



Licitações de infraestrutura e o pagamento de outorga com precatórios: os vários efeitos da Emenda Constitucional 113/2021

Natalia Resende Andrade Ávila

Consultora Jurídica do Ministério da Infraestrutura.

Doutoranda e Mestre pela Universidade de Brasília – UnB.

Egon Bockmann Moreira

Professor de Direito Econômico da Universidade Federal do Paraná - UFPR

Sumário

Introdução	1
1. Um breve conceito de “outorgas de delegação”	2
2. Alterações promovidas pela EC 113: o que mudou e o que precisa ser esclarecido?.....	3
3. A EC 113 e o mecanismo das contas vinculadas nos contratos concessionários.....	8
4. Conclusão	14
Referências	15

Introdução

Os precatórios são a técnica brasileira de pagamento de débitos públicos oriundos de sentenças judiciais, prevista desde a Constituição de 1934.¹ A sua origem histórica deveu-se à necessidade de estabelecer a ordem de pagamentos da Fazenda Pública e, assim, esvaziar a discricionariedade do gestor na escolha de quem receberia (ou não).

Ocorre que a passagem do tempo intensificou o volume de precatórios, em todos os níveis federativos, gerando o correspondente incremento de normas constitucionais que deles tratam. Só o art. 100 da atual Constituição, regedor do tema, já sofreu quatro emendas constitucionais e os efeitos da respectiva modulação pelo Supremo Tribunal Federal - STF (ADI 4425), assim como o art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 30/2000 (que já experimentou pequena modificação na Emenda Constitucional nº 62/2009).

As mais recentes dessas emendas constitucionais são as de nº 113 e nº 114, ambas de dezembro de 2021. Este breve artigo analisará exatamente o inc. III do § 11 do art. 100, da Constituição (parágrafo oriundo da Emenda Constitucional nº 62/2009, que ganhou nova redação com a Emenda nº 113/2021).

¹ Para visão mais ampla do instituto, sua evolução e aplicabilidade, v. Egon Bockmann Moreira; Betina Treiger Gruppenmacher; Rodrigo Luís Kanayama e Diogo Zelak Agottani, *Precatórios: o seu novo regime jurídico*, 4ª ed. São Paulo: Ed. RT/Thomson Reuters, 2022, *passim*.

Em síntese, trata-se da novidadeira faculdade constitucionalmente atribuída ao credor para o uso do precatório como “pagamento de outorga de delegações de serviços públicos e demais espécies de concessão negocial promovidas pelo mesmo ente”.

Para além desta introdução e das considerações finais, o artigo será estruturado em três partes, com início no conceito de “outorga de delegações”, passando pelas efetivas alterações advindas da Emenda Constitucional nº 113/2021 (doravante EC 113), para culminar no trato do mecanismo de contas vinculadas dos contratos de parceria.

1. Um breve conceito de “outorgas de delegação”

1. As leis que regem os processos de escolha da proposta mais vantajosa em licitações de projetos concessionários (sobretudo concessões comuns, concessões administrativas, concessões patrocinadas e permissões – nos termos, especialmente, das Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004) estatuem a possibilidade de o gestor escolher uma (ou a combinação de várias) formas de julgamento. Dentre elas, aqui nos interessa aquela apelidada de “outorga de delegação” (ou “preço de outorga”).

Trata-se do *critério de julgamento* fundado “na maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão”, para nos valermos da dicção do art. 15, inc. II, da Lei nº 8.987/1995. Isto é, estamos a tratar do *tipo de licitação* para projetos concessionários.

2. Aqui cabe um primeiro alerta: existe diferença substancial, necessária à compreensão dos critérios de seleção da proposta mais vantajosa para essa ordem de contratos. Isso porque os tipos de licitação foram originalmente construídos em torno de contratos simples e de curto prazo, cuja receita exigia o desembolso de verbas públicas (Decreto-Lei nº 2.300/1986, art. 37, par. ún., incs. I a IV; Lei nº 8.666/1993, art. 45, § 1º, incs. I a IV; Lei nº 14.133/2021, art. 333, incs. I a VI). Nestes pactos, a obra, o bem, o fornecimento ou o serviço são prestados diretamente à Administração, que continua a gerir os respectivos bens e serviços públicos.

Ao contrário, contratos concessionários são investimentos privados em bens e serviços públicos, que trazem benefícios contínuos aos respectivos usuários e à coletividade. Nas concessões comuns (Lei nº 8.987/1995), a receita é adimplida pelos usuários; já as patrocinadas e administrativas (Lei nº 11.079/2004) contemplam aportes do parceiro público. A rentabilidade do investimento é projetada no tempo e depende da receita gerada pelo uso das obras e serviços. Existem investimentos e riscos, lastreados em projeções de dados econométricos.

Tais contratos demandam, naturalmente, expertise diferenciada de seus investidores, que constituirão Sociedade de Propósito Específico – SPE para ocupar o respectivo polo contratual (Lei nº 9.874/1995, art. 20; Lei nº 11.079/2004, art. 9º). Um interessado mal estruturado ou com poucas qualidades nem sequer conseguirá levantar os financiamentos necessários para participar do certame. Mais do que lógico ou intuitivo, o domínio da técnica está intrincado ao requisito financeiro.

3. Por conseguinte, muitos dos atuais certames privilegiam o comparecimento de interessados que comprovem efetiva capacidade financeira para contratos de longa maturação (os quais demandam capital intensivo no começo, cuja remuneração adequada se estenderá por décadas). Quem consegue captar e fazer aportes robustos hoje (o preço de outorga) terá mais estímulos para permanecer no contrato, bem gerir o serviço concedido e perceber a receita projetada.

Daí o crescente prestígio a tipos de licitação que tornam objetiva a seleção da proposta mais vantajosa por meio da combinação da menor tarifa (usualmente limitado o desconto, para não se correr o risco da inexecução) com a maior oferta de pagamento pela outorga da concessão. Ou seja, o interessado paga ao poder concedente para que lhe seja outorgado, delegado, o direito de explorar os bens e serviços públicos nos termos do edital (e minuta de contrato).

4. A palavra “outorga” ainda suscita interpretações e discussões, como se verá adiante no tópico sobre o mecanismo de contas vinculadas. De usual, tais outorgas são robustas, em valor bastante significativo, e pagas em espécie (moeda nacional corrente), no prazo assinalado pelo edital. A oferta se dá no leilão; o pagamento, dias depois. É desse aspecto do pagamento da outorga que trata a EC 113, permitindo que ela seja feita por meio de figura jurídica que, constitucionalmente e para efeitos práticos, aproxima-se dos títulos públicos (os precatórios).

2. Alterações promovidas pela EC 113: o que mudou e o que precisa ser esclarecido?

5. A EC 113 é típico exemplo de norma formalmente constitucional: aquela que ingressa no texto da Constituição não devido à sua matéria, mas em decorrência de haver sido submetida a rito de votação diferenciado. Em específico para o tema deste artigo, pode-se dizer que, com isso, o constituinte derivado não só pretende conferir status sobranceiro à norma que trata de critério de pagamento de preço em certas licitações públicas, mas também manejar algumas soluções, com formalidade reforçada, para o tema dos precatórios. Vejamos como isso se deu.

6. O *caput* do art. 100 da Constituição traz a regra geral do regime dos precatórios, indicando os respectivos critérios subjetivo (Fazenda Pública é o sujeito passivo da norma, a quem ela se destina) e objetivo (os pagamentos oriundos de sentença judiciária submetem-se à ordem cronológica de apresentação).

Ao seu tempo, o § 11 do art. 100 tem a seguinte redação, toda ela oriunda da EC 113:

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei do ente federativo devedor, com auto aplicabilidade para a União, a oferta de créditos líquidos e certos que originalmente lhe são próprios ou adquiridos de terceiros reconhecidos pelo ente federativo ou por decisão judicial transitada em julgado para:

I - quitação de débitos parcelados ou débitos inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive em transação resolutiva de litígio, e, subsidiariamente, débitos com a administração autárquica e fundacional do mesmo ente;

II - compra de imóveis públicos de propriedade do mesmo ente disponibilizados para venda;

III - pagamento de outorga de delegações de serviços públicos e demais espécies de concessão negocial promovidas pelo mesmo ente;

IV - aquisição, inclusive minoritária, de participação societária, disponibilizada para venda, do respectivo ente federativo; ou

V - compra de direitos, disponibilizados para cessão, do respectivo ente federativo, inclusive, no caso da União, da antecipação de valores a serem recebidos a título do excedente em óleo em contratos de partilha de petróleo.

Examinemos inicialmente o texto do § 11, em seguida o respectivo inciso III, em termos de aplicabilidade da norma constitucional.

- 6.1 O § 11 abre declarando uma *faculdade ao credor*, que agora é titular da possibilidade de fazer o que a norma prescreve. Significa que a Constituição atribui aos credores específico direito subjetivo público: estes têm a viabilidade de invocar a norma jurídico-constitucional em seu favor e, assim, compensar o seu crédito com o débito a ser assumido perante o poder concedente. Essa parcela da norma é de fácil compreensão.

Muito embora positivada em sede constitucional, pode parecer um exagero qualificar tal direito subjetivo como um *direito fundamental*. Apesar de ser pacífica a necessidade de esse conceito constitucional receber máxima eficácia, bem como não estar geograficamente limitado ao Título II da Constituição (sobretudo o art. 5º), não nos parece que todos os direitos subjetivos previstos no texto constitucional, em especial aqueles decorrentes de normatividade formal, tenham a estatura e a dignidade dos direitos fundamentais. Mas,

ainda que sejam assim considerados (em amor à argumentação), eles podem ter o seu exercício limitado, eis que não são direitos absolutos (como o são o direito à vida e o ao não ser escravizado). Nem mesmo os direitos fundamentais são ilimitáveis.

6.2 Logo em seguida, a norma trata de sua *aplicabilidade em termos federativos*. Para que seja aplicada por Estados e Municípios, a compensação demanda leis específicas. Para nos valermos da célebre classificação de José Afonso da Silva,² estamos aqui diante de norma constitucional com *eficácia limitada* ou *reduzida*: a fim de produzir seus efeitos jurídicos, necessário se faz lei específica, ente federativo a ente federativo, que prescreva como isso se dará. A norma que criou a faculdade exige que sua eficácia seja desenvolvida pela legislação estadual e municipal. Todavia, desde logo impede que quaisquer entes federativos editem normas, legais e regulamentares, que proíbam a compensação (eis que seriam inconstitucionais, ao coibir o exercício de direito subjetivo público expressado na própria Constituição).

Quanto à União, temos que a norma constitucional é de *eficácia contida*, a significar que pode desde já produzir seus efeitos, mas admite, em determinadas circunstâncias e obedecida a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que sua aplicabilidade seja adequada às circunstâncias factuais. O direito subjetivo público em causa possui aplicabilidade direta e integral, mas o seu exercício pode ser, em lei ou regulamento, modulado – e até mesmo restringido. Ao mesmo tempo em que a norma constitucional tem o efeito pleno de ordenar que se receba essa ordem de pagamento, ela autoriza limitações ao exercício dessa faculdade. Expliquemo-nos melhor.

A norma do § 11, inc. III, preceitua a faculdade de o credor fazer a oferta em licitações por meio de precatórios. Mas não determina expressamente, por exemplo, que o preço de outorga seja só e tão somente pago por meio de precatórios. Poder-se-ia cogitar, nesse sentido, de leis, regulamentos e editais que previssessem o pagamento parcial em precatórios (atendida, reitere-se, a proporcionalidade, de molde a que esse direito subjetivo público não seja absoluto ao ponto de tornar outros princípios e valores ineficazes). Por outro lado, um regulamento ou mesmo o edital não poderá tornar inócua a previsão constitucional, uma vez que esta merece máxima eficácia, dentro do contexto normativo-factual de cada licitação, a impedir abusos do exercício do poder regulamentar.

Aliás, essa constatação atente à ideia de simetria federativa, eis que os demais entes federativos poderão modular a aplicabilidade da norma constitucional por meio das leis e regulamentos que lhe deem aplicabilidade secundária (ou terciária). Por conseguinte, é de

² *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, *passim*. Teorização posteriormente desenvolvida (e parcialmente contestada) por Virgílio Afonso da Silva em *Direitos Fundamentais: conteúdo fundamental, restrições e eficácia*, 2ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, *passim*.

se refletir se a União, ela mesma, não pode proporcionalmente fazer a modulação, caso a caso, licitação a licitação, de como tal direito subjetivo público poderá ser exercido, atenta à lógica das leis de regência dos critérios de julgamento.

6.3 Indo avante, o § 11 trata dos créditos oriundos de precatórios sob duas perspectivas: a de sua *origem subjetiva* e a de sua *fonte*.

No que respeita ao *sujeito titular* do precatório, pode ser ele o credor primário (aquele que foi parte no processo e em nome de quem foi originalmente registrado o precatório), ou quem adquiriu esse precatório de terceiros por meio de cessão de crédito (principal e acessórios). O titular original do precatório será o cedente e o participante da licitação o cessionário. O que poderá instalar discussões quanto ao valor que o precatório poderá representar na oferta: o de seu valor de face, aquele inscrito perante o devedor, ou o que efetivamente foi pago pelo cessionário (com o deságio correspondente). Parece-nos que somente poderá ser o valor de face, aquele registrado perante o devedor por meio da sentença transitada em julgado, sob pena de se esvaziar a eficácia da norma constitucional: afinal, por que comprar um precatório (com os respectivos custos de transação) quando este mesmo dinheiro pode ser usado para pagamento direto? O direito subjetivo público não poderá ter sua aplicabilidade frustrada por meio dessa ordem de expedientes discriminatórios e desproporcionais.

Quanto ao aspecto da *fonte do crédito*, frise-se: são apenas aqueles originários de precatórios, eis que o *caput* do artigo trata exclusivamente desse tema. Parafraseando a Lei Complementar nº 98/1995, o artigo é a “unidade básica de articulação” do tema “precatórios”, ao passo que os parágrafos expressam “os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida” (art. 10, inc. I; art. 11, inc. III, al. “c”).

Como ressalta Paulo Nader,³ parágrafo provém do latim *paragraphus*, “composto de *para* (ao lado) e *graphein* (escrever), significando, assim, escrever ao lado”. Ele não deve, como destaca o autor, enquanto escrita secundária, “formular a regra geral nem o princípio básico, mas limitar-se a complementar o *caput* do artigo”. O seu enunciado, continua Nader, “não é autônomo pois deve estar intimamente relacionado com a parte inicial do artigo”.

Cabe, ainda, salientar o seguinte trecho do Parecer (SF) nº 17/21,⁴ que analisa a Proposta de Emenda Constitucional - PEC nº 23/21 (origem da EC 113), ao tratar da nova redação que permite que o credor tenha mais opções para usufruir do seu direito creditório: “[n]o

³ *Introdução ao Estudo do Direito*, 36ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

⁴ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9046053&ts=1651755147334&disposition=inline>. Acesso em 05.06.2022.

geral, as hipóteses de compensação têm efeito positivo sobre o cumprimento do Teto de Gastos no âmbito federal, pois a compensação de débitos e créditos evita o pagamento de despesa com *sentenças judiciais*, que, por ser despesa primária, reduz o espaço fiscal para a assunção de outras despesas de mesma natureza” (grifamos).

Os “créditos líquidos e certos” de que trata o parágrafo são, portanto, só aqueles a que se refere a cabeça do artigo: os oriundos de precatórios. Interpretação contrária, além de ir de encontro à consagrada técnica legislativa e ao objetivo pretendido pela norma, criaria um ambiente extremamente complexo na Administração Pública quanto à operacionalização de eventual encontro de contas que poderia envolver diversos créditos e titulares, tendo o condão, inclusive, de prejudicar a finalidade perseguida de compensações com precatórios. Mais: poderia instalar uma assimetria desproporcional entre os licitantes, com a criação de incontáveis mercados paralelos de documentos passíveis de constituir as ofertas em licitações concessionárias. O intérprete não pode acrescentar à Constituição palavras não ditas pelo legislador constituinte (especialmente em temas excepcionais como o ora tratado).

- 6.4 Iguualmente, a norma do § 11 autoriza que se cogite do *momento do efetivo pagamento*. Isso porque, muitas vezes, os editais exigem que o preço de outorga seja pago em parcelas: uma, imediatamente após a proclamação do resultado; outra, em momentos posteriores, predefinidos no edital e consolidados no contrato. Parece-nos que a norma constitucional não faz essa discriminação, vedando ao intérprete que restrinja o instante cronológico para o pagamento por meio de precatório.

Inclusive, é de se cogitar de editais que transfiram ao interessado essa escolha (a fim de possibilitar negociações mais vantajosas no respectivo mercado de precatórios: se for só nos lances, o deságio tenderá a ficar momentaneamente menor, eis que o vendedor terá conhecimento de que a cessão gerará vantagens competitivas na formação do preço). O licitante poderá exercer essa faculdade quando lhe for mais oportuno e conveniente.

Para tanto, será necessário o detalhamento administrativo do modo de implementar a norma constitucional. Tais exigências haverão de ser cogitadas desde o planejamento da licitação, e integrar as consultas públicas do respectivo certame – instalando o ônus de os interessados pedirem os esclarecimentos necessários e, se for o caso, impugnar o edital. Também aqui impera a proporcionalidade, eis que – reitere-se – a Constituição criou um direito subjetivo público aos credores (e interessados nas licitações). Por exemplo, de nada valerá um certame cujo edital transfira para a última parcela o pagamento em precatórios, vedando que eles componham os lances na licitação. Traquinagens como essa instalarão novos custos, litígios e, ao fim e ao cabo, provavelmente serão anuladas pela instância competente.

3. A EC 113 e o mecanismo das contas vinculadas nos contratos concessionários

7. Outra discussão que as supracitadas alterações constitucionais instalam refere-se ao pagamento da outorga por meio de precatórios e o correlato impacto nas denominadas contas vinculadas dos projetos concessionários, sobretudo, em relação à (perda de) efetividade do mecanismo.

Tais contas podem ser entendidas como um “colchão de liquidez” que permite ao projeto se valer de recursos gerados no âmbito da concessão para resolver problemas do próprio contrato. É, portanto, mecanismo regulatório que abarca um processo de retroalimentação positiva, cujo objetivo principal se encontra na sustentabilidade econômico-financeira de projetos que, como já dito, envolvem vultosos investimentos, riscos e incertezas.

Os contratos concessionários, incompletos por essência e naturalmente complexos, sujeitam as partes a mudanças circunstanciais exatamente por apresentarem essas características e pelo longo prazo necessário à amortização dos investimentos. Nesse contexto, como bem explanam Fernando Camacho e Carlos Oliveira Cruz,⁵ o colchão de liquidez, também conhecido por *liquidity cushion* ou *liquidity pool*, tem a finalidade de reter recursos financeiros para solucionar problemas da concessão sem criar ônus ou risco fiscal para o setor público.

O aludido colchão pode, dessa forma, ser utilizado para mitigar determinados riscos, como os cambiais e de demanda, além de prover recursos para o pagamento de reequilíbrios devidos e a inclusão de investimentos necessários e não previstos originalmente no projeto.⁶ Ele se presta a antecipar exigências de liquidez futura e, assim, preservar o projeto concessionário em si mesmo. Daí o seu adjetivo, eis que são proteções à *liquidez*: a disponibilidade de dinheiro em caixa (ou de valores e títulos imediatamente passíveis de conversão em dinheiro). Não se trata de colchão que dissesse respeito à capacidade de captar empréstimos ou a garantias fidejussórias.

⁵ Consoante destacam os autores, “[t]he core of the bankability package, and to some extent of the new regulatory model proposed for the road sector in Brazil at federal and subnational level, is the introduction of an escrow account mechanism that will retain financial resources to ‘solve the concession’s problems,’ without creating any fiscal burden to the public sector. This liquidity cushion is created through resources coming from upfront concession fees at the tender stage and also variable concession fees (% of annual revenues) during the whole concession. These resources can be used to mitigate specific risks such as demand or FX risks; compensate the concessionaire to CAPEX inclusions that were not foreseen during project preparation; and compensate the concessionaire for financial rebalancing requests (*Toll road sector in Brazil: Regulation by contract and recent innovations*, Special Issue-Regulation of Network Industries in Brazil, Competition and Regulation in Network Industries, Vol. 0(0) 1–18, 2022).

⁶ Conforme ressaltam Natália Resende Andrade Ávila e Rafael Vêras, em breve exposição sobre o tema, confere-se liquidez ao projeto, com a busca do endereçamento de riscos cambiais (que podem advir da mudança do perfil dos financiamentos) e da mitigação dos riscos de demanda do concessionário, máxime em cenários de incerteza como o atual, bem como permite uma maior previsibilidade aos financiadores do projeto, que, para além da garantia dos direitos emergentes da concessão, poderão se utilizar do valor depositado na referida conta para reaver recursos financeiros aportados na concessão (*Maior Valor da Outorga em concessões: ainda uma discussão só jurídica?* Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/noticias/maior-valor-da-outorga-em-concessoes-ainda-uma-discussao-so-juridica-coluna-direito-da-infraestrutura/>. Acesso em 05.06.2022).

8. A concessão do sistema rodoviário BR-153/414/080/TO/GO, por exemplo, cujo contrato foi assinado em 29.09.2021,⁷ dispõe sobre o mecanismo de contas, ressaltando que sua finalidade é garantir a sustentabilidade econômico-financeira da concessão, a partir de recursos financeiros oriundos do próprio projeto.

O referido contrato traz, como inovações regulatórias no âmbito do setor de transportes federal, as contas ditas centralizadora, de ajuste, de aporte, de livre movimentação, e de retenção. De forma resumida, a primeira (centralizadora) tem por objetivo o depósito da receita bruta da concessão, permitida a sua utilização para a transferência de valores entre as contas de aporte e de retenção e a conta de livre movimentação; a segunda (de ajuste) serve ao depósito de valores gerados pela concessão, permitida a sua utilização para o ajuste final de resultados, o Desconto de Usuário Frequentemente (DUF) e reequilíbrios econômico-financeiros; a terceira (de aporte) destina-se ao depósito pela adjudicatária do montante correspondente a três vezes o valor de outorga previsto na proposta econômica final; a quarta (de livre movimentação) poderá ser movimentada e onerada pela concessionária na forma do contrato; e, por fim, na quinta (de retenção) permanecerão depositados parcela dos valores referentes aos recursos vinculados, especificamente para aplicação do mecanismo de proteção cambial.

Os recursos vinculados, nos termos definidos pelo citado contrato, correspondem aos valores a serem depositados mensalmente nas contas de ajuste e de retenção, para a formação de reserva de contingência da concessão. Eles serão constituídos por transferências oriundas da conta centralizadora e da conta de aporte para as contas de ajuste e de retenção, com utilização destinada exclusivamente às seguintes finalidades: (i) compensações decorrentes da adesão pela concessionária ao mecanismo de proteção cambial; (ii) compensações decorrentes do acionamento do mecanismo de mitigação; (iii) compensações decorrentes do DUF; (iv) recomposições do equilíbrio econômico-financeiro da concessão; e (v) pagamento de indenizações em função da extinção da concessão.

Ademais, no âmbito das revisões quinquenais, o saldo existente na conta de ajuste poderá ser utilizado para, além de pleitos de reequilíbrios julgados procedentes e a inclusão de obras e serviços não previstos inicialmente e que não integrem o estoque de melhorias, modicidade tarifária, mediante a redução dos valores da tarifa de pedágio.

Ou seja, o colchão de liquidez tem a importante função de assegurar ao usuário uma concessão sustentável, na qual a mencionada retroalimentação poderá desaguar em diminuição das tarifas, revertendo ao usuário serviços, obras e também um valor adequado de pedágio. Por óbvio, deve-se atentar para que o mecanismo de contas não se preste ao acúmulo excessivo

⁷ Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/abf5ab13-7964-a23b-03a5-6317dd73df96>. Acesso em 05.06.2022.

de recursos, apenas o necessário para garantir a sustentabilidade econômico-financeira do projeto, sob pena de se criar incentivos perversos no âmbito dos próprios contratos e da regulação setorial.

9. No Estado de São Paulo, pioneiro na utilização do mecanismo de contas, também se observam concessões com o ora analisado colchão de liquidez, como é o caso da concessão rodoviária referente ao Lote Piracicaba-Panorama (PiPa), cujo contrato foi assinado em 15.05.2020.⁸

Verifica-se, na concessão mencionada acima, a previsão de uma série de contas, como as de ajuste, centralizadora (de receitas acessórias e de receitas tarifárias), vinculada dos financiadores, de fiscalização, de livre movimentação, de reserva de outorga 1 e de reserva de outorga 2. O apêndice D do contrato foi elaborado com o objetivo de regular as movimentações das referidas contas e o apêndice G cuida do funcionamento das contas referentes à reserva de outorga.

De acordo com o apêndice D, a totalidade dos recursos decorrentes das receitas tarifárias e das receitas acessórias deverá ser depositada imediatamente nas respectivas contas bancárias centralizadoras. O percentual da receita tarifária bruta a ser retido e transferido para a conta de ajuste da concessão deverá corresponder aos descontos oriundos do índice de qualidade e desempenho e desconto por atraso ou inexecução de obras.

Ainda, para a conta reserva de outorga 1 será depositada a totalidade dos recursos decorrentes da outorga fixa e transferido o montante equivalente a 4% do saldo das contas bancárias centralizadoras. No tocante à conta reserva de outorga 2, será transferido o montante equivalente a 3% do saldo das contas bancárias centralizadoras. A partir da data de início do DUF, o banco depositário estará autorizado a transferir, diariamente, o montante equivalente a 75% da outorga variável da conta reserva de outorga 1 para a conta vinculada dos financiadores. Ademais, o aludido banco deverá diariamente transferir o percentual equivalente 1,5% do saldo das contas bancárias centralizadoras para a conta de fiscalização.

Além da possibilidade de utilização dos referidos recursos para reequilíbrios do contrato e proteção cambial, com o término da concessão, caso exista valor remanescente nas contas reserva de outorga, tais recursos deverão ser transferidos para a conta vinculada dos financiadores, na hipótese de ser devida indenização do poder concedente à concessionária, ou, se não houver, ao poder público, nos termos do contrato.

⁸ Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=24>. Acesso em 05.06.2022.

10. O setor de saneamento também já presencia o colchão de liquidez em concessões como dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de municípios do Estado do Rio de Janeiro.⁹

No referido contrato, observam-se a conta centralizadora, na qual são depositados todos os recebíveis da receita tarifária da concessionária, e a conta vinculada, destinada aos valores correspondentes à diferença entre a receita tarifária e a receita decorrente das tarifas efetivas, após a aplicação dos indicadores de desempenho. De acordo com cláusula 27.3, a concessionária obriga-se a repassar à conta vinculada, mensalmente, os valores correspondentes à diferença supracitada.

O anexo XI cuida da constituição e administração de tais contas. Segundo a cláusula 3.4, o saldo da conta vinculada deverá ser destinado exclusivamente ao: (i) abatimento do valor da tarifa ao longo do prazo de vigência da concessão, como medida a garantir a modicidade tarifária; ou (ii) eventual pagamento de passivos devidos à concessionária, tais como reequilíbrios econômico-financeiros e indenizações.

11. Como visto, o colchão de liquidez pode ser composto por recursos provenientes das receitas variáveis obtidas ao longo da concessão e também pelo valor da oferta quando do leilão. No que importa ao presente artigo, as seguintes perguntas se mostram pertinentes: qual o impacto no mecanismo de contas da possibilidade de se pagar a outorga por meio de precatórios? Isso poderia reduzir ou, no limite, esvaziar a efetividade do mecanismo, prejudicando, por conseguinte, a lógica econômico-financeira de sustentabilidade trazida pelo colchão de liquidez?

No nosso sentir, para responder ambas as perguntas, deve-se, em um primeiro momento, dividir a origem dos recursos que poderão compor as aludidas contas.

- 11.1 Os recursos provenientes de receitas variáveis, que a concessionária deve remeter às contas por força do contrato, certamente não podem ser substituídos ou compensados por precatórios, por serem inerentes ao projeto concessionário e comporem a modelagem econômico-financeira do contrato.

Dessa forma, mesmo que recebam a alcunha, em um projeto ou outro, de “outorgas variáveis”,¹⁰ entendemos que tais valores não devem ser enquadrados no conceito de outorga

⁹ Disponível em: <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos.php>. Acesso em 05.06.2022.

¹⁰ No caso do setor portuário, os valores de arrendamento. Vide, por exemplo, Leilão nº 01/2022-Antaq, referente ao arrendamento de área e infraestrutura pública denominada STS11. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20106/22%20-%2020220303__Minuta_de_Contrato__par02.22__STS11_publicada.pdf. Acesso em 09.06.22.

elencado pelo inciso III do § 11. Qualquer compreensão em sentido contrário pode prejudicar sobremaneira a sustentabilidade econômico-financeira das concessões.

11.2 Recursos destinados às contas vinculadas que sejam oriundos da oferta realizada no leilão, por seu turno, merecem aprofundamento. Sendo o valor a proposta de preço pela outorga da concessão, caberia a aplicação do dispositivo constitucional supracitado, conforme delineado anteriormente. Contudo, há de se considerar a proporcionalidade também já mencionada, no sentido de que, a depender do projeto, o pagamento com precatórios não prejudique a sustentabilidade da modelagem pensada.

Isso nos leva à seguinte pergunta complementar: a oferta que pode ser paga com precatórios refere-se ao valor total da proposta ou somente ao denominado “ágio”?

11.3 Em algumas licitações, como de arrendamentos portuários e agora de rodovias em âmbito federal no modelo híbrido, de usual o valor de ágio é praticamente o mesmo da oferta total, uma vez não há valor mínimo (ou é insignificante) para a contribuição inicial (ou outorga fixa mínima). Em outras licitações, como as de infraestrutura aeroportuária em nível federal¹¹ e de rodovias do Estado de São Paulo,¹² o valor da oferta conta com uma parcela inicial que provém da modelagem contratual e considera o VPL do projeto. Ou seja, o valor de oferta total abarca o ágio, que depende de fatores diretamente e indiretamente relacionados ao empreendimento em si, e também parcela de recursos que já é inerente ao projeto, sem a qual a sustentabilidade da concessão pode restar comprometida.

O presente questionamento complementar se faz devido sobretudo em casos como os da segunda hipótese, na qual o pagamento da oferta total com precatórios pode, em tese, afetar a modelagem da concessão, tendo o condão de gerar um círculo vicioso de projetos que servem a um propósito imediato fiscal, mas não atingem à finalidade principal de prover adequados serviços ao cidadão por meio de concessões, como apregoa o também artigo 175 da Constituição.

¹¹ Em relação ao setor aéreo, cabe mencionar que os valores das outorgas de infraestrutura aeroportuária devidos como contrapartida à União (contribuições fixas e variáveis) são destinados ao Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC). Apesar das contribuições não serem reinvestidas no próprio contrato, é importante destacar que o FNAC traz consigo a ideia de rede, uma vez que tais valores devem ser aplicados no desenvolvimento e no fomento do setor de aviação civil e das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil (art. 63, §§1º e 2º, da Lei nº 12.462/2011). Ou seja, a outorga auferida em um contrato de concessão poderá, mediante o FNAC, ser utilizada para o desenvolvimento da infraestrutura aeroportuária como um todo, inclusive de outro aeroporto mais deficitário, porém igualmente importante para o poder público sob a perspectiva de prestação do serviço ao usuário. Nesse sentido: ÁVILA, Natália Resende Andrade; VÉRAS, Rafael. *Investimentos Cruzados em Contratos de Infraestrutura: Uma Análise Sob a Ótica Sistêmica de Redes*. In: *Direito e Infraestrutura no Brasil: Temas Relevantes em Transportes Terrestres e Tópicos Transversais*. Publicações da Escola da AGU. Brasília: EAGU, Ano 13 - n. 04, pt. 1, dez. 2021/fev. 2022.

¹² Conforme anexo 20 da concessão rodoviária referente ao Lote Piracicaba-Panorama (PiPa), “[c]omo condição para assinatura do CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA realizou o pagamento, na CONTA RESERVA DE OUTORGA 1, na data base de março de 2019, do montante total equivalente a R\$ 1.100.000.000,00 (um bilhão e cem milhões de reais), que equivale a (i) R\$ 15.049.433,02 (quinze milhões quarenta e nove mil quatrocentos e trinta e três reais e dois centavos) a título de Outorga Fixa Mínima, somada a (ii) R\$ 1.084.950.566,98 (um bilhão oitenta e quatro milhões novecentos e cinqüenta mil quinhentos e sessenta e seis reais e noventa e oito centavos), a título de ágio de sua PROPOSTA DE PREÇO (...)”.

11.4 Mesmo em projetos nos quais o valor de ágio é praticamente igual ao da oferta total cabem algumas ponderações para reflexão. O critério de julgamento por maior oferta já foi, e ainda é, objeto de vários debates, sobretudo em relação ao seu aspecto arrecadatário.¹³ Uma das vantagens consideradas quando da modelagem que envolve, de forma conjunta, esse critério e a possibilidade do mecanismo de contas é exatamente reverter ao próprio projeto os recursos nele ou em virtude dele produzidos e, ao mesmo tempo, mitigar problemas advindos de assimetrias de informação quando do leilão.

Raciocínio semelhante pode ser usado no âmbito dos já falados modelos híbridos, nos quais há a combinação entre critérios de julgamento por menor tarifa e maior oferta. Neles, o preço da oferta para o desempate, caso seja necessário, pode representar o delta de assimetria de informação normalmente existente entre poder público e licitantes no tocante ao deságio máximo de tarifa estabelecido e aquele que poderia ser alcançado pelas partes privadas caso não houvesse o teto. O ágio, nesse sentido, não é simplesmente o valor de oferta para exploração do projeto, mas também parte dele. Nesse contexto, como já dito anteriormente, o mecanismo de contas é engenhosidade interessante a fim de que tais recursos retornem, no limite, ao usuário do serviço concedido, seja por redução tarifária ou mais investimentos necessários e não previstos seja pela mitigação de riscos que poderiam provocar desequilíbrios na concessão.

Para Fernando Camacho e Carlos Oliveira Cruz,¹⁴ tanto a concessão com critério de julgamento por maior oferta quanto o modelo híbrido possuem como uma das principais vantagens o fato de ser a outorga *upfront* um mecanismo de monetização de ativos, funcionando como uma barreira de entrada adicional (além dos requisitos mínimos de patrimônio), a fim de que os licitantes tenham a capacidade financeira necessária a performance do contrato, e também enquanto componente do colchão de liquidez utilizado para lidar com eventos que não estavam previstos na fase de elaboração do projeto (por exemplo, inclusões de investimentos e compensações ligadas à matriz de risco contratual).

12. Uma vez mais, parece-nos que as respostas mais adequadas perpassam por uma modulação regulatória que respeite as circunstâncias factuais, ou seja, que observe a realidade e a complexidade de cada concessão. O edital, dessa forma, a nosso ver, poderia motivadamente facultar que toda a oferta seja paga por precatórios ou, a depender do projeto, haja vista os aspectos de sustentabilidade da concessão, que o ágio poderia ser pago a título de

¹³ Por exemplo: Thiago Caldeira (*iNFRA*Debate: *Maior pagamento de outorga ou menor tarifa na licitação de concessões de serviços públicos?* Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-maior-pagamento-de-outorga-ou-menor-tarifa-na-licitacao-de-concessoes-de-servicos-publicos/>. Acesso em 05.06.2022) e Rafael Schwind (*Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 115 e 117).

¹⁴ *Toll road sector in Brazil: Regulation by contract and recent innovations*, Special Issue-Regulation of Network Industries in Brazil, Competition and Regulation in Network Industries, Vol. 0(0) 1–18, 2022.

precatórios e determinado *quantum*, correspondente, por exemplo, à contribuição inicial (outorga fixa mínima) necessária à composição do VPL do projeto, deveria ir para o mecanismo de contas. Igualmente, note-se que não é necessário cogitar de soluções únicas – nem, muito menos, daquelas que maculem o efetivo exercício do direito subjetivo constitucional.

A norma constitucional deve ser aplicada em sua plenitude, salvo se houver motivos relevantes, de fato e de direito, que publicamente justifiquem a sua modulação no caso concreto (suas circunstâncias e consequências reais, para aqui nos valeremos da terminologia da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). Impende lembrar que não existem princípios absolutos, devendo haver o sopesamento de valores observados no caso concreto de acordo com os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se, assim, mais de composição de princípios e menos de confronto entre eles. Mesmo porque a licitação busca estimular o maior número de licitantes, a fim de que a proposta mais vantajosa – para os interessados e para a Administração Pública – seja proclamada vencedora.

13. Caso o edital reste silente, entende-se que todo o valor de oferta (contribuição inicial/outorga fixa mínima + ágio) pode ser pago por meio de precatórios, em homenagem ao disposto no inc. III do § 11 do art. 100, da Constituição. Ressalte-se, de toda forma, que, em qualquer hipótese, as receitas vinculadas derivadas das variáveis, sejam denominadas de outorgas variáveis, valores de arrendamento, contribuições variáveis, ou outros termos semelhantes, não devem ser enquadradas no dispositivo constitucional supracitado, sob pena de frustrar os objetivos precípuos da prestação de serviços públicos por meio de pactos concessionários.

De forma objetiva, retornando aos questionamentos iniciais, o pagamento de outorga por meio de precatórios poderá impactar, para além do mecanismo de contas em si, na sua finalidade maior, qual seja, a sustentabilidade econômico-financeira do projeto. Tudo dependerá do entendimento e da aplicação de que cada caso deverá ser avaliado segundo suas complexidades e especificidades, necessitando a modulação, se assim for preciso, constar de modo fundamentado no respectivo edital ou nas correlatas normas regulatórias.

4. Conclusão

Bem se vê que a EC 113 trouxe, para além de alterações em um relevante artigo constitucional, discussões que ultrapassam a mera compensação de precatórios.

Os projetos concessionários possuem lógica própria, que deve ser respeitada e observar, por óbvio, a Constituição. Isso passa pela compreensão conjugada de vários princípios e valores, cuja construção necessita ser harmônica e – como já muito frisado neste artigo – proporcional. A proporcionalidade é peça chave para o encontro das previsões constitucionais ao contexto

normativo-factual que abarca os contratos de parceria, a fim de garantir que as normas pertinentes ao tema possam ter suas respectivas plenitudes alcançadas de uma forma associada.

Muitos desafios ainda virão, sobretudo, da operacionalização dos novos dispositivos constitucionais no âmbito dos projetos de concessão tratados neste artigo. Espera-se que as balizas de composição superem conceitos absolutos e sirvam de norte para os intérpretes e aplicadores das normas, especialmente com vistas à efetivação de objetivos comuns e partilhados como o desenvolvimento da infraestrutura brasileira.

Brasília e Coimbra, junho de 2022

Referências

ANTAQ. Edital, contrato e demais anexos referentes ao arrendamento de área e infraestrutura pública denominada STS11. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20106/22%20-%2020220303___Minuta_de_Contrato___par02.22__STS11_publicada.pdf. Acesso em 09.06.22.

ANTT. Edital, contrato e demais anexos referentes à concessão do sistema rodoviário BR-153/414/080/TO/GO. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/abf5ab13-7964-a23b-03a5-6317dd73df96>. Acesso em 05.06.2022.

ARTESP. Edital, contrato e demais anexos referentes à concessão rodoviária do Lote Piracicaba-Panorama (PiPa). Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=24>. Acesso em 05.06.2022.

ÁVILA, Natália Resende Andrade; VÉRAS, Rafael. *Maior Valor da Outorga em concessões: ainda uma discussão só jurídica?* Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/noticias/maior-valor-da-outorga-em-concessoes-ainda-uma-discussao-so-juridica-coluna-direito-da-infraestrutura/>. Acesso em 05.06.2022.

ÁVILA, Natália Resende Andrade; VÉRAS, Rafael. *Investimentos Cruzados em Contratos de Infraestrutura: Uma Análise Sob a Ótica Sistêmica de Redes*. In: *Direito e Infraestrutura no Brasil: Temas Relevantes em Transportes Terrestres e Tópicos Transversais*. Publicações da Escola da AGU. Brasília: EAGU, Ano 13 - n. 04, pt. 1, dez. 2021/fev. 2022.

CALDEIRA, Thiago. *iNFRA Debate: Maior pagamento de outorga ou menor tarifa na licitação de concessões de serviços públicos?* Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate->

maior-pagamento-de-outorga-ou-menor-tarifa-na-licitacao-de-concessoes-de-servicos-publicos/. Acesso em 05.06.2022.

CAMACHO, Fernando; CRUZ, Carlos Oliveira. *Toll road sector in Brazil: Regulation by contract and recent innovations*, Special Issue-Regulation of Network Industries in Brazil, Competition and Regulation in Network Industries, Vol. 0(0) 1–18, 2022).

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Edital, contrato e demais anexos referentes à concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de municípios do Estado do Rio de Janeiro Disponível em: <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos.php>. Acesso em 05.06.2022.

MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diogo Zelak. *Precatórios: o seu novo regime jurídico*, 4ª ed. São Paulo: Ed. RT/Thomson Reuters, 2022.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 36ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SCHWIND, Rafael. *Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

SENADO FEDERAL. Parecer (SF) nº 17/21. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9046053&ts=1651755147334&disposition=inline>. Acesso em 05.06.2022.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo fundamental, restrições e eficácia*, 2ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

