

MARÇAL JUSTEN FILHO

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

11.^a edição
revista, atualizada e ampliada



2635

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

11.^a edição revista, atualizada e ampliada

A 11.^a edição do *Curso de Direito Administrativo* mantém o compromisso de interpretar o direito administrativo como um instrumento de promoção da dignidade humana e de realização dos direitos fundamentais. A obra sofreu uma ampla revisão para assegurar que as alterações e acréscimos ao longo do tempo não afetassem a unidade e coerência do tratamento das diversas matérias.

A nova edição incorpora as inovações legislativas e apresenta a jurisprudência atualizada dos tribunais.

MARÇAL JUSTEN FILHO

Doutor e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, onde lecionou de 1978 a 2006, e *Visiting Researcher* no Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália) e na Yale Law School (EUA). É advogado e autor de diversas obras jurídicas.

ISBN 978-85-203-5965-5



9 788520 359655

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Produção Editorial

Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO
MARCELLO
LAFRANCO
PEREIRA
RAMIREZ
MATEUS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Justen Filho, Marçal
Curso de direito administrativo / Marçal Justen Filho. -- 11. ed. rev.,
atual. e ampl. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-5965-5

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo - Brasil I. Título.

15-00060

CDU-35

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito administrativo 35

12.12.11.7.5 – A restrição imposta: O referido art. 23-A adotou uma restrição indispensável e extremamente salutar. Determinou que a arbitragem deve realizar-se no Brasil e em língua portuguesa. Deve-se acrescentar que também é obrigatória a aplicação do direito brasileiro para compor o litígio.⁸²

A restrição contemplada no art. 23-A destina-se a afastar práticas que se generalizaram, extremamente nocivas. No âmbito de contratações privadas brasileiras, tem-se adotado a arbitragem internacional, realizada no estrangeiro e em língua inglesa. O resultado prático atinge as raias do surreal. Advogados que não conhecem nem o português defendem teses sobre o direito brasileiro perante árbitros que jamais estiveram no Brasil. Usualmente, são grandes juristas em seus países. Mas, na grande parte dos casos, sua formação jurídica fez-se à luz do direito anglo-saxão. O mais chocante consiste na adoção de procedimentos e processos que imitam o *common law*. Surgem situações disparatadas, tal como o *testemunho* sobre o direito brasileiro, em que especialistas nacionais tentam explicar aos árbitros a nossa realidade jurídica. Como decorrência, são produzidas decisões esdrúxulas, que infringem a natureza própria do direito brasileiro.

Essa solução não pode ser admitida, especialmente quando se afirma a natureza tridimensional do direito. Afirmar que o direito se produz pela conjugação da norma, dos fatos e dos valores significa que a vivência do direito pressupõe que o sujeito que compõe o litígio esteja integrado na vida social.

Por tudo isso, não se pode admitir que a arbitragem envolvendo contratos de concessões de serviços públicos brasileiros seja conduzida no estrangeiro por árbitros que nem sequer conhecem a língua portuguesa e não têm o menor conhecimento do direito brasileiro.

12.13 As parcerias público-privadas

A expressão *parceria público-privada* ingressou no cenário jurídico pátrio por influência de práticas difundidas no âmbito europeu, especialmente na Grã-Bretanha e na França. No Brasil, o instituto está disciplinado pela Lei 11.079/2004, que estabeleceu duas modalidades de parceria público-privada: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. A solução reflete a decisiva colaboração de Carlos Ari Sundfeld, que propugnou, inclusive, pela aplicação subsidiária das regras da Lei de Concessões para disciplinar as PPP.⁸³

82. Lembre-se que existem hipóteses em que as partes podem escolher o direito aplicável a determinada relação jurídica, eliminando problemas de direito internacional privado. Mas assim não se passa no âmbito de contratos administrativos brasileiros. Nesse caso, a aplicação do direito brasileiro é inafastável, independentemente da nacionalidade do particular contratado.

83. Bem por isso, aliás, as mais precisas explicações sobre o instituto podem ser encontradas em SUNDFELD. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD (Coord.). *Parcerias público-privadas*, 2. ed., p. 17-46.

12.13.1 *A concessão patrocinada*

A concessão patrocinada consiste numa concessão de serviço público, subordinada genericamente às regras da Lei 8.987/1995, em que o poder concedente se responsabiliza parcialmente pela remuneração devida ao concessionário, o que constitui objeto de garantias especiais por parte do Poder Público.

12.13.1.1 *A concessão patrocinada é uma concessão de serviço público*

Por meio da concessão patrocinada, a prestação de um serviço público é delegada a um particular, o qual assumirá o seu desempenho perante os usuários, de acordo com a disciplina já consagrada para a concessão comum. Isso significa o seu enquadramento como um contrato administrativo em sentido restrito, compreendendo a atribuição de competências extraordinárias para a Administração Pública e a proteção da equação econômico-financeira da avença.

12.13.1.2 *Subordinada genericamente às regras da Lei 8.987/1995*

O regime jurídico da concessão patrocinada é, na essência, idêntico ao das concessões comuns. As diversas modalidades de concessão de serviço público (inclusive com a execução de obras públicas) podem ser objeto de concessão patrocinada. Isso significa que a quase totalidade das regras da Lei 8.987/1995 incide sobre a concessão patrocinada. Há algumas diferenças e acréscimos, quanto às quais se afastam as normas daquele diploma e se aplicam aquelas da Lei 11.079/2004, que dispõe sobre a figura no art. 2.º, § 1.º.

12.13.1.3 *Em que o poder concedente se responsabiliza parcialmente pela remuneração devida ao concessionário*

A distinção mais evidente entre concessão comum e concessão patrocinada reside em que, nesta última, a remuneração do concessionário é parcialmente arcada pelo poder concedente.

É relevante destacar que, mesmo antes da Lei 11.079/2004, já se admitia essa hipótese. Mas havia quem a negasse, o que gerava grande insegurança. Logo, a remuneração do particular se fará por meio da cobrança de tarifa dos usuários (e da receita proveniente de projetos acessórios) e do recebimento de recursos provenientes dos cofres públicos do poder concedente.

Não há vedação constitucional a que recursos estatais sejam aplicados na manutenção de atividades concedidas. Quando se afirma que a concessão de serviços públicos implica a prestação de serviços por conta e risco do particular, quer-se dizer que não há total eliminação do risco empresarial. Se for assegurado ao particular um rendimento vinculado apenas a seu esforço, estará excluída uma característica

essencial da concessão. Passará a se configurar uma empreitada, em que o direito do particular à remuneração deriva da execução da prestação dele exigida.

Nas hipóteses de concessão patrocinada, o risco não é totalmente eliminado, mas se processa o seu compartilhamento entre o Estado, a sociedade e um particular contratado. Lembre-se que uma concessão comum, em que se verifique colaboração eventual do poder concedente para a manutenção do empreendimento ou a recomposição da equação econômico-financeira do contrato, não se transforma em concessão patrocinada. O ponto diferencial reside em que a concessão patrocinada envolve a remuneração contínua e sistemática do poder concedente, com o intuito de permanência ao longo da existência do contrato.⁸⁴

No entanto, seria uma simplificação indevida afirmar que a única diferença entre a concessão patrocinada e a concessão comum reside em que aquela comporta sistemática de remuneração complexa (parte proveniente das tarifas e parte dos cofres públicos). A Lei 11.079/2004 adotou diversas disposições inovadoras, que não encontram paralelo no regime das concessões comuns. Essas inovações serão abaixo indicadas, por ocasião da análise das características gerais das PPPs.

12.13.1.4 *O que constitui objeto de garantias especiais por parte do Poder Público*

Um aspecto fundamental, que dá identidade às PPP é o regime das garantias em prol do concessionário. O tema será examinado adiante.

12.13.2 *A concessão administrativa*

A concessão administrativa é um contrato administrativo em sentido restrito, de objeto complexo e duração continuada, que impõe a um particular obrigações de dar e fazer direta ou indiretamente em favor da Administração Pública, mediante remuneração total ou parcialmente proveniente dos cofres públicos e objeto de garantias diferenciadas.

12.13.2.1 *A concessão administrativa é um contrato administrativo em sentido restrito*

A concessão administrativa é um vínculo jurídico estabelecido entre a Administração Pública e um particular, caracterizado pela existência de competências extraordinárias em favor daquela e da garantia da intangibilidade da equação econômico-financeira em favor deste último.

84. Nesse sentido, cf. GUIMARÃES. *Parceria público-privada*, p. 89 et seq.

12.13.2.2 De objeto complexo

O objeto da concessão administrativa é complexo, na acepção de que envolve obrigações de naturezas distintas para as partes.

12.13.2.3 E duração continuada

A concessão administrativa não se destina a uma prestação única, nem se exaure em um curto espaço de tempo. O prazo longo é da essência da contratação.

12.13.2.4 Que impõe a um particular obrigações de dar e fazer

O particular assume obrigações de dar e fazer, conjuntamente. Isso significa a impossibilidade jurídica de qualificar como concessão administrativa um contrato cujo objeto seja pura e simplesmente a execução de uma obra pública. Também não é cabível aludir a concessão administrativa para os contratos cujo objeto seja exclusivamente o fornecimento de bens ou a prestação de serviços. A concessão administrativa envolve, usualmente, obras públicas seguidas da prestação de serviços e do fornecimento de bens, tal como previsto no art. 2.º, § 2.º, da Lei 11.079/2004.

12.13.2.5 Direta ou indiretamente em favor da Administração Pública

A definição legal de concessão administrativa não faz alusão à delegação de serviço público, o que propicia sérias dúvidas doutrinárias sobre a sua configuração como uma concessão.

É inquestionável que a concessão administrativa comporta contratações não pertinentes à prestação de serviços públicos. Assim, a contratação pode versar sobre a edificação de obra pública a ser utilizada exclusivamente pela Administração Pública. Nesse caso, o particular executará prestação *diretamente* em favor da Administração Pública. Em tais hipóteses, a situação se assemelha a um contrato de colaboração, objeto de exame no Capítulo 8. A diferença reside em que a concessão administrativa somente se aperfeiçoa quando existir obrigação de o particular prestar serviços. A edificação da obra não pode ser um objeto autônomo e isolado de uma concessão administrativa. Por exemplo, uma concessão administrativa pode ter um objeto complexo, envolvendo a edificação de um hospital e também a prestação de serviços de manutenção, vigilância, fornecimento de refeições e outras atividades não relacionadas diretamente com os serviços médicos propriamente ditos.

Mas uma das maiores dificuldades da definição legislativa consiste na alusão a serviços prestados *indiretamente* à Administração Pública. Essa fórmula conduz à possibilidade de o particular desempenhar atividades em proveito imediato de terceiros, em que a Administração Pública seria beneficiária indireta. Em tais hipó-

teses, a concessão administrativa poderá envolver serviços públicos. Um exemplo típico seria o contrato em que o particular assumisse o dever de promover a coleta de lixo e dar destinação apropriada aos dejetos sólidos. Nesse caso, as atividades objeto da concessão administrativa configurariam serviço público (ainda que apenas em parte).

No entanto, a hipótese não configura *delegação* do serviço público. Ao contrário das outras modalidades de concessão (comum e patrocinada), o particular não assumirá o dever de desempenhar as atividades em nome próprio perante os usuários. Atuará sempre em prol da Administração Pública. Em outras palavras, seus atos serão atribuídos à Administração.

12.13.2.6 Mediante remuneração total ou parcialmente proveniente dos cofres públicos

A remuneração do particular será proveniente, total⁸⁵ ou parcialmente, dos cofres públicos. A hipótese de remuneração integralmente proveniente dos cofres públicos não desperta maiores dúvidas, já que essa é a solução típica para os contratos de colaboração. Têm sido fornecidos exemplos de edificação e manutenção de presídios. O particular seria contratado para a obra pública e, após a sua entrada em operação, para fornecer serviços e bens destinados à sua exploração. A sua remuneração seria paga integralmente pelos cofres públicos.

Mas também se admite que a remuneração seja arcada apenas parcialmente pelo Estado. No exterior, existem muitos exemplos dessa ordem. Assim, houve hipótese em que um particular foi contratado para edificar prédios e anexos, destinados à instalação de uma escola. Incumbia ao particular também o fornecimento dos equipamentos necessários à operação do estabelecimento. Mais ainda, o particular devia promover a operação do estabelecimento, ressalvados os aspectos propriamente educacionais – que ficavam a cargo do Estado. O particular tinha direito a uma remuneração oriunda dos cofres públicos, mas também lhe era facultado explorar as quadras esportivas, auditórios e outras áreas. O produto da locação desses espaços compunha a sua remuneração.⁸⁶

85. Benedicto Porto Neto, em trabalho precursor sobre a matéria no direito brasileiro, asseverava que “a Administração Pública pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, sob o mesmo regime jurídico da concessão, sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço” (*Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987-95: conceitos e princípios*, p. 76).

86. Para outros detalhes relativamente ao tema, cf. COSSALTER. A “Private Finance Initiative”. Trad. Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 6, p. 127-180, jan./mar. 2004.

12.13.2.7 E objeto de garantias diferenciadas

Tal como se passa com as concessões patrocinadas, as concessões administrativas comportam um regime diferenciado e peculiar de garantias outorgadas pelo Estado em favor do concessionário.

12.13.3 A concessão administrativa e o modelo francês

Ao que parece, a concessão administrativa brasileira foi uma adaptação de uma figura do direito francês, conhecida como *Marché d'Entreprise de Travaux Publics – METPS (Contrato de Empreendimento de Obra Pública)*.⁸⁷ Na França, essa figura é utilizada para execução de obra pública, a qual será objeto de exploração posterior pelo particular contratado, mediante remuneração que será desembolsada pela Administração Pública durante o prazo contratual (que é usualmente longo).⁸⁸

As características da “concessão administrativa” autorizam questionar a sua natureza de concessão. Sem dúvida, não se trata de uma contratação similar às concessões que produzem delegação de serviço público.⁸⁹

Mas há pontos de proximidade entre a concessão administrativa e as demais espécies de concessão. Essa similitude é muito forte sob o prisma econômico, visto que a concessão administrativa envolve a assunção pelo particular de todas as despesas necessárias à obtenção de certo objeto de interesse coletivo, a que se conjuga uma prestação de serviços, com remuneração desembolsada pelo Poder Público em momento posterior. O mecanismo de engenharia financeira é similar, mas isso não autoriza afirmar que a concessão administrativa seria uma espécie integrante do mesmo gênero das demais modalidades de concessão admitidas.

Como decorrência, caberá avaliar as características do contrato de concessão administrativa para determinar a sua submissão às regras comuns e gerais editadas a propósito da concessão.

12.13.4 Algumas peculiaridades das PPP

É relevante destacar alguns aspectos que dão peculiaridade às concessões da Lei 11.079/2004.

87. Para aprofundar o exame dessa figura, cf. CHAPUS. *Droit administratif général*, 15. ed., t. I, p. 645.

88. Anote-se que, embora não exista uma configuração única de METP, usualmente não se assegura ao particular a faculdade de obter receitas a partir da exploração do objeto. Sua remuneração provém exclusivamente dos cofres públicos.

89. O regime jurídico próximo e o tratamento dispensado pela Lei 11.079/2004 justificam o exame do instituto da concessão administrativa neste capítulo.

12.13.4.1 *Vedações legais*

De acordo com o art. 2.º, § 4.º, da Lei 11.079/2004, as concessões patrocinada e administrativa não podem ser utilizadas para contratações de valor inferior a vinte milhões de reais, cujo período de prestação do serviço seja inferior a cinco anos ou que tenham por objeto apenas o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Essas regras destinam-se a impedir a banalização das PPP ou a utilização do regime jurídico para contratos destinados a se submeterem à Lei 8.666/1993.

As regras vedando a aplicação de PPP em contratações com valor inferior a vinte milhões de reais ou com prazo inferior a cinco anos propiciam forte controvérsia. A eficácia dessas disposições em face de Estados e Municípios é duvidosa, existindo argumentação no sentido da sua não configuração como norma geral sobre contratação pública.⁹⁰

Assim se passa em virtude da autonomia local inerente à Federação e à impossibilidade de estabelecer regra restritiva da utilização de instrumentos contratuais em face de seu valor ou prazo de duração mínima.

12.13.4.2 *A remuneração subordinada à disponibilização da prestação pelo particular*

A concessão patrocinada e a concessão administrativa envolvem uma modalidade de financiamento privado em favor da Administração Pública. Essa característica foi atenuada pela reforma introduzida pela Lei 12.766/2012 na redação original da Lei 11.079/2004. Passou a se admitir a prática de repasses de valores pelo poder público para o parceiro privado ao longo da execução do objeto. Basicamente, estabeleceu-se uma disciplina que diferencia a remuneração pelos serviços e aquela pertinente à realização da infraestrutura. Admite-se que o aporte relacionado às obras e construções seja executado durante a fase de investimentos, em valores proporcionais às etapas executadas. Essa solução permite a redução dos custos do particular e se traduz em benefícios para a própria Administração.

12.13.4.3 *A natureza da remuneração*

Em princípio, a remuneração devida ao parceiro privado se configurava como um todo. Na disciplina original da Lei 11.079/2004, não havia remunerações diferenciadas em vista das obras, dos fornecimentos e dos serviços. Existia uma

90. Defendendo a natureza de norma geral do impedimento, cf. GUIMARÃES. O conceito de norma geral e a regra do valor mínimo às parcerias público-privadas (inc. I do § 4.º do art. 2.º da Lei 11.079/2004). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo – Redae*, n. 18, mai./jul. 2009. Disponível em: [www.direitodoestado.com]. Acesso em: 2 fev. 2012.

remuneração complexa, em valor global. No entanto, a reforma trazida pela Lei 12.766/2012 alterou essa solução. A partir de então, a lei passou a determinar que o aporte público correspondente a obras e outras despesas poderia ser realizado durante o período de construção. Isso conduz à necessidade de diferenciação dos valores pertinentes a cada tópico componente da remuneração do parceiro privado.⁹¹ Por outro lado, houve diversas modificações do tratamento tributário reservado às parcelas recebidas pela parceira privada, sendo a mais recente introduzida pela Lei 13.043/2014

12.13.4.4 A questão do risco de qualidade

Em grande parte dos casos, o particular assumirá o risco de qualidade do objeto do contrato.

A doutrina estrangeira já havia destacado, a propósito da temática da parceria público-privada, a necessidade de diferenciação do risco de utilização e do risco de qualidade. Como ensina Phillipe Cossalter, nos contratos com risco de qualidade, os “resultados de exploração não são ligados à utilização da infraestrutura ou à percepção do serviço (...) os pagamentos não serão à utilização real do serviço, mas à sua utilização potencial. Mas, em um plano puramente contábil, o resultado do explorador é subordinado a variações que dependem diretamente da qualidade do serviço prestado”.⁹²

Especialmente quando se trata de concessão administrativa, será atribuído ao particular o risco de qualidade. Isso significa que a elevação do nível de qualidade assegurará ao concessionário administrativo resultados econômicos mais satisfatórios.

O risco de qualidade pode traduzir-se em remuneração variável em função da qualidade (tal como efetivamente previsto no art. 6.º, § 1.º, da Lei 11.079/2004, após alteração pela Lei 12.766/2012), mas também numa remuneração fixa e desvinculada da dimensão dos encargos efetivamente assumidos pelo particular. Neste caso, a elevação da qualidade poderá acarretar a redução de custos do particular. Um exemplo é a construção de edifícios, com o dever de sua manutenção durante longo espaço de tempo, mediante uma remuneração de valor fixo. Quanto maior for a qualidade da edificação, tanto menores serão as despesas posteriores e tanto mais elevada será a lucratividade do sujeito.

91. Sobre o tema, SCHWIND. Contraprestação pública nos contratos de PPP – Natureza jurídica, momento de disponibilização e a figura do aporte de recursos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, n. 3, p. 209-236, mar./ago. 2013; e DAL POZZO e FACCHINATTO. Modificação nos regimes jurídicos das Parcerias Público-Privadas e do setor educacional – Fomento aos investimentos e redução de riscos para a Iniciativa Privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, n. 4, p. 259-274, jul./dez. 2013.

92. COSSALTER. A “Private Finance Initiative”. Trad. Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 6, jan./mar. 2004, p. 165.

12.13.4.5 O regime de garantias

Talvez a característica mais marcante das PPP seja o regime de garantias prestadas pelo Estado. A essência das PPP reside em reduzir custos e riscos, de modo a obter condições mais favoráveis de financiamento para investimentos de grande relevo social.⁹³ No Brasil, a questão apresenta peculiaridades sem paralelo no estrangeiro.

A questão se relaciona, primeiramente, à demora dos processos em que a Fazenda Pública seja ré. As dificuldades do Poder Judiciário são agravadas nesses casos e é usual que o trânsito em julgado da sentença condenatória da Administração Pública demore longos anos.

Outra dificuldade se relaciona à disciplina do art. 100 da CF/1988. Ali se estabelece que as dívidas da Fazenda Pública serão liquidadas mediante o regime de precatórios, em que o montante dos créditos do particular será incluído na lei orçamentária de exercício financeiro posterior.

O resultado prático desse sistema, no âmbito de Estados e Municípios, tem sido desastroso. Os montantes devidos pela Fazenda Pública, embora incluídos no orçamento, acabam não sendo pagos. O resultado é a ausência de efetividade das decisões judiciais condenatórias da Fazenda Pública.

Como decorrência, a assunção de obrigações por parte da Administração Pública desperta desconfiança dos investidores e se traduz em encargos financeiros muito elevados. Logo, os custos de empreendimentos indispensáveis à satisfação de necessidades coletivas são extremamente onerosos.

A legislação das PPP buscou superar essas dificuldades, prevendo uma sistemática de garantias jurídicas destinadas a afastar o regime de pagamento mediante precatórios.

Foi previsto um sistema de garantias mais satisfatórias por parte do Estado, de modo que os particulares possam obter a efetiva liquidação de eventuais créditos de que disponham. No âmbito da União, houve a criação de um fundo garantidor, com regime de direito privado, a quem incumbirá responder por possíveis créditos dos concessionários.⁹⁴

A instituição de garantias específicas e autônomas para a liquidação das obrigações assumidas pela Administração Pública não se evidencia como uma anomalia jurídica, ainda que seja algo chocante. No âmbito das obrigações assumidas por particulares, é usual a constituição de garantias jurídicas. Essas garantias podem ser reais ou pessoais. A última hipótese, inclusive, propiciou o desenvolvimento da

93. Consulte-se AGUIRRE DE CASTRO e LOVATO. Breves considerações e análise de caso sobre o *project finance* como instrumento facilitador das parcerias público-privadas. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, n. 6, p. 113-143, mar. 2014.

94. O fundo garantidor foi regulamentado, no âmbito federal, pelo Dec. 5.411/2005.

teoria dualista da obrigação, a qual é reputada como compreendendo um aspecto de débito e outro de responsabilidade.⁹⁵

Não existe impedimento a que idêntico regime seja praticado no âmbito das pessoas administrativas. Aliás, sempre se admitiu a prática de garantias para operações de endividamento público, especialmente em relação a entidades da Administração indireta.⁹⁶ Não existe vedação jurídica, então, a que uma pessoa estatal assumira a responsabilidade pela satisfação de uma dívida de titularidade de outro sujeito estatal.

A questão surpreendente deriva da circunstância de que essa inovação foi necessária para afastar um regime de proteção e benefício em favor da Fazenda Pública. O aspecto chocante deriva da ausência de credibilidade do Estado brasileiro em face dos potenciais credores.

A Lei 12.766/2012 introduziu diversas inovações na disciplina da remuneração e das garantias prevista na Lei 11.079/2004.

12.13.4.6 A utilização da arbitragem

A Lei 11.079/2004 admitiu a utilização do instituto da arbitragem para composição de litígios, o que conduz à possibilidade de decisões em prazo mais reduzido de tempo. A controvérsia sobre a admissibilidade da arbitragem para a composição de litígios de que participa a Administração Pública já foi examinada acima, a propósito das concessões comuns. Aplicam-se ao caso todas as ponderações ali realizadas.

12.13.4.7 As inovações quanto à licitação e os riscos previsíveis

A Lei 11.079/2004 trouxe inovações no tocante à licitação.⁹⁷ Previu a faculdade de adoção de duas providências. Admite a inversão das fases de habilitação e de propostas. Além disso, também faculta que o edital exija propostas escritas e a formulação de lances verbais. Trata-se, como é evidente, da extensão para o âmbito das concorrências da sistemática adotada para o pregão da Lei 10.520/2002.

Ademais disso, a Lei 11.079/2004 pode ser interpretada como facultando à Administração Pública atribuir ao futuro contratado uma ampla margem de auto-

95. A mais completa teorização sobre o tema é de autoria de Fábio Konder Comparato, em um estudo produzido na França e denominado *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*.

96. Aliás e justamente por isso, a Lei de Responsabilidade Fiscal teve de impor uma vedação a essa prática (art. 40, § 6.º).

97. Sobre o tema, confirmam-se os estudos de LOUREIRO. Apontamentos sobre a licitação para contratação de parcerias público-privadas. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, n. 3, p. 9-46, mar./ago. 2013; e de GUIMARÃES. Aspectos jurídicos da licitação na parceria público-privada. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, n. 3, p. 73-97, mar./ago. 2013.

nomia para conceber praticamente o empreendimento. Assim, a licitação poderia ser promovida sem a prévia elaboração de projetos básico ou executivo por parte da Administração Pública. Haveria apenas a descrição dos resultados a serem obrigatoriamente atingidos, incumbindo ao particular a autonomia para escolher os meios e formas de sua obtenção.

Nos demais países, as PPP tiveram êxito porque cada contratação sempre envolveu minuciosa análise da viabilidade econômica das propostas e da detida discussão entre a Administração Pública e os possíveis interessados. A perspectiva de promover uma contratação administrativa sem qualquer instrumento de controle que permita à Administração precaver-se contra soluções equivocadas é terrível. Nem se contraponha que a Administração Pública apenas pagará ao contratado depois da entrega do objeto e na medida de sua qualidade. Esse argumento reflete uma ingenuidade incompatível com a longa experiência nacional em contratações administrativas.

Os efeitos práticos serão muito previsíveis. Em primeiro lugar, os particulares formularão propostas de valor irrisório para a Administração Pública. Como essa não detém qualquer projeto nem conhecimentos mais aprofundados sobre os custos e despesas, haverá a contratação por um valor diminuto. O particular não disporá de condições para executar satisfatoriamente o objeto. Deixará de seguir as recomendações mínimas de qualidade e de segurança, tentando ocultar todos os defeitos de sua prestação. Haverá forte incentivo à corrupção dos agentes fiscalizadores, para que declarem que o objeto é perfeito e satisfatório. Aceito o objeto, o particular embolsará os valores e tentará dar seguimento ao contrato, executando-o de modo precário.

Porém, ainda que a Administração identifique *a posteriori* os defeitos existentes, a única solução cabível será a rescisão do contrato. Terá ocorrido o sacrifício dos interesses coletivos, especialmente porque a finalidade buscada pela Administração é o recebimento de uma prestação perfeita e adequada. A solução de punir o particular é uma alternativa necessária e indispensável, mas que não produz o resultado desejado por meio da contratação.

Portanto, é imperioso que as licitações para PPP excluam essa margem de autonomia excessiva para o particular e contemplem instrumentos de controle da validade e exequibilidade das propostas formuladas.

12.14 Outros instrumentos de delegação do serviço público

A concessão de serviço público não apresenta perfil único. Mas, além das heterogêneas manifestações da concessão, também podem existir outras figuras por meio das quais se produz a delegação do serviço público.