> O objeto principal do litígio é a pretensão de condenação do DER na obrigação de pagar por eventos de inadimplemento contratual no valor histórico de R$ 42 milhões de reais e na obrigação de fazer de entregar o Termo de Recebimento Definitivo de obra. Os argumentos apresentados pelo Requerente para fundamentar os pleitos nucleares do processo não serão apresentados

nesta consulta, dado que não compõem a proposta de oitiva da Procuradoria Administrativa.

Em paralelo, o consórcio Requerente veiculou pedido cautelar de exibição de documentos relativos aos acordos financeiros decorrentes do contrato de empréstimo nº 8272 de 24.09.2013, firmado entre o Estado de São Paulo e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird) para viabilização do empreendimento em litígio e pedido de decisão jurisdicional declaratória de não incidência do regime jurídico de precatórios para execução de eventual sentença condenatória pecuniária contra o DER.

Especificamente com relação ao pedido de exibição de documentos, o consórcio Requerente sustenta que teria direito de acesso a documentos internos de informações prestadas pelo DER ao Bird relativos à execução contratual e informações sobre os recursos disponibilizados ao referido contrato para pagamento das obrigações contratuais assumidas pelo DER, dada a cláusula 2.4 do contrato de obra *sub examine* na arbitragem.[1]

Trata-se de pedido acessório ao pedido declaratório, com a intenção de que a apuração de eventual saldo relativo a essa operação e eventualmente vinculado ao contrato em questão possa ser empregado no pagamento direto de condenação pecuniária que a autarquia venha a sofrer no procedimento arbitral.

Sobre o pedido de natureza declaratória supramencionado, o consórcio Requerente argumenta que o regime de precatórios não seria aplicável *in casu*, com base nos seguintes argumentos: (i) procedimentos arbitrais constituiriam uma exceção ao regime executivo do artigo 100 da Constituição Federal, em razão da eficiência esperada para a jurisdição especializada, (ii) haveria precedente no TJSP que corrobora tal assertiva, (iii) os pedidos decorreriam de cumprimento de cláusulas contratuais e não de eventos indenizatórios, (iv) a circunstância de os recursos financeiros para pagamento das parcelas contratuais não provirem do orçamento público afastaria a incidência do regime de precatórios.

O Requerido DER, por sua vez, sustenta que tais pedidos cautelares são improcedentes, com base na seguinte linha argumentativa:

(i) O DER não é parte no contrato de empréstimo celebrado com o Bird, de modo que não teria legitimidade para apresentar as informações solicitadas.

(ii) O consórcio Requerente não possui legitimidade para solicitar, em sede de arbitragem, acesso a contrato em que não figura como parte e que não está albergada pela jurisdição privada.

(iii) Por derradeiro, não há interesse jurídico no referido pedido de acesso a dados contratuais, porque o pagamento de eventual condenação de obrigação de pagar em face do DER será executado pelo regime de precatórios, que é

[1] "2.4 Acordos Financeiros do Contratante. O Contratante enviará, antes da Data de Início e, posteriormente, mais tardar até 28 dias após o recebimento de qualquer pedido do Empreiteiro, evidência razoável de que os acordos financeiros foram feitos e estão sendo mantidos, o que permitirá ao Contratante pagar o Preço do Contrato pontualmente (conforme estimado na época) de acordo com a Cláusula 14 [Preço e Pagamento do Contrato]. Antes de o Contratante fazer qualquer mudança material em seus acordos financeiros, o Contratante enviará notificação para o Empreiteiro com particularidades detalhadas. […]"

aplicável a sentenças arbitrais. Em breve síntese, as circunstâncias apontadas pelo consórcio Requerente não são aptas a afastar o comando mandatório do artigo 100 da Constituição Federal.

O processo arbitral encontra-se no início da fase probatória, tendo sido esgotada a fase postulatória com a apresentação de Alegações Iniciais pelos Requerentes, Resposta pelo Requerido, Réplica pelos Requerentes e Tréplica pelos Requeridos.

Em 13.11.2023 foi realizada Audiência de Apresentação do Caso, oportunidade em que ficou estipulado cronograma provisório para ambas as partes apresentarem (i) relatório consolidado dos Assistentes Técnicos abrangendo as questões técnicas controvertidas postas na demanda e (ii) parecer jurídico sobre as questões jurídicas controvertidas, de modo que o prazo para o consórcio Requerente apresentar seu arrazoado se encerrou em 19 de fevereiro, com a juntada de estudo redigido pelo Professor FERNANDO SCAFF (Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo), e a data para o DER apresentar documento dessa natureza se encerrará em **19 DE ABRIL DE 2024**.

Em suas razões, o Professor FERNANDO SCAFF aborda o tema em disputa sob a ótica dos empenhos necessários ao pagamento das parcelas contratuais, a partir da premissa de que o empenho gera, por si só, uma obrigação em desfavor da Administração e, como existiria um empenho global para o contrato, este deveria cobrir o pagamento de valores eventualmente reconhecidos em prol do consórcio na arbitragem e que não tenham natureza indenizatória. Os demais fundamentos e pedidos constantes no pleito cautelar em análise não foram objeto de exame pelo jurista.

Para subsidiar a opinião jurídica a ser apresentada, os presentes autos administrativos foram instruídos com cópia integral do procedimento arbitral de autos nº 26772/PFF/RLS e com documentação disponibilizada pela equipe técnica do DER via e-mail em 7 de março de 2024, os quais nos permitem apresentar as seguintes inferências:

(i) A partir do exame do contrato de empréstimo nº 8272 de 24.09.2013, firmado entre o Estado de São Paulo e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), verifica-se a inexistência de vinculação dos recursos disponibilizados pelo organismo multilateral com obra ou contrato específico.

(ii) Diante das informações apresentadas pelo DER, o contrato de empréstimo nº 8272 de 24.09.2013, firmado entre o Estado de São Paulo e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), se encontra formalmente extinto e não existe saldo financeiro decorrente de referida avença.

(iii) Sobre o contrato de obras por preço unitário nº 19.991-6, decorrente da licitação pública LPI nº 003/2016, celebrado entre o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo 3 DER e o consórcio Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. Sociedad Anónima de Obras y Servicios Copasa Consórcio Construcap-Copasa SP-088 […].

(iv) De acordo com a documentação disponibilizada pelo DER, não existem empenhos ativos para despesas relacionadas ao contrato de obras por preço unitário nº 19.991-6, dado que todos os empenhos realizados para tal contratação foram devidamente liquidados.

(v) Ainda sobre o contrato supramencionado, a partir da documentação disponibilizada nos autos, não resta saldo orçamentário relativamente ao contrato

> em questão e não existe valor inscrito em restos a pagar não processados, referentes ao contrato de obras por preço unitário nº 19.991-6.
>
> Por derradeiro, de acordo com a documentação disponibilizada pelo DER, não existem empenhos da autarquia que não estejam vinculados especificamente à execução de contratos ou despesas previamente definidas.

3. Considerando a relevância da temática jurídica discutida no procedimento arbitral em curso, propôs-se a submissão do tema à Procuradoria Administrativa, para resposta aos seguintes quesitos:

> 1. O regime de precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição Federal, é aplicável aos processos arbitrais envolvendo as entidades da Administração Pública Indireta, com personalidade jurídica de direito púbico, como o Departamento de Estradas de Rodagem (DER)?
>
> 2. Uma sentença final condenatória e de cunho pecuniário eventualmente prolatada pelo Tribunal Arbitral do procedimento de autos nº 26772/PFF/RLS contra o DER deve ser executada pelo regime constitucional de precatórios?
>
> Uma decisão proferida pelo Tribunal Arbitral poderia afastar a aplicação do regime de precatórios?
>
> 3. Uma decisão proferida pelo Tribunal Arbitral poderia afastar a aplicação do regime de precatórios?
>
> 4. O substrato fático que enseja eventual sentença condenatória prolatada contra o DER no procedimento arbitral de autos nº 26772/PFF/RLS pode repercutir no respectivo regime executivo da sentença? A circunstância de que a condenação decorre de supostos descumprimentos contratuais e não de eventos indenizatórios representa motivo para afastamento do regime do artigo 100 da Constituição Federal?
>
> 5. O precedente citado pelo consórcio Requerente em suas manifestações ao longo do procedimento arbitral (TJSP. AI nº 3003450-36.2019.8.26.0000) veicula hipótese de exceção em abstrato ao regime de precatório para execução de sentença condenatória em face da Fazenda Pública? Existem diferenças entre os fatos analisados por tal acórdão e o caso submetido a exame no procedimento arbitral de autos nº 26772/PFF/RLS?
>
> 6. Qual a distinção entre a execução de uma despesa pública em sede administrativa e a execução de um valor contra a administração pública proveniente de decisão jurisdicional? Como são processados os adimplementos de valores provenientes dessas origens distintas, sob a ótica constitucional e legal?
>
> 7. Uma decisão jurisdicional pode substituir a fase de liquidação de empenho? Existe qualquer previsão legal nesse sentido?

4. O expediente foi encaminhado a esta Especializada, por determinação da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, para análise e manifestação (fls. 1315).

É o relatório do essencial. Passo a opinar.

I. Precatório: regime constitucional

5. Estabelece o *caput* do artigo 100 da Constituição Federal[2] que os entes públicos, dotados de personalidade jurídica de direito público, devem satisfazer suas obrigações pecuniárias, quando decorrentes de sentença judiciária, por meio de precatório.

6. Cuida-se de regra positivada em sede constitucional por opção política do legislador — desde a Constituição de 1934 —, instituída primordialmente com vistas a eliminar uma das formas mais correntes de advocacia administrativa[3] e assim fazer valer os ditames da **moralidade administrativa**.

7. Ao estipular regras objetivas para os pagamentos decorrentes de sentença judiciária, os quais se darão na exata ordem cronológica de apresentação dos precatórios, vedando a "*designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim*" (art. 100, *caput*), o constituinte consagrou o **princípio da impessoalidade**, subtraindo da discricionariedade do administrador a escolha da ordem dos pagamentos.

8. O preceito elementar que outorga preferência apenas aos credores que dispõem de precedência cronológica tem por finalidade "(a) assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos em decisão transitada em julgado (RTJ 108/463), (b) impedir favorecimentos pessoais indevidos e (c) frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ou preterições motivadas por razões destituídas de legitimidade jurídica" (Rcl 3.220 ED, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 24/04/2008).

9. Nesse sentido, o artigo 100 da Constituição da República, segundo a ótica do Supremo Tribunal Federal, traduz-se em "um dos mais expressivos postulados realizadores do **princípio da igualdade**, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento isonômico dos credores do Estado" (ADI 584 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJ 22.5.1992).

---

[2] *"Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

[3] Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Precatórios*: atual regime jurídico. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 11.

10. O regime de precatórios igualmente foi instituído com vistas a assegurar a **efetiva satisfação** das dívidas fazendárias. Na exata medida em que os bens públicos são revestidos dos atributos da inalienabilidade e da impenhorabilidade, o constituinte engendrou tal sistemática para garantir o direito do credor ao efetivo recebimento das quantias decorrentes de sentenças judiciárias, de modo que "*É obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado constantes de precatórios judiciários apresentados até 2 de abril, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente*" (art. 100, § 5º). Assim, em caso de preterimento do direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário, poderá o credor requerer o sequestro da quantia necessária à satisfação do seu débito (art. 100, § 6º[4]).

11. Intimamente conectado a esse ponto está o **princípio da legalidade orçamentária**[5], que impõe a necessidade de previsão orçamentária das despesas públicas originárias de condenações judiciais (art. 100, § 5º, c.c. art. 167, I e II[6]). A esse respeito, discorre MARCUS ABRAHAM que "a razão de existência dos precatórios se dá pela necessidade de um mecanismo que possibilite a previsão orçamentária de despesas públicas originárias de condenações judiciais, uma vez que há certeza quanto a sua ocorrência, porém, incerteza quanto ao valor e quanto ao momento do seu pagamento. Essa previsibilidade se concretiza a partir do comando constitucional que estabelece ser obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício

---

[4] "*Art. 100. § 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

[5] V. ADPF 789, Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 23/08/2021, e a tese fixada no referido julgado, de seguinte teor: "Os recursos públicos vinculados ao orçamento de estatais prestadoras de serviço público essencial, em regime não concorrencial e sem intuito lucrativo primário, não podem ser bloqueados ou sequestrados por decisão judicial para pagamento de suas dívidas, em virtude do disposto no art. 100 da CF/1988, e dos princípios da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF/1988), da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III, da CF/1988) e da eficiência da administração pública (art. 37, caput, da CF/1988)".

[6] *"Art. 167. São vedados: I — o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II — a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;".*

seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente (§ 5º do art. 100, CF/1988)[7].

12. Nas palavras de EGON BOCKMANN MOREIRA *et al*.,[8] "caso se pudesse resumir, em uma só expressão, o motivo histórico e a teleologia da norma constitucional que instituiu os precatórios, ele seria a *efetividade do cumprimento isonômico das decisões judiciais*".

13. Logo, considerando cuidar-se de regra que concretiza os **princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, da isonomia, da legalidade orçamentária e da efetividade da tutela jurisdicional**, o regime de precatórios encerra mandamento constitucional cuja observância é imperativa aos entes jurídicos de direito público.

14. A **exceção** ao regime constitucional de expedição de precatório consiste nos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor, expressamente prevista no mesmo art. 100 da Constituição (§ 3º[9]). Com efeito, caso o montante da condenação não ultrapasse sessenta salários-mínimos para a União (art. 17, § 1º, da Lei Federal nº 10.259/2001[10]), quarenta salários-mínimos para a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal (ou outro valor definido pela legislação local[11]) e trinta salários-mínimos ou outro valor fixado pelo ente político[12] para a Fazenda dos Municípios (art. 87 do ADCT[13]),

---

7 ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 242.

8 MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luis; AGOTTANI, Diogo Zelak. *Precatórios*: o seu novo regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 31.

9 "*Art. 100. § 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

10 *"Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório. § 1º Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, caput)".*

11 Desde que em valor não inferior ao valor do maior benefício pago pelo Regime Geral de Previdência Social, por expressa previsão do art. 100, § 4º, da CF.

12 Desde que em valor não inferior ao valor do maior benefício pago pelo Regime Geral de Previdência Social, por expressa previsão do art. 100, § 4º, da CF.

13 "*Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002) I — quarenta salários*

o rito da execução da obrigação de pagar quantia certa se submeterá ao regime da Requisição de Pequeno Valor (RPV).

15. Nesse contexto, convém salientar que nem mesmo os créditos alimentares contra a Fazenda Pública têm força suficiente a afastar o rito dos precatórios, ficando apenas isentos da ordem cronológica dos demais créditos, segundo entendimento da Corte Suprema, que já sedimentou em súmula a orientação de que "*A exceção prevista no art. 100, caput, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza*" (Súmula nº 655, STF).

16. A observância ao regime jurídico dos precatórios dá-se nas hipóteses em que a Fazenda Pública é condenada ao *pagamento de quantia certa*. Esse o aspecto objetivo indicado pela doutrina especializada ao analisar a sistemática constitucional: o precatório "aplica-se apenas para as obrigações pecuniárias impostas contra o Poder Público"[14]. De fato, não se extrai do texto constitucional a observância à referida sistemática nas hipóteses de condenação da Fazenda Pública ao cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.

17. No ponto, já assentou o Supremo Tribunal Federal que "A sistemática constitucional dos precatórios não se aplica às obrigações de fato positivo ou negativo, dado a excepcionalidade do regime de pagamento de débitos pela Fazenda Pública, cuja interpretação deve ser restrita" (RE 573.872, Pleno, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 24.05.2017), consolidando em seu repertório de jurisprudência a seguinte tese de repercussão geral: "*A execução provisória de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública não atrai o regime constitucional dos precatórios*" (Tema 45).

18. Finalmente, cumpre destacar que estão submetidas ao regime jurídico dos precatórios as **pessoas jurídicas de direito público**, segundo claramente se extrai do texto constitucional, o qual se dirige às "*Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais*" (art. 100, *caput*) e às "*entidades de direito*

mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002); II — trinta salários mínimos, perante a Fazenda dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002) Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)"

[14] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Precatórios*: atual regime jurídico. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 27.

público" (art. 100, § 5º). Além da Administração direta, não há dúvidas, na atual quadra, que estão inseridas no conceito de Fazenda Pública as autarquias e as fundações de direito público. Afinal, "ambas são pessoas jurídicas de direito público, que permanecem como titulares de interesses *exclusivamente públicos* e exercem apenas e tão somente atividades *típicas* da Administração, submetidas, inclusive, ao excepcional regime de responsabilidade objetiva"[15]. Eis a limitação passivo-subjetiva do regime jurídico dos precatórios, na expressão de EGON BOCKMANN MOREIRA *et al*.[16]

II. Arbitragem e jurisdição: a sentença arbitral

19. CARLOS ALBERTO CARMONA é um dos expoentes que vem defendendo, há tempos, a natureza jurisdicional da arbitragem: "a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial"[17].

20. Considerando que são características marcantes da atividade jurisdicional "a *terzietá* do juiz; o poder de aplicar a norma ao caso concreto, com força de coisa julgada; o desenvolvimento em contraditório e a necessidade de provocação (inércia jurisdicional)", sustenta ARRUDA ALVIM que "o instituto (da arbitragem) exerce idêntica função e produz os mesmos efeitos que a atividade jurisdicional do Estado"[18].

21. Se a jurisdição tem por finalidade maior "a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce", afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos"[19].

---

[15] MOREIRA, Egon Bockmann [*et al.*]. *Op. cit.*, p. 62.

[16] *Op. cit.*, p. 56.

[17] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2023. p. 24.

[18] ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da Arbitragem. *In:* CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a Lei nº 13.129 de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 133-144.

[19] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 39.

22. Nesse passo, diz o artigo 31 da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que "*A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*". De acordo com CARLOS ALBERTO CARMONA, o legislador optou, assim, por adotar a tese da **jurisdicionalidade da arbitragem**, dado que a sentença produzida pelo juízo arbitral, embora não oriunda do Poder Judiciário, "assume a categoria de judicial"[20].

23. De fato, a todas as luzes, a ordem jurídica pretendeu equiparar as sentenças arbitrais e judiciais, fato este reforçado pelo artigo 515, inciso VII, do Código de Processo Civil[21], o qual dispõe que a sentença arbitral é **título executivo judicial**, cujo cumprimento deve ser realizado de acordo com as regras previstas no Título II do Livro I da Parte Especial do Código de Processo Civil, que trata do cumprimento de sentença.

24. A sentença arbitral segue as balizas principais de uma sentença judicial (art. 26 da Lei nº 9.307/1996[22]), até porque ambas possuem a mesma carga de eficácia executiva[23], consistindo em um dos principais atos praticados pelo juízo arbitral: a outorga da prestação jurisdicional pretendida pelas partes[24].

25. As sentenças arbitrais podem ser classificadas, em função do resultado proporcionado aos litigantes, em declaratórias, constitutivas e condenatórias: "serão meramente declaratórias as sentenças arbitrais que se limitem a afirmar a existência ou a inexistência de relação jurídica ou a falsidade de documento; serão constitutivas as sentenças que, além de declarar que um dos litigantes tem direito ao que pede, acrescentam a constituição, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica; e, por derradeiro, serão condenatórias as sentenças arbitrais que, além da declaração do direito, impuserem ao vencido o cumprimento de uma prestação à qual esteja obrigado (imposição

---

[20] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2023. p. 23.

[21] "*Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: […] VII — a sentença arbitral.*"

[22] "*Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I — o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio; II — os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III — o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV — a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato*".

[23] PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 264.

[24] Muito embora se admita a sentença parcial (art. 23, § 1º, da Lei nº 9.307/1996), que decide apenas parte do litígio.

de sanção, concretizando as medidas executivas previstas abstratamente na lei processual)"[25].

26. Proferida a sentença arbitral, resta exaurida a jurisdição do árbitro. Segundo CARLOS ALBERTO CARMONA, "não há atividade alguma a ser desenvolvida pelo árbitro depois de proferida sua sentença: não há recurso da sentença arbitral, não há medida satisfativa predisposta pelos árbitros, não há providências complementares de que se devam ocupar os julgadores"[26].

III. Execução de sentença arbitral condenatória contra a Fazenda Pública. Incidência da regra do artigo 100 da Constituição da República

27. Encerrada a fase arbitral, todos os atos executivos voltados à satisfação do direito do credor deverão correr perante o Poder Judiciário, segundo as regras ordinárias inerentes ao cumprimento de sentença contidas no Código de Processo Civil. "Proferida a sentença, dá-se por finda a arbitragem (art. 29) — o que significa dizer que a execução deverá ser feita em outro processo, agora perante o juiz estatal", assevera CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[27].

28. Isso porque falecem ao juízo arbitral poderes para fazer cumprir coercitivamente suas decisões. É de ARRUDA ALVIM a observação de que[28]

> A disciplina da arbitragem sofre algumas limitações comparativamente à do processo judicial, em especial quanto à largueza da substitutividade. Apesar de ter função adjudicatória, o árbitro limita-se a *estabelecer* as providências coercitivas (*v.g.* multa diária, busca e apreensão, comparecimento de testemunha sob pena de condução coercitiva etc.) ao cumprimento de suas decisões. A realização prática (ou seja: a execução forçada) de tais providências em casos de descumprimento demanda, invariavelmente, a atuação judicial.
>
> Em suma, o árbitro possui poderes para aplicar o direito ao caso concreto, mas não para praticar atos executivos que se destinem ao cumprimento forçado da sentença arbitral.

---

[25] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2023. p. 354.

[26] *Apud* MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda Pública e arbitragem*: do contrato ao processo. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 348.

[27] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 260.

[28] ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da Arbitragem. *In:* CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a Lei nº 13.129 de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133-144.

29. Assim, como didaticamente expõe FRANCISCO JOSÉ CAHALI, "de posse da sentença arbitral condenatória de obrigação de pagar quantia certa, necessária a iniciativa do exequente para inaugurar uma nova relação processual (exequente, executado e juiz togado), diversa daquela havida na arbitragem (requerente, requerido e árbitro), bem como exige citação — não se trata de mera intimação — do executado para integrar o processo"[29].

30. Sob essa exata perspectiva abordam o tema FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, como se colhe da seguinte passagem de sua obra[30]:

> O procedimento diferenciado de execução de títulos judiciais e extrajudiciais previstos nos arts. 534-535 e art. 910, todos do Código de Processo Civil, bem como o regime de precatórios (art. 100 da Constituição da República), aplicam-se, por outro lado, regularmente, pois se trata de disposições externas ao processo arbitral, incidentes sobre o cumprimento de sentença arbitral e sobre a satisfação do crédito da parte vencedora, ambos momentos posteriores ao fim da arbitragem. **Essas disposições não dizem respeito à arbitragem, mas sim à execução das decisões arbitrais perante o Poder Judiciário, isto é, dizem respeito ao processo judicial subsequente à arbitragem.** (g.n.)

31. É dizer: a sentença arbitral condenatória proferida contra a Fazenda Pública, tal qual se sucede com as sentenças judiciais, deve seguir o rito previsto no artigo 534 e seguintes do Código de Processo Civil. Intimada a Fazenda Pública e não impugnada a execução (ou rejeitadas as arguições da executada), cumprirá ao presidente do tribunal competente a **expedição de precatório** em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal (art. 535, § 3º, I, CPC).

32. Logo, aplica-se ao cumprimento da sentença arbitral o mesmo regime jurídico da sentença judicial. E não poderia ser de outra forma, "porque as situações são da mais profunda similitude. Cumprimento de sentença lá, cumprimento de sentença cá. Título judicial lá, título judicial cá — ambos produzidos mediante o exercício de jurisdição"[31].

---

[29] CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem.* 5ª edição. São Paulo: Editora RT, 2015. p. 357.

[30] FICHTNER, Jose Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 633-634.

[31] Afirmação de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a propósito do cabimento de exceção de pré-executividade em execução de sentença arbitral (*op. cit.*, p. 273), que se aplica em sua inteireza na questão dos precatórios como meio de satisfação das condenações proferidas pelos juízos arbitrais contra a Fazenda Pública.

33. Com efeito, reza o artigo 31 da Lei de Arbitragem que a sentença arbitral "*produz, entre as partes e seus sucessores,* ***os mesmos efeitos*** *da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário*"[32]. Não pode, pois, "produzir efeitos além daqueles que uma sentença proferida por um magistrado possui, quando decide uma lide da qual é parte a Fazenda Pública", como bem anotou FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN[33]. Ainda segundo o autor:

> Quer-se dizer com isso que a sentença arbitral por ser "equiparada" em seus efeitos à sentença judiciária, não pode pretender trazer para o Poder Público, como regra geral, um regime de execução diferente do que está a ele jungido por força da Constituição da República de 1988 no art. 100, e também pelo Código de Processo Civil no art. 730.

34. Não é diversa a inteligência de FLÁVIO AMARAL GARCIA, que igualmente ressaltou a necessidade de que "a parte dê início a processo judicial de execução da sentença arbitral, ao fim do qual o juiz competente tomará as providências necessárias para que o débito ingresse na ordem de pagamentos", destacando, no ponto, que "**a sentença arbitral não difere de uma sentença judicial transitada em julgado que condene ente público**"[34]. Em reforço, aduz:

> Caso a parte privada sagre-se vencedora na arbitragem e a sentença imponha o pagamento de obrigação pecuniária à Administração Pública direta e suas autarquias, deverá, necessariamente, ser observado o regime de precatórios. [...]
> O pagamento pela via do precatório encontra fundamento axiológico no princípio da isonomia. Objetivou-se criar procedimento que evite preferências ou privilégios no momento do pagamento das dívidas dos entes públicos, alcançando, indistintamente, sentenças arbitrais ou judiciais.

35. Sob outra perspectiva, a contundente afirmação de OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA[35]:

---

[32] Destaques nossos.

[33] WILLEMAN, Flávio de Araújo. Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, p. 116-137, 2009.

[34] GARCIA, Flávio Amaral. Arbitragem e infraestrutura brasileira. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Direito administrativo e alternative dispute resolution*: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 198-199. Os destaques são nossos.

[35] FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Sentença arbitral não pode alterar regime de pagamento de precatórios. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-fev-28/sentenca-arbitral-nao-pode-alterarregime-de-pagamento-de-precatorios/. Acesso em: 13 mar. 2024.

> A previsão constitucional e infraconstitucional do regime de precatórios é explícita no sentido da imprescindibilidade do precatório, diante da impenhorabilidade dos bens públicos e visando atender à ordem cronológica dos pagamentos, sob pena de irremissível inconstitucionalidade.
> **Eventual decisão do árbitro em sentido contrário criaria modalidade de sequestro de rendas públicas, fora da previsão constitucional**. Isso porque a medida permitiria a constrição sobre valores do erário, afigurando-se como manifestamente inconstitucional.
> (g.n.)

36. No mesmo passo, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA é categórico ao afirmar que "a sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal, regra que não pode ser afastada ainda que se trate de arbitragem"[36]. Opinião esta corroborada por FRANCISCO JOSÉ CAHALI: "admite-se a possibilidade de entes públicos se submeterem à arbitragem. E a origem do título, se judicial ou arbitral, neste caso, não altera o procedimento da efetividade da sentença condenatória da Fazenda Pública"[37].

37. Pouco importa, segundo HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, que a Constituição Federal tenha se referido à *sentença judiciária* no *caput* do artigo 100. "Prova disso é que se reconhece a possibilidade de expedição de precatórios com base em título executivo extrajudicial e com base em título executivo judicial formado a partir da conversão em mandado monitório (verbetes n. 279 e 339, da Súmula do STJ, respectivamente). Em nenhum desses casos há *sentença judicial*. Ademais, embora a sentença arbitral não seja *judicial*, prevalece o entendimento de que ela é ao menos *jurisdicional*"[38].

38. Logo, a sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária às Fazendas Públicas, tal qual se sucede com as sentenças judiciais, deve submeter-se ao regime dos precatórios em virtude do comando cogente previsto no art. 100 da Constituição Federal[39]. É o que de resto estabelece o artigo 9º[o] do Decreto Estadual nº 64.356, de 31 de julho de 2019[40]:

---

[36] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 632.

[37] CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 379.

[38] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. *In:* CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a Lei nº 13.129 de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 273-287.

[39] Cita-se, além dos autores já mencionados neste opinativo, prestigiosa doutrina que abona entendimento no mesmo sentido: ABBOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN,

> ***Artigo 9º*** *— As sentenças arbitrais que imponham obrigação pecuniária à Administração Pública direta e suas autarquias serão cumpridas conforme o regime de precatórios ou de obrigações de pequeno valor, nas mesmas condições impostas aos demais títulos executivos judiciais.*

IV. Do regime de execução da despesa pública

39. Examinada a forma de execução de obrigação pecuniária proveniente de **decisão jurisdicional** em face da Administração Pública, cumpre analisar como se processam as despesas públicas **em sede administrativa**.

40. A realização das despesas no âmbito da Administração Pública ocorre, grosso modo, segundo as dotações consignadas nos respectivos créditos orçamentários ou adicionais, os quais representam autorizações de despesas válidas para utilização no período de vigência da lei orçamentária anual[41], sendo executadas por meio do cumprimento de três estágios: empenho, liquidação e pagamento[42].

41. O artigo 58 da Lei nº 4.320/1964 define o empenho de despesa como "*o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição*". Há que se interpretar o

---

Gustavo Favero. *Arbitragem e Constituição.* (Portuguese Edition) (p. 321-322). Edição do Kindle; MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 273-295; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 162-170; MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda Pública e Arbitragem*: do contrato ao processo. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 351-360; ALVES, Marcos Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na Arbitragem*. São Paulo: Singular, 2019. p. 274-279; Oliveira Ferreira, I. & Sarmento Leite Melamed, T. (2022). Arbitragem e precatórios: um panorama sobre a efetivação dos pleitos pecuniários em face da administração pública. *Publicações da Escola Superior da AGU*, v. 14, n. 01, 2022. Recuperado de https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3228.

40 *Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte.*

41 Cf. GIACOMINI, James. *Orçamento público*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 295. Para estudo mais aprofundado do tema relativo à programação de desembolso das despesas públicas, remeto à obra do autor, no Capítulo "Execução Orçamentária e Financeira".

42 Há autores que incluem mais uma fase, a do "ordenamento" (leia-se: emissão da ordem de pagamento da despesa), estágio posterior à liquidação e que antecede o efetivo pagamento (CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos Públicos*: a Lei 4.320/1964 Comentada. São Paulo: Editora RT, 2014. p. 216-217; FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito financeiro e tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 56). Para os fins deste opinativo, adotamos o estágio trifásico da despesa pública, na linha dos clássicos autores (OLIVEIRA, Regis Fernandes de (coord. geral). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 46; FURTADO, J. R. Caldas. *Direito financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 216).

dispositivo *cum grano salis*, eis que "o empenho não cria *de per se* a obrigação de pagamento, mas garante que a despesa a ser efetuada pelo Poder Público contará com a necessária cobertura orçamentária"[43]. Como acentuam FERRAZ, GODOI e SPAGNOL, o empenho "encerra **função acautelatória**, uma vez que destaca e reserva, na dotação orçamentária própria, uma quantia para o pagamento futuro de obrigações específicas, assumidas pelo poder público por meio de lei, contratos e instrumentos congêneres"[44].

42. O empenho pode ocorrer em três modalidades: (i) *ordinário*, quando o montante da despesa for previamente conhecido, cuidando-se da situação mais comum na Administração Pública; (ii) *por estimativa*, que se dará nas situações em que não se possa determinar previamente o valor exato da despesa (art. 60, § 2º, da Lei nº 4.320/1964); e (iii) *global*, o qual é permitido nos casos de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento (art. 60, § 3º, da Lei nº 4.320/1964).

43. Processado o empenho, segue-se a fase da liquidação, que consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, com base nos títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito (art. 63 da Lei nº 4.320/1964[45]). A fase de liquidação de despesa é o momento em que a Administração Pública verificará o adimplemento da obrigação contratual assumida pelo potencial credor. Tratando-se de contratos administrativos, a etapa da liquidação está intimamente ligada às disposições da Lei Federal nº 14.133/2021 que cuidam do recebimento do objeto contratado, em especial àquelas estabelecidas em seu artigo 140, autorizando "*a sua rejeição no todo ou em parte, quando estiver em desacordo com o contrato*" (art. 140, § 1º).

44. Não à toa, a doutrina reputa a fase de liquidação da despesa pública como sendo a chave principal do desenrolar do procedimento, pois é nela que se aquilata o adequado cumprimento da obrigação, verificando-se os exatos termos do contrato, ajuste ou acordo respectivo, a nota de empenho emitida e os comprovantes da prestação efetiva do serviço (art. 63, § 2º, da Lei

---

[43] FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito financeiro e tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 56.

[44] *Op. cit.*, p. 57. Os destaques são nossos.

[45] *"Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. § 1° Essa verificação tem por fim apurar: I — a origem e o objeto do que se deve pagar; II — a importância exata a pagar; III — a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I — o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II — a nota de empenho; III — os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço".*

nº 4.320/1964). SÉRGIO ASSONI FILHO aborda o tema nesta perspectiva, ao afirmar que,

> além de materializar o vínculo obrigacional assumido pela Administração Pública, a liquidação prévia do valor a ser satisfeito pelos agentes públicos é ainda profícua por colocar em evidência se houve ou não o devido adimplemento por parte do credor potencial da obrigação, haja vista que o pagamento da despesa pública pressupõe que este último também tenha observado as condições legais e contratuais que lhe competiam.[46]

45. Tanto é verdade que se admite, em regra, o cancelamento de empenho desde que não se cuide de despesa que já tenha contado com a competente liquidação[47-48], tratando-se de entendimento assente em sede doutrinária e jurisprudencial que a **obrigação de pagamento somente se impõe a partir da fase de liquidação**. "Seja porque foi emitido incorretamente ou porque o objeto do contrato não foi cumprido, não há qualquer erro em se cancelar o empenho", diz HARRISON LEITE[49]. Com efeito,

> **O Empenho por si só não cria a obrigação de pagamento, podendo ser cancelado ou anulado unilateralmente, principalmente nos casos em que o implemento de condição não seja cumprido.** É bem verdade que o Empenho gera obrigação entre partes, ou seja, a administração pública, ao contratar, tem que emitir o Empenho, pois somente assim estará reservando os créditos orçamentários para aquela despesa específica. No entanto, a efetiva obrigação de pagar só é reconhecida após o ato de liquidação, após a administração constatar a efetiva entrega do bem ou serviço, em conformidade com as especificações contratuais.[50]

---

[46] CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos públicos*: a Lei 4.320/1964 comentada. São Paulo: Editora RT, 2014. p. 217.

[47] Nos termos do artigo 10 da Lei Estadual nº 10.320, de 16/12/1968: "*Artigo 10 — O empenho de qualquer despesa, consistente na dedução de sua importância da dotação ou crédito próprio, poderá ser anulado. Parágrafo único — Quando se tratar de despesa vinculada a contrato, a anulação, devidamente justificada, deverá ser comunicada ao Tribunal de Contas*".

[48] O artigo 35 do Decreto Federal nº 93.872, de 23/12/1986, de seu turno, estabelece que o empenho de **despesa não liquidada** será considerado anulado em 31 de dezembro, salvo quando (i) vigente o prazo para cumprimento da obrigação assumida pelo credor, nele estabelecida; (ii) vencido o prazo de que trata o item anterior, mas esteja em curso a liquidação da despesa. Conquanto o artigo 35 do Decreto nº 93.872/1986 estabeleça outras exceções, referidas hipóteses são as únicas admitidas pela Secretaria do Tesouro Nacional, segundo o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (10. ed., p. dez/2023). Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:48458. Acesso aos 19 mar. 2024.

[49] LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 11. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 465.

[50] ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel de; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique Feijó da. *Gestão de finanças públicas*. 2. ed. Brasília: Ed. Gestão Pública, 2008. p. 321. Os

46. Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. EMPENHO. OBRIGAÇÃO DO PAGAMENTO. NÃO RECONHECIMENTO. INEXECUÇÃO CONTRATUAL. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA.
> 1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).
> 2. "**O empenho, por si, não cria obrigação de pagamento. O Estado não pode pagar por serviço não prestado ou por mercadoria não entregue apenas porque houve empenho da despesa**" (REsp 1022818/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 21/08/2009).
> 3. **Hipótese em que a Corte de origem assegurou que a autora, ora agravante, não comprovou a execução dos serviços contratados e assentou que o empenho, como uma das etapas da despesa pública, pode ter seu pagamento cancelado "no estágio de liquidação", caso a Administração verifique "que o objeto contratual não foi cumprido a contento".**
> 4. A modificação do julgado, nos moldes pretendidos, não depende de simples análise do critério de valoração da prova, mas do reexame dos elementos de convicção postos no processo, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, a teor da Súmula 7 do STJ.
> 5. Agravo interno desprovido.
> (AgInt no AREsp n. 1.097.066/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 4/10/2018, DJe de 6/11/2018)
> (g.n.)

47. Finalmente, verificado o direito do credor, a autoridade competente exara a *ordem de pagamento*, determinando que a despesa seja paga (art. 64, *caput*, da Lei nº 4.320/1964). O pagamento, que só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação (art. 62 da Lei nº 4.320/1964), se fará mediante ordem bancária ou cheque nominativo, contabilizado pelo órgão competente e obrigatoriamente assinado pelo ordenador da despesa e pelo encarregado do setor financeiro (art. 74, § 2º, do Decreto- Lei nº 200/1967).

48. O ciclo de execução da despesa pública, compreendendo as fases de empenho, liquidação e pagamento, via de regra, realiza-se dentro de um mesmo exercício financeiro. Todavia, é situação comum no cotidiano da

---

destaques são nossos. Nesse mesmo sentido, KIYOSHI HARADA: "empenho por si só não cria obrigação de pagamento, podendo ser cancelado ou anulado unilateralmente". (*Direito financeiro e tributário*. 31. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2022. p. 68-69).

Administração Pública que o empenho e a liquidação ocorram em um exercício e o pagamento se dê no seguinte, ou mesmo apenas o empenho seja efetuado em um exercício, e a liquidação e o pagamento da despesa sejam realizados no exercício seguinte.

49. Tal situação dá origem ao que se denomina restos a pagar, que "constituem em previsões de despesas de um dado exercício financeiro que, por razões diversas, não são pagas dentro desse exercício, isto é, cujo pagamento não ocorre até o final do ano para o qual elas estavam previstas"[51].

50. Nos termos do artigo 36 da Lei nº 4.320/1964, "*Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas*".

51. *Despesas processadas* são aquelas que já passaram pelas fases de empenho e liquidação, estando pendente apenas de pagamento. Já as despesas *não processadas* são aquelas que passaram pela etapa do empenho, mas não sofreram liquidação nem pagamento (artigo 21, do Decreto Estadual nº 63.894/2018[52-53]).

52. Os restos a pagar processados referem-se a situações em que o credor já cumpriu suas obrigações — entregou o material ou executou o serviço ou as obras — tendo, portanto, direito líquido e certo a receber o pagamento devido.

53. Já os restos a pagar não processados correspondem às situações em que o direito do credor ainda não foi apurado. Na explanação de JOSÉ AUGUSTO MOREIRA DE CARVALHO[54],

> As despesas não processadas representam aquelas que foram regularmente empenhadas, mas que, em razão do não cumprimento integral do contrato pelo particular ou pela própria Administração Pública, não puderam ser liquidadas no mesmo exercício financeiro. De fato, a pendência na execução de contratos

---

51 OLIVEIRA, Regis Fernandes de (coord. geral). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

52 *"Artigo 21 — Consideram-se restos a pagar as despesas regularmente empenhadas e não pagas até 31 de dezembro de cada ano, distinguindo-se as despesas processadas das não processadas. § 1º — Entendem-se por processadas e não processadas, respectivamente, as despesas liquidadas e não liquidadas, na forma prevista neste decreto. § 2º — O registro dos restos a pagar far-se-á por exercício e por credor".*

53 Nessa mesma direção, dispõe o artigo 67 do Decreto Federal nº 93.872/1986: *"Art. 67. Considerem-se Restos a Pagar as despesas empenhadas e não pagas até 31 de dezembro, distinguindo-se as despesas processadas das não processadas (Lei nº 4.320/64, art. 36). § 1º Entendem-se por processadas e não processadas, respectivamente, as despesas liquidadas e as não liquidadas, na forma prevista neste decreto. § 2º O registro dos Restos a Pagar far-se-á por exercício e por credor".*

54 CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos públicos*: a Lei 4.320/1964 comentada. São Paulo: Editora RT, 2014. p. 138.

> cujas obrigações foram assumidas pela Administração Pública (aquisição de obras, materiais ou serviços) não dá ao credor (contratado) o direito líquido e certo ao pagamento, impedindo a liquidação da despesa. Dessa forma, se a execução do contrato não ocorre até o final do exercício, a despesa empenhada é categorizada como não processada, diante da impossibilidade de se proceder à sua liquidação.

54. O Decreto Estadual nº 63.894, de 5 de dezembro de 2018[55], determina que, ocorrendo o encerramento do exercício financeiro em que se realizou o empenho, a inscrição de despesas como restos a pagar não processados fica condicionada à indicação pelo ordenador de despesas, perdurando sua validade até 30 de junho do segundo ano subsequente ao de sua inscrição. Esgotados os prazos previstos no decreto, a inscrição da despesa como restos a pagar é cancelada e, caso o pagamento seja reclamado pelo credor, a satisfação da obrigação poderá ser concretizada mediante dotação destinada a despesas de exercícios anteriores (artigos 22 e 23)[56].

55. O tema recebe, ainda, influxos da disciplina do decreto de encerramento da execução orçamentária e financeira da Administração direta e autárquica, editado anualmente. Como exemplo, o Decreto Estadual nº 68.187, de 11 de dezembro de 2023, conferiu o seguinte tratamento à matéria:

> **Artigo 9º —** O registro dos restos a pagar far-se-ão por credor e empenho correspondente.

---

[55] Que disciplina a realização de despesas quanto à gestão financeira e orçamentária e a inscrição em restos a pagar.

[56] "***Artigo 22*** *— A inscrição de despesas em restos a pagar, no encerramento do exercício financeiro de emissão da nota de empenho, depende da observância das condições para empenho e liquidação estabelecidas neste decreto.* ***§ 1º*** *— A inscrição de despesas em restos a pagar deverá observar a legislação vigente e a anualidade do orçamento público, em especial: 1. que os atos que resultem em execução de despesa estejam devidamente amparados em legislação vigente, em especial na lei orçamentária anual; 2. que o empenho da despesa ocorra à conta do exercício de sua execução, na hipótese do inciso I do artigo 13 deste decreto; 3. a existência de disponibilidade de caixa.* ***§ 2º*** *— As despesas legalmente empenhadas e efetivamente liquidadas, pendentes de pagamento ao final do exercício, serão inscritas automaticamente como restos a pagar processados.* ***§ 3º*** *— As despesas legalmente empenhadas e não liquidadas, com execução iniciada antes do final do exercício, serão inscritas em restos a pagar não processados, mediante justificativa do ordenador de despesa.* ***§ 4º*** *— A inscrição em restos a pagar de despesas legalmente empenhadas e não liquidadas, cuja execução não tenha sido iniciada ao final do exercício, será admitida exclusivamente para despesas de caráter essencial, mediante justificativa do ordenador da despesa. [§§ 5º a 10 revogados pelo Decreto nº 64.546, de 30/10/2019]* ***§ 11*** *— Não havendo disponibilidade de caixa para a inscrição em restos a pagar, conforme prescreve o item 3 do § 1º deste artigo, o ordenador de despesa deverá incluir a despesa no orçamento do exercício vigente com prioridade sobre as demais despesas discricionárias.* ***Artigo 23*** *— Após o cancelamento da inscrição da despesa em restos a pagar, o pagamento que vier a ser reclamado será atendido à conta de dotação destinada a despesas de exercícios anteriores, sem prejuízo da apuração de responsabilidade do ordenador de despesa.*"

§ 1º — As despesas legalmente empenhadas e efetivamente liquidadas com a entrega do material, a prestação do serviço ou a execução da obra, pendentes de pagamento em 31 de dezembro de 2023, serão inscritas automaticamente no Siafem/SP como restos a pagar processados.

§ 2º — A inscrição como restos a pagar não processados deverá ser efetuada pelas Unidades Gestoras Executoras — UGEs, de 16 de dezembro de 2023 a 10 de janeiro de 2024, e deve estar devidamente justificada pelo ordenador da despesa e condicionada à existência da disponibilidade financeira necessária à sua cobertura.

§ 3º — O empenho da despesa não inscrito em restos a pagar será automaticamente anulado no Siafem/SP.

Artigo 10 — Os saldos de restos a pagar processados, inscritos em exercícios anteriores a 2023, serão bloqueados no Siafem/SP em 16 de dezembro de 2023.

§ 1º — As Unidades Gestoras Executoras — UGE's poderão, após a devida justificativa fundamentada e com a anuência do ordenador de despesa, providenciar o desbloqueio dos restos a pagar processados, previstos no "caput" deste artigo, até 29 de dezembro de 2023, excetuados os saldos prescritos nos termos do § 5º do artigo 206 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 2º — Os saldos de restos a pagar processados que permanecerem bloqueados em 29 de dezembro de 2023 serão automaticamente cancelados no Siafem/SP.

§ 3º — Excetuam-se do disposto no "caput" deste artigo os restos a pagar processados de empenhos referentes a vinculações constitucionais, serviço da dívida, sentenças judiciais, transferências constitucionais, emendas impositivas e transferências especiais federais.

Artigo 11 — Os saldos de restos a pagar não processados, inscritos em exercícios anteriores a 2023, e bloqueados cautelarmente no Siafem/SP em 30 de agosto de 2023, cuja liberação não tenha sido autorizada pelo órgão central da administração financeira do Estado, serão definitivamente bloqueados no dia 16 de dezembro de 2023.

Parágrafo único — Excetuam-se do disposto no "caput" deste artigo os restos a pagar processados de empenhos referentes a vinculações constitucionais, serviço da dívida, sentenças judiciais, transferências constitucionais, emendas impositivas e transferências especiais federais.

Artigo 12 — Os restos a pagar não processados, inscritos ou revigorados, que superarem a disponibilidade financeira apurada na elaboração do Demonstrativo dos Restos a Pagar do Relatório de Gestão Fiscal, da Lei de Responsabilidade Fiscal, serão cancelados no Siafem/SP.

V. Da hipótese concreta versada

56. Assentadas as premissas teóricas, passa-se à análise da hipótese concreta versada.

57. Como se extrai do procedimento arbitral em curso, cuida-se de demanda em que o consórcio formado por Construcap CCPS Engenharia e

Comércio S.A. e Sociedad Anónima de Obras y Servicios Copasa — Consórcio Construcap-Copasa SP-088 (Requerente) pretende a condenação do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (Requerido) na obrigação de pagar por supostos inadimplementos contratuais e pleitos indenizatórios, bem como na obrigação de fazer, consistente na entrega de termo de recebimento definido de obra. A ação cumula ainda pedido cautelar de exibição de documento, relativo ao contrato de financiamento firmado entre o Estado de São Paulo e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird).

58. Em apertadíssima síntese, o Requerente apresenta os seguintes pedidos condenatórios: (i) pagamento por supostos serviços executados e não remunerados; (ii) ressarcimento dos danos e prejuízos decorrentes do evento Covid-19; (iii) reequilíbrios relacionados à dilação do prazo contratual e à perda de produtividade, à supressão de escopo e ao canteiro de obras; (iv) pagamento de encargos contratuais por suposto atraso nas medições e atraso na devolução da retenção da garantia contratual.

59. O Requerido, de seu turno, alega que as obrigações contratuais assumidas foram regularmente adimplidas e que estaria o Requerente, após a assinatura do contrato, tentando modificar as regras que definem os serviços contratados e seus critérios de medição, com vistas ao recebimento de remuneração além daquela inicialmente avençada pelas partes.

60. O contexto fático que originou o conflito de interesses ora em discussão é relativo à execução de contrato administrativo de obras e serviços firmado entre as partes, para recuperação e melhoria de trecho de rodovia estadual.

61. A forma de execução da obra e serviços de engenharia adotada contratualmente foi a de **empreitada por preço unitário**, em que a obra e/ou serviço são contratados por um preço certo, de unidades determinadas. O valor, portanto, deve ser pago proporcionalmente, ao final de cada unidade executada. Os itens dos serviços e obra são previstos no contrato e, a cada medição e constatação de adequação aos termos do ajuste firmado, são realizados os pagamentos.

62. A Diretoria da Divisão de Contabilidade e Finanças do DER/SP esclareceu que os empenhos realizados para a execução do Contrato nº 19.991-6 foram efetuados "com base nos itens da planilha de orçamento da obra, em conformidade com o cronograma de desembolso, na modalidade Estimativa" (fls. 1302/1303).

63. Ou seja, ao contrário do que supôs o i. Prof. FERNANDO FACURY SCAFF no parecer jurídico emitido a pedido do Requerente, a fórmula

financeira de desembolso do contrato efetivou-se por meio de **empenhos por estimativa**, segundo a despesa estimada para o exercício financeiro em curso, liquidados após a competente validação do gestor do contrato.

64. As informações prestadas pela equipe técnica do Requerido dão conta de que os empenhos realizados no montante de R$ 120.568.482,94 (cento e vinte milhões, quinhentos e sessenta e oito mil e quatrocentos e oitenta e dois reais, e noventa e quatro centavos) foram todos liquidados, não havendo valores empenhados para o referido contrato, tampouco a existência de saldo inscrito em restos a pagar (fls. 1179/1181 e 1290/1306).

65. Em síntese, as informações carreadas aos autos noticiam que, no bojo do Contrato nº 19.991-6, os empenhos que contaram com a devida chancela do gestor do contrato às medições realizadas foram todos liquidados, não havendo empenho ativo, tampouco a existência de saldo inscrito em restos a pagar para o contrato em evidência, de modo que não há, atualmente, dotação orçamentária que não esteja comprometida com outros contratos ou pagamentos no âmbito da Autarquia.

66. Ainda que, porventura, se admitisse a existência de serviços realizados que foram glosados, em virtude de entendimento divergente do Requerido quanto à forma de execução, não haveria como acolher o pleito do Requerente no sentido de que o Tribunal Arbitral promova a liquidação de valores decorrentes de tais serviços.

67. Como já asseverado em linhas anteriores, a fase de liquidação de despesa é o momento em que a **Administração Pública** verifica o adimplemento da obrigação contratual pela contratada e, em se tratando de contrato administrativo de obras e serviços, como o presente, a etapa da liquidação está jungida às disposições da Lei Federal nº 8.666/1993 — vigente à época — que disciplinam o recebimento do objeto contratado, em especial àquelas estabelecidas em seu artigo 76, segundo o qual "*A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato*".

68. Trata-se do estágio crucial da execução da despesa pública, em que a Administração Pública verificará o adequado cumprimento da obrigação, cotejando-o com os exatos termos do ajuste firmado, cumprindo-lhe atestar ou não o serviço. Em outras palavras, **incumbe exclusivamente à Administração a atribuição quanto à liquidação da despesa pública**, sendo defeso ao juízo togado ou arbitral adentrar em tal aspecto para substituir-se à sua deliberação.

Como salientou SELMA FERREIRA LEMES[57], "o árbitro não pode decidir pela parte; pode decidir conforme previsto no contrato, pode interpretar o contrato para decidir sobre consequências patrimoniais, mas não pode colocar-se na posição de parte".

69. Cuida-se precisamente de uma das hipóteses que CARLOS ALBERTO SALLES convencionou denominar **situações não jurisdicionáveis**, quando em jogo a Administração Pública e as condicionantes do regime de direito público incidentes à espécie. Segundo o auto, "há de se reconhecer a existência de limites, próprios do Direito Administrativo, à arbitrabilidade de controvérsias relativas a contratos administrativos", limites esses "não expressos pela exígua disciplina da Lei de Arbitragem. […] Alguns desses limites, cabe destacar, colocam-se igualmente em face do Judiciário, por constituírem uma esfera de situações não jurisdicionáveis"[58].

70. De outro passo, releva notar que o **conflito de interesses** entre as partes tem, em grande parte, origem na divergência acerca do cumprimento das obrigações contratuais e dos critérios de medição dos serviços executados, sendo justamente esta a **lide** a ser dirimida pelo procedimento arbitral em questão. Logo, eventual acolhimento da pretensão deduzida pelo Requerente compelirá o Requerido ao cumprimento de uma **prestação pecuniária em virtude de sentença arbitral condenatória**, de modo que será inescapável a execução segundo o rito estabelecido nos artigos 534 e seguintes do Código de Processo Civil, culminando com a expedição do competente **precatório**, nos exatos termos do artigo 100 da Constituição Federal[59].

71. Com maior razão, eventual acolhimento dos demais **pleitos nitidamente indenizatórios** deduzidos pelo Requerente — os quais representam a maior parcela dos valores que se pretende obter com a condenação do Requerido — deverão ser objeto de execução pelo regime dos precatórios, como de resto reconheceu o i. jurista.

---

[57] LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública:* fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 150.

[58] SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 215.

[59] Com efeito, "a recusa da Administração Pública em pagar dívidas no âmbito de seus contratos só pode ser definitivamente resolvida por meio do sistema de precatórios" (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 44, p. 150-171, jan./mar. 2015.

72. Nesse contexto, o acatamento ao comando veiculado no artigo 100 da Constituição da República é cogente e sua observância se impõe ainda que no ambiente da jurisdição privada. Ora, como cuidou de estabelecer o legislador ao dispor sobre os limites da autonomia concedida às partes na seara arbitral, estas poderão escolher livremente as regras de direito aplicáveis à arbitragem, "*desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*" (art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996). A propósito do dispositivo, comenta CARLOS ALBERTO CARMONA[60]:

> Ao incentivar a utilização da justiça privada, ampliando o Estado o próprio conceito de jurisdição, o legislador não pretendeu abrir mão de um certo controle sobre a arbitragem. Com efeito, em todo o texto da Lei nº 9.307/1996 percebe-se a preocupação do legislador em evitar abusos e iniquidades, garantindo às partes o devido processo legal (em sentido processual e em sentido material). Eis a limitação à autonomia concedida aos litigantes, que não poderão exceder as raias dos interesses que o Estado quer preservar, já que a **garantia da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição** são inerentes à democracia moderna.
>
> (g.n.)

73. Nessa ordem de ideias, o produto da jurisdição arbitral não poderá violar a ordem pública, sob pena de ultrapassar os limites da convenção de arbitragem, caracterizando a hipótese descrita no artigo 32, inciso IV, da Lei nº 9.307/1996[61].

74. Com efeito, existindo regra no direito positivo, não poderia o árbitro afastá-la para criar outra em seu lugar. "A convenção de 'arbitragem de direito' confere ao árbitro poder de aplicar o direito somente, mas não de criá-lo — afirmação esta que, por óbvio, é especialmente sensível nas relações jurídicas administrativas, sempre condicionadas pela legalidade", consoante a precisa lição de MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI e BRUNO LOPES MEGNA[62]. Segundo os autores,

---

60 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2023. p. 424.

61 "*Art. 32. É nula a sentença arbitral se: […] IV — for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; [...]*"

62 BONIZZI, Marcelo José Magalhães; MEGNA, Bruno Lopes. Da "arbitragem de direito" no âmbito da administração pública. In: SICA, Heitor Vitor Mendonça; YARSHELL, Flavio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodium, 2018. p. 607-629.

> O universo jurisdicional dos árbitros é contido no universo jurisdicional dos juízes estatais, de modo que certos poderes do árbitro podem até coincidir com certos poderes do juiz estatal, mas jamais haverá situação em que um árbitro tenha poder que, em tese, um juiz não poderia ter […]. É o que ocorre com as citadas situações de poder de polícia (exercício do "poder de império" estatal), com os atos de discricionariedade administrativa (e.g. poderes de alteração unilateral de contratos) e com **o regime especial de pagamento de condenações pecuniárias por precatórios, matérias essas que não estão sob o alcance do árbitro e nem mesmo do juiz estatal.**
>
> (g.n.)

75. Logo, eventual acolhimento das pretensões deduzidas pelo Requerente por sentença proferida por Tribunal Arbitral, seja condenando o Requerido ao pagamento de quantia em decorrência de eventual descumprimento contratual ou de eventos indenizatórios, deverá seguir, integralmente, a metodologia de cumprimento das decisões jurisdicionais condenatórias contra o Poder Público, a qual deverá respeitar a ordem cronológica dos precatórios.

VI. Entendimento dos tribunais sobre o tema

76. A questão relativa à incidência do regime dos precatórios como meio de satisfação das sentenças condenatórias arbitrais contra a Administração Pública não se encontra sedimentada no âmbito do Poder Judiciário. Em verdade, revela-se escasso o repertório de decisões sobre o tema[63].

77. Tudo leva a crer que a questão sequer tem sido objeto de controvérsia, não suscitando a formação de jurisprudência em torno do assunto.

78. No âmbito do Estado de São Paulo, o tema foi abordado no cumprimento de sentença arbitral proferida contra o Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE) nos autos da Execução de Sentença nº 1047237-63.2014.8.26.0053, em que o Exequente (Consórcio Calha F2) requereu, após

---

[63] Não localizamos nenhum precedente no âmbito dos Tribunais Superiores ou dos Tribunais Federais que tenham enfrentado a questão de mérito relativa ao cumprimento de sentença arbitral de obrigação de pagar proferida contra as Fazendas Públicas. No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, localizamos apenas os acórdãos proferidos em sede de Agravo de Instrumento mencionados no item 79 do opinativo. Há um terceiro julgado localizado no banco de jurisprudência do TJ/SP (AI nº 2265933-72.2018.8.26.0000, Rel. Des. MARIA OLIVIA ALVES, 6ª Câmara de Direito Público, j. 10/06/2019) que não se presta como paradigma de orientação jurisprudencial, dado que foi improvido apenas para manter-se a decisão de primeiro grau que entendeu pela necessidade de contraditório previamente à execução de sentença arbitral. Cumpre anotar, ainda, que se cuida de decisão conectada em primeira instância aos autos nº 1053854-97.2018.8.26.0053, em que foi tirado posteriormente o AI nº 3003450-36.2019.8.26.0000 (item 79).

encerrado o procedimento arbitral, a citação do ente autárquico para pagar a quantia fixada pela sentença arbitral, tudo nos termos dos artigos 475-N, IV, e 730 do Código de Processo Civil, com a expedição do competente precatório[64]. Nesses mesmos termos, cita-se a Execução de Sentença nº 1046529-13.2014.8.26.0053, em que o Consórcio OAS/Carioca/Mendes requereu a execução da sentença arbitral proferida contra o DAEE mediante a expedição de precatório perante o Poder Judiciário[65].

79. Não se desconhece a existência de decisões proferidas em sede de Agravo de Instrumento que afastaram a incidência do regime de precatórios no bojo de execução de sentença arbitral que teria imposto à Fazenda obrigação de pagar quantia. Refiro-me aos seguintes julgados: AI nº 3003450-36.2019.8.26.0000[66] (Rel. Des. MARIA OLIVIA ALVES, 6ª Câmara de Direito Público, j. 03/02/2020) e AI nº 3004318- 77.2020.8.26.0000[67] (Rel. Des. SOUZA NERY, 12ª Câmara de Direito Público, j. 03/03/2021).

80. Em ambos os processos, porém, **muito ao contrário do que se verifica na hipótese concreta versada, a controvérsia dirimida pelo Tribunal Arbitral girou em torno da interpretação de cláusulas contratuais relativas ao recolhimento de determinados tributos e a consequente retenção de pagamentos contratuais pelo Estado de São Paulo, em virtude de entendimento diverso do sustentado pela Contratada.**

81. Naquelas situações específicas, entendeu o Poder Judiciário que a execução do *decisum* não atrairia o regime dos precatórios, pois a **sentença arbitral não conteria propriamente uma condenação pecuniária imposta ao Estado**. Com efeito, a 6ª Câmara de Direito Público acolheu o entendimento da Contratada no sentido de que a expressão "pagamento" constante da parte dispositiva da sentença arbitral decorreria do caráter meramente declaratório desse título, que reconheceu a indevida interpretação realizada pela Administração sobre as cláusulas contratuais relativas à retenção de tributo.

---

[64] De acordo com a inicial dos autos da Execução de Sentença nº 1047237-63.2014.8.26.0053 (Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H0007ALZ0000&processo.foro=53&processo.numero=1047237-63.2014.8.26.0053>. Acesso aos 13 mar. 2024).

[65] Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H0007A2J0000&processo.foro=53&processo.numero=1046529-13.2014.8.26.0053&gateway=true. Acesso aos 13 mar. 2024.

[66] Consórcio *Contrucciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. — CAF v.s.* Estado de São Paulo, que firmaram Contrato de Administrativo STM nº 002/20083 para o fornecimento de 40 (quarenta) trens de 8 (oito) carros cada, para a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM).

[67] Consórcio *Contrucciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. — CAF v.s.* Estado de São Paulo, que firmaram Contrato de Administrativo nº 4125721201007/2008 para o fornecimento de 17 (dezessete) trens de 6 (seis) carros cada, para a Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô).

82. Como se colhe do voto proferido pela Des. MARIA OLÍVIA ALVES nos autos do AI nº 3003450-36.2019.8.26.0000, "não se constituiu situação jurídica nova e tampouco foi imposta ao Estado obrigação diferente da que já assumira e vinha regularmente cumprindo, por força do contrato celebrado; não foi imposta qualquer condenação a ser retirada dos cofres públicos, mas tão somente se determinou a continuidade de uma relação contratual preexistente que, no caso, envolve o dispêndio de valores já previstos em orçamento, os quais foram propositalmente retidos pelo Estado em razão de questões específicas posteriormente resolvidas através de procedimento arbitral expressamente previsto em contrato".

83. Referida decisão foi desafiada perante os Tribunais Superiores, esbarrando, contudo, nos óbices processuais constitucionais[68]. Destaca-se, do voto do Min. HERMAN BENJAMIN, Relator do REsp nº 1.870.456-SP, a seguinte passagem, a revelar a peculiaridade do caso:

> Atente-se: não se está a afirmar, neste Voto, que a arbitragem interna seja um mundo paralelo, indene à incidência das regras constitucionais, inclusive relativas à necessidade de, como regra, o pagamento de obrigações por quantia, devidas pela Fazenda Pública, observar o regime do art. 100 da CF. Isso, evidentemente, violaria o princípio da igualdade, permitindo, em detrimento dos que litigam perante o Poder Judiciário, que os subscritores da convenção de arbitragem, no recebimento dos créditos que têm com o Poder Público, obtivessem expressiva e insustentável vantagem sobre as camadas mais carentes da população, que certamente não dispõem de recursos para acesso à jurisdição privada.
>
> **O caso presente guarda as particularidades já expostas, atinentes ao conteúdo do pronunciamento arbitral à luz dos elementos fáticos da demanda (análise do contrato, ocorrência de financiamento internacional da aquisição, modo como se operou a retenção de valores, etc.),** cuja apreciação não pode ocorrer nesta via ante o já apontado óbice da Súmula 7/STJ. (g.n.)

84. Considerando a identidade de fatos, a 12ª Câmara de Direito Público, ao apreciar os autos do AI nº 3004318-77.2020.8.26.0000, em julgamento não unânime, igualmente entendeu que a decisão arbitral encerraria **mera obrigação de fazer**, "consistente em dar regular e integral cumprimento a contrato a que as partes, Estado e particular, livremente acederam", louvando-se no precedente firmado pela 6ª Câmara de Direito Público.

---

[68] REsp nº 1.870.456-SP (Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, j. 16/11/2021); RE nº 1.387.787 AgR/SP (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, j. 03/10/2022). Ambas transitaram em julgado.

85. Releva anotar, porém, que, nesse caso, **o Superior Tribunal de Justiça, em decisão da lavra do Min. OG FERNANDES, deferiu o pedido de efeito suspensivo ativo ao recurso especial manejado pelo Estado de São Paulo no bojo do REsp nº 1.962.305/SP**[69] **para suspender o pagamento imediato da quantia executada**, assentando que,

> Ainda que os valores discutidos em juízo sejam originários de contrato administrativo firmado por Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. — CAF com o Estado de São Paulo, o comando **sentencial arbitral, a princípio, expediu ordem de pagar**, cuja execução deve submeter-se à sistemática dos precatórios, na inteligência dos arts. 31 da Lei n. 9.307/1996 e 515, VII e 535, I, do CPC. (g.n.)

86. Com efeito, ainda que toda obrigação de pagar encerre, em alguma medida, certa dose de obrigação de fazer — obrigação de realizar o pagamento —, não se admite a confusão entre os institutos, mormente considerando que o ordenamento jurídico estabeleceu ritos distintos de execução de acordo com a obrigação imposta pela sentença jurisdicional (artigos 513 e ss. do CPC).

87. Diferentemente da obrigação de pagar, a doutrina nos ensina que há, na obrigação de fazer, um elemento de caráter eminentemente prestacional consistente em "atos ou serviços a serem executados pelo devedor"[70]. Interessa ao credor, nas obrigações de fazer, "a própria atividade do devedor"[71]. Como asseverado pelo Min. ROBERTO BARROSO[72], "o que as diferencia é o objeto da obrigação: *enquanto as obrigações de fazer têm como objeto a prática de uma atividade, as obrigações de pagar têm como objeto o dinheiro em si*".

88. Assim, seguindo a trilha do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, é certo que a condenação do Poder Público ao pagamento de valores controvertidos, ainda que correspondentes a retenções de pagamentos de faturas emitidas e não pagas em virtude de divergência de entendimento relativo a cláusulas contratuais, não implica execução de mera obrigação de fazer, mas execução de obrigação de pagar quantia certa, a ser satisfeita por meio do regime de precatórios.

---

[69] Decisão monocrática proferida aos 13/10/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103015484&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso aos 13 mar. 2024.

[70] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, Volume II*: teoria geral das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 68.

[71] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

[72] Em voto proferido nos autos do RE nº 573.872/RS (j. 24.05.2017).

89. A valer, o cumprimento de qualquer sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa está fatalmente jungido à observância dos artigos 534 e seguintes do Código de Processo Civil. À margem desse imperativo, contudo, as mencionadas decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo consideraram que seria desnecessária a observância ao regime de precatórios dado que **os valores requeridos diziam respeito à retenção de tributos no bojo de contrato em curso, com empenho ativo, e cuja medição havia sido objeto de glosa contratual**.

90. Logo, a particularidade ínsita às duas decisões proferidas pelo Tribunal bandeirante nem de longe autoriza supor que possam servir de parâmetro para se afirmar que haveria certa tendência jurisprudencial sobre o tema.

91. Com maior razão, sequer remotamente se divisa uma aproximação de tais precedentes aos pressupostos fáticos do caso concreto tratado neste expediente, em que o consórcio Requerente busca a condenação do DER/SP ao pagamento de diversos pleitos por divergência de entendimento no cumprimento de cláusulas contratuais, muitos deles apresentados *posteriormente* aos critérios de medição fixados no Edital de Licitação e no Contrato Administrativo, bem como de prestações nitidamente indenizatórias, como ressarcimento dos danos e prejuízos decorrentes do evento da Covid-19, encargos contratuais e outras despesas por eventos supervenientes ao ajuste firmado entre as partes.

VII. Resposta aos quesitos formulados

92. Das considerações expostas, passa-se a responder aos quesitos formulados:

> *(i) O regime de precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição Federal, é aplicável aos processos arbitrais envolvendo as entidades da Administração Pública Indireta, com personalidade jurídica de direito público, como o Departamento de Estradas de Rodagem (DER)?*
>
> Resposta: Sim. Estão submetidas ao regime jurídico dos precatórios as pessoas jurídicas de direito público, segundo claramente se extrai do texto constitucional, o qual se dirige às "*Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais*" (art. 100, caput) e às "*entidades de direito público*" (art. 100, § 5º). Além da Administração direta, não há dúvidas, na atual quadra, que estão inseridas no conceito de Fazenda Pública as autarquias e as fundações de direito público. Considerando que o DER/SP é autarquia, ente jurídico de regime de direito

público, eventual decisão arbitral que lhe imponha uma obrigação pecuniária atrairá o regime constitucional do artigo 100 da Constituição da República.

(ii) Uma sentença final condenatória e de cunho pecuniário eventualmente prolatada pelo Tribunal Arbitral do procedimento de autos nº 26772/PFF/RLS contra o DER deve ser executada pelo regime constitucional de precatórios?

Resposta: Sim. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31 da Lei nº 9.307/1996). Considerando que a sentença proferida pelo juízo arbitral possui natureza jurisdicional, a ela também são aplicados os regramentos atinentes à execução de títulos judiciais, tal qual se sucede com a sentença proferida pela jurisdição estatal, de modo que a execução da sentença arbitral deverá seguir o rito previsto no artigo 534 e seguintes do Código de Processo Civil.

(iii) Uma decisão proferida pelo Tribunal Arbitral poderia afastar a aplicação do regime de precatórios?

Resposta: Não. A decisão que impõe o pagamento de condenação pecuniária à Fazenda Pública necessariamente atrairá o regime do art. 100 da Constituição Federal, seja ela proveniente da jurisdição arbitral ou estatal.

(iv) O substrato fático que enseja eventual sentença condenatória prolatada contra o DER no procedimento arbitral de autos nº 26772/PFF/RLS pode repercutir no respectivo regime executivo da sentença? A circunstância de que a condenação decorre de supostos descumprimentos contratuais e não de eventos indenizatórios representa motivo para afastamento do regime do artigo 100 da Constituição Federal?

Resposta: Não. Eventual acolhimento das pretensões deduzidas pelo Requerente pelo juízo arbitral, seja condenando o Requerido ao pagamento de quantia em decorrência de eventual descumprimento contratual ou de eventos indenizatórios, deverá seguir a metodologia de cumprimento das decisões jurisdicionais condenatórias contra o Poder Público, a qual deverá respeitar a ordem cronológica dos precatórios.

(v) O precedente citado pelo consórcio Requerente em suas manifestações ao longo do procedimento arbitral (TJSP. AI nº 3003450-36.2019.8.26.0000) veicula hipótese de exceção em abstrato ao regime de precatório para execução de sentença condenatória em face da Fazenda Pública? Existem diferenças entre os fatos analisados por tal acórdão e o caso submetido a exame no procedimento arbitral de autos nº 26772/PFF/RLS?

Resposta: O precedente citado pelo consórcio Requerente apresenta particularidades tais que não se prestam a representar certa tendência jurisprudencial relativa ao tema do cumprimento de sentença arbitral de obrigação de pagar proferida contra as Fazendas Públicas. Referido julgado afastou o regime de precatórios por entender que, naquele caso específico, o contrato encontrava-se

em curso, com empenho ativo, situação em tudo diversa da presente, razão pela qual sequer remotamente se divisa uma aproximação aos pressupostos fáticos do caso concreto tratado neste expediente, em que o consórcio Requerente busca a condenação do DER/SP ao pagamento de diversos pleitos por divergência de entendimento no cumprimento de cláusulas contratuais, muitos deles apresentados *posteriormente* à fixação dos critérios de medição no Edital de Licitação e no Contrato Administrativo, bem como de prestações nitidamente indenizatórias, como ressarcimento dos danos e prejuízos decorrentes do evento da Covid-19, encargos contratuais e outras despesas por eventos supervenientes ao ajuste firmado entre as partes.

(vi) Qual a distinção entre a execução de uma despesa pública em sede administrativa e a execução de um valor contra a administração pública proveniente de decisão jurisdicional? Como são processados os adimplementos de valores provenientes dessas origens distintas, sob a ótica constitucional e legal?

Resposta: A execução de decisão condenatória pecuniária deverá seguir a sistemática de cumprimento das decisões jurisdicionais condenatórias contra o Poder Público, a qual deverá respeitar a ordem cronológica dos precatórios, ainda que proferidas em sede arbitral. Já a realização das despesas no âmbito da Administração Pública ocorre segundo as dotações consignadas nos respectivos créditos orçamentários ou adicionais, os quais representam autorizações de despesas válidas para utilização no período de vigência da lei orçamentária anual e do próprio instrumento que lastreia o dispêndio, sendo executadas por meio do cumprimento de três estágios: empenho, liquidação e pagamento.

(vii) Uma decisão jurisdicional pode substituir a fase de liquidação de empenho? Existe qualquer previsão legal nesse sentido?

Resposta: Não. A fase de liquidação de despesa é o momento em que a Administração Pública verificará o adequado cumprimento da obrigação contratual assumida pelo potencial credor, cumprindo-lhe atestar ou não o serviço. Incumbe, pois, exclusivamente à Administração a atribuição quanto à liquidação da despesa pública, sendo defeso ao juízo togado ou arbitral adentrar em tal aspecto para substituir-se à sua deliberação. A convenção de arbitragem não poderá abranger a matéria, não podendo igualmente a sentença arbitral incidir sobre o tema, sob pena de ultrapassar os limites da arbitragem (art. 32, IV, da Lei nº 9.307/1996).

É o parecer, *sub censura*.
São Paulo, 11 de abril de 2024.

Suzana Soo Sun Lee
Procuradora do Estado