Maria Tereza Fonseca Dias
Maria Elisa Braz Barbosa

Parcerias Público-Privadas na Saúde:

análise comparativa da experiência do Brasil e do Reino Unido

Prefácio:
Prof. Dr. Marcos Augusto Perez

CAPES
EXPERT EDITORA DIGITAL
UFMG UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Parcerias Público-Privadas na Saúde:

O livro trata das parcerias público-privadas na saúde, sob a ótica do direito comparado, buscando compreender as experiências do Brasil - na aplicação da Lei nº 11.019/2004 - e do Reino Unido, quanto ao modelo do Project Finance Iniciative (PFI). O trabalho possui viés crítico e, por meio de pesquisa empírica e do estudo da literatura nacional e estrangeira, tratou dos aspectos positivos e negativos destas parcerias. Foram estudados os contratos vigentes no Brasil e seus principais conteúdos foram comparados com a experiência do Reino Unido. Em que pese mais frequente na literatura estrangeira, o estudo de contratos é ainda incomum na literatura brasileira sobre o assunto. Assim, a obra complementa os estudos das PPPs na saúde, no Brasil, e apresenta alguns dos principais desafios atuais da contratação pública brasileira. Outra especificidade da obra é apresentar aos leitores referências bibliográficas de mais difícil acesso do público brasileiro que estuda e atua no campo das PPPs, sobretudo na área da saúde. Os conteúdos desta obra são fruto de pesquisas desenvolvidas no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG e no King's College Londres, quais sejam: dissertação de mestrado de Maria Elisa Braz Barbosa; resultados do projeto de pesquisa de professor visitante no exterior de Maria Tereza Fonseca Dias e a produção dos grupos de pesquisa, por ela coordenados, na Faculdade de Direito da UFMG.

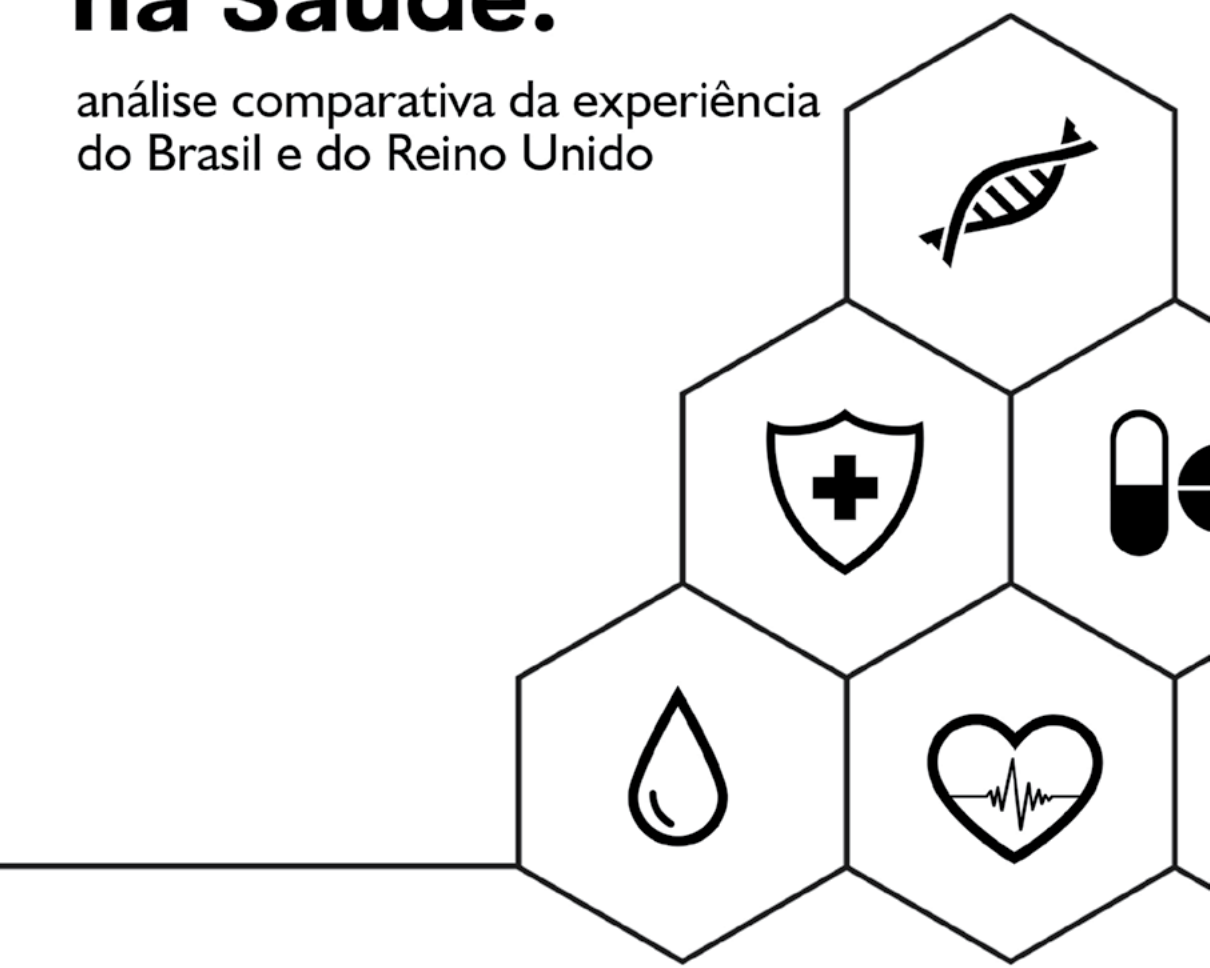
ISBN 978-65-89904-32-8

9 786589 904328 >

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Parcerias Público-Privadas na Saúde:

análise comparativa da experiência do Brasil e do Reino Unido



Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do Autor
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
DIAS, Maria Tereza Fonseca, BARBOSA, Maria Elisa Braz
Parcerias Público-Privadas na saúde: análise comparativa da experiência do Brasil e do Reino Unido / Maria Tereza Fonseca Dias, Maria Elisa Braz Barbosa — Editora Expert - Belo Horizonte - 2021
1. Parceria público-privada. 2 Direito. 3. Saúde pública – Administração I. Título.
ISBN: 978-65-89904-32-8
CDU: 614(814.2)

Este livro foi selecionado para publicação pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG com recursos do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

COAUTORAS

Maria Tereza Fonseca Dias

Doutora e mestre em Direito pela UFMG. Professora Associada do Departamento de Direito Público da UFMG. Professora Visitante no King's College Londres pelo programa CAPES/PRINT. Pesquisadora do CNPq. Membro do Conselho Federal da OAB – Direito Administrativo. Advogada.

Maria Elisa Braz Barbosa

Doutora e mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Professora Assistente da Faculdade de Direito Milton Campos. Ex-Ouvidora de Fazenda, Patrimônio e Licitações Públicas na Ouvidoria - Geral do Estado de Minas Gerais e ex-assessora jurídica de Ministro no Superior Tribunal de Justiça – STJ.

AGRADECIMENTOS

As autoras agradecem as instituições responsáveis pelo fomento dado à conclusão deste trabalho, notadamente ao PPGD da UFMG, que por meio do Edital nº 001/2021/PPGD/UFMG, de Fomento institucional para publicação de livros científicos seriados, permitiu a publicação e a divulgação deste trabalho.

Para a realização da pesquisa empírica e os estudos de direitos comparado na Inglaterra, foram concedidos fomento à Maria Tereza Fonseca Dias pelo CNPq Processo: 304370/2019-3 (Pesquisador de Produtividade) e pelo Programa CAPES/PRINT/UFMG: Processo: 88887.369684/2019-00 (Programa Institucional de Internacionalização).

Maria Tereza Fonseca Dias agradece ao Prof. Octávio Ferraz, do King's College Londres, pela aceitação da pesquisa sobre as Parcerias Público-Privadas na Saúde, no Reino Unido, no âmbito do Transnational Law Institute, na Dikson Poon School of Law, sem a qual não seria possível o desenvolvimento e a conclusão de partes deste trabalho. Agradece também Felipe Tirado, PHd Student e Professor, no King's College, pela acolhida amiga e o suporte acadêmico intenso em Londres. Ainda agradece o Prof. Michael Bowsher, do *Centre of European Law*, do King´s College Londres, pelos *insights* de *Public Procurement* que permitiram refletir sobre as PFIs no Reino Unido.

PREFÁCIO

As duas últimas décadas do século XX, sob o impulso da globalização econômica, inauguraram um processo de ressignificação da noção jurídica de serviço público.

O serviço público é um dos temas mais tradicionais do direito administrativo e uma das muitas interessantes invenções do direito administrativo francês, a qual traçou, de certa forma, um itinerário épico, no curso do Século XX, permeado de grandes discussões, crises, consagrações e idiossincrasias.

A noção de serviço público remonta às discussões entre a chamada escola do serviço público ou de Bordeaux e a escola de Toulouse, ou escola do poder público, ocasião em que os grandes teóricos Duguit, Jèze e Hauriou, entre outros, realizaram debates históricos sobre qual seria a essência do direito administrativo, sua razão de existir, seu traço definidor, seu critério de aplicação.

Deve-se à escola de Bordeaux o desenvolvimento inicial da noção de serviço público e boa parte da relevância assumida por esta na formação do direito administrativo. Uma noção ampla, identificando como serviço público a praticamente todas as atividades que dariam razão de ser ao Estado e à Administração Pública.[1]

Para Duguit o serviço público era a atividade que daria razão de ser ao Estado, afinal, sem a referida interdependência ou coesão social, não haveria Estado. O Estado seria, neste sentido, o elemento resultante de um movimento da sociedade, como se a sociedade criasse o Estado para lhe servir. O serviço público cumpria, assim, a missão de funcionalizar o Estado e a administração pública. Melhor dizendo, ele dessacralizaria o direito administrativo, colocando-se o cidadão, pela primeira vez, no centro de suas atenções. O Estado deixaria de ser uma entidade que simplesmente exerceria um poder sobre a sociedade, mas, ao prestar-lhe serviços, definir-se-ia como alguém que serve aos desígnios definidos por esta sociedade.

1 Cf. DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel.** Paris: Boccard, 1928, t. 2, p. 61-62

Para Duguit, bom ainda mencionar, o serviço público - ou seja, o papel do Estado perante a sociedade - mudaria a cada tempo e lugar. Não seria fixo, mas cambiante. Ou seja, a noção de serviço público seria influenciada pelo ambiente econômico, político-institucional e social, não havendo uma noção fixa, imutável, cuja alteração importasse simplesmente em sua eliminação.

Muitos leram as mudanças iniciadas com os ventos liberalizantes das décadas de 1980 e 1990, cujos movimentos, observe-se, ainda não cessaram, como a decadência ou definitiva extinção da noção de serviço público. É o que dizia, por exemplo, Pedro Gonçalves, para quem: "O serviço público foi ou está sendo pura e simplesmente banido e substituído por conceitos mais ou menos próximos."[2]

De fato, se consideramos que o serviço público deve corresponder estritamente às três acepções da definição "à francesa" (um resultado da forja de Jèze, muito mais do que de Duguit): as ideias material, formal e orgânica de serviço público, parece que a noção tendeu à ruína.

Serviços públicos prestados em regime privado, serviços públicos prestados por particulares, sem necessário vínculo de delegação (chamados impróprios), atividades classicamente delimitadas como serviços públicos e prestadas sobre regime de exclusividade que deixam de obter esse rótulo ou, muitas vezes, passam a ser prestadas em regime de concorrência, todos esses são alguns entre muito exemplos da relativização do tripé clássico que respaldava a referida noção clássica de serviço público.

Observe-se o que testemunha Stiglitz sobre o ambiente que se tornou o pano de fundo da mais recente transformação da clássica noção: "Austeridade fiscal, privatização e liberação do mercado foram os três pilares da recomendação do Consenso de Washington, durante as décadas de 1980 e 1990".[3] Pode-se então imaginar que

2 Cf. GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de serviço público.** Coimbra: Almedina, 1999, p. 27.

3 Cf. STIGLITZ, Joseph E. **Globalization and its discontents**. N. York: Norton, 2001, p. 53.

os dispendiosos serviços públicos, prestados fora do regime de competição pelo mercado, sob uma gestão estritamente pública ou a cargo de empresas estatais (sob preponderante regime privado), começam a sofrer ataques contínuos nesse ambiente de compreensão do papel a ser desempenhado pelo Estado na economia.

Mas parece que a história deu razão à Duguit, especialmente quanto à antevisão que o grande mestre bordalês teve do caráter mutável ou da adaptabilidade dos serviços públicos. Afinal não se observa um desaparecimento dos serviços públicos. Ao contrário os serviços públicos avançam mundo afora, talvez como nunca, sob a égide de novos e variados regimes jurídicos.

O fato é que os serviços públicos vão continuar crescendo, ainda que superando a obsessão por buscar sua identidade em um regime jurídico único, na medida em que se acelere o desenvolvimento social e econômico. O tripé do antigo serviço à francesa pode não mais sempre se aplicar, mas o vínculo da noção de serviço público com a coesão e interdependência sociais e com a concretização dos direitos fundamentais continua e continuará futuramente a lhe conferir força vital.

Há, vejam, um mundo novo a circundar a noção de serviço público. Mundo para a análise do qual não se deve desprezar também a crescente influência do direito norte-americano[4] e das organizações internacionais que editam e promovem melhores práticas e acabam por influenciar, quando não determinar, o direito interno dos diferentes países, mudando até mesmo o vocabulário mais tradicionalmente utilizado para se referir a determinados institutos jurídicos, todos em alguma medida ávidos por ganhar competitividade nos mercados globais.

Mas ainda identificado como umas das principais funções públicas e, assim também, como limite da atuação do Estado no domínio econômico, o serviço público alinha-se as noções mais modernas de uma Administração voltada para o cidadão e realizadora

4 Cf. MODERNE, Franck. La mutation dês services publics en droit français. *In:* KOVAR, Robert et. al. **Service public et Communaute Européenne.** Paris: LDF, 1998, p. 16-29.

dos direitos fundamentais (parte destes concretizados por meio de prestações chamadas de serviços públicos). Dessa forma, como diria Duguit, o Estado continua a ser o motor propulsor da integração e da coesão sociais.

As pesquisas e o livro de **Maria Tereza Fonseca Dias** e **Maria Elisa Braz Barbosa** são um grato resultado e um verdadeiro testemunho do quadro acima pintado.

Debruçando-se sobre os serviços públicos de saúde, **Maria Tereza** e **Maria Elisa** aprofundam o olhar sobre as parcerias público-privadas, enquanto ferramenta de trabalho ou veículo de concretização destes serviços.

As autoras lançam-se sobre a realidade do que vem de fato acontecendo no Brasil, ousando enfrentar o tema da prestação dos serviços públicos de saúde pela iniciativa privada a partir de pesquisas empíricas, sem descurar da revisitação dos conceitos jurídicos, tanto os elaborados pela teoria, como aqueles mais aderentes ao direito positivo.

As autoras vão buscar na Grã-Bretanha, país com excelência e notoriedade na prestação de serviços públicos de saúde, o impulso inicial e global para a utilização de parcerias público-privadas no setor da saúde, trazendo comparações da experiência inglesa com os exemplos colhidos no Brasil, as quais são para lá de úteis aos profissionais e acadêmicos que enfrentam o tema.

Os aprofundamentos relacionados ao caso Brasileiro, que contaram com a participação de outros pesquisadores (**Bruno Fontenelle Gontijo; Danuza Aparecida de Paiva; Luiza Valgas de Paula; Maria Grabriela Freitas Cruz; Sarah Dornelas Alencar; Thiago Meokarem Andrade Godoy; Victória Veloso Faraco**), são inéditos e pontuam cada um dos aspectos mais importantes da experiência nacional com parcerias na área da saúde.

O resultado de todo esse esforço é um trabalho essencial para a bibliografia nacional sobre serviços públicos e sobre parcerias público-privadas. As autoras nos dão um testemunho narrativo e crítico do momento atual em que o Brasil, ao lado de outros tantos

países, reconstrói o significado do conceito de serviço público e das ferramentas para sua prestação.

Como na célebre canção de Milton Nascimento, **Maria Tereza** e **Maria Elisa** tiveram força, raça e gana para superar a dor que significa conduzir uma longa e profunda pesquisa no ambiente universitário brasileiro. Mas o fruto desse esforço traz-nos a grande alegria de poder ler e apresentar ao público brasileiro um trabalho de tamanha grandeza. O velho Duguit, onde quer que esteja, também deve estar feliz.

Marcos A. Perez
Prof. Associado - FDUSP

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....18

2. GLOBALIZAÇÃO, GOVERNABILIDADE E O SURGIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....25

2.1 Contextualização do tema 30

2.2 Governabilidade.....34

2.3 Surgimento das PPP.....38

3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO.....40

3.1 O conceito de parceria público-privada.....40

3.2 As modalidades contratuais no modelo PPP 41

3.2.1 A modalidade "patrocinada" 41

3.2.2 A modalidade contratual "administrativa" 44

3.2.3 Concessão comum.....47

3.2.4 O conceito de "concessão" após o advento da parceria público-privada 48

3.3 Norma geral.....49

3.4 As diretrizes da contratação de parceria público-privada 53

3.4.1 Eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade 54

3.4.2 Respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução.....56

3.4.3 Indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado 60

3.4.4 Responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias 62

3.4.5 Transparência dos procedimentos e das decisões.....64

3.4.6 A repartição objetiva dos riscos 65

3.4.7 Sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.....68

3.5 Licitação nas parcerias público-privadas.....70

3.5.1 Licitação por concorrência.....75

3.5.2 Lances em viva voz 76

3.5.3 Celebração do contrato de PPP pelo segundo colocado.....77

3.5.4 Saneamento de falhas na habilitação e propostas.....77

4. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO REINO UNIDO 79

4.1 Sistema jurídico e o Direito administrativo no Reino Unido.....79

4.2 Introdução à contratação pública no Reino Unido 83

4.3 Regime jurídico, controle e ***accountability*** ***..... 85***

4.4 Modelos contratuais 95

4.5 A PPP como alternativa à privatização “pura” 98

4.6 Regime jurídico da PFI 101

4.7 Os projetos iniciais de PPPs na Grã-Bretanha e na UE 111

4.8 A transposição da experiência inglesa para o contexto brasileiro.....113

4.9 Semelhanças e diferenças entre o modelo do Reino Unido e o modelo brasileiro 117

5. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE: ESTUDO DO CASO DOS CONTRATOS DE PPP NO BRASIL.....132

5.1 Direito social à saúde.....132

5.2 Saúde como direito ***prima facie*** 135

5.3 Direito subjetivo à saúde 137

5.4 Direito constitucional à saúde e seu financiamento 138

5.5 Direito social à saúde e sua estruturação.....140

5.6 Modelos de Parcerias Público-Privadas na saúde, em perspectiva comparada.....142

5.7 Parcerias público-privadas na saúde, no Brasil 146

5.7.1 Origens das parcerias a partir das mudanças dos paradigmas de estado.....146

5.7.2 O papel da iniciativa privada no serviço público de saúde.....149

5.7.3 Parcerias Público-Privadas, em sentido estrito.....154

5.7.4 O cenário das PPPs no Brasil e as primeiras experiências na saúde .158

5.8 Análise dos contratos de PPP da saúde no Brasil 162

5.8.1 Aspectos metodológicos 162

5.8.2 Modelagens contratuais dos serviços bata branca e bata cinza 164

5.8.3 Papel do verificador independente 165

5.8.4 Previsão de penalidades para a Administração Pública 171

5.8.5 Financiamento público: contraprestação pública e aporte de recursos 174

5.8.6 Atendimento ao usuário na avaliação de desempenho do parceiro privado 178

5.8.7 Garantias e compartilhamento de riscos 180

5.9 Análise crítica das PPPs e de sua utilização na saúde 189

6. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE, NO REINO UNIDO 212

6.1 Direito à saúde e suas transformações normativas 212

6.2 Estruturação do sistema nacional de saúde: o National Health Service (NHS) 216

6.3 O financiamento do NHS 220

6.4 As PPPs na prestação de serviços de saúde 221

6.4.1 Descentralização e PPPs na prestação de serviços de saúde em âmbito global 221

6.4.2 As PPPs/PFI no Reino Unido 226

6.5 PPPs na saúde: estudo de caso da minuta contratual da PF2 234

6.5.1 Modelagens contratuais dos serviços bata branca e bata cinza 238

6.5.2 Monitoramento do sistema de pagamentos e o "verificador independente".....239

6.5.3 Previsão de penalidades para a Administração Pública.....243

6.5.4 Financiamento público: aporte de capital e oferecimento de garantias 244

6.5.5 Atendimento ao usuário na avaliação de desempenho do parceiro privado 249

6.5.6 Compartilhamento de riscos.....250

6.6 Análise crítica das PPPs na saúde, no Reino Unido: aspectos positivos e negativos.....252

6.6.1 Aspectos positivos.....252

6.6.2 Aspectos negativos.....253

7. CONCLUSÕES 262

8.REFERÊNCIAS.....268

1. INTRODUÇÃO

Os serviços públicos – em que pesem as divergências sobre sua origem, abrangência, elementos do conceito, bem como as sucessivas transformações históricas e contemporâneas – foram instituídos com regime jurídico próprio visando a, por intermédio do Estado, promover a solidariedade social, a prover necessidades coletivas, a satisfazer a população, a garantir a paz social e a dignidade da pessoa humana[5].

Um dos primeiros problemas que a literatura jurídica sobre o tema enfrenta contemporaneamente diz respeito ao conjunto de atividades – de cunho econômico ou não – que, consideradas serviços públicos, passam a ser de titularidade do Estado, notadamente sob a ótica do modelo de Estado de Bem-Estar Social. A discussão perpassa, inclusive, questões teóricas acerca da dimensão e papel deste Estado: garantidor, supervisor ou protetor[6] e dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos na área da saúde, tais como sua cobertura universal e a definição de prioridades[7].

Não sem razão, surgem no Brasil[8] e alhures[9], tentativas de reconceitualização da noção francesa clássica de serviço público

5 ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62.

6 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009., p. 61-80.

7 RUMBOLD et. al. Universal health coverage, priority setting, and the human right to health. **The Lancet**. Londres, volume 390, edição 10095, p. 712-714, 12 ago. 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(17)30931-5. Acesso em: 3 set. 2021.

8 MEDAUAR, Odete. O **Direito Administrativo** em evolução. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *In:* WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 211-236; MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de "serviço público", "serviços de relevância pública" e "serviços de exploração econômica" para as parcerias público privadas. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

9 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009; FERNANDEZ, Tomáz-Ramón. **Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria.** Buenos Aires: La Ley, 2002;

- comumente atribuída a Duguit, Jèze e Hauriou -, à luz dos processos de reforma do Estado e da globalização ocorridos nas últimas décadas.

Uma vez definido o conjunto de atividades prestacionais de titularidade do Estado, foram sendo estabelecidas normas setoriais de cada uma delas, com o escopo de estabelecer o regime jurídico de direito público aplicado a sua prestação, e a modo como o Estado deveria atuar, de forma direta ou indireta, podendo contar, nesta última hipótese, com a participação do setor privado.

A regulação setorial dos serviços públicos de titularidade estatal foi-se constituindo mediante a edição de um emaranhado de normas jurídicas pouco coerentes entre sim, notadamente sob o ponto de vista do papel do setor privado na execução dos serviços de titularidade estatal.

A população requer, em geral, que a prestação dos serviços públicos, em conformidade com o previsto no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, observe as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, não importando, em princípio, quem é o executor das atividades: se o setor público ou o privado.

As políticas públicas, por sua vez, foram instituídas historicamente com regime jurídico próprio para promover a solidariedade social por intermédio do Estado; prover necessidades coletivas; satisfazer a população; garantir a paz social e a dignidade da pessoa humana, entre outras razões.[10] Assim, a busca pela prestação adequada dos serviços deve provocar o setor público a manejar diferentes instrumentos e modelos jurídicos para a sua

MARTÍN REBOLLO, Luis. Servicios públicos e servicios de interes general: la nueva concepción e operatividad del servicio público em el derecho administrativo español. *In:* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Anais do Seminário de **Direito Administrativo** Brasil-Espanha, obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

10 ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62.

disponibilização, inclusive os instrumentos de delegação das atividades para o setor privado.

Na área da saúde, a parceria com o setor privado para o exercício da atividade prestacional do Estado e a implementação de políticas públicas não é ideia nova. Contudo, o desafio contemporâneo dessa modelagem – sobretudo quanto ela se apresenta sobre a forma contratual - é compreender em que áreas pode ser utilizada (infraestrutura ou serviços clínicos) e em que medida sua expansão permite (ou restringe) o exercício do direito social à saúde[11]. A Organização Mundial da Saúde - OMS - descreve as parcerias público-privadas para a saúde como "programas do setor público com participação do setor privado"[12], uma definição vaga que permite muitos modelos de Parcerias Público Privadas - PPPs - ao redor do mundo. No Brasil, o uso das PPPs na área da saúde, tal como preconizadas na Lei nº 11.070/2004, ainda é incipiente, porém passa a abarcar diferentes tipos de atividades[13].

Atualmente, a participação do setor privado nos sistemas de saúde está ganhando força lentamente, à medida que mais e mais PPPs atuam para o fortalecimento dos sistemas de saúde[14].

O Reino Unido foi pioneiro na implantação das PPPs, a partir do governo Thatcher, na década de 80 do século passado, e sua utilização no setor da saúde foi se expandindo ao longo do tempo conforme

11 TAYLOR, R. M.; CHRISTIAN, J. **Forum on Public-Private Partnerships for global health and safety**. Washington D.C.: The National Academies Press, 2016. Disponível em: http://nationalacademies.org/hmd/Activities/Global/PublicPrivatePartnershipsForum.aspx. Acesso em: 13 jun. 2021.

12 OMS. **Trade, foreign policy, diplomacy and health:** Public–private partnerships for health. Disponível em: http://www.who.int/trade/glossary/story077/en/ Acesso em: 8 dez. 2020.

13 Cf. BARBOSA, Antônio Pires; MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, n 49, v. 5, p. 1143-1165, set./out., 2015; MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no setor da saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. *In:* **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Ano VII - Número 7 – jul. a dez. 2017. p. 54.

14 TAYLOR, R. M.; CHRISTIAN, J. **Forum on Public-Private Partnerships for Global Health and Safety**. Washington D.C.: The National Academies Press, 2016. Disponível em: http://nationalacademies.org/hmd/Activities/Global/PublicPrivatePartnershipsForum.aspx. Acesso em: 13 jun. 2021.

demonstra estudo de Barbosa e Malik[15]. Além disso, a modelagem contratual do Private Finance Initiative (PFI) espalhou-se pelo mundo, influenciando, inclusive, a conformação do marco regulatório brasileiro das parcerias entre o setor público e privado.

As parcerias público-privadas, em que pese possuírem acepções diversas[16] e marcarem presença nos programas políticos em diversas partes do mundo[17], surgem no Brasil com a denominação de concessões especiais e foram instituídas como instrumento intermediário entre a delegação tradicional de serviços públicos e as privatizações.[18] Sua influência mais marcante foram as das PPPs inglesas, da década de 90 do século passado. Conforme será visto no decorrer do trabalho, as modelagens de PFIs da Inglaterra foram se aprimorando, a partir da sua experiência concreta, até chegarem no impasse mais recente quando esta modelagem contratual deixou de ser utilizada pelo governo do Reino Unido.

Os escopos comumente atribuídos às PPPs são: atrair investimentos do setor privado; valorizar o mercado e substituir os monopólios públicos; tornar financeiramente mais eficiente a prestação dos serviços e explorar a expertise da gestão privada, que passa a contribuir no sistema de governança pública[19].

---

15 BARBOSA, Antônio Pires; MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, n 49, v. 5, p. 1143-1165, set./out., 2015. p. 1148.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público -privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

17 AZEVEDO, Maria Eduarda. As parcerias público-privadas: uma perspectiva analítica. **Fórum de contratação e gestão pública,** 10, n. 112, p. 29-49, abr., 2011; FREEMAN, Jody. The private role in public governance. New York University Law Review. New York, v. 75, nº 543, 2000, 109 p.; LAFITTE, Michel. Les partenariats Públic-Privé: une clé pour l'investissement publique em France. Paris: Revue Banque Éditions, 2006; LIGNIÈRES, Paul. Partenariats Public-Privé. Paris: LITEC, 2005.

18 AZEVEDO, Maria Eduarda. As parcerias público-privadas: uma perspectiva analítica. **Fórum de contratação e gestão pública,** a.10, n. 112, p. 29-49, abr., 2011.

19 AZEVEDO, Maria Eduarda. As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública. Coimbra: Almedina, 2009; CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de direito público da economia.** Belo Horizonte, n. 12, 2005; FREEMAN, Jody. The private role in public governance. **New York University**

A presente obra visa revelar como a dimensão jurídica e regulatória das PPPs repercute em problemas de natureza política, social e econômica na prestação dos serviços de saúde e deve ser considerada nos debates públicos sobre os direitos humanos e o papel do setor privado na prestação destes serviços. Busca-se tratar as questões propostas de maneira interdisciplinar e transversal, visando à compreensão dos modelos de governança entre o setor público e o setor privado[20].

O objetivo geral do trabalho é compreender, a partir das noções teóricas do direito à saúde como direito social fundamental e da governança pública por contratos[21], os limites de aplicação das PPPs na prestação de serviços públicos de saúde no Brasil, e, considerando a experiência inglesa, identificar as críticas e falhas desse modelo de PPPs, com vistas a contribuir para o aprimoramento da gestão destas parcerias. Percebeu-se, de antemão, que a literatura sobre o assunto não tem considerado a questão do acesso e do exercício do direito social à saúde como variável relevante para a escolha da modelagem das parcerias público-privadas no setor da saúde.

Os principais problemas enfrentados no trabalho circunscreveram-se, notadamente, às seguintes indagações: a) como o regime jurídico das parcerias público-privadas, em sentido estrito, foi implantado no Brasil, no início dos anos 2000 e como foi influenciado pelo modelo inglês de PFI? b) o modelo contratual das

---

Law Review. New York, v. 75, nº 543, 2000, 109 p.; LAFITTE, Michel**. Les partenariats Públic-Privé:** une clé pour l'investissement publique em France. Paris: Revue Banque Éditions, 2006; LIGNIÈRES, Paul. **Partenariats Public-Privé**. Paris: LITEC, 2005; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, nº 23, set.-nov. 2010, KISSLER, L.; HEIDEMANN, F. G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **RAP**, Rio de Janeiro, nº 40, v. 3, maio/jun. 2006, p. 479-99.

20 TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia Nester (org.) **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

21 Cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca. Governança por contratos e a nova contratação pública: os desafios dos contratos públicos sob a perspectiva do direito comparado. *In:* DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **Governança nas contratações públicas contemporâneas:** de acordo com a Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 13-44.

PPPs é adequado para a prestação de serviços públicos de saúde e para promover o acesso ao direito social à saúde [22]? c) em que diferentes áreas são utilizadas PPPs para a prestação dos serviços públicos de saúde no Brasil e no Reino Unido? c) quais as críticas ao modelo britânico das PPPs na saúde podem contribuir para o aperfeiçoamento da contratação pública brasileira?

Quanto aos seus aspectos procedimentais e metodológicos, o trabalho é de natureza crítica[23], pois compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e de significados. No âmbito dessa vertente, o estudo promoveu abordagem dogmática e sociojurídica, buscando a compreensão dos elementos fáticos e empíricos dos contratos administrativos. No que se refere aos tipos de investigação, foram utilizados os tipos exploratório, descritivo/compreensivo e comparativo[24]. O terceiro e último tipo de investigação buscou a identificação da aplicação das parcerias público-privadas nos serviços públicos de saúde, com vista a analisar dados empíricos, como contratos, base de dados e outras informações pertinentes. A comparação do caso do Reino Unido com o do Brasil pôde identificar os pontos fracos e fortes de ambos os quadros normativos e ressaltar em que medida as parcerias público-privadas podem ser proveitosas (ou não) no campo da saúde. A metodologia de direito comparado utilizada foi da microcomparação ou comparação institucional [25], que consiste na comparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas

22 RUMBOLD et al. Universal health coverage, priority setting, and the human right to health. **The Lancet**. Londres, volume 390, edição 10095, p. 712-714, 12 ago. 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(17)30931-5. Acesso em: 3 set. 2020.

23 Ou, mais especificamente, de natureza crítico-metodológica. Neste contexto, o pensamento jurídico é **tópico** e não dedutivo, é **problemático** e não sistemático, insere-se na versão postulada pela **teoria do discurso** e pela t**eoria da argumentação jurídica** (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020).

24 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

25 VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

diferentes.[26] Ao final, buscou-se apresentar o respectivo quadro comparativo a partir de dois eixos: sintagmático e paradigmático. Diante do extenso número de contratos de PPPs firmados no Reino Unido - sobretudo na Inglaterra - e o fato dos contratos serem confidenciais, pois regidos pelo direito privado, foram analisadas as minutas de contrato das *guidelines* editadas pela Administração para análise das semelhanças e diferenças de regimes. Considerando, ainda, a diversidade de modelos de parceria público privada existentes, o quadro microcomparativo foi construído entre a PFI britânica (*Private Finance Initiative*) e as concessões especiais brasileiras da Lei nº 11.079/2004 (PPP). Os dados utilizados foram de natureza primária (legislações, dados estatísticos e contratos) e secundária (publicações científicas e técnicas sobre os assuntos abordados).

Além desta introdução, a obra que está estruturada em seis capítulos,procurou apresentar a discussão das PPPs na saúde, a partir dos seguintes elementos: a) surgimento das PPPs, como fenômeno global e em busca de mecanismos de governabilidade; b) regime das parcerias público-privadas no Brasil; c) regime das parcerias público-privadas no Reino Unido; d) análise das parcerias público-privadas na saúde, no direito brasileiro, a partir do estudo dos contratos firmados até o ano de 2020, pelo grupo de pesquisa da Faculdade de Direito da UFMG; e) estudo da literatura e das minutas de contrato das parcerias público- privadas no Reino Unido.

As conclusões obtidas refletem a diversidade de assuntos, dados e informações coletadas ao longo dos estudos e demonstram como ainda serão necessárias novas pesquisas sobre o tema, haja vista a disparidade de opiniões em torno dos desafios e dos diferentes interesses dos parceiros na execução das PPPs na saúde e o exercício do direito à saúde pelos cidadãos.

26 ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 13.

2. GLOBALIZAÇÃO, GOVERNABILIDADE E O SURGIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Um tema que se apresenta, de forma decisivamente recorrente, na agenda contemporânea e que, portanto, encontra-se unido ao tema das parcerias público-privadas, é o fenômeno da globalização que, de fato, encontra-se tão fortemente imbricado ao panorama mundial que pensar a conjuntura contemporânea equivale a pensar tal fenômeno.

A mundialização (e em seu bojo o neoliberalismo), embora, reconhecidamente, seja temática muito afeita à Economia, liga-se ao Direito Administrativo já que induz à fragilidade da soberania estatal na definição das políticas públicas, que passam a ser definidas sob a ótica do capital, com significativo reflexo nos aspectos fundamentais da atividade jurídico-administrativa[27].

O jurista José Eduardo Faria, ao prefaciar a obra (Re)pensando a pesquisa jurídica, de Miracy de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, coloca pertinentes indagações que sintetizam as perplexidades do momento contemporâneo, em termos jurídico-administrativos:

> Se os direitos econômicos e sociais foram concebidos para serem concretizados basicamente por meio de políticas governamentais de caráter distributivo, como podem ser eficazes, no âmbito de Estados enfraquecidos perante o poder econômico transacional?
> Se, com o fenômeno da globalização, a esfera política vem sendo esvaziada pela esfera da economia, e como esta vai sendo cada vez mais condicionada pelas empresas transacionais, sem nenhum

27 A propósito, para José Eduardo Faria, a ordem socioeconômica, composta por "entidades multilaterais, organizações transnacionais, grupos nacionais de pressão, instituições financeiras multinacionais", ou seja, cada vez mais multifacetada e policêntrica, coloca o Direito positivo em "dificuldades crescentes na edição de normas vinculantes para os distintos campos da vida socioeconômica". (FARIA, José Eduardo. Prefácio. *In:* DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy B. S. **(Re) pensando a pesquisa jurídica.** 2 ed. rev. ampl e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Prefácio, p. v-viii).

> compromisso com o social, como o ambiente em que atuam, de quem cobrar responsabilidade?
> Por fim, o processo de deslegalização atualmente patrocinado pelos Estados e o peso crescente da *lex mercatória* produzida pelos conglomerados transnacionais podem levar ao refluxo do direito público e ao retorno do direito privado como paradigma da reflexão jurídica?[28]

Em face do poderio das grandes corporações econômicas e financeiras, os Estados veem-se recuados e, praticamente, impedidos de intervirem no jogo econômico, sob pena de retirada de investimentos ou desmobilização de indústrias de seu território ou, ainda, e que é pior, sob pena de marginalização no cenário econômico mundial. Assim, pelo fato de se deslocarem, com desenvoltura e desembaraço, de um país a outro, os fluxos financeiros acabam provocando crises e as atuações prioritárias de tais Estados passam a visar à atuação e a permanência desses capitais em seu território[29].

Entende-se, a partir da leitura do supracitado prefácio, que a crise de soberania é resultado do cenário contemporâneo constituído por atores, lógicas, racionalidades, dinâmicas e procedimentos que, ao cruzarem as tradicionais fronteiras com desenvoltura, ignoram as identidades nacionais (os Estados-nação) que, no anterior cenário social, político, econômico e cultural, detinham poder para realizar os próprios objetivos e implementar políticas públicas, por meio de decisões autônomas e soberanas.

Vê-se, portanto, que, além da crise além da crise de soberania, outra situação avulta-se com o fenômeno da globalização: a retração

28 *Ibid, p. vii.*

29 O Estado toma-se cada vez mais incapaz, inclusive, de legislar com soberania, uma vez que tanto grupos internos de pressão quanto os organismos internacionais limitam sua capacidade decisória. De fato, o mercado financeiro global determina o sacrifício de aspectos definidores da soberania de parte significativa dos Estados nacionais que, ao se verem premidos a aceitar as políticas que lhes são impostas, submergem-se e se perdem diante dos ditames do capital financeiro internacional, que pode, em estreito espaço de tempo, liquidar moedas, governos e nações.

do direito público e a proeminência do direito privado. Nesse sentido, Rogério Medeiros de Garcia Lima salienta que "o poder econômico continua guarnecido pelas leis civis e comerciais", enquanto o direito público, no Brasil, enfeixa uma série de princípios que são ignorados, na realidade, até mesmo nas decisões judiciais. O autor adverte que falta ao Judiciário a mentalidade publicista, pois os juízes,

> [...] em sua grande maioria, não estão preparados para aplicar os princípios fundamentais de Direito Público, embora sejam ágeis ao aplicar os preceitos de Direito Privado, [acarretando a postura em referência] sérios prejuízos para a Administração Pública, tomando-a vulnerável às investidas de gestores desonestos e seus cúmplices privados e prejudica também o cidadão, enfraquecido pelo arbítrio e abuso de maus governantes [30].

Acrescenta-se que o imperativo de mudança passa também, necessariamente, pela mudança de mentalidade da sociedade. De fato, em face da iniquidade destacada pelo autor, a sociedade reage, em regra, indiferentemente, muito mais preocupada, com a própria sobrevivência e manutenção de seus empregos ou com os bens de consumo, numa lógica individualista e de caráter econômico. A observação atenta da realidade demonstra que a globalização com todas as suas implicações, incluindo, obviamente, a atual configuração do Estado, têm provocado, na sociedade, duas posturas antagônicas: apatia e engajamento. Enquanto (grande) parcela da população queda-se indiferente e muda; outra (pequena) se envolve em debates e engajamento de interesse coletivo.

Nesse sentido, Maria Tereza Fonseca Dias[31] ensina que, na contemporaneidade, vem-se alterando o quadro de distinção entre o

30 GARCIA LIMA, Rogério Medeiros. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.2.

31 DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno:** novos paradigmas do **Direito Administrativo** no estudo da relação entre o Estado e a

público e o privado e, em consequência, as relações entre o Estado e a sociedade. Assim, em face da ocorrência de diversos fenômenos como a globalização econômica, as privatizações de empresas públicas, a desregulação de setores da economia, emerge um modelo de sociedade bipartida, que, de um lado, parece ignorar sua substância política, e, por outro, atua politicamente, em associações civis, sindicatos, organismos corporativos, fundações, organizações não-governamentais.

No que diz respeito à força neutralizadora da cidadania, tem-se, por outro lado, que esta é, muitas vezes, corroborada pela crise de confiança na iniciativa dos poderes públicos, no que se refere à disposição e competência no atendimento das demandas sociais.

Nesse cenário de relativa "indiferença social", cabe recordar Zygmunt Bauman, que, ao se referir à inapetência pelas questões sociais, utilizou-se de uma alegoria, que ele cunhou de "padrão acampamento". Cabe a transcrição:

> O lugar [acampamento] está aberto a quem quer que venha com o seu trailer e dinheiro suficiente para pagar o aluguel; os hóspedes vêm e vão; nenhum deles presta muita atenção a como o lugar é gerido, desde que haja espaço suficiente para estacionar o trailer [...] O que os motoristas querem dos administradores do lugar não é muito mais do que serem deixados à vontade. Em troca, não pretendem desafiar a autoridade dos administradores e pagam o aluguel no prazo. Se se sentirem prejudicados, podem reclamar e cobrar o que lhes é devido, mas nunca lhes ocorreria questionar e negociar a filosofia administrativa do lugar e muito menos assumir a responsabilidade pelo seu gerenciamento [32].

sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 80.

32 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Deutzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001, p. 125.

Impressiona como essa metáfora de Bauman confirma a ideia de que, na sociedade contemporânea, o consumidor é mais exigente do que o cidadão. A cidadania, na verdade, pressupõe visão de conjunto que ultrapassa o mero círculo do conforto e bem-estar individuais. Ao discorrer sobre a "lógica do eu primeiro", ele é enfático ao assegurar que "a individualização chegou para ficar'. Em suma, alerta o autor que "o outro lado da individualização parece ser a corrosão da cidadania"[33].

Dessa forma, não obstante seja inquestionável a proeminência do individualismo na sociedade, não se pode negar o advento de grupos que tendem a fomentar a participação social e a fazer eclodir demandas em face dos órgãos governamentais.

Ocorre que essa configuração contrapõe-se, no caso do Brasil, especificamente, ao que se pode chamar de "indisposição governamental para o desenvolvimento" que contribui para exacerbar a carência de serviços públicos adequados e universalizados e a desigualdade social. Ressalva-se: embora não se questione que, por opção constitucional, a República Federativa do Brasil seja um Estado capitalista e que não visa nem à eliminação da riqueza privada e nem das diferenças econômicas, sabe-se que essa mesma República tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação (art. 3o, I, II, III e IV da Constituição da República).

As atividades estatais devem ser condicionadas e determinadas pelo respeito aos direitos sociais, ou seja, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6o da Constituição da República)

33 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Deutzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001, p. 247.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Fala-se muito, na contemporaneidade, na palavra "desenvolvimento" aliada à expressão "exclusão social". Surge também, nos mesmos contextos discursivos, e com mais insistência ainda, a palavra "parceria". Nunca se falou tanto em tal palavra como nas últimas décadas. De fato, talvez seja uma das palavras mais empregadas pelos empresários, pela imprensa, pelos políticos e pelos administradores públicos e privados. Fala-se em parceria do setor público com o setor privado, parceria do Estado com a sociedade civil, entre os municípios, entre empresários e entre nações, fala-se em parceria, que "substitui o autoritarismo do antigo Estado onipotente" pelo "diálogo e consenso". Por outro lado, fala-se, também, em parceria como "mecanismo de irresponsabilidade fiscal" colocado à disposição do administrador público e cujo efeito consistiria num aumento da transferência de renda dos menos privilegiados para os mais aquinhoados, ou seja, o sistema financeiro e os grandes empresários que passariam a executar as atividades e os serviços públicos[34].

Há autores que falam da nova concepção de parceria a exigir o repensar do contrato social do Estado com a sociedade[35]. Há também historiadores que se ocuparam de desvendar a atuação dos parceiros privados ao longo da ditadura militar (1964 a 1985). Nesse sentido, conclusões há de que o fechamento do regime - aliado à falta de mecanismos fiscalizadores - teria criado um ambiente favorável a práticas corruptas envolvendo a Administração Pública e as empreiteiras. Alguns estudiosos defendem que, a partir da redemocratização do País, vem ocorrendo um gradual aperfeiçoamento do combate à corrupção nas relações entre o setor público e o setor privado, sobretudo quando se compara o controle da Administração

34 ABRAMO, Cláudio Weber. PPP: Irresponsabilidade fiscal e corrupção**. Folha de S. Paulo,** São Paulo, 2 fev. 2004, Tendências/debates, p. A3.

35 WALD, Arnoldo, MORAES, Luíza Rangel de, WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. Prefácio: Fernando Henrique Cardoso. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

Pública com a incipiente e rudimentar fiscalização ocorrida no regime militar[36].Nesse sentido, argumenta-se que a democracia teria aperfeiçoado os mecanismos de combate à corrupção.

No Brasil, sobretudo a partir da tramitação do Projeto que resultou na Lei nº 11.079/2004, que dispõe sobre normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a palavra "parceria", associada à ideia de crescimento, (re)surgiu, com notável ênfase, nos noticiários, seminários, congressos, publicações e estudos jurídicos em geral. À época, segundo o discurso oficial, por meio de parcerias entre o setor público e o privado - as chamadas PPPs - seria possível desenvolver o país. A expectativa era a de que as parcerias atraíssem vultosos recursos para construção de estradas, ferrovias, portos, com vistas a eliminar o nó logístico que os produtores e os exportadores enfrentavam, além de favorecer o desenvolvimento pleno do País. Teceram-se, então, loas e mais loas às PPPs, ao se afirmar que, a partir de então, haveria todos os motivos para se acreditar que o Brasil entrara definitivamente numa rota de crescimento de longo prazo, pois o advento das PPPs completaria um conjunto de reformas que possibilitariam maiores investimentos públicos e privados.

Contudo, é bom lembrar que a Lei nº 8.987, de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição da República, já foi reputada como "milagre da multiplicação dos pães". Hoje, anos após a sua promulgação, o que se vê é um gargalo de infraestrutura, rodovias com alarmantes deficiências, tarifas públicas excludentes realimentando a inflação, muitos brasileiros desempregados e desprovidos de saneamento básico e a mais injusta distribuição de renda do planeta.

36 CAMPOS, Pedro Henrique. Estranhas Catedrais. **Folha de S. Paulo,** São Paulo, 15 março 2015. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1602664-democracia-aperfeicoou-mecanismos-de-combate-contra-a-corrupcao.shtml. Acesso em: 20 jun. 2015.

Com efeito, não é a primeira vez que um diploma legal é visto como panaceia. Afirmava-se que, por meio dos recursos oriundos dos entes privados, obras públicas seriam construídas, serviços seriam ofertados sem custos para a Administração, iniciando-se nova fase de desenvolvimento nacional ameaçado pela ausência de infraestrutura. Nessa conjuntura, novos empregos seriam criados, o que, de forma decisiva, contribuiria para um desenvolvimento sem precedentes.[37].

Nota-se, todavia, total inversão do aludido "milagre", uma vez que, nas últimas décadas, concentrou-se a renda e aumentou-se ainda mais o fosso entre as classes sociais. O discurso relativo à nova fase de desenvolvimento da economia mostrou-se, em certa medida, falacioso, tendo em vista o não cumprimento das promessas de progresso, de criação de empregos e, por consequência, de inclusão social.

Na quadra histórica da institucionalização das PPPs no País, pode-se dizer que havia unanimidade em torno da crítica em relação à injusta distribuição de renda, agravada pelo gargalo de infraestrutura a impedir o desenvolvimento e a fomentar o desemprego. De fato, Guido Mantega, ex-ministro do Planejamento, afirmou, à época, que, a partir da implementação de infraestrutura, cresceria o nível de atratividade para investimentos no setor produtivo e, com isso, seria instalado novo ciclo virtuoso. Ressalta-se que o Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) seria a principal fonte de financiamento para as PPPs e que Guido Mantega, então o seu presidente, não poupava incentivos para eventuais parceiros privados: "Quem vier com projetos de PPPs em infraestrutura será recebido na porta do BNDES com tapete vermelho"[38].

A associação do setor público com empresas privadas consistiria em inovação que, segundo o discurso oficial, daria ao desenvolvimento o impulso que o Estado não poderia promover sozinho. Contudo,

37 WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. Prefácio: Fernando Henrique Cardoso. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004

38 MANTEGA, Guido. Uma aliança em prol do desenvolvimento. Em entrevista. **Revista Abinee,** ago. 2004, p. 6-11.

os problemas decorrentes da parceria entre o público e o privado obriga, desde já, a afirmar que a legitimação das PPPs, como forma de fomento ao desenvolvimento, passa inevitavelmente pela investigação científica desse instituto jurídico na perspectiva de sua adequação, notadamente, no que se refere à prestação de serviços públicos, sob pena de as parcerias se constituírem em forma de afastamento da Administração Pública no tocante à execução das políticas públicas de sua competência, e os recursos orçamentários se transformarem em oportunidade imperdível de investimento, com possibilidade de lucro garantido.

É inquestionável que as PPPs são de suma importância em contexto social de extrema fragilidade na prestação de serviços públicos e da incontroversa necessidade de construção de estradas, ferrovias, portos e da alegada escassez de recursos destinados a tais finalidades. É imperioso, todavia, identificar e definir as questões jurídicas e os impactos sociais que afetam as parcerias público-privadas.

Um dos desafios relativos ao tema insere-se no âmbito dos interesses em jogo, a saber, os interesses dos cidadãos, em dimensão individual e coletiva (interesse público primário), o interesse da máquina administrativa (interesse público secundário) e o interesse dos investidores (interesse dos entes privados). A garantia de lucro é determinante para atrair parceiros privados. Atrair o capital privado, por sua vez, é decisivo para a Administração Pública, mas tais condições podem consistir em dado complicador quando o investimento abrange setores socialmente estratégicos de alto interesse social. Daí a importância de que se reveste o tema desta obra.

É fundamental, assim, que o relacionamento do setor público com o setor privado seja feito em consonância com o Direito, notadamente com o Direito Administrativo. Ressalta-se a importância de se investigar as bases jurídicas das PPPs, a partir mesmo de seu conceito, passando pelo contexto atual e pela trajetória histórica do Estado, sob o prisma da relação entre o público e o privado. Acredita-se que eventual sucesso das PPPs, de maneira especial na prestação de serviço público, tem como condição inicial, além de um conjunto

estável de regras claras e confiáveis, a sua harmonização com o regime jurídico administrativo, notadamente com os ditames da Constituição da República.

Nesse particular, cabe lembrar a lição de Canotilho. Para o autor, a atividade do jurista deve incluir a investigação das contingências que demandaram a resposta do legislador, embora a dogmática jurídica obrigue a concentração do pesquisador na fase "pós-natal do Direito" e a excluir dos interesses científicos dos juristas a fase 'pré-natal', ou seja, os momentos genéticos da norma"[39].

Acredita-se que a proficiente análise de um instituto jurídico como as PPPs vincula-se, de modo indeclinável, à análise histórica da relação entre o público e o privado, sob a perspectiva da função administrativa, sobretudo, diante do atual conflito ideológico de um momento em que a celebrada necessidade de concreção e efetividade dos direitos fundamentais, cuja força de irradiação atiça e estimula as demandas sociais e conclama as tarefas do Estado, paradoxalmente, convive com a Administração Pública, cuja atuação, em termos materiais e efetivos, tem sido paulatinamente restringida.

2.2 GOVERNABILIDADE

No âmbito das análises da conjuntura brasileira, além de globalização, que se destaca é a governabilidade, conceito que tem sido utilizado, muitas vezes, em contextos políticos e administrativos a pretexto de viabilizar ou mesmo justificar a continuação de determinadas estratégias e posturas ideológicas na Administração Pública. Em outras palavras, para perpetuação da política neoliberal, defende-se até mesmo o afastamento do Estado do seu dever constitucional de satisfazer necessidades basilares da comunidade por ele governada.

39 CANOTILHO, J.J. Gomes. Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. **Boletim da Faculdade de Direito,** Coimbra, v. LXIII, 1987.p. 408.

Para se opor à "crise", utilizam-se reformas de inspiração neoliberal na Constituição de República e "propugna-se um Estado austero, diminuto e eficiente", como se houvesse uma relação necessária entre a eficiência e a diminuição da prestação de serviços públicos pelo enxugamento do aparato estatal.

O proficiente setor de infraestrutura,que compreende os mercados de energia elétrica, telecomunicações, gás natural, ferrovias, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos, transporte urbano e saneamento básico, é unanimemente reconhecido como indispensável para o desenvolvimento. Sabe-se, também, que a infraestrutura adequada atribui dinamismo à atividade econômica ao contribuir para a geração de empregos e de renda e que a falta de recursos para investimento nesse setor causa sérios problemas de governabilidade.

Com efeito, problemas relacionados à infraestrutura deixam pouca margem de manobra para os governantes atuarem em investimentos públicos, o que acabou por criar assombroso desprovimento no setor. Diante de tais circunstâncias, evidencia-se uma indagação: de que forma o Direito pode contribuir para viabilizar a atuação do Estado, com vistas à efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, num mundo no qual "o poder econômico se torna cada vez mais determinante nas decisões políticas e cada vez mais decisivo nas escolhas que condicionam a vida de cada homem?"[40].

Não se pode esquecer que a solução de problemas de infraestrutura por si só não possibilita a inclusão social e nem resolve as questões relativas a desigualdades sociais. Ao contrário, sem se levar em conta a perspectiva redistributiva, pode-se acabar granjeando as economias das classes menos favorecidas para as classes ricas, mediante, v.g., a onerosidade exagerada das tarifas públicas que, em geral, remuneram os empresários dos diversos setores.

40 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34;

Diogo Rosenthal Coutinho adverte acerca da necessidade de promoção, de modo proativo, da inclusão de novos usuários dos serviços públicos:

> [...] o crescimento de uma economia, desde o ponto de vista do aumento do produto interno, não é, necessariamente, sinônimo de redução de desigualdades sociais, nem tampouco de amplo acesso a serviços essenciais. Mais investimentos em infraestrutura não são, assim, garantia de que haverá ganhos compartilhados com os cidadãos hoje alijados das redes de serviço público. Em se tratando de universalização do acesso ao serviço público, para que se verifique o aumento efetivo do bem-estar, desde a perspectiva redistributiva, há que se promover, de forma proativa, a inclusão de novos usuários às redes de saneamento básico, energia, telefonia e gás[41].

A ideia de governabilidade, se vista no sentido de mera eficiência ou, ainda, se considerada no aspecto pertinente a investimentos em infraestrutura, não equivale à maior justiça na distribuição de recursos ou garantia de menor desigualdade social, uma vez que eficiente rede de infraestrutura de per se não significa compartilhamento dos benefícios advindos da prestação dos serviços públicos.

Ao contrário, o imperativo de governabilidade - a qualquer custo - pode determinar a drástica diminuição do aparelho estatal, levando os gestores públicos a se descurarem dos mandamentos da Constituição da República, a qual, na sempre primorosa lição de Carlos Ayres Britto, "deve governar quem nos governa."[42]

41 COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. *In:* SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

42 BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 63.

É pertinente repassar aqui uma visão crítica acerca do "insistente discurso político centrado na crise de governabilidade", discurso que se evidencia em programas de reformas do Estado apresentados e impostos como solução e cuja pauta é norteada pela "premência do princípio da eficiência e da retirada massiva do Estado de núcleos importantes de atuação"[43].

Dessa forma, em face da configuração da ordem mundial contemporânea, da globalização, da hegemonia do capital e da crise de governabilidade, cabe ao legislador, ao gestor da coisa pública e aos operadores do Direito, a indagação sobre quais as condições - teóricas e práticas - passíveis de assegurar a adoção legítima e pertinente de tal ou qual instrumento jurídico, como forma de resguardar para todos o genuíno direito aos serviços públicos de qualidade.

Nesse aspecto, Paulo Roberto Ferreira Motta adverte, com proficiência, que "é impossível ignorar a influência exercida pelo mercado sobre todos os ordenamentos jurídicos". Para esse administrativista, "a influência mais intensa, pelo menos neste momento, reside exatamente no direito dos serviços públicos"[44].

As parcerias público-privadas - PPPs - chegam num contexto que faz merecer boa dose de atenção dos aplicadores do Direito, cabendo-lhes, desde já, a seguinte advertência: a pretexto de alcançar as condições propícias para a governabilidade, não se pode esquecer de que, no âmbito da prestação de serviços públicos e das contratações públicas, em geral, questões sociais e éticas — e não as implicações relativas ao lucro e à competitividade — é que devem guiá-los.

---

43 PIRES, Maria Coeli Simões; PINTO, Élida Graziane. Crise de governabilidade e reforma do Estado: visão crítica do diagnóstico e das soluções propostas. *In:* **Direito público moderno**: Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. FERRAZ, Luciano, MOTTA, Fabrício (coord.) (colab). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 516.

44 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e universalização dos serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações.** 2003. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 6-7.

2.3 SURGIMENTO DAS PPP

As chamadas parcerias público-privadas, "auge da evolução legislativa", surgem-se como verdadeira panaceia, sobremaneira no âmbito da prestação de serviços públicos, notadamente pelo seu potencial para a solução dos problemas pertinentes à governabilidade.

De fato, entre as modalidades de administração privada da coisa pública, avultam-se, com proeminência, as parcerias público-privadas (PPPs), mediante alteração no ordenamento jurídico brasileiro.

O Estado, como agente normativo e regulador das atividades econômicas, deve assumir a função de planejamento, fiscalização e incentivo, com vistas ao desenvolvimento nacional equilibrado (art. 174 da Constituição da República). Para Marçal Justen Filho, sob o prisma constitucional, é perfeitamente viável, em termos de prestação de serviços públicos, que a atividade do Estado se faça por meio de contratos com entes privados. Segundo o autor, contar com a colaboração de particulares na prestação de serviços públicos consiste em opção constitucionalmente consagrada. Nesse aspecto, ensina o jurista que a Constituição consagrou a liberdade individual, a propriedade privada, a livre iniciativa, reservou as atividades econômicas preferencialmente para os particulares e facultou a delegação da prestação de serviços públicos[45].

Nesse particular, Dalmo de Abreu Dallari defende que as parcerias entre o público e o privado podem representar uma condição para a própria governabilidade, haja vista "a penúria financeira e a ineficiência que grassam no setor público"[46]. Pela sua potencialidade de representar uma solução compartilhada, as PPPs podem atribuir avanços e melhorias à gestão pública, notadamente, no que se refere aos problemas estruturais, a cargo da Administração Pública. Analisando a questão de outro ângulo, sabe-se que os entes

45 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do **Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público,** São Paulo: Malheiros, 1999, p. 33.

46 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 281.

privados, após propugnarem, durante anos, pelo absenteísmo estatal, descobriram que o Estado pode ser, além de um grande financiador, um dos principais consumidores dos seus serviços. Independentemente das especificidades de cada setor, é preciso olhar atento dos órgãos de controle e da sociedade civil tendo em vista as especificidades de cada setor dessa parceria, é preciso olhar atento dos órgãos e de controle e da sociedade civil sobre os termos em que se dá essa parceria.

Assim, seja pelo fato de o Estado passar a ser visto pelo privado como parceiro adequado aos seus interesses, seja em razão da crise fiscal, seja, ainda, em função da conclamada eficiência dos entes privados, seja em face da busca dos métodos da iniciativa privada, o certo é que a empresa privada tem sido, hodiernamente, imprescindível em determinados aspectos da atividade pública e, a cada dia, o regime jurídico-administrativo tem sido alterado com o objetivo de regulamentar os campos da Administração em que a iniciativa privada é chamada a cooperar.

3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 O CONCEITO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

É bom iniciar a análise de um conceito, seja ele jurídico ou não, a partir de suas origens. Já se disse, com acerto, que as palavras não são ingênuas: elas têm história e carregam consigo as impressões e mentalidades dos lugares e períodos pelos quais passaram. O termo "parceria" vem do latim partiarius (que tem parte) e é aplicado, tradicionalmente, no sentido de cointeressados em negócios ou para designar "a ideia de reunião de pessoas que conjugam esforços e capitais, no interesse dos próprios parceiros. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a palavra "parceria" foi transposta da órbita privada, "onde teve origem e desenvolvimento teorético, para a órbita pública, em que chega por extensão, trazida da linguagem de economistas, técnicos de administração e jornalistas."[47] Esse mesmo autor observa que o vocábulo tem sido usado para designar a "relação negocial, em que uma das partes assume obrigações com vistas à participação de lucros alcançados".

"Parceria", termo polissêmico do Direito, é de aplicação ampla e variada na doutrina e na legislação. É certo, todavia, que o termo, transposto da esfera privada para a esfera pública, carrega, em seu sema, o sentido original de negócio e, portanto, de lucro.

No discurso jurídico-administrativo brasileiro, o termo vinha sendo utilizado até o início das discussões sobre as PPPs, predominantemente, no sentido genérico de gestão associada ente os setores públicos e os entes privados. E em tal sentido, por exemplo, que a palavra é utilizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em obra pioneira no Brasil sobre parcerias na Administração Pública[48].

47 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 890-891.

48 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público -privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 33.

Já a "parceria" que se cogita neste livro consiste na modalidade de contrato administrativo chamada parceria público-privada, mais conhecida pela sigla PPP.

Segundo o art. 2º da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, "que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública", parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

3.2 AS MODALIDADES CONTRATUAIS NO MODELO PPP

Do conceito legal, extrai-se que o contrato administrativo de concessão consiste em gênero de que são espécies o contrato de concessão denominado "administrativo" e aquele a que se deu o nome de "patrocinado".

3.2.1 A MODALIDADE "PATROCINADA"

O art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/2004, dispõe que "concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".

A parceria público-privada, na modalidade patrocinada, enquadra-se ao conceito de concessão de serviços da Lei nº 8.987/1995. Assim, "na parceria 'patrocinada', o concessionário (sob a designação de parceiro privado) se remunera parte por tarifas cobradas dos usuários e parte por pagamento que o poder público lhe faz.

Averba-se que, embora o dispositivo utilize a expressão "serviço público", nem sempre será "serviço público" a prestação do parceiro privado na concessão patrocinada. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comentar o referido dispositivo da Lei nº 8.987/1995, ventila a hipótese em "que o concessionário construa um estacionamento

público e seja autorizado, posteriormente, a explorar comercialmente esse estacionamento a título de remuneração pela construção da obra. Ou que construa uma ponte e depois explore comercialmente o tráfego pela ponte". Em tais situações, "não há prestação de um serviço público, mas a simples exploração comercial decorrente do uso de bem público pelos administrados. E o que ocorre também nas concessões de rodovias" [49].

O comentário da autora se enquadra com perfeita adequação ao art. 2º, §1º, da Lei nº 11.079/2004. Essa modalidade de PPP se caracteriza pela contraprestação pecuniária feita pela Administração Pública, além da tarifa cobrada diretamente dos usuários. Desse modo, o pagamento feito em razão da realização do serviço, de forma que a concessionária será remunerada, e o investimento amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica (art. 10, § 3º, Lei nº 11.079/2004).

Uma questão que se coloca acerca do subsídio é se sua instituição contraria o regime jurídico administrativo, mais precisamente o princípio da isonomia. Tendo em vista que as utilidades oferecidas pelo concessionário se revestem de essencialidade do serviço público, torna-se possível a remuneração complementar pelo poder público. Tal remuneração será viável e necessária sempre que mecanismos de mercado impeçam o atendimento efetivo das necessidades fundamentais, notadamente em relação à população mais pobre.

Na visão tradicional em torno da temática do subsídio, ressaltam-se algumas ideias às quais Marçal Justen Filho faz oposição. A primeira delas relaciona-se à indisponibilidade do interesse público. Defende-se que a prática de atos dessa ordem tende a ampliar o déficit público, gerando efeitos negativos para a economia. O autor paranaense, em face desse argumento, afirma que a Constituição da República

49 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Parcerias na Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128.

determina que haja, por parte do Estado, atuação com vistas à redução das desigualdades regionais e à eliminação da pobreza.

A segunda é concernente ao princípio da isonomia. Argumenta-se que a gratuidade de vantagens a determinadas pessoas ou atividades importa uma diferenciação potencialmente conflitante com o dever do Estado de tratar a todos de modo isonômico. O mesmo autor garante, no entanto, que é legítima a atuação estatal, com o escopo de possibilitar a promoção da dignidade humana ou a compensação de desequilíbrios. Assim sendo, o poder público poderá desembolsar recursos em favor de indivíduos carentes ou na criar benefícios específicos para certas regiões.

O autor também se contrapõe à ideia segundo a qual ocorre a possibilidade de descaracterização da concessão por meio de subsídio. O que se defende nesse sentido é que se o próprio Estado delibera, por meio de lei, promover a outorga de serviços públicos à iniciativa privada, é porque tem em mente estabelecer um sistema em que o usuário arque com o custo do serviço fruído. Argumenta-se, em suma, que, se o próprio Estado intervém para subsidiar o serviço público, "destrói-se essa sistemática". Marçal Justen Filho, nesse aspecto, lembra que também esse argumento deve ser analisado cautelosamente, já que pode ocorrer a hipótese em que o custeio estatal do serviço público se impõe, até para evitar que a rigidez dos mecanismos típicos do mercado torne inviável o consumo de uma utilidade essencial por parte dos mais pobres.

Analisando-se a temática por tal ângulo, os subsídios viriam ao encontro dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Afinal, ainda segundo lição de Marçal Justen Filho, "a instituição estatal não pode ser considerada o mero veículo de controle da força, mas tem que se orientar à produção de utilidades concretas e benefícios palpáveis para o povo"[50].

Em síntese, é possível assegurar que o subsídio não fere o princípio da isonomia. O subsídio viabiliza a concretização do objetivo

50 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 338-339.

constitucional de minimizar as desigualdades sociais e regionais ao possibilitar que a população mais pobre possa usufruir das benesses representadas pelos serviços públicos.

3.2.2 A MODALIDADE CONTRATUAL "ADMINISTRATIVA"

A lei brasileira das PPPs dispõe sobre a modalidade de concessão em que não há previsão de tarifa, ou seja, não há pagamento feito diretamente pelo usuário. O art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004 conceitua essa modalidade de concessão nos seguintes termos: "concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens."

Referentemente à modalidade administrativa, uma questão se coloca: seria possível, com base no regime administrativo brasileiro, falar-se em contrato administrativo de concessão, sem que parte da contraprestação ao concessionário seja feita diretamente pelo usuário? Em outros termos, em face dos princípios constitucionais da legalidade e da separação dos poderes, é possível afirmar que o legislador poderia ter modificado o conceito de concessão, que, doravante, passa a prescindir da tarifa como componente de sua configuração? Ou, ao contrário, o legislador é que teria pecado por ignorar as características do instituto jurídico da concessão tal como ele é visto pela doutrina, até então, pela legislação? Dito de outra forma, até que ponto o legislador é livre para criar ou modificar institutos? A dúvida tem sua razão de ser, como se demonstrará.

Sabe-se que o Direito Administrativo brasileiro não surge de criação pretoriana. Dessa forma, caso o legislador almeje criar institutos jurídicos deve procurar seu fundamento no âmbito do direito positivo, não lhe sendo permitido criar institutos de modo a descaracterizar os já existentes.

Nesse sentido, cabe aqui tecer um paralelo, Adilson Abreu Dallari, ao discorrer sobre a licitação no direito positivo brasileiro, observa que a legislação sobre o tema não contém elementos

apropriados para o exame do instituto jurídico da licitação, pois "onde não é inconstitucional é contraditória". O autor afirma, com propriedade, que:

> E um dado a se levar em consideração o que não se pode estudar os institutos jurídicos pela legislação. E sim o exame dos institutos jurídicos é que deve prestar a uma elaboração legislativa adequada. Mas é verdade também que a legislação, muitas vezes, auxilia o estudo de problemas teóricos. No caso da licitação, a legislação é absolutamente inútil para se estudar a questão em uma abordagem teórica.[51]

O texto legal das PPP faz remissão à Lei nº 8987/1995, mas conceitua a concessão na modalidade administrativa de forma não condizente com ela. Vale, nesse particular, uma advertência: Uma das falhas mais graves que o legislador pode cometer é desconsiderar as leis já existentes sobre o assunto a ser normatizado. Resulta dessa desatenção e desse descaso, a ruptura da necessária coerência que deve existir no sistema normativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello considera a modalidade "administrativa" passível de críticas por duas razões. Inicialmente, o autor reputa a redação do dispositivo "bastante nebulosa" e, demais disso, assevera que o objetivo real de tal modalidade é realizar os sonhos dos parceiros privados.

Segundo o autor,

> sendo certo que a parceria público-privada é uma modalidade de concessão de serviço público, e sendo igualmente certo que o que diferencia a concessão de outros contratos de prestação de serviço é o fato de o contratado se remunerar pela exploração do serviço, normalmente mediante "tarifas" conquanto esta não seja, necessariamente,

51 DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6. ed. atual. ver. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43.

> sua única fonte de remuneração entende-se, conforme, aliás, literalmente o diz a lei, que a Administração Pública será uma "usuária", ainda que indireta, dos serviços prestados [...] , logo, aquela que paga as tarifas.[52]

Para o autor, não obstante "a profunda obscuridade aludida", infere-se que a lei diz ser "parceria administrativa" aquela em que "o particular se remunera exclusivamente por 'tarifas' de um serviço público do qual a Administração é "a usuária direta ou indireta"".

Conforme o autor, raramente será possível "conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração compareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços", sobretudo se a prestação do privado envolver "também a execução de obra ou implantação de bens".

O autor Celso Antônio entende que o pagamento feito pela Administração, com vistas a "acobertar os dispêndios da prestação do serviço, embora devesse ser uma tarifa, não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra - o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão". Enfim, o jurista argumenta que a impropriedade no uso da expressão 'tarifa" inviabiliza o enquadramento contratual em comento como concessão.

Ainda para Bandeira de Mello, "não basta chamar um contrato de prestação de serviços como 'concessão' para que ele adquira, como em um passe de mágica, esta qualidade". O autor argumenta "não basta chamar de tarifa o pagamento feito ao prestador de serviço em um contrato desta índole para que tal pagamento se converta em tarifa, e o dito contrato se transforme em uma concessão; assim como não bastaria chamar uma cadeira de alto-falante para poder irradiar sons

52 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 18. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional 45. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.719-720.

por meio dela". O autor critica também o uso da expressão "usuária indireta", em razão da sua imprecisão[53].

Para Bandeira de Mello, não houve qualquer inocência ou ignorância por parte do legislador. Para o autor, ao formular o conceito de concessão, o que o legislador visou, efetivamente,

> [...] por meios transversos, não confessados, é realizar um simples contrato de prestação de serviços [...] segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado do que o regime geral dos contratos e não uma concessão.[54].

3.2.3 CONCESSÃO COMUM

No art. 2º, § 3o, da Lei nº 11.079/ 2004, o legislador cuidou de dizer o que não constitui parceria público-privada nos seguintes termos: "não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/ 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".

A concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987/1995 (concessão comum) quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado não é concessão na modalidade PPP.

As concessões de serviço ou de obra pública (as denominadas "comuns") continuarão submetidas à Lei no 8.987/1995 e à legislação correspondente, e os demais contratos administrativos, à Lei no 8.666/1993, a teor da Lei no 11.079/ 2004.

Embora a Lei no 8.987/1995 disponha sobre concessão de serviço público precedida da execução de obra pública (art. 2o, inciso III),

53 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 18. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional 45. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.719-720.

54 *Ibidem*, p.720-721.

deve-se preferir a denominação tradicional do instituto, porque nem sempre existe a prestação de serviço público no contrato de concessão de obra pública.

A concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o poder público transfere ao particular a execução de uma obra pública, para que este a execute, por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos benefícios da obra ou ainda, adquirida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a própria obra proporciona.

3.2.4 O CONCEITO DE "CONCESSÃO" APÓS O ADVENTO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Já se disse que a Lei das PPPs inova, embora com certa impropriedade, no conceito de concessão. A contraprestação ao parceiro privado, doravante, ou seja, a teor da Lei nº 11.079/ 2004, já não se faz somente por meio da própria exploração da obra ou serviço. Todavia, a doutrina brasileira continua a considerar que, em termos de concessão, pelo menos parte da contraprestação ao privado deve ser feita mediante pagamento de tarifas, sob pena de se descaracterizar totalmente o instituto. Ao que parece, o legislador criou uma figura jurídica que é um misto de contrato de prestação de serviço e de concessão de serviço público, como um instrumento de privatização disfarçada, (terceirização de mão de obra?) que não encontrava, pelo menos, à época, correspondência em nenhum dos institutos do Direito Administrativo brasileiro. Segundo Juarez Freitas, "concessão" consiste em delegação da prestação de serviço público efetuada pela entidade estatal competente para a execução de tal serviço. Essa delegação (a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas por prazo determinado e por risco próprio, com ou sem subvenção parcial da remuneração pelo Poder Público como ocorre nas PPPs) faz-se sempre por meio de

contrato administrativo, antecedido de licitação, à luz dos princípios regentes da Administração Pública [55].

Para Freitas, "o conceito de parcerias não colide com o de concessão, embora com ele não se identifique na inteireza". Assim, haveria "duas grandes espécies de contratos administrativos: os que implicam delegação da execução indireta de serviços públicos e os que implicam prestação à própria Administração Pública (sem delegação)".

Destarte, a parceria público-privada "pode introduzir alterações no regime de ambos, mas não é, a rigor, um novo e genuíno tipo de contratação". O autor adverte, contudo - e é importante frisar o seu entendimento - ser "desaconselhável cogitar de remuneração integral pelo poder público nos contratos de PPP, pois isso descaracterizaria a própria noção de risco inerente à noção de parceria"[56].

Em suma, a teor da Lei das PPP, o conceito de parceria público-privada na modalidade patrocinada refere-se à concessão de serviço público, com tarifa adicional paga pelos cofres públicos, isto é, por "subsídios", e a concessão administrativa implica contraprestação feita direta e exclusivamente pelo poder público ao parceiro privado. Esta última "modalidade", contudo, não é recepcionada pelo regime jurídico-administrativo brasileiro e, desse modo, não encontra, conforme se demonstrou, respaldo consensual na doutrina.

3.3 NORMA GERAL

A Lei nº 11.079/2004, intitula-se como "norma geral", consoante, além de sua própria ementa[57], o disposto no art. 1º e parágrafo único, verbis" : Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação

55 FREITAS, Juarez **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

56 FREITAS, Juarez **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 317.

57 A ementa da Lei dispõe que ela institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública:
Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

A Lei das PPPs tem a gênese no art. 22, inc. XXVII[58], da Constituição da República, dispositivo alterado pela Emenda Constitucional nº 19/1998[59]. A Carta Federal admitiu a competência legislativa concorrente da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, em matéria de licitação e contratos. Essa inferência se faz a partir da leitura dos seguintes dispositivos: art. 22 e seu inciso XXVII combinados com os arts.1o a 4o e art. 24, I, da Constituição da República.

A expressão "norma geral" é utilizada pelo constituinte, não obstante a redundância (já que toda norma tem a generalidade como característica) para deixar claro que essa competência se reduz, verdadeiramente, àquelas normas cujo caráter de generalidade elimine qualquer aspecto particularizador. As normas gerais não cuidam de detalhar, pormenorizar ou esmiuçar a matéria legislada de modo a embaraçar o exercício da competência suplementar das ordens federadas. Ou seja, sob pena de inconstitucionalidade, a norma geral não pode ser abrangente a ponto de abolir ou suplantar o princípio federativo.

Marçal Justen Filho adverte que o conceito de norma geral não é antagônico ao de federação e, portanto, as competências locais derivadas da organização federal não podem ser limitadas mediante lei da União, destinada a veicular normas gerais. Dito de outra forma: a norma geral não é instrumento de restrição da autonomia federativa.

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

58 Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII — normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedade da economia mista, nos termos do art. 173, 1o, inciso III.

59 Relembre-se que foi nesse ambiente de reforma do Estado que surgiram as atuais legislações que transferem à iniciativa privada a prestação de serviços públicos.

A partir de tais considerações, argumenta-se que há vício de inconstitucionalidade em alguns artigos da Lei nº 11.079/2004[60], e os dispositivos abaixo transcritos demonstram, de forma inequívoca, essa assertiva:

> Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. (Redação dada pela Lei nº 12.766/ 2012)
> § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as

60 Como é deveras comum acontecer no Brasil, há, também, na Lei das Parcerias Público-Privadas, afronta ao princípio federativo, uma vez que esse diploma legal invade, em alguns aspectos, o âmbito de competências legislativas dos Estados e Municípios. O Jornal Estado de S. Paulo, de 3 de agosto de 2004, em matéria intitulada "PPP vai mudar, para impedir abuso fiscal", registrou que, para o até então Ministro do Planejamento Mantega, a lei das PPP não abre espaço para descontrole de gastos porque é ordinária, portanto, subordinada à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Em outras palavras, as PPP não podem ser feitas em desacordo com a LRF. Apesar disso, o ministro concorda que um dispositivo na lei que reafirme a responsabilidade fiscal não fará mal algum, especialmente quando o Congresso expressa preocupação nesse sentido. Mantega disse que estudava a possibilidade de incluir um artigo dizendo que o governo federal, os estados e os municípios só podem gastar "x%" de suas receitas com PPPs [sic]. Ainda não está claro se o limite será igual para todos ou fixado de acordo com o quadro fiscal de cada unidade da federação. "Não temos detalhes, mas estou pensando seriamente em adicionar [esse dispositivo]", disse Mantega. "Acho que isso vai desagradar estados e municípios, inclusive do PSDB, que já têm PPPs [sic] aprovadas." Segundo ele, se a União fixar um limite inferior ao dos estados que já têm a legislação, o limite do governo federal é o que prevalecerá, explicou. (Cf. PPP vai mudar, para impedir abuso fiscal. **Jornal Estado de São Paulo**, São Paulo, 3 ago. 2004).

> informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo.
> § 2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente, excluídas as empresas estatais não dependentes. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009)

O caput do artigo e as disposições dos parágrafos são paradigmáticos para demonstrar o que uma norma geral não pode dispor (em relação a quaisquer outros entes que não a própria União).

Efetivamente, conforme observa Marçal Justen Filho, as regras acerca da organização, funcionamento e competência dos organismos administrativos não se incluem no âmbito de normas gerais. Desse modo, seria inaceitável ou mesmo intolerável acatar como norma geral regra que dispõe acerca da gestão de bens públicos de entes federativos. Em suma, ensina o autor que não se discute que a Constituição determinou competência legislativa específica para cada ente da Federação disciplinar a licitação e a contratação administrativa. Portanto, a competência legislativa sobre tais temas não é privativa da União[61].

Com efeito, o art. 22, XXVII, da Constituição da República, trata da competência privativa da União, apenas e tão-somente, para legislar sobre normas gerais. Marçal Justen Filho é categórico ao salientar que "a vontade constitucional é de ressaltar a competência dos demais entes federados para disciplinar a mesma matéria" e que, assim, "a União não pode valer-se de sua competência legislativa para frustrar a eficácia dos princípios constitucionais mais relevantes" [62].

61 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003.

62 *Ibidem*, p. 287.

De outro ângulo, dispor que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal que contratarem empreendimento por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional as "informações necessárias" como condição para a contratação na modalidade parceria público-privada consiste numa subserviência definitivamente incompatível com o princípio federativo. Em contexto no qual discorre sobre as vedações a operações de crédito, contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, o saudoso José Nilo de Castro fez uma observação pertinente às disposições, aqui, em comento: "Vislumbra-se aqui, no afã de se conter gastos públicos, a presença, mais uma, de agressão à autonomia municipal e do Estado"[63].

3.4 AS DIRETRIZES DA CONTRATAÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Quanto às diretrizes que deverão ser observadas nas concessões de PPP, assim prescreve o art. 4º, da Lei nº 11.079/2004:

> Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
> I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
> II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
> III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
> IV - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
> V - transparência dos procedimentos e das decisões;
> VI - repartição objetiva de riscos entre as partes;

63 CASTRO, José Nilo de. **Responsabilidade fiscal nos municípios.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 89.

> VII - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

3.4.1 EFICIÊNCIA NO CUMPRIMENTO DAS MISSÕES DE ESTADO E NO EMPREGO DOS RECURSOS DA SOCIEDADE

O imperativo de eficiência, nos termos anteriormente mencionados, assegura que há necessidade de a atividade da Administração ter em mira a eliminação do desperdício e a racionalização do desempenho. O instituto da concessão formaliza a cooperação ente o público e o privado como meio de o Estado cumprir as suas missões. É imperioso destacar, então, que a parceria deve cuidar para ser eficiente no manejo dos recursos que são extraídos da sociedade, mediante tarifas ou verbas orçamentárias. O então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ao sancionar a Lei das PPP, vetou um dispositivo que apresenta pertinência com a diretriz em comento, isto é, com a eficiência nas contatações no modelo PPP. O veto objetivou permitir que os parceiros contratados para uma determinada parceria pudessem executar os projetos básicos da obra a ser realizada. Pelo texto aprovado no Congresso, o projeto básico seria de responsabilidade do poder público. O ex-presidente Lula afirmou na justificativa que, ao permitir a elaboração do projeto básico e executivo pela empresa, seria possível prestar serviços de "melhor qualidade". Enfim, o princípio da eficiência foi utilizado para legitimar o veto.

Ao discorrer sobre o princípio, Juarez Freitas defende que, em temos de construção de obras, deve ser dada "rigorosa prioridade para a conclusão de obras inacabadas", além de "luta incessante conta as aquisições de produtos acima de mercado, ao lado da imposição de projetos básicos idôneos e competentes para a execução de obras e de serviços, nos quais há de constar um orçamento detalhado e meticuloso"[64].

64 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 75.

Com apoio em Marçal Justen Filho, defende-se que a diretriz em tela é plenamente procedente, até por derivar-se dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público e da moralidade. É imprescindível, contudo, entender que a concessão consiste em uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da sociedade, especialmente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata das necessidades humanas. Argumenta-se, aqui, sobre a importância, no Estado Democrático de Direito, da participação dos usuários na fiscalização no emprego dos recursos da sociedade. Ressalta-se, com isso, a dimensão constitucional do instituto da concessão que representa uma opção para o desempenho de serviços públicos. A outorga da prestação a um particular não quer indicar, todavia, que a atividade administrativa possa se submeter aos procedimentos adotados pelo ente privado. Ao contrário, a natureza pública dos interesses a serem atendidos e defendidos compele os contratados a vincularem seus propósitos à satisfação da função social da propriedade e do lucro privado[65].

Maria Cristina César de Oliveira Dourado tece críticas à lógica de mercado do mundo globalizado que tem o poder de transmudar em mercadoria tudo que é produzido pela sociedade independentemente da finalidade a que os bens estejam vinculados. Para a publicista, importa tomar em consideração a dimensão instrumental da noção de serviço público titularizado pelo Estado, ou seja, a dimensão de serviço público como garantidor dos direitos fundamentais[66].

Na verdade, na dicção da Constituição da República, a própria ordem econômica, da qual se origina o modelo de livre competição, tem por finalidade assegurar a dignidade humana. Tanto é que o art.170 dispõe que "a ordem econômica, fundada na valorização do

65 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003.

66 DOURADO, Maria Cristina César de Oliveira. O repensar do conceito de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, v. 3, n. 9, jan./mar., 2001 p. 86–96.

trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social".

Por força dessas circunstâncias, nos dizeres de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, "o Estado Nacional — na acepção de poder decisório (v.g., capacidade de deliberar, politicamente, sobre a alocação de bens, direitos e oportunidades de recursos amealhados junto à coletividade social, com vistas, potencialmente, a atender às necessidades dispersas por essa coletividade)"[67], toma-se cada vez menos competente para determinar os próprios parâmetros e limites de atuação. A sociedade paga impostos (muitos impostos), mas quem a rigor determina o que fazer deles, a rigor, não são seus representantes. Além do que, no Brasil, o descompasso entre o que paga de impostos e o que se recebe de serviços é assustador, e essa contradição causa angústia crescente nos brasileiros.

Importa, desde já, ressaltar, que a eficiência administrativa não é - nem pode ser - sinônimo de eficiência econômica. Na iniciativa privada, a autonomia autoriza organizar os fatores da produção segundo "as finalidades buscadas egoisticamente pelo empresário - o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, não apenas aqueles de cunho econômico"[68].

3.4.2 RESPEITO AOS INTERESSES E DIREITOS DOS DESTINATÁRIOS DOS SERVIÇOS E DOS ENTES PRIVADOS INCUMBIDOS DA SUA EXECUÇÃO

A concessão de serviços públicos, em quaisquer modalidades, condiz com o momento histórico no qual não há, segundo os porta-vozes do poder público, viabilidade de recursos públicos a serem utilizados para os necessários financiamentos. Mas o instituto, no

67 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 125-126.

68 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 85.

Estado Democrático de Direito, não condiz com o afastamento do Estado de funções vitais para a sociedade como já ocorreu no passado, mais precisamente, no Estado medieval e no Estado liberal.

Adverte-se para os problemas decorrentes da concentração do poder econômico dos delegatários, gerando poder político, pois "os particulares prestadores de serviços econômicos podem adquirir enormes quantidades de riqueza a qual poderá levá-los a se desvincular do sistema jurídico e político". Lembra Marçal Justen Filho que a titularidade da riqueza poderá fazer com que o empresário se tome "senhor", e toda a sociedade se configure como "vassala", em um sistema similar ao feudal[69].

Inquestionavelmente, nesse particular, o controle social sobre os serviços públicos concedidos, a par da ação diligente dos órgãos de controle da Administração, pode contribuir para a mitigação dos riscos alertados pelo autor o qual ensina que "a atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana"[70].

A respeito dos interesses e direitos dos destinatários dos serviços, ressalta-se, por importante, o instituto da participação social[71]. Juarez Freitas ensina que o controle da sociedade se configura

69 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 62-73.

70 *Ibid.*, p. 480.

71 Para Juarez Freitas, "o controle social revela-se cogente, para vários efeitos". Cabe ao poder público "respeitar, embora sem que a opinião seja vinculante, o direito de participação na feitura do orçamento público, inclusive na elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do Plano Plurianual". De acordo com o publicista, cumprir este desiderato importa robustecer o elemento inclusivo do controle social, bem como uma espécie de imunidade contra manipulações de todos os matizes. Em resposta frontal, diria que, apesar de não vincularem juridicamente (ao menos de modo pleno), as legítimas hierarquizações efetivadas pela participação social devem ser acatadas pelos agentes investidos de representatividade para criar o orçamento, não para suprimir instâncias ou desdobramentos do princípio da democracia". Conforme lembra o autor, "A vinculação pode e deve ocorrer como autovinculação, isto é, como vinculação ético-política do Executivo e não menos ético-política do Legislativo, desde que o processo de participação se mostre dotado de suficiente credibilidade e timbre pela responsabilidade decisória, já ao hierarquizar prioridades, já ao combater os deletérios desvios na execução do orçamento. Vem daí a importância de a participação popular ocorrer na fase da elaboração mesma do orçamento e também quando de

"como desdobramento do direito fundamental de participação e, neste aspecto, assume feições vinculativas, dado que não seria razoável que o agente público pudesse desconsiderar, impunemente, o justo anseio de exercitar a cidadania". O jurista considera transformar a obrigatoriedade de participação social a partir da feitura do orçamento público "em direito exercitável e exercitado, sob pena de vício do processo legislativo, sabendo que, até o momento, tal direito prossegue fracamente acolhido, porém já é mais do que um auspicioso direito em potência"[72].

Juarez Freitas ensina, ainda acerca dos interesses e direitos dos destinatários e prestadores serviços, que é "indispensável, sem exceção, que seja publicado o ato administrativo motivado, da conveniência da outorga, pressupondo-se o compromisso de prestação adequada do serviço" O autor lembra que serviço adequado consiste naquele que "satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das taxas". Concernentemente à fixação da tarifa, o autor entende que esta deve ser a determinada na "proposta vencedora da licitação e preservadas pelas regras de revisão previstas no edital e no contrato, devendo ser resguardado o intangível equilíbrio econômico-financeiro". Com vistas a proteger os interesses do parceiro privado, o administrativista admite ser legítima "a figura da arbitragem, como acentuam diplomas que tratam de PPP" [73]

---

sua implementação e, ainda, na definição daquilo que deve ou não ser vinculado, nos termos do art. 80 da Lei de Responsabilidade Fiscal" (FREITAS, Juarez. A democracia como princípio. *In:* FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito Público moderno:** homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. (coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 181 e 182).

72 FREITAS, loc. cit.

73 Os sistemas de arbitramento ou juízo arbitral no decurso de contratos administrativos têm, como averba o saudoso Carlos Pinto Coelho Motta, "despertado vivo interesse pelas possibilidades de agilização da gestão contatual, e contam já com bom trabalho doutrinário, confirmado pela evolução legislativa". Demais disso, observa o jurista que o art. 18, inciso XVI e art. 38 da Lei nº 8987/1995 refere-se como cláusula essencial do contrato de concessão, ao "foro e modo amigável de solução das divergências contatuais." (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Perspectiva na implantação do sistema de parcerias público-privadas — PPP. **Fórum de contratação e gestão pública** (FFCGP), Belo Horizonte, ano 2, n. 24, dez. 2003. p. 307-314). Com efeito, com o advento da

Juarez Freitas lembra que "em favor da concessionária, o edital pode prever receitas alternativas à tarifa (que até podem ser as principais receitas, como no caso das PPP na seara das concessões), contempladas, se for o caso, para efeitos da equação econômico-financeira" [74].

Acerca da modicidade da tarifa, retomam-se as lições de Marçal Justen Filho, para quem a obtenção de lucros desarrazoados pelo concessionário produzirá o empobrecimento da sociedade e frustrará a realização do princípio da dignidade da pessoa humana [75].

Ao se observar a questão sob a ótica de respeito aos entes privados incumbidos da execução das atividades, ressalta-se que "o Estado, após 1789, passou a ser cada vez menos reconduzível à ideia de imperium e cada vez mais próximo à ideia de competência". Decorre da lição de Marçal Justen Filho, que as "prerrogativas" tradicionalmente reconhecidas ao Estado mantiveram-se em termos de "denominação

---

Lei nº 8.987/1995, parte da doutrina passou a defender que a disposição do art. 23, inciso XV, constituía uma permissão genérica à utilização da arbitragem nos contratos administrativos, e não somente nos contratos de concessão e permissão. Essa posição foi defendida por Caio Tácito, para quem: "A questão do cabimento do juízo arbitral, em matéria pertinente a contratos administrativos, assumiu aspecto novo com o advento da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre concessões e permissões de serviços e obras públicas. [...] A partir do expresso critério quanto aos contatos de concessão, cujo modelo federal se transmite como norma geral aos planos estadual e municipal, a doutrina passou a reconhecer o ingresso do arbitramento em matéria administrativa'" (TÁCITO, Caio. **Temas de direito público:** estudos e pareceres. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 26). Acerca da possibilidade de o Estado se valer da arbitragem, Diogo de Figueiredo Moreira Neto previu que: "Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, n. 221, jul./set. de 2000, p. 226-228). Diversamente desses autores, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a arbitragem prevista na Lei das PPP, ou seja, na solução de conflitos envolvendo o Estado, naquele contexto, seria inconstitucional (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 722).

74 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 318-319.

75 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do **Direito Administrativo.** São Paulo: **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 26, Malheiros, 1999, p. 136.

técnico-jurídica, mas a natureza do instituto foi transmudada, sofrendo o influxo radical de todo o sistema".

Via possível para a produção de bons frutos das parcerias público-privadas "reside na proscrição do arbítrio e o autoritarismo da Administração Pública". É imperioso, portanto, que a Administração não abuse de "prerrogativas" de modo a retirar a confiança e a segurança jurídica necessárias a qualquer empreendimento associativo. Afirma Marçal Justen Filho que "sob certo ângulo, as causas do desaparecimento das concessões no passado relacionam-se com a ausência de parâmetros de segurança e confiabilidade no âmbito da atividade administrativa".[76]

Importa também frisar, sob outra ótica, que os parceiros privados têm tido, ao longo dos anos, garantias de lucros exorbitantes, mediante, por exemplo, concessões de transporte coletivo e de construção de obras públicas. Mas as garantias foram amplamente ampliadas na Lei das PPPs. Os decretos que regulamentam os projetos das parcerias tratam basicamente da criação do órgão gestor das PPPs, o fundo garantidor e da transferência dos recursos da União para o fundo. O fundo garantidor tem o objetivo de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo setor público nas PPPs.

3.4.3 INDELEGABILIDADE DAS FUNÇÕES DE REGULAÇÃO, JURISDICIONAL, DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E DE OUTRAS ATIVIDADES EXCLUSIVAS DO ESTADO

Marçal Justen Filho insiste no argumento segundo o qual a trajetória histórica do Estado e do Direito Administrativo conduziu ao surgimento de manifestações sociais substitutivas e complementares da atuação estatal. Tal se verifica, para ele, "em relação à atividade administrativa, mas também alcança a jurisdição e a própria legislação". O instituto da arbitragem, acima referido, seria, então, a "manifestação de atividade jurisdicional não estatal, tal como a

76 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 59-90.

autorregulação de certas categorias privadas servem como exemplo de desempenho de funções legiferantes no âmbito privado"[77].

Não obstante, algumas funções do Estado ainda permanecem indelegáveis. A função jurisdicional no sentido estrito, é uma delas. Paulo Roberto Ferreira Motta averba que "a função jurisdicional" ou de "resolução de conflitos" insere-se, como é elementar, nas funções administrativas das agências reguladoras, não devendo tal expressão ser confundida com a exercida pelo Poder Judiciário. Ensina o autor que a denominada 'função jurisdicional' das agências reguladoras ao contrário da realizada pelos órgãos judiciais, jamais opera coisa julgada. Por essa razão, argumenta o autor é que a função jurisdicional da agência reguladora é, em substância, "função administrativa". O mesmo ocorre com a função de regulação e de poder de polícia exercidas pelas agências reguladoras. Acerca da aplicação de sanções, Paulo Roberto Ferreira Motta anota que cabe às agências reguladoras, aplicar sanções, nos precisos termos estabelecidos em seus regulamentos. Todavia, segundo seu entender, a criação de tipos administrativos, em regulamentos e resoluções, é inconstitucional, merecendo, pois, repulsa[78].

O poder de polícia é, à evidência, função administrativa indelegável ao particular. Mas é fácil diferenciar serviço público e poder de polícia? Considera-se questão relevante a diferenciação entre poder de polícia e serviço público, especialmente em vista da dessemelhança de regimes jurídicos. A questão é relevante ao se tratar de PPP, sobretudo na modalidade administrativa.

Para fins de apuração da ocorrência de infrações a deveres das mais diversas ordens, impõe-se à Administração o poder-dever de promover a apuração do ato ilícito e a imposição da punição que lhe for correspondente. A sanção administrativa pode ser, desse modo, manifestação do poder de polícia. É relevante, em termos de

77 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 5.

78 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras.** Barueri-São Paulo: Manole, 2003, p. 189-190.

contratação na modalidade PPP, a apuração de cobrança de multas por ocorrência, por exemplo, de ilícito de natureza ambiental. Essa atuação corresponde ao exercício da competência de polícia administrativa.

3.4.4 RESPONSABILIDADE FISCAL NA CELEBRAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PARCERIAS

A Lei nº 11.079/2004, faz diversas remissões à Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, Lei Complementar nº 101, de 2000. O diploma legal definiu, por exemplo, para os três níveis da Federação, o limite máximo da receita corrente líquida para ser despendido, anualmente, com as PPPs. A fórmula visa, segundo o discurso oficial, a impedir que os governantes usem o mecanismo indiscriminadamente como forma de fugir às amarras da LRF. De acordo com o disposto nas alíneas "b" e "c", do art. 1o, da Lei nº 11.079/ 2004, as despesas criadas ou aumentadas não poderão afetar as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no art. 4o, §1o, da LRF, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução, também permanente, de despesa.

Além disso, quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25, da Lei nº 11.079/2004, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos art. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

Como os contratos das parcerias público-privadas têm por objeto a prestação de serviços públicos, com a realização ou não de obras prévias, tem-se que tais contratos gerarão despesas não financeiras, primárias, continuadas que poderão afetar as metas de resultados fiscais. Ao fazer remissão à Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei no 11.079/2004, visa a valorizar a gestão com responsabilidade fiscal não somente por ocasião da avença, mas ao longo de toda a execução do projeto de parceria público-privada.

Exemplo de preocupação com a responsabilidade fiscal encontra-se no art. 28 da Lei das PPPs, que estabelece:

> Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios (Redação dada pela Lei nº 12.766/ 2012).

Os limites acima mencionados também serão aplicados quando da concessão de garantias e realização de transferências voluntárias, pela União Federal, aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nessas hipóteses, na aplicação do limite de 1% serão consideradas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo parceiro público.

Os limites acima mencionados também serão aplicados quando da concessão de garantias e realização de transferências voluntárias, pela União Federal, aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nessas hipóteses, na aplicação serão consideradas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo parceiro público Fiscal, balizando a atuação do Estado e subordinando-o a eventuais penalidades decorrentes do descumprimento dos limites impostos.

Na Lei das PPPs, há mecanismos que visam limitar o endividamento da Administração Pública e estabelecer pré-requisitos para pagamento de contraprestações aos entes privados. O limite mínimo para que os entes da Federação firmem contratos na modalidade PPP, inviabiliza, segundo estudos do governo federal, a adoção do instrumento para 90% (noventa por cento) dos municípios. Uma saída para a adoção do mecanismo nos municípios seria o consórcio intermunicipal.

3.4.5 TRANSPARÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS E DAS DECISÕES

A transparência aproxima-se, em termos semânticos, do princípio da publicidade, caput do art. 37 da Constituição. A LRF, à qual as parcerias público-privadas são vinculadas, por determinação expressa em vários dispositivos da Lei nº 11.079, de 2004, determina a necessidade de se dar publicidade e transparência aos atos relativos à gestão financeiro-orçamentária. A transparência é assegurada por meio de planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias de prestações de contas e do respectivo parecer prévio; do relatório resumido da execução orçamentária; e do relatório da gestão fiscal, bem como das versões simplificadas de tais documentos os quais devem ser divulgados por "meios eletrônicos de acesso ao público, consoante o art. 48 da LRF. Demais disso, deve o poder público incentivar a participação popular durante o processo de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais. Os dispositivos conclamam o poder público a interagir com a comunidade. Para tanto, é imprescindível que haja audiências públicas em todos os procedimentos deliberativos que possam atingir os interesses da comunidade. Durante a tramitação dos projetos de lei orçamentária, v.g., deve a comunidade ser chamada a opinar, seja por meio do denominado orçamento participativo, seja por reuniões frequentes em repartições públicas. No que se refere à União, por exemplo, tem-se que a prestação de contas deve ser a mais detalhada possível, abrangendo dados financeiros, todos os empréstimos e

financiamentos concedidos com recursos do orçamento fiscal e da seguridade social e, no caso das "agências financeiras, avaliação circunstanciada do impacto fiscal de suas atividades no exercício"[79].

A participação social, mediante consulta pública, prevista na Lei nº 11.079, de 2004, propicia, se realmente tomada eficaz, essa diretriz.

3.4.6 A REPARTIÇÃO OBJETIVA DOS RISCOS

A Lei nº 11.079/ 2004, estipula que, na contratação de parceria público-privada, será observada repartição objetiva de riscos entre as partes. Com efeito, o inciso III, do art. 5º, desse ato normativo, determina que os contratos de parcerias público-privadas devem prever cláusulas que estabeleçam a repartição de riscos entre as partes, inclusive, ressalta-se, aqueles referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

E o que significa dizer "repartição objetiva de riscos"?

"Risco", vocábulo que pode ser definido como qualquer fator, evento ou influência que ameace a conclusão bem-sucedida de um projeto, em termos de prazo, custo ou qualidade, integra essa expressão que consiste em um dos pilares da PPP. Dito de outra forma, o compartilhamento de riscos é nota identificadora que, de fato, diferencia as PPP das concessões comuns regidas pela Lei nº 8.987/1995. A alocação eficiente do risco tem um impacto financeiro direto sobre o projeto, já que resultará, em tese, em menor custo global e propiciará, também em tese, mais vantagens socioeconômicas em comparação com os métodos tradicionais. O peculiar, nessa modalidade de contratação, é que o risco deve ficar com a parte mais capacitada a administrá-lo.

De fato, nas concessões comuns, os riscos operacionais são de responsabilidade do concessionário. Nessa hipótese, os riscos extraordinários são de responsabilidade do poder público mediante a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, obrigatoriamente,

79 Parágrafo único do art. 49 da LRF.

cláusula presente nas contratações públicas dessa natureza. Por meio de tal mecanismo, assegura-se que as condições econômicas e financeiras pactuadas serão mantidas até o final do contrato.

Viu-se, portanto, que as contratações na modalidade PPP apresentam um perfil diferente em relação às concessões comuns quanto ao compartilhamento de riscos. Ocorre que é objetivo fundamental do uso de PPP obter eficiência, mediante a alocação de riscos ao parceiro que tem melhores condições de administrá-los. O processo é fundado na ideia de que cada parceiro deve se concentrar em atividades que melhor se encaixam em suas habilidades. Para o setor público, a "habilidade chave" é atender as prioridades de interesse público da melhor forma; enquanto para o setor privado, essa habilidade consiste em prestar serviços adequados com menores custos.

O contrato, então, deve levar em conta a alocação de riscos no caso específico. Relevante questão que se evidencia concernente aos riscos é a definição quanto à sua alocação. Acerca dessa particularidade, a possibilidade de advirem relações contratuais atentatórias ao interesse público e à moralidade administrativa deve ser levada em alta consideração. É imperioso, para bem interpretar o dispositivo, identificar os riscos existentes em uma PPP. Para tanto, importa dividir os riscos em dois tipos: os operacionais e os extraordinários[80].

"Riscos operacionais" são todos aqueles inerentes ao projeto a ser executado, isto é, riscos com a implementação do projeto básico, com a entrega da obra, relativos às formas de pagamento e à inadimplência dos usuários. Por exemplo, em uma concessão de rodovias, a simples diminuição do fluxo de carros que utilizam a rodovia, em princípio, é um risco operacional inerente ao negócio.

Já os "riscos extraordinários" são os de efeitos e consequências imprevisíveis, mas que, se ocorridos, podem tomar o projeto

80 Nesse sentido, MARCATO, Femando S., DANTAS, Paulo Henrique Spirandeli. **A divisão de riscos extraordinários nas PPP**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/9701/a-divisao-de-riscos-extraordinarios-nas-ppps Acesso em: 23 jul. 2021.

economicamente inviável. Estes últimos podem advir de situações como catástrofes naturais ou, ainda, alterações econômicas abruptas, ou seja, planos econômicos que desvalorizam drasticamente a moeda ou determinam imposição de barreiras alfandegárias à importação de matéria-prima. Tais eventos são classificados, conforme o caso, como caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Em termos de riscos, um questionamento refere-se à modalidade parceria público-privada em que a contraprestação se dá mediante pagamentos feitos somente pelo poder público (concessão administrativa). Há riscos para o parceiro privado nessa modalidade. Alguns autores, como Juarez Freitas, entendem que não se deve cogitar de PPP sem que ao menos parte da contraprestação seja feita mediante tarifa paga diretamente pelo usuário, pois, assim, estaria descaracterizada a noção de risco inerente à parceria [81].

Em sentido contrário, posiciona-se Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem o risco permanece, mesmo na hipótese de concessão sem cobrança de tarifa diretamente do usuário, e, assim, "o caráter de exploração econômica da atividade estará assegurado, pois, a prestação do serviço público será feita diretamente ao usuário, e a remuneração dependerá do quanto de prestação estes (os usuários) demandarem". É o que ocorre na hipótese de "pedágio sombra", em que os valores recebidos pelo parceiro privado se encontram relacionados à demanda. Para o autor, "diferentemente do que ocorre num contrato de empreitada, quem define a quantidade de serviços a ser adquirida não é o poder público, e, sim, o usuário que pode ou não se utilizar daquele serviço disponibilizado pelo concessionário", no caso das PPPs, pelo chamado parceiro privado. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, "a remuneração do particular (e por consequência suas margens de retomo) dependerá do consumo de seus serviços".

81 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 317.

Daí, sua inferência no sentido de que o risco permanece quando a remuneração do particular é feita diretamente pelo Estado[82].

É relevante anotar que, na Lei das PPPs, a aplicação do conceito de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro encontra-se nebulosa, comparativamente ao que já se encontra estabelecido nas concessões comuns em razão do disposto no referido art. 5o, inciso III, o qual — reafirma-se — dispõe que tanto os riscos extraordinários quanto os operacionais devem ser repartidos.

O mecanismo regulamentar ou contratual que possibilite o compartilhamento de riscos extraordinários pode atender o interesse público. De fato, o particular, em face da insegurança quanto aos riscos, pode ser obrigado a incluir em sua proposta custos elevados com seguro e garantias, circunstância que acaba por encarecer em demasia a obra ou violar o princípio da modicidade da tarifa. Outro risco reside na possibilidade de interrupção do projeto por incapacidade econômica e financeira do parceiro privado, pois ele não terá condições, ao menos em tese, de mensurar em termos mais precisos, as contingências caso tenha que concorrer nos riscos extraordinários.

Ademais, os ônus excessivos podem levar a consequências danosas para o contratado, obrigando-o até mesmo a suspender as atividades, o que iria, ao fim e ao cabo, contrariar o próprio interesse público.

3.4.7 SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA E VANTAGENS SOCIOECONÔMICAS DOS PROJETOS DE PARCERIA

A sustentabilidade financeira e vantagens de um projeto de PPP relaciona-se à avaliação do potencial dos contratos quanto à sua possibilidade de gerar, além do retomo pecuniário, as vantagens sociais e econômicas. O diploma legal das PPPs explicita inúmeras

82 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. *In:* WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito Público**: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 340-342.

cautelas, com vistas a assegurar a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas: providências, estudos e pareceres prévios e mesmo testes de viabilidade econômico-financeira[83]. Carlos Pinto Coelho Mota observava, desde a edição da lei, que, em termos de PPP, "o gestor da contratação deve orientar-se por pareceres de órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a sustentabilidade do escopo a ser licitado e contratado".[84]

A construção, a operação e a manutenção de infraestrutura devem ser vistas como um único conjunto. Os recursos devem ser providos para todas as etapas, pois fazer as obras sem prever recursos para a sua manutenção pode gerar problemas no futuro. Do contrário, a mera construção apenas adia o problema, mas não o resolve de modo satisfatório.

Como não há modelo padrão para contrato na modalidade PPP, os fatores que determinam as vantagens socioeconômicas irão obviamente variar de contrato para contrato. De maneira geral, as parcerias público-privadas podem gerar "incrementos de valor" variados, inclusive quanto à redução de custos; melhor alocação de riscos; implementação mais rápida dos projetos.

A geração potencial das vantagens socioeconômicas deve ser analisada com especial atenção na elaboração do edital e das cláusulas contratuais. No processo relativo ao compartilhamento de riscos, há que se levar em conta o equilíbrio entre os interesses. Há de se averiguar, como forma de se auferir maiores vantagens sociais e econômicas, para o uso de eventuais alternativas que viabilizem a redução de custos, como garantias e formas adicionais de receitas.

Tanto os gestores quanto os órgãos de controle interno e externo devem sempre se lembrar de que as especificidades do objeto de PPP não desoneram a Administração de seguir as diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF. A devida atenção às cautelas,

83

84 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias:** concessões e permissões tradicionais, Lei 8.987/95, Parcerias público-privadas, Lei 11.079/04, Responsabilidade fiscal, LC 101/00: legislação, comentários, doutrina, jurisprudência, ilustrações. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

às providências, aos estudos, aos pareceres prévios e aos testes de viabilidade econômico-financeira deve ser mantida rigorosamente. Assim, a Administração deve guiar-se por pareceres de órgãos técnicos e jurídicos, capazes de evidenciar a sustentabilidade do escopo a ser licitado e contratado.

Como avaliar a geração de vantagens socioeconômicas potenciais de um projeto PPP? Tradicionalmente, esse tipo de informação é coletado a partir de análises de mercado, consulta a projetos anteriores, inclusive em outros modelos normativos, e até mesmo, em dados históricos. A avaliação efetiva, isto é, a avaliação dos resultados, só pode ocorrer, por óbvio, ao final do estágio de aquisição do ativo e da prestação dos serviços, razão pela qual é importante fazer previsão antes da conclusão dos arranjos contratuais. Devido à interdependência entre os componentes do projeto e os contratos associados, é conveniente examinar as implicações financeiras dos contratos, pois é possível que um item isolado possa causar impactos financeiros ao projeto como um todo.

3.5 LICITAÇÃO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Constituição da República insta a Administração Pública a oferecer a todos os administrados igualdade de oportunidades na contratação de serviços, obras e compras. Por intermédio dessa equanimidade, busca-se a assegurar o princípio da isonomia e a obtenção do contrato mais vantajoso para a Administração. O procedimento consiste no instrumento jurídico que visa a afastar a arbitrariedade na seleção do contratante e melhores vantagens para a Administração Pública. Assim, além de procurar a melhor proposta, há que se respeitar o princípio da impessoalidade.

Ocorre que a maneira pela qual as licitações são conduzidas no Brasil é frequentemente criticada. Denunciam-se, por exemplo, procedimentos anômalos, redação capciosa de itens do edital, exigências descabidas, impedimentos e ilegítimas vedações à participação de licitantes, descrição do objeto de modo a atribuir

características direcionadas a um só produtor ou fabricante. Evidenciam-se, por outro lado, críticas à lei de licitações e contratos em razão de excessos de ritos, prazos e detalhamentos, considerados, de certa forma, incompatíveis com a racionalidade funcional.

Os projetos de parceria público-privada deverão ser precedidos de licitação, cujo processo só pode ser iniciado se preenchidas certas condições, conforme determinado no art. 10, da Lei nº 11.079/ 2004, verbis:

> Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)
> I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:
> a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
> b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e
> c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;
> II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

> III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;
> IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;
> V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;
> VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e
> VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Evidencia-se que, a partir da vigência da Lei nº 14.133/ 2021, o Brasil passa a contar com mais uma modalidade licitatória. Trata-se do diálogo competitivo. A possibilidade de utilização dessa nova modalidade licitatória é prevista também para contratação da parceria público-privada, consoante o disposto no caput do art. 10, da Lei nº 11.079, de 2004. O diálogo competitivo chega ao direito brasileiro sob a inspiração nas diretivas de Contratações Públicas da União Europeia que, desde 2004, preveem o chamado diálogo concorrencial.

Desde suas origens, o diálogo competitivo (ou concorrencial) é visto como possível solução para redução da assimetria de informações entre o Poder Público e os particulares, ao reduzir a inflexibilidade do

rito licitatório e propiciando mais abertura para que os particulares possam oferecer soluções para os problemas decorrentes da complexidade de determinadas contratações da Administração Pública.

No âmbito das PPPs, a abertura do processo licitatório é condicionada à autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada. Como se vê, o dispositivo menciona expressamente a conveniência e a oportunidade baseada em estudo técnico. A questão que aqui se coloca é referente à possibilidade de conciliar-se conveniência e oportunidade a fundamentos técnicos.

A discricionariedade, como sabido, pode ser definida como "a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica ao caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal" [85].

Na Lei das PPPs, a discricionariedade do administrador é – como toda discricionariedade administrativa - vinculada aos princípios do regime jurídico -administrativo e, a teor do art. 10, inciso I, da Lei nº 11.079/2004, vinculada a estudo técnico. Desse modo, a margem de decisão do administrador para autorizar a abertura do processo licitatório é mais restrita, tendo em conta que o ato administrativo deve ser motivado com base em argumentos de ordem técnica e não "segundo critérios subjetivos próprios".

Para Marçal Justen Filho, a discussão acerca da chamada discricionariedade técnica "pode ser reconduzida à disputa acerca da tecnicidade da atuação estatal". O autor anota que, ainda quando a decisão depender de questões técnicas, sempre haverá nela um componente político". Segundo esse entendimento, "o conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade

85 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 401.

de alternativas" e sempre restará uma possibilidade de escolha, "a qual propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral". Esse autor lembra, ainda, que a discricionariedade técnica se funda em critérios técnico-científicos, os quais não são incorporados no corpo normativo produzido legislativamente. Nos casos de discricionariedade técnica, a lei não autoriza uma escolha de natureza meramente política, a ser realizada pela Administração. A escolha, no caso concreto, não obstante seu teor político, deverá ser vinculada a juízos técnico-científicos[86].

Outro item a condicionar a abertura de licitação refere-se às despesas criadas ou aumentadas, as quais não poderão afetar as metas de resultados fiscais previstas no Anexo do §1o, do art. 4o, da Lei Complementar nº 101, de 2000.

O inciso VII, do art. 10, da Lei nº 11.079/2004, determina que a abertura da licitação seja condicionada à licença ambiental prévia ou à expedição das diretrizes para o licenciamento do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato assim exigir. O dispositivo tem sua gênese no art. 225 da Constituição da República, segundo o qual compete ao poder público, na forma da lei, exigir estudo prévio de impacto ambiental, para a instalação de obras de obras, empreendimentos ou atividades causadoras de significativa degradação ambiental, a que se dará publicidade.

O dispositivo da Lei das PPP propicia a possibilidade de prejuízos ao erário e, portanto, ao interesse público, por facultar a abertura do processo licitatório sem o EIA/RIMA. De fato, a experiência demonstra que as empresas de engenharia, após assinarem o contrato, montam canteiros, disponibilizam material, contratam empregados e ficam, meses a fio, na dependência da licença ambiental. Em razão de cláusulas contratuais, costumam requerer ressarcimento dos prejuízos

86 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 166-168.

aos cofres públicos (no que costumam ser prontamente atendidas) normalmente, em valores na ordem de milhões de reais.

Os guias para implantação de PPPs costumam alertar os investidores em relação ao que se convencionou chamar de "risco de aceitação pública" concernentemente ao "risco ambiental". As obras não costumam iniciar-se sem a licença ambiental sobretudo em decorrência do controle social, muito eficaz nessa seara. Como efeito positivo da globalização, a respeito da preocupação crescente da humanidade com o meio ambiente, protestos contra degradação ambiental costumam motivar manifestações em todo o mundo.

No Brasil, efeitos de protestos dessa ordem, em geral surgidos por iniciativas de ONGs e outras entidades da sociedade civil organizada, podem causar severos atrasos e, como consequência, impactos financeiros imensos na implantação de um projeto. Por motivos óbvios, a participação construtiva do público deve ser encorajada para ampliar a supervisão do contrato, mas questões ambientais não previstas podem resultar em sérios atrasos e aumentar consideravelmente os custos da obra. Antes de tomar uma decisão de investimento, os financiadores são alertados que devem efetuar avaliação do sentimento popular em relação aos projetos, sobretudo se eles causarem dano ambiental.

3.5.1 LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA

A Lei das PPPs adotou, inicialmente - antes do advento da Lei nº 14.133/2021 - a modalidade de licitação concorrência, oriunda da Lei nº 8666, de 1993, como procedimento padrão para as contratações, porém com adaptações e novidades.

A Lei nº 11.079/2004, introduziu a tal modalidade uma série de modificações inspiradas no pregão, oriundo da Lei nº 10.520/2002. No procedimento tradicional da concorrência, primeiramente, é avaliada a habilitação dos licitantes e, depois é que são abertas as propostas (apenas dos licitantes devidamente habilitados). Já na concorrência pela lei das PPP, o edital poderá prever que a fase de

julgamento das propostas ocorrerá antes da habilitação dos licitantes. Essa inversão simplifica muito o procedimento de contratação. Isso porque a habilitação, antes do julgamento das propostas, exige que a Administração examine toda a documentação para fins de habilitação de todos os participantes, o que demanda desperdício de tempo e de pessoal técnico. Ademais, as decisões, na fase de habilitação, podem suscitar discussões administrativas e judiciais desnecessárias. Participantes que se insurgem conta sua inabilitação ou contra a habilitação de outro licitante muitas vezes apresentam propostas sem condições de disputar a vitória, e o esforço despendido em tais situações é inútil e acaba retardando desnecessariamente a contratação.

3.5.2 LANCES EM VIVA VOZ

Outro mecanismo inspirado no pregão é a possibilidade de o edital prever o oferecimento de lances sucessivos em viva voz pelos licitantes, após a abertura dos envelopes com as propostas econômicas. A etapa de lances em viva voz nunca havia sido aplicada nas licitações na modalidade de concorrência. Trata-se de inovação benfazeja por, potencialmente, aumentar a competitividade entre os licitantes e

Entende-se que a Lei nº 11.079/2004 aperfeiçoa o mecanismo dos lances, por propiciar que o edital faça a restrição da apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta inicial escrita seja em valor no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta inicial — ao passo que, no pregão, esse percentual máximo é de 10%.

Outro dado notável no processo licitatório das PPP reside no fato de o edital poderá prever que a proposta técnica será eliminatória — e não apenas classificatória, como no modelo tradicional das licitações brasileiras. Embora as vantagens em termos de celeridade do processo, é possível argumentar que há certa desvantagem nesse aspecto da norma. Isso porque, com a inversão das fases, aqueles licitantes excluídos do certame, muito provavelmente perderão o interesse em exercer fiscalização acerca da licitude das demais etapas. Outra desvantagem ocorre nos casos em que o critério de julgamento

das propostas envolver a escolha da melhor técnica. Essa hipótese poderá ser excessivamente onerosa para a Administração Pública porque ela terá que analisar e classificar todas as propostas, para só então verificar se o licitante vencedor realmente atende a todos os requisitos de habilitação exigidos.

3.5.3 CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE PPP PELO SEGUNDO COLOCADO

Na concorrência tradicional, caso o licitante vencedor não interesse formalizar o contrato a administração convoca o licitante classificado em segundo lugar para fazê-lo, nas mesmas condições e preços que haviam sido apresentados pelo vencedor original. Ocorre que, muito frequentemente, o vencedor original não assina o contrato exatamente porque a proposta foi posteriormente considerada inexequível, nos termos da oferta por ele feita. Assim, pode-se argumentar que a Lei das PPP apresenta solução mais justa, ao prever que aquele que for celebrar o contrato que decorre da licitação, no lugar do vencedor original, poderá fazê-lo nas condições técnicas e econômicas por ele próprio ofertadas.

3.5.4 SANEAMENTO DE FALHAS NA HABILITAÇÃO E PROPOSTAS

Outro aspecto que chama a atenção no procedimento de licitação na Lei das PPPs incide na possibilidade de o edital permitir o "saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento". Na verdade, a possibilidade de proceder ao saneamento de falhas não consiste em novidade, uma vez que a Lei nº 8666/1993 já prevê a possibilidade de saneamento, corrigindo-se, por meio dele, eventuais erros aritméticos constantes das propostas econômicas ou acrescentem dados técnicos que deveriam ter constado das propostas técnicas. Por influência, inclusive, da lei das PPPs, esta questão se tornou ainda mais incisiva na Lei nº 14.133/2021, notadamente em virtude das previsões do art.

71, inciso I, art. 147, caput e inciso VII, art. 169, § 3º, inciso I e art. 171, § 3º.

No âmbito da Lei nº 11.079/2004, determinando-se a realização de diligência, noticiam-se os licitantes, para que, estes, em homenagem aos princípios do contraditório e ampla defesa, manifestem-se a respeito, fazendo a contraprova necessária em defesa de seus interesses. A adoção de diligência faculta ao licitante o esclarecimento de pontos obscuros e contraditórios, em especial quanto ao alcance do escopo do fornecimento, prazos de entrega e de planejamento e garantia, ensejando pequenas correções da proposta, sem jamais alterar o valor da oferta.

Entende-se que a Comissão de Licitação não pode negar ao licitante o direito de, administrativamente, obter a necessária regularização documental sob pena de comprometer a própria celeridade do certame e, por consequência, o interesse público, considerando que o licitante poderá pleitear judicialmente ao seu direito de permanência no procedimento licitatório.

Há quem defenda que a possibilidade de o edital admitir saneamento de falhas, complementação de insuficiências e correções de ordem formal pode eventualmente dar margem a favoritismos e ferir o princípio da igualdade. Entende-se, no entanto, que a possibilidade de se permitir o saneamento de falhas ou a complementação de informações e documentos sem dúvida tem o grande mérito de minimizar o formalismo da licitação com benefício para o interesse público e para a manutenção da competitividade.

Feita a análise dos principais aspectos das parcerias público-privadas no direito brasileiro, passa-se ao estudo de direito comparado da experiência do Reino Unido.

4. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO REINO UNIDO

4.1 SISTEMA JURÍDICO E O DIREITO ADMINISTRATIVO NO REINO UNIDO[87]

O Direito inglês contemporâneo, conforme descrito por Dário Vicente, formou-se gradualmente a partir da jurisprudência dos tribunais e não de princípios gerais, como em outros sistemas jurídicos[88], denominando-se, por esta razão, case law ou common law. Assim, ele pode ser entendido como produto da História que se desenvolveu com pequenos ajustes ao longo do tempo, o que lhe imprime racionalidade própria, porquanto as suas disposições implicam finalidades específicas que podem ser inferidas independentemente de sua sistematização.[89] Mesmo tendo em conta a crescente importância da legislação editada pelo parlamento e o fato de que a jurisprudência pode ser anulada ou revista pela legislação, "[...] o Reino Unido ainda é um sistema de common law e a importância e eficácia da criatividade judicial e dos princípios e práticas de common law não podem ser descartados e não devem ser subestimados"[90].

Assim, as fontes primárias do direito inglês são: a) a legislação editada pelo parlamento e b) o case law, constituído por um conjunto

87 Como assinala Thompson, o Reino Unido constitui-se da Grã-Bretanha (Inglaterra, Escócia e País de Gales) e Irlanda do Norte. Há, portanto, três sistemas jurídicos distintos no Reino Unido, sendo incorreto, no seu ponto de vista, se referir a Direito Britânico (British Law). Assim, preferiu-se o uso do termo Reino Unido, para se referir genericamente ao sistema jurídico inglês, fazendo-se a distinção entre o regime jurídico dos seus integrantes, quando for o caso. (THOMPSON, Katharine. Administrative Law in The United Kingdom. *In:* SEERDEN, René (ed.). **Comparative Administrative Law:** Administrative Law of the European Union, its member states and the United States. 4 ed. Cambridge – Antwerp - Portland: Intersentia, 2018. p. 197-266.)

88 VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 230)

89 Além das obras específicas de direito comparado disponíveis em língua portuguesa, Cf. o seguinte manual de introdução ao direito inglês: SLAPPER, G.; KELLY, D. **The english legal system**. New York: Routlege, 2017.

90 SLAPPER, G.; KELLY, D. **The english legal system.** New York: Routlege, 2017. p. 137.

de decisões das cortes superiores, que são vinculativas e devem ser seguidas e aplicadas por tribunais inferiores.

As regras oriundas do case law podem ser substituídas ou "revogadas" pela legislação, que costuma ter precedência sobre o common law, pois, tradicionalmente, foram sendo estabelecidos limites dos poderes dos juízes para reformar uma lei editada pelo Parlamento e mesmo para o "ativismo" judicial.[91]

O contexto constitucional acerca da estruturação do ordenamento jurídico britânico, conforme descrito por Katharine Thompson, tem base nos seguintes fundamentos[92]:

a) Supremacia do Parlamento: o Parlamento tem o poder de elaborar (e revogar) qualquer lei (*primary legislation*) e nenhuma pessoa ou órgão tem o poder de transpor ou ignorar a competência do parlamento em matéria de legislação – o que limita drasticamente as possibilidades de controle judicial das leis editadas, tanto do ponto de vista histórico até os dias atuais.

b) Proteção dos direitos humanos (*Human Rights Act* 1988): a lei foi editada em virtude da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Apesar de não ter verdadeiro *status* de norma constitucional, por se tratar de lei ordinária, teve bastante impacto no ordenamento jurídico do Reino Unido, sobretudo pelo fato de que toda lei aprovada pelo Parlamento passou a ser interpretada de maneira compatível com suas previsões. Conforme será visto mais adiante, esta lei também teve

91 É o que ficou expresso no discurso do Ministro da Suprema Corte do Reino Unido, Lord Hodge, proferido no Max Planck Institute, em outubro de 2019, quando afirmou que "[...] A grande maioria do trabalho judicial, bem mais de 90 por cento, não envolve a elaboração de leis, mas é o que Lord Devlin descreveu como 'a aplicação desinteressada de leis conhecidas'." (Cf. HODGE. **The scope of judicial law-making in the common law tradition.** Max Planck Institute of Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany, 28 October 2019.
Hamburg, Germany Disponível em: https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191028.pdf. Acesso em: ago. 2021.)

92 THOMPSON, Katharine. Administrative Law in The United Kingdom. *In:* SEERDEN, René (ed.). **Comparative Administrative Law:** Administrative Law of the European Union, its member states and the United States. 4 ed. Cambridge – Antwerp - Portland: Intersentia, 2018. p. 197-266. p. 197.

influência na garantia do direito à saúde e no exercício dos direitos subjetivos às prestações destes serviços aos cidadãos do Reino Unido.

c) Separação de poderes: em que pese o reconhecimento legal da separação dos três poderes, no direito inglês há várias sobreposições no exercício dos poderes públicos e competências entre os órgãos e autoridades públicas.

d) Estado de direito (*rule of law*): inclui três diferentes significados, de acordo com a concepção de Dicey[93]: (i) ausência de arbitrariedade; (ii) igualdade perante a lei e (iii) a liberdade das pessoas é proveniente das leis e de decisões judiciais, não de um direito subjetivo constitucional. Tais princípios, num sentido amplo, poderiam até mesmo instituir a Constituição Britânica, porém a supremacia do Parlamento não encontra limites decorrentes do *rule of law* e, nesse sentido, não está amplamente submetida a controle judicial – o que tem sofrido alterações e mudanças após a edição da Lei de Direitos Humanos[94], conforme já descrito.

e) Prerrogativas do monarca (*Royal prerrogative*): a Coroa britânica (*crown*) possui alguns poderes instituídos pelo *common law*, tais como nomeação e exoneração de ministros, emissão de parecer sobre a legislação aprovada no Parlamento (*Royal Assent*), ratificação de tratados, entre outros. Contudo, por convenção constitucional (ainda que não juridicamente vinculativa), o monarca não decide por sua própria vontade, mas a partir de recomendações e conselhos de seus ministros, razão pela qual tais poderes são exercidos e controlados pelo governo eleito. Ponto ainda controvertido nestas prerrogativas é o largo campo de discricionariedade conferida ao exercício desses poderes e o limitado controle jurisdicional exercido, até o momento atual. Tais prerrogativas, segundo Cossalter, podem explicar a facilidade com a

93 DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. London: Macmillan, 1979.

94 THOMPSON, Katharine. Administrative Law in The United Kingdom. *In:* SEERDEN, René (ed.). **Comparative Administrative Law:** Administrative Law of the European Union, its member states and the United States. 4 ed. Cambridge – Antwerp - Portland: Intersentia, 2018. p. 197-266. p. 204.

qual se implantou o programa PPP/PFI, no Reino Unido, por meio de instruções (*guidelines)* editadas pelo Tesouro[95] (*HM Treasury*).

Como descrito, o ordenamento jurídico do Reino Unido não possui uma Constituição codificada - o que não significa que não existam normas constitucionais. Assim, normas que tratam de questões constitucionais decorrem tanto precedentes editados pelos tribunais de common law e, conforme relata Anne Davies, quanto, cada vez mais, são oriundas de leis elaboradas pelo Parlamento britânico (Statutes ou Acts).[96]

Quanto ao direito administrativo, seu enquadramento no direito inglês também sofreu influência da conformação histórica do sistema do common law. A própria utilização do termo "direito administrativo", no Reino Unido, sobretudo na Inglaterra, é relativamente nova[97], devido a influência negacionista de A.V. Dicey, professor de Direito Constitucional, que afirmava que esta matéria não existia[98], retardando o seu reconhecimento e desenvolvimento. Assim, até os dias atuais, a existência de princípios gerais de direito administrativo não é clara ou está menos desenvolvida, seja porque não há tribunais especializados para julgar questões de direito administrativo (com algumas poucas

95 COSSALTER, Philippe. A "Private Finance Iniciative". *In:* TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia Nester (Org.) **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 433.

96 DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (Coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017. p. 389-412.

97 THOMPSON, Katharine. Administrative Law in The United Kingdom. *In:* SEERDEN, René (ed.). **Comparative Administrative Law:** Administrative Law of the European Union, its member states and the United States. 4 ed. Cambridge – Antwerp - Portland: Intersentia, 2018. p. 197-266. p. 198-205.

98 Dicey dizia que a expressão "direito administrativo" era desconhecida dos juízes e cortes inglesas e era fortemente ininteligível sem uma explicação adicional. Cf. DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution.** London: Macmillan, 1979. Para uma análise crítica do pensamento diceyano nos contratos administrativos, em língua portuguesa, Cf. KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos:** o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 65-77.

exceções mais recentes), seja porque as normas gerais que sujeitam a administração decorrem do common law.[99]

Com fundamento no rule of law, o princípio da legalidade administrativa tem sido reconhecido em todos os sistemas de direito – incluindo o common law do Reino Unido -, pois nenhuma ação de direito público, exercida de forma unilateral, que envolva direitos e deveres dos indivíduos (em sentido negativo) pode ser executada sem explícita e específica base normativa[100], seja ela, neste caso, editada pelo Parlamento, pelos precedentes judiciais ou até mesmo oriunda das Royal prerrogatives.

4.2 INTRODUÇÃO À CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO REINO UNIDO

Diversamente do que ocorreu na formação do direito inglês, em geral, em relação às compras públicas não houve, historicamente, a edição de normas, pelo common law, para regulá-las e o mesmo pode-se dizer em relação ao Parlamento. Como o Reino Unido tornou-se membro da Comunidade Econômica Europeia em 1973, devido às obrigações que lhe foram impostas, a União Europeia (UE) passou a ser a principal fonte de legislação sobre contratação pública no Reino Unido[101].

Outro aspecto a ser considerado para a compreensão do regime jurídico das compras públicas no Reino Unido, foi o processo de autonomia legislativa gradualmente reconhecido e ampliado para os países da Grã Bretanha (Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte), em diferentes graus. Historicamente, o Parlamento de

99 SEERDEN, René (ed.). **Comparative Administrative Law:** Administrative Law of the European Union, its member states and the United States. 4 ed. Cambridge – Antwerp - Portland: Intersentia, 2018. p. 419.

100 SEERDEN, René (ed.). **Comparative Administrative Law:** Administrative Law of the European Union, its member states and the United States. 4 ed. Cambridge – Antwerp - Portland: Intersentia, 2018. p. 423.

101 CRAVEN, Richard. Controls and litigation of public contracts: the United Kingdom. *In:* FOLLIOT-LALLIOT, Laurence; TORRICELLI, Simone. **Contrôles et contentieux des contrats publics:** oversight and challenges of public contracts. Paris: Bruylant, 2018. p. 110.

Westminster (Londres) era o único responsável pela edição da legislação no Reino Unido. Em 1998, isso começou a mudar a partir de um processo que foi denominado "devolução"[102]. Assim, apesar de existirem diferenças na legislação e na política de contratação pública nas diversas jurisdições do Reino Unido, há também muitas semelhanças quanto aos requisitos legais, devido à estrutura abrangente fornecida pela legislação da UE.[103] Contudo, ainda não está claro como ficará este regime jurídico com a saída do Reino Unido da União Europeia, a partir do Brexit.[104] Recentemente o governo inglês produziu um documento de consulta (green paper), para discussão dentro e fora do Parlamento, denominado "Transformando a contratação pública"[105] com propostas para a mudança do regime jurídico do Reino Unido após o Brexit, cujo foco é a simplificação do procedimento, considerando a disciplina hoje vigente, oriunda da UE[106].

102 Devolução refere-se à transferência de poder do governo central para administrações locais ou regionais. Cf. REINO UNIDO. **Guidance Devolution of powers to Scotland, Wales and Northern Ireland**. Disponível em: https://www.gov.uk/guidance/devolution-of-powers-to-scotland-wales-and-northern-ireland

103 CRAVEN, Op. cit. p. 109.

104 Neste contexto, Sue Arrowsmith, em estudo específico sobre o tema preparado para o Parlamento Europeu logo após o anúncio do Brexit, concluiu que seria provável que os atuais regulamentos de compras públicas do Reino Unido, que transpõem as diretivas da UE, deveriam permanecer em vigor até que seja estabelecida qualquer determinação final sobre a futura relação UE-Reino Unido na matéria. (ARROWSMITH, Sue. **Consequences of Brexit in the area of public procurement.** Bruxelas: European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, 2017. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)602028. Acesso em: maio, 2021).

105 REINO UNIDO. Cabinet Office [Secretaria / Ministério de Governo] **Transforming public procurement**. Dez. 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/943946/Transforming_public_procurement.pdf. Acesso em: jun. 2020.

106 Cf. o debate do green paper do governo inglês sobre as compras públicas no webinar promovido pelo King's College Londres e a George Washington University Law School's Webinar – Post-Brexit UK Procurement: The Pending Wave of Reform. Disponível em: https://publicprocurementinternational.com/webinar-post-brexit-uk-procurement/. Acesso em: jul. 2021.

4.3 REGIME JURÍDICO, CONTROLE E *ACCOUNTABILITY*

Diante da diversidade de regimes jurídicos da contratação pública entre os países, os comparatistas se debruçam sobre a questão de quão específica e original é (ou deve ser) a natureza do regime dos contratos governamentais (se público, privado ou "híbrido") e ainda como categorizar tais contratos públicos, a partir da legislação vigente[107].

Quanto a natureza jurídica especial dos contratos públicos, Auby relata que ela é amplamente aceita na França e Espanha, países entre os quais podemos certamente incluir o Brasil.[108] No common law, entretanto, tais contratos não possuem natureza jurídica específica, pois estão submetidos, em regra, ao direito privado.

No Reino Unido, como relatam Davies[109] e Harlow e Rawlings[110], apesar de reconhecido o regime jurídico de direito privado aos contratos firmados pelas autoridades públicas, recentemente ampliou-se o debate acerca da necessidade de um regime especial para estes contratos, visando, sobretudo a proteção do interesse público, nominado naquele contexto como defesa dos "valores públicos" (public values).

Esta discussão foi recrudescida, notadamente, a partir da implementação de novos regimes contratuais para concessões, PPPs e PFIs, que ampliaram a participação do setor privado no exercício de funções tipicamente públicas, tais como a saúde e a assistência social.

---

107 Cf. essa discussão em AUBY, Jean-Bernard. Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere. **Public law,** n. 1, p. 40-57, Spring, 2007.

108 Sobre a governança por contratos em direito comparado e os diferentes regimes de contratação pública, Cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca. Governança por contratos e a nova contratação pública: os desafios dos contratos públicos sob a perspectiva do direito comparado. *In:* DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Governança nas contratações públicas contemporâneas:** de acordo com a Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

109 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001.

110 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Mesmo sob o regime de direito privado e da ausência de um regime específico para os contratos públicos, há exceções a esta regra, pois o Reino Unido editou legislação secundária (delegated legislation)[111] para dar efeito às diretivas da UE, a saber: Public Contracts Regulations 2015[112] e Concession Contracts Regulations 2016.[113] Há também regras de aquisição específicas para o Serviço Nacional de Saúde (NHS).[114]

Além da legislação editada pelo Parlamento inglês, o controle judicial da contratação pública produziu precedentes (case law), tais como a doutrina ultra vires (também denominada doutrina dos propósitos impróprios -"improper purposes") e o princípio da natural justice, que reconhecem, em certa medida, a incidência do direito público nos contratos governamentais, afastando as regras de direito privado.

Tanto a legislação primária como os regulamentos, definiram um regime jurídico relativamente detalhado que permite aos licitantes maior probabilidade de se insurgirem contra a indevida aplicação desta legislação.[115]

Anne Davies discute, a partir da menção a julgados e precedentes dos tribunais superiores, a insegurança jurídica quanto a incidência do direito público nos contratos firmados por agentes estatais, no Reino Unido. A autora relata casos em que as cortes tiveram que

111 "A legislação secundária é a lei criada pelos ministros (ou outros órgãos) ao abrigo dos poderes que lhes são conferidos por uma lei do Parlamento (legislação primária)". Cf. REINO UNIDO. Parlamento. **Glossário**. Delegated legislation. Disponível em: https://www.parliament.uk/site-information/glossary/delegated-or-secondary-legislation/?id=32625. Acesso em: jun. 2021).

112 REINO UNIDO. **The** *Public Contracts Regulations 2015*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents/made. Acesso em: jun. 2021.

113 REINO UNIDO. **Concession Contracts Regulations 2016**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2016/273/contents/made. Acesso em: jun. 2021.

114 REINO UNIDO. The National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (Nº 2) Regulations 2013. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/500/contents/made. Acesso em: jun. 2021.

115 DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (Coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017. p. 396.

sopesar interesses públicos e privados e decidir quais possuíam maior relevância para definir o regime jurídico aplicável, ora prevalecendo o interesse privado[116], ora o interesse público[117]. Segundo a análise de Paul Craig, não há qualquer racionalidade entre estas decisões[118].

Como explicam Heard and Watt, segundo a doutrina ultra vires, formada a partir de precedentes judiciais dos tribunais ingleses, as autoridades públicas só podem agir dentro das atribuições que lhe são conferidas por lei. Qualquer ação que não seja autorizada, direta ou indiretamente, pode ser considerada ultra vires, ou seja, exercida além do poder da autoridade. Existem dois elementos na doutrina ultra vires, que são objeto de análise pelo controle judicial: (1) se a autoridade tem competência de agir; e (2) a maneira pela qual a autoridade exerceu o seu poder ou dever de agir.[119]

Em recente caso julgado da Suprema Corte com base na doutrina ultra vires[120], um dos votos proferidos explicitou a compreensão dos

116 Em *Dowty Boulton Paul v Wolverhampton Corporation* [1971 1 WLR 204], a autoridade pública pretendia obrigar um particular a manter um campo de aviação aberto e o pedido foi negado. A síntese do caso pode ser conferida em: https://swarb.co.uk/dowty-boulton-paul-ltd-v-wolverhampton-corporation-1971/

117 Em Cory v London Corporation [1951 1 Lloyd's Rep. 475], o particular foi obrigado a observar novas regras sanitárias editadas pela autoridade portuária e suportar o alegado desequilíbrio do contrato. A ementa do caso pode ser conferida em: https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=143947

118 CRAIG, P. P. **Administrative Law.** 4 ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

119 HEARD, Emily; WATT, Trevor. **Public Procurement** - FAQs - Case Summary 2: Void contract, misrepresentation and unjust enrichment. Disponível em: https://www.bevanbrittan.com/insights/articles/2020/public-procurement-faqs-case-summary-2/. Acesso em: jun. 2021

120 O caso refere-se a um contrato de longo prazo firmado pela empresa School Facility Management Ltd & Ors com o Governing Body of Christ the King College de arrendamento (lease) de edifícios modulares. O tribunal declarou o contrato nulo porque órgão público que o havia contratado agiu ultra vires, ou seja, com desvio de finalidade, conforme a terminologia que utilizamos no direito brasileiro para denominar a conduta descrita no caso. Consequentemente, a contratada, que tinha requerido valores devidos pelo contrato, não pôde invocar os termos do contrato declarado nulo para apoiar sua pretensão. (Cf. o resumo caso descrito por HEARD, Emily; WATT, Trevor. **Public Procurement** - FAQs - Case Summary 2: Void contract, misrepresentation and unjust enrichment. Disponível em: https://www.bevanbrittan.com/insights/articles/2020/public-procurement-faqs-case-summary-2/. Acesso em: jun. 2021)

precedentes judiciais (case law) acerca do seu conteúdo, ao afirmar que:

> [...] por uma questão de direito público, uma decisão de um órgão público pode ser nula não simplesmente porque o órgão excedeu suas competências legais, mas também se a decisão foi tomada com desvio de finalidade (*for an improper purpose*), ou foi substancialmente desarrazoada... ou, ainda porque a decisão foi tomada levando em conta considerações irrelevantes ou não levando em conta considerações relevantes, ou porque o processo pelo qual a decisão foi tomada foi injusto."[121]

Conforme a literatura estudada, a aplicação da doutrina ultra vires[122], pelos tribunais, representa um risco enorme para os contratados da Administração pública, razão pela qual a legislação inglesa deveria ser mais clara (como a francesa, no caso de "fato do príncipe"[123]) para solucionar esses e diversos outros problemas, ao invés de alocar todos os riscos aos contratados e deixar as soluções dos conflitos que surgirem, exclusivamente na mão dos governantes[124].

Quanto ao princípio da natural justice, no direito inglês, este seria uma forma de reconhecer as especificidades do que no civil law denominamos "regime jurídico administrativo". Natural justice

121 *School Facility Management Ltd & Ors v Governing Body of Christ the King College & Isleof Wight Council* [2020] EWHC 1118 (Comm). Cf. o inteiro teor do julgado em: http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2020/1118.html

122 HEARD, Emily; WATT, Trevor. **Public Procurement** - FAQs - Case Summary 2: Void contract, misrepresentation and unjust enrichment. Disponível em: https://www.bevanbrittan.com/insights/articles/2020/public-procurement-faqs-case-summary-2/. Acesso em: jun. 2021.

123 E igualmente a legislação brasileira, cujo restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por fato do príncipe está expressamente prevista na Lei nº 8.666/1993 (art. 65, II, "d") e na Lei nº 14.133/2021 (art. 124, II, "d").

124 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 16

significa, em termos gerais, o "dever de agir de maneira justa". Como afirma Davies "A natural justice é claramente valiosa para garantir que os procedimentos de licitação sejam conduzidos de maneira adequada."[125] Porém, os tribunais ingleses têm se recusado a aplicar este princípio à contratação pública se não estiver evidente o elemento "público" do caso.[126] E dois problemas da recusa na aplicação desse princípio são indicados pela literatura: a) limita os direitos de proteção disponíveis aos licitantes e contratados; b) evita o controle do contrato pela legislação de direito público. Em sua análise, os tribunais falham em não aplicar a esses contratos o direito administrativo para proteger os contratantes e as próprias autoridades administrativas.

Mais recentemente, indica a literatura estudada que as diretivas da União Europeia aplicáveis ao Reino Unido amenizaram o problema, mas não solucionaram todos os casos.

Por fim, além das leis editadas pelo Parlamento e dos precedentes judiciais, o regime jurídico da contratação pública ainda conta com normas infralegais, pois o Tesouro (HM Treasury) emite guias, orientações e padronizações, que servem como referência para os gestores públicos contratantes, tais como nas hipóteses de contratação por meio da PFI[127].

O governo britânico, assim como ocorreu em outros países, desenvolveu a política pública de PPP/PFI, por meio da edição de

125 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 16.

126 Em dois precedentes citados (*R v Legal Aid Board Ex Parte Donn and Co (A Firm)* [1996 3 ALL ER 1] *e R v Lord Chancellor ex parte Hibbit and Saunders* [1993 COD 326]) o Judiciário recusou-se a aplicar o princípio da "natural justice" em decisões administrativas referentes a licitação e execução do contrato firmado por autoridade pública, por se tratar de relação contratual, ou seja, por não se tratar de uma relação de direito público. [1996 3 ALL ER 1, disponível em: https://swarb.co.uk/regina-v-legal-aid-board-ex-parte-donn-and-co-a-firm-qbd-18-mar-1996/] e [1993 COD 326] disponível em: https://swarb.co.uk/regina-v-lord-chancellor-ex-parte-hibbit-and-saunders-qbd-16-mar-1993/

127 REINO UNIDO. HM Treasury. Infrastructure UK. **PF2:** a user guide. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207382/pf2_userguide.pdf. Acesso em: jun. 2021.

diretrizes e orientações de contratação (Guidance[128]), que são as principais fontes de regulação nessa área. E tal estratégia somente foi possível, segundo Cossalter, porque a "A Inglaterra é, sob todos os ângulos, o Estado mais centralizado da União Europeia. Assim se explica que a PFI tenha podido ser aplicada no nível local, por meio de simples instruções"[129].

Yescombe e Farquharson confirmam esta estratégia ao afirmarem que:

> [...] os governos também publicam documentos de natureza política estabelecendo seu compromisso e sua justificativa para usar PPPs, explicando os principais benefícios de sua utilização ao setor público em geral, ao mercado e aos cidadãos[130].

Em que pese a edição desses documentos darem mais clareza acerca do programa PFI e trazerem confiança ao mercado, podem também reduzir o controle e a accountability da contratação, conforme será tratado no decorrer deste Capítulo.

Assim, para Davies, o Direito Administrativo do Reino Unido oferece proteção restrita aos contratados assim como um regime jurídico (legal framework) inadequado para a Administração.

Além da insegurança jurídica gerada pela ausência de legislação clara sobre o tema, Davies[131] e Harlow e Rawling[132] ainda

128 No caso das Parcerias Público Privadas (PFI/ PPP Arrangements), as orientações da contratação, contendo os procedimentos de licitação, modelos de contratos e utilização de matrizes de risco entre outras orientações estão disponíveis em: https://www.gov.uk/government/publications/pfippp-finance-guidance. Acesso em: jan. 2020.

129 COSSALTER, Philippe. A "Private Finance Iniciative". *In:* TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia Nester (Org.) **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 435.

130 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 40.

131 *Ibidem*.

132 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

destacam outras dificuldades concretas encontradas para fazer valer os "valores públicos" na estratégia da governança por contratos dos sucessivos governos ingleses, desde a era Thatcher, considerando os seguintes aspectos:

(a) ampla discricionariedade das autoridades administrativas para a contratualização e frágil regulamentação acerca dos limites da contratualização pública;

(b) restrições do controle Parlamentar durante o processo de contratação, incluindo a execução contratual;

(c) ausência do controle judicial;

(d) falta de participação social na administração pública, que reduz os processos de *accountability* da contratação pública.

(e) vedação de aplicação das políticas de conformidade de contrato (*contract compliance policies*), nos contratos públicos.

(f) busca do menor preço.

A principal falha, para Davies, está relacionada ao item (a): ampla discricionariedade conferida às autoridades contratantes.[133] Quanto a decisão de utilizar o contrato como instrumento de governança e execução de políticas públicas, ela afirma que as autoridades públicas possuem amplos poderes contratuais e questiona se, de fato, a escolha pelo contrato é prerrogativa discricionária dos agentes públicos. Nas palavras da autora, a competência contratual, no Reino Único, é exercida "sem restrição de discrição" ("no fettering of discretion")[134]. Jean Bernard Auby afirma que este problema é preocupante no common law e que os debates se acentuaram após os contratos de PPP/PFI, que abriram ampla área de atuação dos parceiros privados[135].

Na Lei de Desregulamentação e Delegação editada pelo Reino Unido, em 1994, (Deregulation and Contracting Out Act 1994)[136] não

133 DAVIES, A. C. L. *Op.cit.,* p. 12.

134 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 12.

135 AUBY, Jean-Bernard. Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere. **Public law**, n. 1, p. 40-57, Spring, 2007

136 REINO UNIDO. Deregulation and Contracting Out Act 1994 [Lei de Desregulamentação e Delegação de 1994]. Disponível em: https://www.legislation.gov.

há definição clara de quando deve haver a opção de utilização (ou não) do contrato. Constam nesta lei, apenas os seguintes limites (materiais e jurídicos) acerca da governança por contrato: a) a função judicial, pois ela interfere na liberdade individual, no poder de entrada, busca ou apreensão em qualquer propriedade, e b) a função regulatória, expressa na competência para elaborar "legislação subordinada ou delegada".

Segundo Davies, as limitações existentes no direito inglês, neste contexto, seriam apenas as seguintes: a) não é permitido às autoridades públicas cederem por contrato quaisquer dos poderes que receberam por lei; b) as autoridades públicas não devem restringir sua discrição por compromissos contratuais.[137] A citada autora ainda afirma, que esta questão ainda é reforçada pela fraca (ou inexistente) incidência das normas de direito público nesse contexto, conforme já discutido.

A citada autora conclui que, há também outra falha neste regime jurídico, em definir se a decisão do governo de utilizar o contrato, num contexto particular, será centralizada ou descentralizada, ou seja, se caberá ao governo central ou às autoridades locais e agências[138].

Quanto ao controle legislativo (b), o Parlamento inglês, apesar de possuir amplos poderes de controle, tem pouca ingerência na matéria de contratação pública, até mesmo para limitar os recursos públicos destinados a estes contratos. Sua competência é residual, atuando como órgão controlador ("act as a checker"), sem poder decisório.

O problema é ainda reforçado pela própria ausência do controle judicial (c). Davies afirma que a litigância é rara na área de contratação pública, considerando as amplas possibilidades do uso da arbitragem e da negociação. E quando ocorre, é incerta a aplicação das regras de direito público a esses contratos[139].

---

uk/ukpga/1994/40/contents. Acesso em: jan. 2021.

137 *Ibidem*.

138 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001.

139 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 12.

Sobre a questão da litigância e do acesso à justiça na matéria de contratação pública, Richard Craven e Sue Arrowsmith desenvolveram estudo empírico para avaliar os fatores do baixo nível de litígios de contratos públicos, no Reino Unido, na aplicação da lei de contratos públicos da União Europeia (UE). O estudo indicou que a maioria dos contratados não identificou violação da legislação da UE nas relações contratuais que mantinham com o setor público. Também concluiu que, para os casos em que foram detectados problemas, as reformas recentes exigidas pela legislação da UE conduziram ao aumento de ações judiciais e à eficácia prática das formas alternativas de solução de controvérsias, como a arbitragem. Contudo, o estudo também revelou quais os obstáculos do acesso à justiça, tal como o alto custo da litigância no Tribunal Superior do Reino Unido, o medo de represálias e, embora em menor grau, a abordagem dada pelo Tribunal às tutelas antecipadas (interim relief). À luz da jurisprudência recente, essas descobertas têm implicações interessantes para o cumprimento, por parte do Reino Unido, das obrigações assumidas, à época, perante a União Europeia, que era a de fornecer soluções eficazes aos contratados. Considerando os dados do estudo, os autores sugeriram a necessidade de considerar uma abordagem diferente para o problema[140] - o que deverá ser objeto de discussão após o Brexit.

Acerca da falta de participação social na administração pública (d), conclui Davies que ela representa outra falha nos controles do Direito Administrativo. Isso porque a governança por contratos reduz a accountability dos cidadãos. A contratualização foi divulgada pelos governos que ampliaram a sua utilização sob a enganosa retórica de que haveria aumento da capacidade de resposta (responsiviness) acerca da prestação dos serviços, para os cidadãos. No entanto, houve alteração legislativa para reduzir a participação social nas comissões de contratação, que foram bastante criticadas, por diminuírem o

140 CRAVEN, R.; ARROWSMITH, S. Public procurement and access to justice: a legal and empirical study of the UK system. **Public Procurement Law Review**, n, 6. p. 227-252, 2016. Disponível em: https://eprints.whiterose.ac.uk/161069/1/remedies%20Arrowsmith%20and%20Craven.pdf. Acesso em: jun. 2021.

controle dos contratos e a sua legitimidade. Assim, afirma Davies que um dos problemas verificados quanto a essa questão em particular é que "[...] os detalhes dos contratos executados por empresas privadas são comercialmente confidenciais"[141]

Quanto às políticas de compliance dos contratos (e), o problema diz respeito a critérios não comerciais ou econômicos no processo de contratação. Neste contexto, a seleção do contratado poderia incluir outros parâmetros e valores para a escolha, além do preço. São exemplos de políticas de conformidade, na experiência inglesa, a obrigatoriedade de contratar desempregados entre os trabalhadores que prestarão os serviços ou restringir a contratação de empresas que apoiaram o regime do Apartheid, na África do Sul. Tais medidas, segundo Davies, além de controvertidas, encontraram restrições tanto em decisões do Tribunal de Justiça Europeu (European Court of Justice), quanto no common law tendo em vista a doutrina ultra vires, já discutida nesta seção[142].

Por fim, como a principal vantagem encontrada na gestão por contratos refere-se à busca pelo menor preço (f), o controle meramente financeiro do ajuste pode deixar de lado a observância do interesse público.[143]

Diante de todo o exposto, observa-se que no contexto jurídico britânico há dificuldades em definir as responsabilidades (dos contratados ou do setor público) quando os cidadãos ou usuários dos

141 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 23. Contudo, a autoridade administrativa inclui nos contratos de PF2, Cláusula contratual [31.9 (h)], segundo a qual "As partes reconhecem que o [National Audit Office] tem o direito de publicar detalhes do Contrato (incluindo informações comercialmente sensíveis) nos seus relatórios relevantes elaborados para o Parlamento." (Cf. REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts**: draft. Londres: gov.uk, dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021.p. 307)

142 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001.

143 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 19.

serviços forem lesados, notadamente pela ausência de regime jurídico próprio desses contratos.

4.4 MODELOS CONTRATUAIS

No Reino Unido, a tipologia de contratos públicos é tão vasta que diversos teóricos passaram a se utilizar da expressão "governança por contratos"[144] para se referir a uma expressão abreviada (e em certo sentido "conveniente"[145]"), para abrigar a diversidade de relações jurídicas que se estabelecem entre o *estado, em negociação com outras organizações ou pessoas.*

Na visão de Vincent-Jones, todas as tipologias de contrato (e suas diferentes concepções) se baseiam numa linguagem normativa comum, envolvendo noções fundamentais de reciprocidade, mutualidade de obrigações e direitos "equilibrados" por responsabilidades[146].

No caso do Reino Unido, a busca pela relação custo-benefício nas contratações públicas e o incentivo à competitividade (e, portanto, à eficiência) entre os contratados têm sido os principais objetivos políticos das contratações, desde os anos 80. Além disso, relata Vincent-Jones, que existe uma tensão entre o objetivo de aumentar a competitividade nacional e a necessidade de observar as obrigações dos tratados internacionais e europeus, no sentido de abrir os contratos públicos do Reino Unido a contratados estrangeiros[147].

Contudo, a estrutura contratual passou a ser utilizada, nos últimos cinquenta anos e cada vez mais, pelo governo britânico,

144 Sobre o tema cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca. Governança por contratos e a nova contratação pública: os desafios dos contratos públicos sob a perspectiva do direito comparado. *In:* DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Governança nas contratações públicas contemporâneas:** de acordo com a Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

145 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 1.

146 VINCENT-JONES, Peter. **The new public contracting**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 13

147 *Idem*, p. 15.

como meio de promover metas políticas secundárias ou auxiliares ao objetivo principal de compras e aquisições do governo.

Considerando, portanto, as noções de governo por contratos, governo por acordos, bem como a legislação de regência – a legislação comum de contratos, do direito privado, a legislação especial da contratação pública e as guidelines editadas -, há, no Reino Unido, diversos tipos de contratos, entre os quais Davies[148] enumera seis categorias: A) compras; B) contracting out[149]; C) PFI / PPP; D) acordos com organizações de autorregulação, tais como imprensa, notários, entidades de publicidade, fundos etc); E) acordos internos [contratos de gestão] (ex: NHS); F) contratos de emprego público. E Vincent-Jones acrescenta a estas categorias G) os acordos entre entidades públicas (agências) e os indivíduos[150].

148 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001.

149 Na língua inglesa, a palavra "*outsourcing*" e a expressão "*contracting out*" quando utilizadas no contexto da contratação pública podem ser utilizadas em diversos sentidos, se transpostos para a língua portuguesa e o sistema jurídico brasileiro, tais como: contratação, subcontratação, terceirização, franquia e concessões de serviços públicos e/ou de obras públicas. Podem ser também considerados conceitos intercambiáveis e sinônimos, sendo *contracting out* mais utilizado pelos autores ingleses, enquanto *outsourcing* pelos norteamericanos. Em suma, *outsourcing* refere-se à obtenção de (bens ou serviços) de um fornecedor externo, por meio de um contrato, no lugar deste mesmo bem ou serviço ser provido ou prestado internamente. Segundo o Dicionário Cambridge, *outsource* significa: "Desenvolver um trabalho (ou atividade) por meio de um contrato com outra empresa, geralmente em outro país, e não em sua própria empresa." (Disponível em: https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/*outsource*. Acesso em: jan. 2021). No dicionário Macmillan, *contract out* significa, em sentido literal, "[...] dar trabalho a outra empresa em vez de usar sua própria empresa para fazê-lo, por meio de usando um acordo legal por escrito" (Disponível em: https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/contract-out. Acesso em: jan. 2021). Segundo o americano John Donahue, a "*american outsourcing*" pode ser exercida por uma variedade de mecanismos, além dos contratos, tais como vouchers, incentivos tributários e fomento (*government sponsored private enterprise*). (DONAHUE, John D. The transformation of government work: causes, consequences, and distortions. *In:* FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (Ed). **Government by contract**: *outsourcing* and american democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 363). No mesmo sentido, Cf. CASTRO, Marcílio Moreira de. **Dicionário de direito, economia e contabilidade: português-inglês/ inglês-português**.4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

150 VINCENT-JONES, Peter. **The new public contracting**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 11

Acerca dessas tipologias contratuais, algumas questões importantes para compreender a governança por contratos no Reino Unido foram assinaladas pelos autores estudados.

A) Compras: os contratos referentes às compras públicas estão sendo disciplinados conforme as Diretivas da União Europeia, enquanto não alterada a legislação vigente após a saída do Reino Unido da UE.

B) *Contracting out:* Segundo Davies, a ampliação desta espécie de contrato, ocorreu, no Reino Unido, nos anos 80, no âmbito dos governos central e local e continuou sendo utilizado na gestão do partido trabalhista, a partir de 1997. A provisão de serviços pelos particulares foi vista pelos diferentes governos como preferível pois, devido ao objetivo de lucro, pode se tornar mais eficiente e mais sensível aos usuários do serviço.[151]

C) PFI/PPP: Conforme descreve Freedland[152], há três tipos de PPPs no Reino Unido: 1) captação de financiamento do particular e sua remuneração pelo setor público [concessão administrativa]; 2) captação de financiamento pelo particular desenvolver o projeto e sua remuneração pelos particulares (ex: pedágio) [concessão comum]; 3) A combinação dos dois modelos [concessão patrocinada]. Nesses contratos, o papel dos contratados é mais amplo do que nas contratações "comuns", podendo incluir [DBFO – *design, build, finance e operate* - projetar, construir, financiar e operar], daí a importância de elaborar os contratos considerando os serviços a serem prestados, ao invés apenas da provisão de ativos. Na visão de Davies, a PFI apresenta duas vantagens em relação aos contratos anteriores: a) passou a permitir que o governo inicie novos projetos de construção sem que tenha que antecipar pagamentos - o que reduz os gastos públicos e b) permite a transferência de riscos associadas aos projetos. [153]

151 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 1-4.

152 FREEDLAND, M. Public law and private finance: placing the Private Finance Iniciative in a Public Law Frame, **Public Law,** p. 288-307, Summer, 1998.

153 DAVIES, A. C. L. *op.cit.*, p. 5.

E e G) Acordos internos [Contratos de gestão] e acordos entre o Governo e os indivíduos: Harlow e Rawlings afirmam que tais modelos contratuais foram implantados como ferramentas de coordenação intra-governamental ou na remodelação das relações entre o governo e os indivíduos.[154] Collins, por sua vez, descreve tais arranjos negociais de várias maneiras como "quase-contratos", "contratos fictícios" ou "meras metáforas contratuais"[155].

F) Contratos de emprego público – contratação de pessoal: Segundo Davies, nesses contratos, a principal questão é a dificuldade de aplicação das mesmas disposições dos contratos de compras[156].

4.5 A PPP COMO ALTERNATIVA À PRIVATIZAÇÃO "PURA"

Parcerias entre o setor público e o setor privado para o desenvolvimento de atividades e infraestrutura de interesse público, no Reino Unido, remontam à Idade Média, mas se tornaram mais proeminentes, no Século XIX, com a Revolução Industrial, para a construção de estradas, canais de navegação e ferrovias, como descreve Piet de Vries[157].

Na Grã-Bretanha do século XVIII e início do século XIX, investidores locais formavam "consórcios" (trusts) para melhorar as estradas mediante a cobrança de pedágios. Eles pediam dinheiro emprestado a financiadores para consertar as estradas e pagavam essa dívida cobrando pedágios. A maioria das pontes de Londres também foi financiada por "consórcios" semelhantes a este arranjo até meados do

154 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 210-211.

155 COLLINS, H. **Regulating contracts.** Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 318-319.

156 DAVIES, A. C. L. **Accountability:** a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 5.

157 Neste trabalho, o autor discute as PPPs do Século XVII, considerando a Holanda como país precursor destas parcerias e ainda discorre sobre exemplos dos séculos XVIII à XIX na Grã-Bretanha e PPPs do início do Século XIX, nos Estados Unidos. (Cf. DE VRIES, Piet. The modern public–private demarcation: history and trends in PPP. *In:* DE VRIES, Pietre; YEHOUE, Etienne B. (Org.). **The Routledge companion to public-private partnerships.** Abingdon: Routledge, 2013. 456 p.).

século XIX.[158] Relata, Piet de Vries, ainda se reportando ao Século XIX, que, no caso das ferrovias inglesas, a PPP – sob o modelo contratual – tornou-se uma alternativa à regulação, para evitar o monopólio do setor por empresas privadas[159].

O modelo precursor da PPP/PFI foram as concessões comuns, desenvolvidas em projetos de rodovias com pedágio, na década de 1980. No caso do Reino Unido, a técnica de financiamento desses projetos de concessão utilizava-se do modelo BOT (build-operate-transfer / construção-operação-transferência), como no caso da ponte de Dartford, localizada no estuário do Tâmisa, a leste de Londres.[160] Além de rodovias e pontes pedagiadas, nesse período também foram editadas legislações setoriais com a previsão de delegação de atividades públicas para o setor privado, nas áreas da saúde e justiça criminal.[161]

Acerca da origem da PFI no Reino Unido, Yescombe e Farquharson afirmam que

> Em 1992, o governo britânico lançou o programa PFI, com o objetivo de trazer financiamento privado para o fornecimento de infraestrutura pública. Isso realmente começou com a redescoberta das concessões da década de 1980[...]. A primeira onda de projetos, em 1994, portanto, envolveu a construção e operação de novas estradas[162].

158 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure: principles of policy and finance**. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 11

159 DE VRIES, Piet. The modern public–private demarcation: history and trends in PPP. *In:* DE VRIES, Pietre; YEHOUE, Etienne B. (Org.). **The Routledge companion to public-private partnerships.** Abingdon: Routledge, 2013. p. 16

160 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 17.

161 COSSALTER, Philippe. A "Private Finance Iniciative". *In:* TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia Nester (Org.) **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 440-444. O autor descreve, no texto, mais detalhes sobre os passos anteriores à edição do programa PFI no Reino Unido.

162 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 17

Concluem os autores citados, que, neste contexto, como a possibilidade de cobrança de pedágio nas estradas da Grã-Bretanha era limitada, ao invés de aplicar o princípio de "usuário-pagador" de concessão, o modelo PFI introduziu o conceito de pagamento pela autoridade contratante[163].

A utilização do modelo PPP sob a estrutura da PFI firmou-se como alternativa à prestação de serviços públicos, desde a ascensão do Partido Trabalhista ao poder, em 1997. Juarez Freitas asseverou que as PPPs surgiram e se firmaram na Inglaterra mediante uma "constatação empírica" de que a "privatização pura" não era o instrumento adequado para o Estado envolver o setor privado na prestação de serviços sob sua responsabilidade. Segundo ele, ou se constatou que a privatização não deu certo ou que, no mínimo, mostrou-se ineficiente[164].

As mentalidades tanto do setor público como do privado tinham sido influenciadas por uma década na trajetória do programa britânico de privatização da infraestrutura de larga escala. Segundo Maria Elisa Braz Barbosa:

> Verificaram-se distorções e anomalias no paradigma neoliberal. Entre elas, destacam-se a fragmentação da ação administrativa, a proliferação de entidades e o aumento de nepotismo. Passou-se, então, a observar a necessidade de se considerar o aumento das desigualdades sociais e outros indicadores sociais e políticos decorrentes das mudanças implantadas.[165]

163 *Ibidem*.

164 FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): características, regulação e princípios. **Interesse Público**, 6, n. 29, p. 13-61, jan./fev., 2005

165 BARBOSA, Maria Elisa Braz. **O regime jurídico administrativo e as Parcerias Público-Privadas.** Orientador: Vicente de Paula Mendes. 2005. 223f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo**)** - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

A ideia em vigor era de que os serviços públicos fossem prestados mediante parceria público-privada, e a seara dos serviços públicos locais foi transformada em um mercado baseado em relações contratuais.

4.6 REGIME JURÍDICO DA PFI

Assim como se dá no contexto brasileiro, no Reino Unido as PPPs cobrem uma ampla gama de estruturas de negócios e acordos de parceria, desde a terceirização (contracting out) até consórcios de empresas públicas e privadas (joint ventures[166]) ou a venda de participações em empresas estatais. Porém, o principal veículo das PPPs é a PFI (Iniciativa de Financiamento Privado)[167].

Davies acrescenta que o termo PFI também denota essas mesmas estruturas jurídicas, desde que sejam por longo prazo e tenham natureza complexa[168].

A PFI representou a transformação do paradigma tradicional das compras públicas, pois, nesse arranjo contratual, o setor público comumente deixa de ser o proprietário e o operador dos ativos envolvidos[169].

A estrutura clássica de um contrato PFI é o acordo 'DBFO' (designs, builds, finance and operates) em que o parceiro privado projeta, constrói, financia e opera uma instalação pública - como uma escola ou hospital - por um longo período de tempo, em troca de pagamentos mensais do parceiro público, que, por sua vez, utilizará a

166 Que correspondem, em certa medida, às "sociedades de economia mista" do direito brasileiro, porém com forma diversa de constituição, formação e participação dos setores público e privado.

167 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 413.

168 DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (Coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017. p. 389-412. p. 389. A autora complementa que a utilização do termo "parceria" pode se justificar por razões retóricas, pela atratividade que o termo denota.

169 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 413-414.

estrutura para fornecer serviços públicos.[170] Nesse modelo os serviços são "vendidos" à autoridade pública por meio de uma contraprestação unitária cujo pagamento (contraprestação) é baseado no desempenho da empresa considerando os padrões acordados e cujas especificações de 'resultado' fornecem incentivos ao contratado.

Na PFI há também o modelo 'DBF' (designs, builds, finance), em que o setor público não possui o ativo, como um hospital ou escola e o 'aluga' durante a vigência do contrato[171] e o modelo BOO (built, own e operate – constrói, torna-se proprietário e opera) em que os bens permanecem em propriedade do parceiro privado [172] Em ambos os casos, o contrato determinará o destino dos bens, ou seja, se permanecerão com na propriedade do parceiro privado ou se serão revertidos ao setor público.

Harlow e Rawlings criticam que a implantação da PFI no Reino Unido foi seguida de muita improvisação e que os novos ministros do governo trabalhista, a partir de 1997, "não tiveram medo de experimentar."[173]

Conforme análises e estudos desenvolvidos pelo órgão de controle do Reino Unido[174], concluiu-se que os primeiros projetos de PFI acabaram sendo desvantajosos para o setor público, então o esquema se tornou bastante controverso[175].

---

170 No contexto brasileiro, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004, o modelo DBFO foi denominado concessão administrativa.

171 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 414.

172 COSSALTER, Philippe. A "Private Finance Iniciative". *In:* TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia Nester (Org.) **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 428.

173 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 414.

174 UK National Audit Office (NAO). O National Audit Office examina os gastos públicos para o Parlamento e é um órgão independente do Poder Executivo (governo), tal como os Tribunais de Contas no contexto brasileiro.

175 Cf. notadamente o seguinte relatório. REINO UNIDO. National Audit Office. **PFI and PF2.** Londres: Disponível em: https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2018/01/PFI-and-PF2.pdf. Acesso em: jun. 2021. Este relatório conclui ainda faltam dados que demonstrem os benefícios das contratações públicas no modelo PFI/PF2.

As condições do mercado também pioraram com o tempo e o setor público encontrou dificuldades para conseguir parceiros privados para seus projetos. No início de 2009, novos desafios foram postos aos projetos de PFI, com a crise econômica mundial, fazendo com que o governo britânico criasse programas de financiamento para apoiar projetos PFI em meio aos obstáculos dos parceiros privados para obterem crédito no mercado.

Connoly e Wall explicam os efeitos desta crise no arranjo jurídico da PFI. Afirmam que o colapso bancário que levou à crise econômica mundial (*global financial crisis*) afetou o financiamento privado do qual as PPPs dependiam. Como consequência, os bancos não conseguiram se financiar com as taxas do mercado monetário, que se tornaram muito altas. Isso levou à subsequente restrição de liquidez deste mercado e, como a obtenção de financiamento é crucial para as PPPs, a falta de financiamento foi um fator que contribuiu para reduzir pela metade o número de projetos que foram assinados em 2008[176].

Diante deste cenário, bem como da necessidade de outros ajustes no programa, a modelagem PFI foi revisada pelo governo e 'relançada' sob o rótulo 'PF2', em 2012[177], com algumas alterações. O *National Audit Office*, em relatório sobre o novo projeto, destacou as seguintes mudanças: a) aumento do patrimônio líquido ou capital próprio das parceiras privadas; b) possibilidade de exclusão, nos projetos, de serviços de limpeza e alimentação; c) participação acionária minoritária do governo em todos os negócios - normalmente 10% do patrimônio; d) maior transparência dos rendimentos de capital obtidos pelos parceiros privados; e) licitação/competição para o financiamento do projeto; f) mudanças na matriz de riscos; g) compartilhamento dos

176 CONNOLY, Cierran; WALL, Tony. The impact of the global financial crisis on public–private partnerships: a UK perspective. *In:* GREVE, Carsten; HODGE, Graeme (Coord.). **Rethinking Public-Private Partnerships:** strategies for Turbulent Times. London: Routledge, 2012, p. 33-56

177 REINO UNIDO. HM Treasury. **A new approach to public private partnerships.** Dezembro de 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211518/pf2_public_sector_equity_consultation.pdf. Acesso em: jun. 2021.

ganhos decorrentes do financiamento; h) limitação do prazo para a conclusão da licitação, entre outros[178].

Conforme já explicitado neste Capítulo, as falhas do regime jurídico do Reino Unido na disciplina jurídica da contratação pública, segundo Davies, são ainda mais acentuadas nas PPPs, principalmente por causa de sua natureza de longo prazo e da forma intensa de como esses contratos incorporam empresas privadas na prestação de serviços públicos[179].

A contratação de uma PFI envolve ao menos duas etapas: a licitação - para a adjudicação do objeto ao parceiro privado - e a sua execução. Nestes contratos (PFI ou PF2), uma empresa privada de financiamento - Special Purpose Vehicle (SPV)[180] - é criada e pede recursos financeiros emprestado para construir um novo ativo, como uma escola, hospital ou estrada. O parceiro público efetua os pagamentos (contraprestação) ao longo do prazo do contrato (normalmente 25 a 30 anos), que cobrem o reembolso da dívida, custos de financiamento, manutenção e quaisquer outras despesas e serviços prestados[181].

Quanto à licitação, Davies relata que, no common law, em regra, o processo não é regulamentado. Como qualquer outra parte contratante, o governo é - em termos gerais - livre para celebrar contratos e determinar o seu conteúdo, e não incorre em quaisquer obrigações para com os licitantes antes da assinatura do contrato.[182] Em circunstâncias excepcionais, havendo a abertura de uma licitação,

178 O quadro das mudanças dos modelos dos projetos encontra-se em: REINO UNIDO. National Audit Office. **PFI and PF2.** Disponível em: https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2018/01/PFI-and-PF2.pdf. Acesso em: jun. 2021. p. 38.

179 DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (Coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017. p. 403.

180 No contexto da legislação brasileira esta empresa foi denominada Sociedade de Propósito Específico (SPE) – art. 9º, da Lei nº 11.079/2004.

181 REINO UNIDO. National Audit Office. **PFI and PF2.** Disponível em: https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2018/01/PFI-and-PF2.pdf. Acesso em: jun. 2021.

182 DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (Coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017. p. 397.

alguns deveres básicos de justiça procedimental podem recair sobre a autoridade pública, assim como a qualquer pessoa, gerando o efeito de um contrato implícito (*implied contract*).[183] Contudo, conforme já assinalado, o regime da contratação pública da UE – internalizado na legislação do Reino Unido - estabeleceu procedimentos licitatórios mais detalhados a serem seguidos pelas autoridades adjudicantes.

No caso das PPPs, aplicam-se regras diferentes, a depender se a PPP for um contrato, tiver como objetivo criar uma *joint venture* com o setor privado ou se for um contrato de concessão.

Normalmente, as PPPs contratuais são licitadas usando o procedimento de "diálogo competitivo" estabelecido no art. 30 do *Contracts Regulations 2015*[184]. Em linhas gerais, esta modalidade de licitação permite à entidade adjudicante convidar, inicialmente, qualquer empresa interessada no projeto e, em seguida, prosseguir as negociações com um pequeno grupo de licitantes.[185] Outros procedimentos utilizados no Reino Unido para a contratação de PPPs com base na legislação vigente, é o procedimento concorrencial com negociação (*competitive procedure with negotiation*) ou parceria

183 *Idem*.

184 As principais disposições do diálogo competitivo, conforme disposto no art. 30, numerados sequencialmente como incisos, são as seguintes: "30 .— (1) Nos diálogos competitivos, qualquer operador econômico pode apresentar um pedido de participação em resposta a um edital de licitação (contract notice), fornecendo as informações para a qualificação técnica (qualitative selection) solicitadas pela entidade adjudicante. [...] (3) Apenas os operadores econômicos convidados pela entidade adjudicante na sequência da avaliação das informações prestadas podem participar no diálogo. [...] (5) O contrato será adjudicado exclusivamente com base no critério de adjudicação melhor técnica e preço (the best price-quality ratio) de acordo com o regulamento. (REINO UNIDO. *The Public Contracts Regulations 2015*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents/made. Acesso em: jun. 2021.)

185 É o mesmo que prevê atualmente a legislação brasileira (Lei nº 14.133/2021), que em seu art. 2º, XLII, define o diálogo competitivo como "[...] modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos" (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: jul. 2021).

de inovação (*innovation partnership*)[186], modalidades de licitação que, grosso modo, são variações do diálogo competitivo, ora com a descrição prévia do objeto da contratação, ora com a alteração dos critérios de julgamento.

Uma das desvantagens do diálogo competitivo, segundo Davies, é o custo elevado para a participação dos licitantes, problema que pode ser reduzido com a limitação ao número de licitantes e o prazo máximo para a conclusão do diálogo. Neste último caso, o governo exige que as autoridades públicas se comprometam a concluir o processo de contratação no prazo de 18 meses[187].

Se as PPPs assumirem a forma de contrato de concessão[188] as licitações são realizadas com base na Concession Contracts Regulations 2016, que estabelece um regime de aquisição mais célere, dando maior flexibilidade à autoridade contratante quanto ao processo.

Por fim, há também licitação para a seleção de parceiro ou parceiros para formar uma joint venture e adjudicar a ela o contrato de parceria público privada.

O maior desafio das PFIs, contudo, surge no momento de execução dos contratos, que requerem gestão cuidadosa para garantir que seja executado de acordo com o que foi pactuado, sobretudo para promover alterações, quando necessário, e para solucionar eventuais conflitos que surgirem ao longo de sua execução. Davies afirma que inicialmente não havia tanta preocupação com o acompanhamento dos contratos, sob a crença de que a empresas teriam por objetivo manter uma boa posição no mercado, ganhar outras licitações ou garantir suas chances de renovação dos contratos.[189] Contudo, em

186 Procedimentos descritos nos artigos 29 e 31 da *Public Contracts Regulations 2015*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents/made. Acesso em: jun. 2021.

187 REINO UNIDO. National Audit Office. **PFI and PF2.** Disponível em: https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2018/01/PFI-and-PF2.pdf. Acesso em: jun. 2021.

188 Mais próximas das concessões comuns do direito brasileiro, regidas pela Lei nº 8.987/1995.

189 DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (Coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017. p. 399.

contratos de longo prazo essas pressões competitivas nem sempre garantiram o bom desempenho do contrato[190], razão pela qual, a autoridade contratante passou a determinar que os servidores públicos passassem a trabalhar em estreita colaboração com o parceiro privado para garantir que os termos do contrato sejam observados ao longo de seu ciclo de vida.

Diante da complexidade da PPP, o descumprimento dos contratos (como, por exemplo, no caso de queda da qualidade dos serviços) são tratados por meio de deduções a serem feitas do pagamento mensal do contrato, já que as cláusulas de 'penalidade'[191] (cláusulas penais contratuais, por infração) não são aplicáveis na lei inglesa.

Diante dos problemas bastante comuns que envolvem a execução de contratos de longo prazo, como o das PPPs, tais como a necessidade de promover mudanças durante sua execução devido a oscilações no mercado, alterações demográficas e outros fatores não considerados no momento da modelagem do contrato, a lei inglesa não fornece opções de alteração com base no interesse público.[192] Além disso, a depender da alteração, deve ser feita nova licitação em conformidade com o art. 72 da Public Contracts Regulations 2015[193] ou

190 Esta conduta foi aferida em estudo empírico realizado por pesquisadores ingleses, no estudo da execução de contratos-padrão no NHS (standard contracts) que demonstrou que, na prática, a resolução formal de disputas foi evitada e o risco financeiro foi realocado em compromissos que às vezes ignoravam as disposições contratuais. (Cf. PETSOULAS, Christina; ALLEN, Pauline; HUGHES, David; VINCENT-JONES, Peter; ROBERTS, Jennifer. The use of standard contracts in the English National Health Service: a case study analysis. **Social Science & Medicine**, n. 73, 185-192, 2011).

191 E mesmo as deduções, segundo a jurisprudência, deve ser proporcional. Segundo Davies, o governo não tem o direito de efetuar deduções que o Judiciário possa vir a considerar desproporcionais, ou seja, devem garantir, ao mesmo tempo, que os montantes envolvidos são suficientes para motivar o contratante a melhorar. (O caso citado como exemplo de decisão neste sentido foi o *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* [2015] UKSC 67, [2015] 3 WLR 1373. Disponível em: https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2013-0280.html. Acesso em: jun. 2021).

192 DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (Coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017. p. 400.

193 O art. 72 do *Public Contracts Regulations 2015* prevê as hipóteses em que não será preciso realizar nova licitação. Contudo, não sendo enquadradas nessas hipóteses, "72 - 9 Será necessário um novo procedimento de contratação em conformidade com esta Parte para as modificações das disposições de um contrato público ou de um termo

o art. 43 da Concession Contracts Regulations 2016[194]. Para solucionar esses problemas, o governo do Reino Unido passou a incluir cláusulas com a previsão de alteração dos contratos, tendo sido aceita pela Suprema Corte quando não se tratar de alteração "substancial".[195]

Outra questão descrita por Davies acerca da execução dos contratos de PPP diz respeito ao compartilhamento de ganhos decorrentes do refinanciamento do contrato, tendo em vista a provável redução de riscos à medida em que os projetos se desenvolvem. Assim, sempre que o nível de risco tende a reduzir, torna-se possível garantir financiamento em condições mais favoráveis. Para solucionar esta questão, foi previsto na minuta de contrato de PFI que o contratante deve obter o consentimento da autoridade pública para o refinanciamento e, com isso, compartilhar o ganho eventualmente obtido (geralmente a metade do ganho obtido ou outro percentual negociado entre as partes). O compartilhamento pode se dar com base em desconto na contraprestação devida ao parceiro privado ou mediante a transferência de um determinado montante.[196]

Davies ainda ressalta que a legislação inglesa, em contraste com outros sistemas jurídicos, não permite que o governo rescinda antecipadamente o contrato, por razões de interesse público. A minuta de contrato padrão da PF2, por exemplo, prevê que a rescisão antecipada acionará a obrigação de compensar o contratante, o que assegura maior confiança ao setor privado na continuidade do contrato, mas gera problemas para a alteração de políticas públicas

de referência [*framework agreement*] durante a sua vigência, para além das previstas neste regulamento".

194 O art. 43 do *Concession Contracts Regulations* 2016 prevê as hipóteses em que não será preciso realizar nova licitação. Contudo, não sendo enquadradas nessas hipóteses, "43 – 10 - Será necessário um novo procedimento de adjudicação do contrato de concessão de acordo com este Regulamento para as modificações das disposições de um contrato de concessão durante a sua vigência, para além das previstas neste regulamento".

195 Conforme decisão do seguinte caso: *Edenred (UK Group) Ltd v HM Treasury* [2015] UKSC 45, [2016] 1 All ER 763. Disponível em: https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0080.html. Acesso em: jun. 2021.

196 DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (Coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017. p. 400.

ao longo do tempo. Contudo, mesmo diante desta previsão, rescisões antecipadas ocorreram em várias ocasiões em que o contratante teve dificuldades financeiras e não foi possível dar continuidade ao contrato. O caso emblemático desta situação diz respeito ao serviço de transporte metroviário de Londres (*London Underground*), em que o Estado teve que reassumir a prestação dos serviços e a situação fática colocou em questão o modelo de transferência de riscos para o setor privado nos contratos de PFI, em serviços essenciais[197].

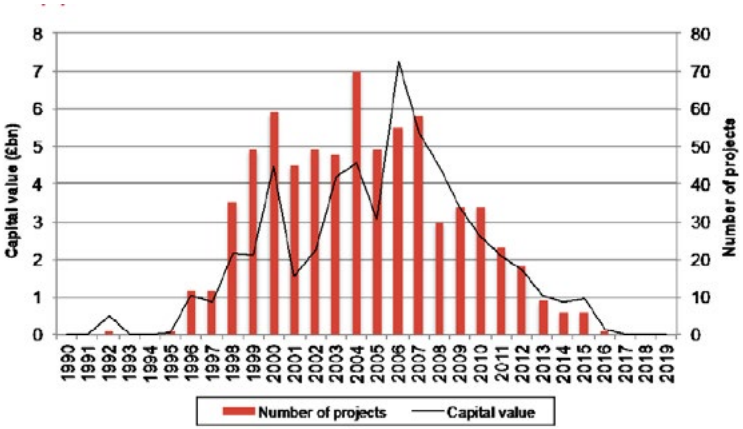
Fechando mais um ciclo da PFI, no Reino Unido, o Tesouro britânico informou, em 2018, que a partir de então, não usaria mais o modelo PF2 para novas contratações; informou também que os contratos existentes não seriam encerrados por causa deste anúncio[198].

Os dados mais recentes do número de projetos em andamento, bem como do valor do capital investido demonstra a queda da utilização do modelo, após os reflexos da crise de 2009.

197 Em estudo sobre o caso do metrô de Londres, Khoteeva e Khoteeva demonstraram que "O fracasso do projeto de PPP veio da combinação de fatores, como más condições de infraestrutura, falta de sistemas financeiros e de gestão de risco, governança corporativa deficiente da empresa do setor privado, incapacidade do setor público de administrar o contrato e a cadeia de abastecimento vinculada.".(KHOTEEVA, M.; KHOTEEVA, D. Public-private Partnerships: a solution for infrastructure development in the UK? Case study of the London Underground Public-private Partnership Project. **International Review of Management and Marketing,** n. 7, v. 1, p. 300-308, 2017). Cf. também sobre o caso do metrô de Londres sob a PFI, o seguinte relatório elaborado para a House of Commons (Câmara dos Deputados): BUTCHER, Louise. **London Underground after the PPP, 2007**. Disponível em: https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn01746/. Acesso em: jun. 2021. A estrutura da prestação dos serviços do metrô de Londres e os aspectos contratuais da PPP foram descritas por HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 428

198 Eis o inteiro teor do comunicado: "The government has announced that it will no longer use PF2, the current model of Private Finance Initiative (PFI) for new government projects. Existing **PFI and PF2** contracts will not end because of this announcement." (REINO UNIDO. HM Treasury. **Private Finance Initiative and Private Finance 2 projects**: 2017 summary data. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-initiative-and-private-finance-2-projects-2017-summary-data. Acesso em: jun. 2021).

O Gráfico apresentado a seguir traz a carteira de projetos PFI e PF2 (2018), por número e valor de capital, por bilhões de libras e por ano de fechamento financeiro[199]:



Para que a PPP não se torne uma alterativa obsoleta, novas perspectivas têm sido apresentadas pelo Banco Mundial para projetos com novos enfoques, como "PPPs regenerativas"; "PPPs resilientes", que visam substituir (ou ampliar) o escopo do VfM, pela sustentabilidade, valor para as pessoas (VfP) e valor para o futuro (VfF)[200].

199 REINO UNIDO. HM Treasury. **Private Finance Initiative and Private Finance 2 projects**: 2018 summary data, 2019. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/805117/PFI_and_PF2_FINAL_PDF1.pdf. Acesso em: jun. 2021.

200 Cf. WORLD BANK. **Regenerative PPPs (R+PPP):** Designing PPPs that keep delivering. 21/07/2021. Disponível em: https://blogs.worldbank.org/ppps/regenerative-ppps-rppp-designing-ppps-keep-delivering. Acesso em: jul. 2021; WORLD BANK. Public-Private Partnerships 2.0: Value for People and Value for Future. 2/07/2021. Disponível em: https://blogs.worldbank.org/ppps/public-private-partnerships-20-value-people-and-value-future. Acesso em: jul. 2021.

4.7 OS PROJETOS INICIAIS DE PPPS NA GRÃ-BRETANHA E NA UE

No Reino Unido, país que já acumula décadas de experiência em projetos de PPP/PFI, dados oficiais indicam que, em março de 2015, havia 722 projetos, dos quais 679 estavam operacionais, com um valor de capital total de £ 57,7 bilhões.[201]

Alguns exemplos da experiência inglesa descritos por Maria Elisa Braz Barbosa facilitam a exposição e podem contribuir para melhor reflexão sobre o tema[202]:

• No setor de saúde, a construção (ou reforma) e operação de hospitais públicos por meio de PPPs, pode ser desenvolvida da seguinte forma: ao invés de o Estado assumir a obra, gerenciar médicos, funcionários e também serviços como limpeza e segurança, a decisão por um projeto PPP permitiu que uma SPV assumisse a construção ou reforma da infraestrutura e a organização de todo o hospital por meio de um contrato de trinta anos, com possibilidade de prorrogação. Os serviços de limpeza, transporte e segurança foram terceirizados por meio de contratos com prazo inferior (sete anos aproximadamente). Todos os funcionários e médicos do hospital são funcionários públicos e o Estado manteve o importante papel de fiscalizador dos contratos.

• No setor de prisões, o governo paga pela disponibilidade de vagas em presídios construídos e operados por particulares os quais, após um processo licitatório, celebram um contrato de longo prazo com o Poder Público e se obrigaram a construir e gerenciar um presídio nos moldes previamente determinados.

• No setor de transportes foram assinados contratos de trinta anos com empresas que passaram a ser responsáveis pelo projeto, execução das obras de infraestrutura, financiamento e operação

201 DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017. p. 390.

202 BARBOSA, Maria Elisa Braz. **O regime jurídico administrativo e as Parcerias Público-Privadas.** Orientador: Vicente de Paula Mendes. 2005. 223f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

(manutenção) de rodovias em determinados níveis de qualidade fixados no edital e contrato. O pagamento dos contratos é vinculado ao atendimento de padrões de desempenho, ao invés do volume derivado da arrecadação tarifária. Garantiu-se, com isso, maior incentivo aos contratados para a prestação de serviços de melhor qualidade.

Em síntese, no Reino Unido, tomou-se como pressuposto que há vantagens socioeconômicas, quando o setor privado gerencia os riscos de financiamento, design, construção da infraestrutura, preocupando-se, evidentemente, com sua funcionalidade (manutenção do estabelecimento em padrões elevados) e quando não há pagamento até que os serviços sejam efetivamente prestados.

Em vários países da União Europeia em que foi adotado o modelo das PPPs, incluindo o Reino Unido, Rui Nogueira afirmou que houve maior concentração na construção de estradas, "[...] pela maior viabilidade de contratos em que a exploração do ativo público tenha uma fonte própria de remuneração, como os pedágios"[203].

Apesar de, na União Europeia, ser reconhecida a importância de se ter boa infraestrutura de estradas, "há um alerta a partir da constatação de que existe, hoje, uma 'overdose' de estadas a partir da adoção do modelo chamado SCUT [Sem Custos pata o Usuário]". Trata-se de "rodovias modernas, construídas e administradas pela iniciativa privada, nas quais os usuários não pagam pedágio. O governo calcula o movimento médio e remunera as administradoras com repasses diretos do Tesouro". Ocorre que "a fartura de asfalto", segundo a Comissão Europeia "está provocando um 'desequilíbrio histórico' nos meios de transporte: as estradas representam 80% (oitenta por cento) do transporte de passageiros e 45% (quarenta e cinco por cento) de mercadorias; o número de carros aumenta em mais de três milhões ao ano, período em que mais de mil quilômetros de estradas são construídos e setecentos quilômetros de ferrovias são desativados". As

203 NOGUEIRA, Rui. Cuidado: governo trabalhando. **Revista Primeira Leitura**, São Paulo, p. 51-55 fev./2004.

estradas não são mais baratas, estão congestionadas, e os custos com segurança e acidentes não param de crescer[204].

Diante disso, feitas todas as ressalvas sobre a relativização da experiência em outros Estados nacionais, "[...] a história da administração inglesa nos últimos 20 anos é um manancial rico de experiências [...] e quando definitivamente assentar o pó da história se há de verificar quão importante foi o laboratório inglês das duas últimas décadas."[205]

4.8 A TRANSPOSIÇÃO DA EXPERIÊNCIA INGLESA PARA O CONTEXTO BRASILEIRO

O tema das parcerias público-privadas recebeu tratamento exaustivo por parte de Stephen Harris, consultor do Internacional Financial Services, de Londres. O consultor britânico, a partir da experiência inglesa, assessorou vários países ao redor do mundo que se encontravam em fase de implantando das PPPs, entre eles, o Brasil.

No contexto da implantação das PPPs, Stephen Harris assinalou que, no Reino Unido, observaram-se, empírica e atentamente, os problemas com a prestação de serviços públicos, durante a década de 80, e os resultados não foram satisfatórios.[206] Gastos financeiros em excesso e atrasos eram comuns em grandes projetos, provocando problemas generalizados. Equipamentos públicos na área de educação, de saúde e outros setores também eram, em sua maioria, insuficientemente mantidos, com inevitável impacto na qualidade dos serviços prestados.

---

204 NOGUEIRA, Rui. Cuidado: governo trabalhando. **Revista Primeira Leitura**, São Paulo, p. 51-55, fev./2004. O autor baseou-se em dados e informações auferidas do Ministério do Tesouro e da Indústria do Reino Unido, do Ministério do Planejamento no Brasil, do Sindicato Nacional da Indústria de Construção Pesada (Sinicon) e UK Partenerships.

205 CAMPOS, Antonio Correia. Administração pública: bloqueio e desenvolvimento. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v, 33, n. 6, p. 171-189, nov.- dez, 1999, p. 182.

206 HARRIS, Stephen. **How to access UK expertise in Public Private Partnerships.** Disponível em: http://www.ppp.mg.gov.br/uWbrasilia.pdf. Acesso em: 24 nov., 2004.

A comparação entre o desenvolvimento das atividades do modo estatal convencional e mediante a participação do setor privado foi fundamental para a implementação de projetos PPPs, como alternativa viável para o desenvolvimento de projetos de infraestrutura e prestação de serviços públicos. De fato, foi a partir dessa observação baseada na experiência, que se identificaram quais seriam as melhores formas de execução, inclusive sob o ponto de vista da restrição orçamentária.

No Reino Unido, os projetos que teriam apresentado resultados mais atraentes foram verificados nos setores de educação (rede de escolas), saúde (hospitais), segurança pública, (prisões), transporte (rodovias, ferrovias, aeroportos, portos) e gestão de patrimônio imobiliário público. Já no setor de tecnologia e informação, por exemplo, percebeu-se que contratos de longo prazo não trouxeram benefícios.

Vale transcrever o que o embaixador do Brasil Maurício Bustani, sediado em Londres à época, havia dito em 2004, sobre o instrumento jurídico. O embaixador assinalou que "[...] a realização de parcerias no país tem como antecedente o processo de privatização durante os anos 80, com a transferência para o setor privado de atividades e serviços antes oferecidos pelo setor público".[207] Além disso, ele observou que as PPP têm sido implementadas por meio de contratos de longo prazo, com vistas a atingir dois objetivos: a prestação de serviços públicos eficientes e a criação de novas opções para as finanças públicas, especialmente no que toca a projetos de infraestrutura.

No tocante ao desempenho das parcerias no país onde elas se originaram, o embaixador brasileiro assinalava, no início dos anos 2000, que:

> [...] foram assinados contratos no valor aproximado de 25 bilhões de libras, desde o início dos anos 90, havendo cerca de dois terços desse valor sido contratados após 1997, especialmente nos setores

207 BUSTANI, José Mauricio. PPP: lições da experiência britânica. **Folha de S. Paulo**, de 11 de nov. de 2004, Tendências e debates, p. A3.

> de transporte, saúde e defesa. Com relação ao número de contratos, foram implementadas mais de 600 parcerias desde o início da década passada, 90% das quais, a partir de 1997, com a multiplicação de parcerias nos níveis regional e local. A experiência britânica distingue-se pela predominância de projetos na área social, com a construção de hospitais e de grande número de escolas.[208]

Assegurando que as parcerias apresentam "avaliação favorável", no Reino Unido, como ferramenta de implementação de políticas públicas, o diplomata anotava que

> A dimensão e a importância do experimento britânico permitem uma avaliação equilibrada da potencialidade das PPP como instrumento de políticas públicas. Observo que é largamente majoritária, no Reino Unido, a avaliação favorável das parcerias público-privadas. Embora o financiamento privado de atividades no Reino Unido seja mais caro do que o financiamento público, há evidências consistentes de que a transferência de riscos para as partes mais aptas a administrá-los, bem como as sinergias que surgem da concentração das operações de "*design*", construção e administração no setor privado, têm propiciado maior eficiência, em termos de qualidade e custos de longo prazo, em comparação com a oferta exclusivamente pública dos serviços.[209]

A respeito da responsabilidade fiscal, acredita-se que as PPPs são perfeitamente compatíveis com a solidez fiscal. Até porque

208 BUSTANI, José Mauricio. PPP: lições da experiência britânica. **Folha de S. Paulo**, de 11 de nov. de 2004, Tendências e debates, p. A3.

209 BUSTANI, José Mauricio. PPP: lições da experiência britânica. **Folha de S. Paulo**, de 11 de nov. de 2004, Tendências e debates, p. A3.

todas as despesas decorrentes das parcerias são, necessariamente, "previstas nos orçamentos anuais dos departamentos responsáveis". Além disso, no Reino Unido, existe "um órgão central com a atribuição de monitorar os impactos orçamentários dos projetos, o que também contribui para que os compromissos sejam honrados". Para ele, o modo como se configuram os indicadores fiscais no "país com a menor razão dívida pública/PIB, no âmbito do G-7, revela a limitação dos argumentos que associam as parcerias à irresponsabilidade fiscal". É que, comparativamente, as PPPs têm apresentado desempenho muito superior às atividades do setor público, aspectos concernentes não só aos limites orçamentários, como também aos cronogramas de prestação de serviços ao público.[210]

De sua observação da experiência das PPPs, no Reino Unido, o diplomata brasileiro ressalta como primordiais em termos de "lição" para o Brasil os seguintes itens: o "compromisso político inequívoco para a atração de investimentos"; a importância de recorrer-se a conhecimentos especializados no assunto; a priorização de projetos com maior retorno socioeconômico "e a importância de uma correta transferência de riscos para o setor privado que estimule a eficiência do projeto e que, ao mesmo tempo, preserve sua rentabilidade.

O autor afirmava, ainda naquele contexto, que as "lições da experiência inglesa" podem contribuir para reduzir percalços e favorecer seus resultados no Brasil e propiciar o adequado "aproveitamento de mais uma oportunidade que se apresenta para a satisfação dos objetivos mais fundamentais da sociedade brasileira"[211].

210 Contudo, estudo empírico, qualitativo e quantitativo, realizado em 2011, problematizou os métodos como os cálculos para definir os valores dos contratos têm sido feitos pelas autoridades públicas, nos contratos de PFI, do NHS, no Reino Unido, notadamente considerando a questão do compartilhamento de riscos e identificação das incertezas. (Cf. BROADBENT, Jane; GILL, Jas; LAUGHLIN, Richard. Identifying and controlling risk: The problem of uncertainty in the private finance initiative in the UK's National Health Service. **Critical Perspectives on Accounting.** v. 19, n. 1., p. 40-78, 2011).

211 BUSTANI, José Mauricio. PPP: lições da experiência britânica. **Folha de S. Paulo**, 11 nov. 2004, Tendências e debates, p. A3.

Neste contexto, ainda sob os aspectos positivos dos projetos de PFI no Reino Unido, Yescombe e Farquharson observam que "O nível geral de disponibilidade / risco de desempenho, uma vez que uma instalação foi concluída, é normalmente muito baixo, pois nenhum dos cerca de 800 projetos PFI britânicos foram encerrados até agora por indisponibilidade ou serviço precário"[212].

4.9 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE O MODELO DO REINO UNIDO E O MODELO BRASILEIRO

Considerando todas as informações discutidas e a multiplicidade de aspectos que envolvem a configuração jurídica da PFI do Reino Unido e da PPP brasileira, apresentam-se no quadro a seguir, as principais semelhanças e as diferenças entre os modelos, como síntese comparativa, seguidos de alguns comentários adicionais[213].

212 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 176.

213 Cf. os seguintes trabalhos, publicados no Brasil, sobre o tema: PECI, Alketa; SOBRAL, Filipe. **Parcerias público-privadas:** análise comparativa das experiências britânica e brasileira. Cad. EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 01-14, jun. 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512007000200011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21 fev. 2021. https://doi.org/10.1590/S1679-39512007000200011; COSSALTER, Philippe. A "Private Finance Iniciative". *In:* TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia Nester (Org.) **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 e COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

QUADRO 1

Semelhanças e diferenças entre a PPP brasileira e a PFI do Reino Unido: síntese comparativa

Características	**Brasil**	**Reino Unido**	**Semelhanças e diferenças**
Legislação	Lei nº 11.079/2004	*Public Contracts Regulations* 2015 e *Concession Contracts Regulations* 2016 *Guidelines*	A legislação do Reino Unido citada incide parcialmente sobre a contratação das PFI, sendo a regulamentação da contratação feita por meio de diretrizes e orientações do próprio governo (*guidelines*), para as PFI, sendo que também incide a legislação dos contratos de direito privado.

Conceitos transferidos[214]	Especialmente o art. 4º, incisos I, VI e VII, da Lei nº 11.079/2004	*PF2: a user guide* (instruções emitidas pelo governo)	Os conceitos-chave da modelagem da PFI britânica foram introduzidos na legislação brasileira, a saber: *Value for money* (VfM), transferência de riscos e avaliação por desempenho e por resultados
Decisão acerca da escolha da PPP	Art. 10, I, a e 10, VI, da Lei nº 11.079/2004	PSC (*Public Sector Comparato*r)	A legislação brasileira determina que a autoridade pública deve motivar a opção pela forma de parceria público-privada. No Reino Unido foi criado um sistema (o PSC) para demonstrar que o projeto de PFI modelado é mais vantajoso economicamente para justificar sua adoção, sendo obrigatória a demonstração do VfM

214 PECI, Alketa; SOBRAL, Filipe. Parcerias público-privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 01-14, jun. 2007.

Licitação	Capítulo II, da Lei nº 11.079/2004 e aplicação subsidiária de outras normas de compras públicas, notadamente, da Lei nº 8.666/1995, Lei nº 14.133/2021 e da Lei 8.987/1995, além de regulamentos	*Public Contracts Regulations 2015 e Concession Contracts Regulations 2016*	As concorrências passaram a ocorrer no Reino Unido, com maior frequência, após a internalização da legislação de compras públicas da União Europeia citadas, apesar de poder ser dispensada pela autoridade contratante na ausência de incidência destas regras. No caso brasileiro, a legislação é bastante detalhada e contém uma série de requisitos e procedimentos para a contratação.

Contrato	Capítulo II, da Lei nº 11.079/2004 e aplicação subsidiária de outras normas de compras públicas, notadamente, da Lei nº 8.666/1995, Lei nº 14.133/2021 e da Lei 8.987/1995, além de regulamentos	Standardisation of PF2 Contracts Estabelece a minuta do contrato a ser utilizado pelas autoridades contratantes	A principal diferença é o regime jurídico dos contratos: na legislação brasileira trata-se de contrato de direito público, com legislação própria, enquanto na legislação do Reino Unido os contratos são regidos pelo direito privado e, excepcionalmente, em razão do *case law* (*natural justice* ou a doutrina *ultra vires* [desvio de finalidade] incidem normas de direito público.

Estrutura governamental	Comitês gestores definidos em cada nível federativo, com grande variação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios	*Infrastructure and Projects Authority (IPA)* *PFI Centre of Excellence*	Há, em diferentes níveis e graus, estruturas administrativas responsáveis pela condução das PPPs. Tais estruturas podem ser preparatórias e modeladoras dos projetos de PPP ou implementadoras das parcerias.
Sociedade de propósito específico	Capítulo IV, da Lei nº 11.079/2004	*Special Purpose Vehicle* (SPV)	Em ambos os sistemas deve ser criada uma pessoa jurídica específica para o desenvolvimento do projeto.

Garantias do parceiro público	Capítulo III, da Lei nº 11.079/2004	*Standardisation of PF2 Contracts*	Na legislação brasileira são expressas as garantias prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado. No modelo inglês, elas não fazem parte da estrutura geral da PFI[215], mas podem ocorrer devido a políticas públicas e programas de financiamento específicos[216].

215 Há previsão expressa na minuta de contrato PF2, da qual se destaca a seguinte passagem: "21.2.2 As autoridades devem estar cientes de que as contribuições de capital combinadas com outros arranjos de apoio do setor público, como ações do setor público ou garantias, podem ter o efeito adverso de alterar o equilíbrio geral da transferência de risco. Consequentemente, o montante das contribuições de capital deve ser considerado juntamente com outros acordos do setor público, de modo a não prejudicar este princípio." (REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts**. Dezembro 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jul. 2021).

216 Sobre os programas de financiamento criados pelo Reino Unido para o enfrentamento da crise financeira global dos anos 2009, Cf. CONNOLY, Cierran; WALL, Tony. The impact of the global financial crisis on public–private partnerships: a UK perspective. *In:* GREVE, Carsten; HODGE, Graeme (Coord.). **Rethinking Public-Private Partnerships:** strategies for Turbulent Times. London: Routledge, 2012, p. 40-42.

Prazo	Art. 5º, I, da Lei nº 11.079/2004: de 5 a 35 anos	*Standardisation of PF2 Contracts*	Os prazos são semelhantes na experiência prática, porém o prazo dos contratos PFI da legislação inglesa não é determinado por lei e não há previsão de limites máximos e mínimos, como ocorre na legislação brasileira.
Arranjos contratuais	Concessão patrocinada e concessão administrativa	*PF2: a user guide*	Os arranjos contratuais da PFI inglesa são mais abrangentes pois incluem também as concessões comuns do direito brasileiro.

Arbitragem	Art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004	*Standardisation of PF2 Contracts*	A forma comum de solução de controvérsias nos contratos ingleses, de forma geral, é a arbitragem, aplicando-se também às PPPs. No direito brasileiro, a arbitragem foi introduzida nas contratações públicas pela lei das PPPs e depois passaram a ser previstas para outros tipos e contratos administrativos.
Financiamento	Setor público, privado e multilateral	Setor público, privado e multilateral	Os financiamentos são múltiplos em ambos os países, o que muda é a ênfase, sendo que no Reino Unido, o financiamento privado tem peso significativo, ao contrário do financiamento por meio de bancos públicos de fomento, no Brasil

Limites de despesas orçamentárias	Art. 4º, "a"; Art. 10, I, b e art. 28, da Lei nº 11.079/2004	*Guidelines*	A legislação brasileira é considerada pioneira em estabelecer limites de gastos com contratos de Parcerias Público-Privadas. A partir de 2015, o Governo passou a estabelecer tetos de gastos para os projetos de PF2.
Participação social	Art. 10, VI, da Lei nº 11.079/2004; art. 39, Lei nº 8.666/1993	Não previsto	A legislação brasileira obriga a realização de consultas públicas e audiências públicas formais, o que não ocorre no Reino Unido, sendo objeto de crítica de parte da literatura sobre o assunto

Fonte: Pesquisa bibliográfica - Dados e referências extraídas deste capítulo

Em linhas gerais, a PPP brasileira e a PFI inglesa têm como semelhança os elementos-chave do conceito de PPP, a partir das seguintes características[217]:

217 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 9.

• trata-se de um contrato de longo prazo envolvendo tendo como partes o setor público e um setor privado;

• o projeto, a construção e a operação da infraestrutura pública (o que pode incluir também sua reforma) será desenvolvido pelo setor privado;

• o capital privado será utilizado para financiar a totalidade ou uma parte substancial do projeto, envolvendo as instalações e a construção;

• ao longo da vigência do contrato de PPP poderão ser efetuados pagamentos para o setor privado pelo setor público ou pelo público em geral, como usuários das instalações ou serviços ou por ou ambos os setores;

• os bens vinculados aos serviços e instalações poderão permanecer como propriedade do setor público ou serem revertidos para o setor público no final do contrato de PPP;

• o contrato prevê alguma forma de compartilhamento de risco entre as partes; e

• podem incluir a prestação de um serviço público.

Conforme descrito no Quadro 1, no caso brasileiro a 'PPP' é definida de forma mais restrita e diz respeito aos contratos em que o parceiro público é a entidade que paga pelo serviço, ainda que parcialmente[218] e concessão é usada para descrever aqueles acordos do tipo PPP em que o público em geral, como os usuários, paga pelo serviço. A PFI do Reino Unido, por sua vez, pode englobar todos esses arranjos contratuais. Essas diferenças, conforme demonstrado nos capítulos anteriores, é produto da história e da formação das leis de cada país que podem instituir diferentes modelos de Private Finance Initiative (PFI), termo originário do Reino Unido.

Acerca da decisão pela utilização da PFI, foi desenvolvido no Reino Unido nas décadas de 1980 e 1990 a ferramenta do PSC (Public

218 YESCOMBE e FARQUHARSON demonstram que além do Brasil este arranjo é semelhante na França. Cf. YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 13.

Sector Comparator) para avaliar se uma proposta de PPP apresentava boa relação custo-benefício (VfM) que justificasse sua adoção. O instrumento pretendeu fornecer uma base numérica mais "objetiva" para a decisão das autoridades públicas de uma forma simples, clara e 'científica'. No entanto, a credibilidade dessa abordagem foi objeto de críticas[219].

Cruz e Cruz afirmam que a demonstração de VfM nos projetos de PPP nem sempre corresponde à realidade. Os autores concluem que "Em muitos casos, os governos reconhecem que o projeto só seguirá em frente se for desenvolvido sob um modelo de PPP, porque não há fundos públicos disponíveis para apoiá-lo." E acrescentam que "Em alguns países, como o Brasil, o PSC nem é calculado porque há um compromisso político com o modelo."[220] E concluem que esse tipo de abordagem não deve ser considerado um bom exemplo para a tomada de decisão para este tipo de contratação.

Quanto a questão dos limites de despesa orçamentária com PPP, Yescombe e Farquharson afirmaram que o Brasil foi um dos primeiros países a usar um teto orçamentário de disponibilidade para gastos com PPPs, estabelecendo um limite para compromissos de pagamento PPP anuais de 5% da receita corrente líquida do ano anterior (e de 5% da receita líquida projetada nos próximos 10 anos). Os mesmos autores afirmam que, mais recentemente, a Grã-Bretanha anunciou um limite absoluto geral ou "controle total" de 70 bilhões de libras, durante

219 Estudos realizados na Grã-Bretanha em 2002 e 2004 (MacDonald 2002, Flyvbjerg et al. 2004) demonstraram o "viés de otimismo" utilizado como base para ajustar os resultados de projetos do setor público com base nos riscos projetados. Cf YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018 e Cf. BROADBENT, Jane; GILL, Jas; LAUGHLIN, Richard. Identifying and controlling risk: The problem of uncertainty in the private finance initiative in the UK's National Health Service. **Critical Perspectives on Accounting.** v. 19, n. 1., p. 40-78, 2011. p. 45-51.

220 CRUZ, Carlos Oliveira; CRUZ, Rui Cunha Marques. **Infrastructure Public-Private Partnerships:** decision, management and development. Heidelberg: Springer, 2013. p. 15.

os cinco anos, a partir de 2015-16 para limitar os compromissos de pagamento de PPP do governo central[221].

A literatura estrangeira destaca, no caso das PPPs brasileiras, a existência de fundo garantidor para estabelecer a confiança dos parceiros privados. Afirmam Yescombe e Farquharson, neste contexto, que

> No Brasil, por exemplo, existe legislação específica para garantir que as dotações futuras para obrigações de pagamento de PPP sejam tratadas da mesma forma que as obrigações futuras de pagamento do serviço da dívida nos níveis federal e estadual. O Brasil e vários outros países também estabeleceram fundos garantidores apoiados por ativos estatais identificáveis e gerenciados de forma independente, que podem ser usados para atender aos pagamentos se o governo não o fizer. A intenção é estabelecer confiança para que, com o tempo, esse apoio não seja mais necessário[222].

A participação social é outro destaque da legislação brasileira. Esta participação costuma ser ressaltada como vantagem positiva, desde que não prejudiquem o processo, como concluem Cruz e Cruz, ao afirmarem que "A existência de consultas públicas formais, como audiências públicas (por exemplo, antes que as partes assinem o contrato), pode ser uma boa prática se forem rápidas e não atrasarem muito o processo de implementação de PPP (por exemplo, ver o caso do Brasil)"[223].

221 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 108.

222 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 82.

223 CRUZ, Carlos Oliveira; CRUZ, Rui Cunha Marques. **Infrastructure Public-Private Partnerships:** decision, management and development. Heidelberg: Springer, 2013. p. 126.

Quanto ao financiamento do projeto, pelo setor público, o caso brasileiro chama a atenção dos analistas estrangeiros, pela utilização massiva da estrutura de National DFI[224].

Assim, se o financiamento do projeto não puder ser obtido do mercado de títulos, ou de uma fonte multilateral ou internacional, o governo será forçado a usar o financiamento da dívida do setor público para o programa de PPP. Yescombe e Farquharson afirmam que "Isso pode soar paradoxal se o objetivo principal de um programa de PPP for evitar o uso do orçamento público para financiar a infraestrutura" [225].

O ideal é que isso não ocorresse, de forma que, embora um banco de desenvolvimento do setor público forneça algum investimento de capital por parte do setor público, ele deve ser capaz de levantar a maior parte do financiamento necessário no setor privado, de forma autônoma, isto é, fora do orçamento do setor público. Os autores citados consideram como exemplo típico de uso de um banco de desenvolvimento do setor público para o financiamento de PPPs, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), "[...] que tem desempenhado um papel significativo no financiamento do programa de PPP do Brasil" [226].

Eles ainda avaliam que o problema deste tipo de financiamento é a falta de isenção nas escolhas, pressão política para oferecimento de crédito e o consequente risco de financiamento de projetos mal estruturados.

Quanto ao controle externo, Yescombe e Farquharson afirmam que, no Reino Unido, o órgão de controle (*National Audit Office)* realiza avaliações auditorias ex post para verificar se os processos e orientações acordados foram seguidos[227] No caso brasileiro, o controle

224 DFI - *Development-finance institution*, uma entidade nacional ou multilateral que pode fornecer financiamento (ou garantias de dívida para) uma empresa do projeto de PPP.

225 YESCOMBE,; FARQUHARSON, *op. cit,*. p. 338.

226 *Idem* p. 338

227 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 42

externo pode ser prévio, concomitante ou a posteriori, devendo-se destacar a existência de resoluções das Cortes de Contas (da União e de Estados) determinando a aprovação prévia de editais de licitação e contratação de PPPs.

Considerando todo o exposto, observa-se que, mesmo diante de tantas diferenças decorrentes dos sistemas jurídicos e formação histórica do direito, a implantação da modelagem de PPP, no Brasil, teve como orientação guia, a PFI do Reino Unido.

5. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE: ESTUDO DO CASO DOS CONTRATOS DE PPP NO BRASIL

Maria Tereza Fonseca Dias

Danuza Aparecida de Paiva e Maria Grabriela Freitas Cruz[228];

Luiza Valgas de Paula e Victória Veloso Faraco [229]

Bruno Fontenelle Gontijo; Sarah Dornelas Alencar e

Thiago Meokarem Andrade Godoy[230]

No ano de 2019 foi instituído na Faculdade de Direito da UFMG, o grupo de pesquisa "Parcerias Público-Privadas na saúde, no Direito Brasileiro: estudo das modelagens contratuais" visando analisar os contratos de PPP na saúde vigentes e analisar seus principais aspectos, considerando as questões polêmicas e divergentes na literatura sobre o assunto. O presente capítulo apresenta os resultados deste estudo, e analisa as parcerias na saúde, tomando como base o direito social à saúde, na Constituição de 1988.

5.1 DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Na comunidade internacional, o desenvolvimento da ideia de saúde como direito decorre em grande parte do surgimento das Nações Unidas e da Organização Mundial de Saúde. Essa última traz em sua

228 Mestras em direito pela UFMG, ex-participantes do Projeto de Pesquisa "Parcerias Público-Privadas na saúde, no Direito Brasileiro: estudo das modelagens contratuais." Faculdade de Direito da UFMG.

229 Mestrandas em direito, pela UFMG, ex-participantes do Projeto de Pesquisa "Parcerias Público-Privadas na saúde, no Direito Brasileiro: estudo das modelagens contratuais." Faculdade de Direito da UFMG.

230 Bacharéis em direito pela UFMG, ex-participantes do Projeto de Pesquisa "Parcerias Público-Privadas na saúde, no Direito Brasileiro: estudo das modelagens contratuais." Faculdade de Direito da UFMG.

Carta de Princípios, o reconhecimento desse direito e da obrigação do Estado na promoção e proteção da saúde, estabelecendo que "[...] saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade"[231].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua vez, em seu art. 25, proclama:

> Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle[232].

Uma análise histórica do direito social à saúde revela, inicialmente, que ele não era reconhecido como obrigação estatal frente aos cidadãos. Isso se explica porque a própria ideia de cidadania é recente e os direitos sociais têm o seu surgimento nas Constituições apenas a partir do Século XX. Antes desse período, como explica Duarte, prestações referentes à garantia das condições básicas para manutenção da vida eram prestadas de forma voluntária por organizações filantrópicas. Igrejas prestavam diretamente esses serviços como forma de caridade[233], enquanto alguns trabalhadores formavam associações de ajuda mútua e clubes de fraternidade. Este fenômeno já era observado na Inglaterra e nos EUA no final do Século XIX, dos quais se destacam os Freemasons, ativos até os dias atuais.

231 OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova Iorque: OMS, 1948. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em 12 mar. 2019.

232 ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948.

233 DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde**: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011, p. 132.

Desse modo, ainda que hoje em dia o reconhecimento da existência desse direito não encontre resistência, ele era tratado, na esfera privada, como assistência aos desafortunados e não contava com seu status de direito subjetivo e nem como dever de oferta de prestações, pelo Estado.

No Brasil, esse reconhecimento tardou e, antes da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde só era atribuição do Estado para os trabalhadores contribuintes da previdência social. O restante da população arcava com os custos dos serviços de saúde, recorria a instituições de caridade ou simplesmente não tinha acesso a esses serviços. Historicamente, a Constituição de 1934, amplamente inspirada na Constituição de Weimar, já previa a proteção da saúde a ser exercida de forma concorrente pela União e os Estados (art. 10, II)[234], porém este direito ainda estava associado a existência de vínculo trabalhista.

Atualmente, a saúde é explicitamente um dos direitos sociais previstos no art. 6º, caput, da Constituição de 1988 e também decorre da análise sistêmica de outros direitos fundamentais. Isso porque não é possível usufruir do direito à vida e à dignidade da pessoa humana sem condições mínimas de sanidade física e mental. O direito à saúde foi tratado do art. 196 ao art. 200, no âmbito de um sistema mais amplo, que é o da Seguridade Social. Entre outras disposições, a Constituição de 1988 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição de 1988, portanto: a) considera a saúde como direito subjetivo de todos os brasileiros; b) reconhece seu status de direito social; c) tratou de assegurar às prestações à saúde como dever do Estado; d) estabeleceu a competência comum dos entes federados

234 Art 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas.

sobre o tema (art. 23, II CF/88)[235]; e) admitiu a participação da iniciativa privada no sistema de saúde, de forma complementar[236] .

A responsabilidade do Estado não se restringe, conforme a Constituição, apenas ao combate de doenças e epidemias, mas também em promover medidas preventivas e fornecer tratamentos, medicamentos, hospitalização e outros cuidados.

Os direitos sociais são considerados normas da segunda geração de direitos fundamentais, na qual o Estado abandona a postura abstencionista do Estado Liberal e passa a interferir na esfera privada dos indivíduos para garantir-lhes condições mínimas de existência, na tentativa de reduzir as desigualdades existentes. Neste contexto, de acordo com Fernandes, a chamada "Teoria do mínimo existencial" estabelece que só é possível que alguém goze plenamente seus direitos individuais, se houver a garantia de proteção das necessidades básicas do ser humano[237].

5.2 SAÚDE COMO DIREITO *PRIMA FACIE*

O efetivo direito à saúde deve ser, primeiramente, ofertado pelo Estado por meio de políticas públicas, que possuem as seguintes características: (I) sua formulação é de competência dos Poderes Executivo e Legislativo; (II) representam intervenções estatais de ação ou omissão; e (III) são resultados de ponderação entre conflitos de interesses divergentes. Tal ponderação é necessária, pois a concretização dos direitos fundamentais é muito dispendiosa, o que impossibilita que o Estado ofereça aos indivíduos, de forma direta, todos os direitos sociais que a Constituição determinou que devem ser garantidos.

É notória a natureza principiológica das normas de direitos fundamentais, sendo que, neste estudo, são relevantes os direitos de segunda dimensão. Dessa maneira, pode-se afirmar que as políticas públicas são formuladas e concretizadas a partir da ponderação entre princípios conflitantes (dentre eles o princípio da reserva do possível, de âmbito orçamentário e financeiro), com o objetivo de fazer

prevalecer prioridades e interesses. Em caso de colisão entre dois princípios abstratos, é necessário observar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias do caso concreto e, caso seja necessária a restrição de um deles, deverão ser ponderados.

Nesse ponto, a teoria dos princípios, de Robert Alexy, oferece instrumentos para a solução deste tipo de conflito. Ela dissocia as normas jurídicas entre regras e princípios, sendo que ambos expressam um dever ser, existindo entre eles uma diferença qualitativa. Enquanto as regras são normas que devem ser cumpridas de maneira exata, os princípios sugerem que algo que deve ser cumpridos na maior medida possível, como mandamento de otimização[238].

Assim, caso estejamos diante de direito fundamental veiculado por um princípio ou uma regra, sua observância deve ser realizada, mas deve existir uma hierarquia entre os princípios e regras, em caso de conflitos. Para Alexy, uma regra determinada pela Constituição tem prioridade sobre um princípio constitucional, já que as regras implicam em direitos definitivos e os princípios, em direitos prima facie, que podem ser convertidos em direitos definitivos quando um princípio oposto não determinar de forma diversa. De acordo com Alexy, é a ponderação entre princípios que determina quais os direitos sociais um indivíduo possui.[239]

O art. 196 da Constituição Federal é categórico ao afirmar que

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário

238 Cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca. As teorias de Robert Alexy na jurisprudência do STF nos casos de direito administrativo. *In:* GAMBOGI, Luis Carlos Balbino; MURTA, Antônio Carlos Diniz; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (Orgs.). **Teorias de justiça na contemporaneidade.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 89-138. [Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia, v. 7].

239 ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

> às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.[240]

Não se pode extrair deste artigo que a Constituição garantiu aos indivíduos um direito absoluto à saúde, mas apenas um direito *prima facie*, que se tornará definitivo por meio da ponderação entre princípios, tendo por base a proporcionalidade entre outros direitos sociais constitucionais. No entanto, pondera Luciana Duarte essa ponderação é desnecessária quando o direito social à saúde coincide com o direito à vida (demanda de saúde de primeira necessidade), momento em que o Poder Público está absolutamente vinculado à sua observância.[241] De acordo com a citada autora, há uma hegemonia incontestável da vida, enquanto valor defendido pela Constituição - ainda que em conflito com outros direitos fundamentais, sendo sua preservação o núcleo central e essencial do direito à saúde. Essa seria uma hipótese em que Alexy define normas de direitos fundamentais que se manifestam não apenas como direito *prima facie*, mas como direitos definitivos, confundindo-se com uma regra. Por outro lado, a autora faz menção a autores que defendem que o direito à saúde deve ser assegurado apenas pela oferta básica de medidas preventivas e assistência médica. Esse é um ponto controvertido em que ainda não existe solução pacífica.

5.3 DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE

Em virtude da previsão constitucional, surge a possibilidade de que as prestações da área passem a ser exigidas no âmbito do Poder Judiciário, na hipótese de inércia do Estado em ofertá-los. Dessa forma, uma vez previsto no rol dos direitos dos cidadãos como de

240 BRASIL. **Constituição da República Federativa (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 out. de 2019.

241 DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde**: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011.

responsabilidade do Estado, o descumprimento desse dever estatal gera consequências jurídicas. Cabe salientar que as demandas por efetivação de direitos fundamentais são infindáveis e carecem de intervenção judicial. Isso porque apesar do Poder Judiciário não abarcar a função de formulação de políticas públicas, por meio da judicialização é possível garantir o acesso a serviços/medicamentos/procedimentos não fornecidos [242].

Os grandes desafios da judicialização são os seus limites (fáticos e jurídicos); a ausência de parâmetros objetivos para a apreciação e deferimento dos pedidos; a reiterada negação da prestação adequada pelo poder público; as próprias desigualdades sociais do país e o desenvolvimento tecnológico do setor, que geram demandas infindáveis e ilimitadas na área. Os analistas do tema são quase unânimes em dizer que a judicialização interfere diretamente na execução das políticas públicas da saúde.

5.4 DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E SEU FINANCIAMENTO

Embora, tradicionalmente, os direitos sociais sejam considerados normas programáticas, existem previsões estabelecidas para garantir o investimento mínimo no setor da saúde. A Constituição prevê que o valor gasto pela União nunca deve ser inferior a 15% do somatório das receitas tributárias dos onze meses anteriores (art. 198, §2º, II)[243], levando-se em conta o valor investido no ano anterior,

242 Neste contexto, cf. o profícuo trabalho acadêmico de Octávio Ferraz, desenvolvido no King's College Londres, entre as quais destacamos as seguintes: FERRAZ, O. Moving the debate forward in right to health litigation. **Health and human rights**. n. 18, v. 2, p. 265-268, Dec., 2016; FERRAZ, O. L. M. Between Activism and Deference: Social Rights Adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. *In:* ALVIAR GARCIA, H., KLARE, K. & WILLIAMS, L. A. (eds.). **Social and economic rights in theory and practice**: Critical Inquiries. London: Routlegde, 2015; FERRAZ, O. L. M. Inequality, not insufficiency: making social rights real in a world of plenty. **Equal Rights Review,** n. 12, p. 77-94, 2014.

243 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: [...] II – no caso dos Estados e do Distrito

acrescido da variação nominal do PIB (Produto Interno Bruto), sendo vedada a redução do valor investido, conforme previsto no art. 5º da Lei Complementar 141/2012.[244] Importante ressaltar que o art. 198 da Constituição define que o cálculo percentual deva ser feito sobre o somatório das receitas tributárias, que por definição, não inclui os valores previstos nas alíneas do inciso IV, do art. 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2001).[245]

A Lei Complementar 141/2012 estabelece que o percentual mínimo de investimento por parte dos estados deva ser de 12% de sua receita, enquanto para os municípios e o Distrito Federal, esse percentual é de 15%. Esses valores devem ser repassados ao Fundo Nacional de Saúde, que transferirá os recursos aos Fundos de Saúde de cada ente federativo. A não observância dos valores mínimos de investimento pode ensejar a intervenção federal ou estadual (nos casos dos municípios) com o intuito de assegurar a devida aplicação no setor da saúde (art. 34, VII, e, e art. 35, III da Constituição Federal).

Contudo, é preciso ressaltar que, mesmo diante deste sistema - que, em tese garantiria recursos para a saúde - com a Emenda

Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

244 Lei Complementar 141/2012 - Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. [...] § 2o Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

245Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: [...] IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.
Além disso, nos estados de Amapá e Roraima e no Distrito Federal não se incluem no somatório os recursos recebidos da União para pagamento de pessoal (LC 101, IV, §2).

Constitucional nº 95 (EC 95), aprovada em 2016, foi instituído Novo Regime Fiscal implantando o "teto de gastos" do orçamento da União. A EC 95 determinou que, em 2017, as despesas primárias teriam como limite a despesa executada em 2016, corrigida em 7,2%. A partir de 2018, vigoraria o limite do exercício anterior, atualizado pela inflação de doze meses. Na prática, esta Emenda "congelou" as despesas primárias por duas décadas, afetando drasticamente o financiamento da saúde e, consequentemente, o exercício dos direitos sociais assegurados pela Constituição.[246]

5.5 DIREITO SOCIAL À SAÚDE E SUA ESTRUTURAÇÃO

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, cujas principais diretrizes são: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e a participação da sociedade. É com essa definição que a Constituição Federal, em seu art. 198[247], estruturou o Sistema Único de Saúde. Criado em 1990 pela Lei nº 8.080, o SUS preza pelo princípio da universalização da saúde. Como forma de viabilizar a efetividade desse direito, o Sistema Único de Saúde possui funções que vão além do atendimento preventivo e de urgência. Dessa forma, o Estado assegura uma presença permanente em todos os setores que envolvam a saúde da população, desde a formulação e execução de políticas públicas

246 Cf. sobre o tema os trabalhos de Élida Graziane Pinto, dos quais destacamos o seguinte artigo de divulgação, que contém outras referências sobre o tema: PINTO, Élida Graziane; AFONSO, José Roberto. Pouca saúde. **Le Monde Diplomatique Brasil,** 20 junho 2020. Disponível em: https://diplomatique.org.br/pouca-saude/. Acesso em: maio, 2021.

247 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.

de saneamento básico até o controle e fiscalização de alimentos e substâncias perigosas, em conformidade com art. 200 da Constituição de 1988[248].

Nesse sistema integrado, a iniciativa privada tem liberdade para prestar assistência à saúde à população, de forma gratuita ou onerosa, neste último caso, cobrando os custos dos procedimentos dos usuários finais. As entidades privadas podem firmar contrato de direito público ou convênio, a fim de participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, seguindo as suas diretrizes. No que se refere às entidades filantrópicas e às sem finalidade lucrativa, essas possuem preferência na integralização do Sistema, ao passo que as instituições privadas com finalidade lucrativa estão expressamente vedadas de receber auxílios e subvenções (art. 199, §2º)[249].

Apesar da liberdade garantida à iniciativa privada, a Constituição proíbe que empresas e capitais estrangeiros prestem assistência à saúde no Brasil, com exceção dos casos previstos em lei (art. 199, §3º). Para permitir maior investimento externo no setor, a Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) foi alterada no ano de 2015 pela Lei nº 13.097, passando a admitir doações e empréstimos de entes internacionais,

248 Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

249 Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...]
§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

além de permitir a instalação, operacionalização e exploração de hospitais e clínicas no país, além da realização de ações e pesquisas de planejamento familiar. Essa alteração legislativa abriu novas possibilidades para o financiamento da saúde pública e privada e a transferência de tecnologias.

Considerando ser a saúde um serviço público essencial, a literatura estudada aponta que há importantes questionamentos do modelo do sistema público de saúde no Brasil, tais como problemas de financiamento, capacidade operacional, estrutura gerencial, qualidade dos serviços prestados, resolubilidade disponível, formas de garantir segurança aos usuários e equidade no acesso aos recursos[250].

A partir desse cenário, e conforme já explicitando anteriormente, amplia-se a discussão sobre a participação do setor privado na saúde, por meio das parcerias público-privadas, discutidas a seguir.

5.6 MODELOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE, EM PERSPECTIVA COMPARADA

Conforme inicialmente descrito no Capítulo 4 e será aprofundado no Capítulo 6 desta obra, o país pioneiro nas Parcerias público-privadas na saúde foi o Reino Unido. Tais parcerias foram introduzidas no National Health Service (Serviço Nacional de Saúde) no governo conservador de Margareth Thatcher, no início dos anos 1990. A sua ampla utilização serviu de modelo para outros países, inclusive o Brasil, como detalha este estudo em diversas outras passagens.

A modalidade mais impulsionada no setor da saúde no Reino Unido foi o Private Finance Initiative (PFI), em que há contratação de serviços a longo prazo, sendo financiada infraestrutura, serviços de manutenção e apoio nos hospitais ("bata cinza"), mediante contratos de arrendamento, além de reformas e construções, não apenas em

250 BARBOSA, Antônio Pires; MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, n 49, v. 5, p. 1143-1165, set./out., 2015. p. 1162.

hospitais. Cabe salientar que o modelo inglês de PPP não envolve, como regra geral, serviços clínicos (bata branca). Porém, a PFI foi configurada de forma diferente em outros países, como em Portugal e Espanha, que englobaram ambos os serviços (bata cinza e bata branca).

A partir da experiência do Reino Unido, as PPPs na saúde foram experimentadas em diversos outros países. Conforme relata Mânica, "[...] as parcerias público-privadas no setor de saúde ganharam força na Europa em fins do século passado, como estratégia para ampliar o alcance dos serviços e diminuir custos, ante as dificuldades enfrentadas pela crise dos Estados europeus"[251].

Desta forma, visando obter maior eficiência dos investimentos na saúde, diversos outros países seguiram o exemplo europeu, havendo mais de duzentos e oitenta contratos de PPP na saúde, celebrados em países como Alemanha, Austrália, Brasil, Canadá, Chile, Espanha, Finlândia, França, Itália, Peru, Polônia, Portugal, Reino Unido, Suécia, Ilhas Turcas e Caicos, dentre outros [252].

Barlow, Roehrich e Wright, no contexto europeu, apontam uma grande variedade de modelos de parceria público-privada na saúde, considerando o grau e a amplitude em que vários serviços e instalações são "agrupados" dentro do contrato. Em uma extremidade, há o modelo de "apenas de acomodação" (bata cinza), que abrange a infraestrurura e os serviços a ela relacionada, como, por exemplo, um hospital, sua manutenção e o gerenciamento das instalações prediais, podendo incluir serviços não clínicos, como limpeza, manutenção e reforma. E na outra extremidade, além dos serviços bata cinza, incluem-se os serviços clínicos e assistenciais. Contudo, incluindo estas extremidades, há diversas outras modelagens, tais como: a) parceria quase público-privada, em certos projetos espanhóis; b) apenas infraestrutura (bata cinza), em que o parceiro privado tem a

251 MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no Setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Ano VII - Número 7 – jul. /dez. de 2017, p. 59.

252 *Idem* p. 61.

função de "projetar, construir, financiar, operar" (DBFO) ou "construir, possuir, operar, transferência "(BOOT), como as PFI do Reino Unido, que também são utilizadas na França, Espanha, Portugal (segunda onda), Itália, Suécia, Austrália e outros; c) joint venture (consórcio) contendo serviços de bata branca e bata cinza, como na primeira onda de projetos em Portugal; d) Franquia (Alemanha); e) prestação de serviço completo (bata branca e bata cinza: "Ribera Salud", Espanha e Portugal (até 2008). [253] Celia Almeida denomina este último modelo como Public-private Integrated Partnerships (PPIP) ou Design-Build-Operate-Deliver (DBOD), segundo o qual, o setor privado é responsável por todo o processo, desde a construção e gestão geral, como também a prestação de serviços assistenciais (bata branca), ambulatórios, serviços laboratoriais de diagnóstico etc.[254] Outras experiências estrangeiras contendo variações destes modelos foram também descritas por Medici.[255]

Na América Latina, as PPP operam desde os anos 1980 em setores de infraestrutura como transporte, telecomunicações e energia, mas em meados de 2000, passaram a atuar também na "infraestrutura social", como por exemplo, na saúde, seguindo os modelos europeus já existentes. De acordo com o panorama oferecido pelo Grupo The Global Health e a Price Waterhouse Cooper, o México foi o pioneiro a implementar PPP na saúde; o Chile começou a implementá-las em

253 BARLOW, James; ROEHRICH, Jens, WRIGHT, Steve. Europe sees mixed results from
Public-Private Partnerships for building and managing health care facilities and services. **Health Affairs**, n. 32, v. 1, p 146–154, 2013.

254 ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: fev. 2021.

255 MEDICI, André Cézar. O papel das parcerias público-privadas na gestão e no financiamento do setor saúde. *In:* MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.) **Terceiro setor e parcerias na área de saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 69-87, especialmente, p. 77-78.

2009, mas parou em 2014; o Peru foi o país a aderir mais recentemente a esta modelagem e a Colômbia já teria legislação aprovada[256].

Com foco nos contratos existentes, a literatura costuma dividir as parcerias na saúde em três principais modelos, quais sejam: o modelo inglês, o modelo português e o modelo espanhol[257].

O modelo inglês envolve unicamente os serviços "bata cinza", não alcançando consequentemente os serviços clínicos, que ficam a cargo da Administração[258]. É o modelo mais difundido, inclusive no Brasil.

Em segundo lugar, o modelo espanhol, também conhecido como modelo Alzira, teve início com a celebração do contrato de PPP incumbido da construção e gestão do Hospital de Alzira, em Valência, inaugurado em 1999. Tal modelo é responsável pela prestação concomitante dos serviços de "bata branca" e "bata cinza" pelo concessionário, incluídos no mesmo contrato de concessão[259].

Por fim, faz-se necessário explicar o modelo português.[260] Ressalta-se que, apesar da legislação lusitana prever uma modalidade de PPP conforme o modelo inglês, descreve também um modelo próprio, na qual envolve dois contratos distintos. O primeiro contrato

256 THE GLOBAL HEALTH GROUP; PWC. **Lessons from Latin America**: the early landscape, of health care public-private partnerships. San Francisco: The Global Health Group e PWC; 2015. (Healthcare Partnerships Series, 2). Disponível em: https://www.pwc.com/co/es/salud/publicaciones/healthcare-public-private-partnerships-latin-america.pdf. Acesso em: jul. 2021.

257 MÂNICA, Fernando Borges. Os três modelos de parcerias público-privadas no setor de saúde: um breve olhar para a experiência internacional. **Revista Direito do Estado,** ano 2016, num 266. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-borges-manica/os-tres-modelos-de-parcerias-publico-privadas-no-setor-de-saude-um-breve-olhar-para-a-experiencia-internacional. Acesso em 17 fev. 2019.

258 *Ibidem*.

259 *Ibidem*.

260 Sobre o modelo português de Parcerias Público-Privadas na saúde, Cf. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE: a experiência de Portugal, 2021, Belo Horizonte, Rio de Janeiro e Braga, 3 de setembro de 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=cX6VRInhe-8. Acesso em: set. 2021. Palestrante: Isabel Celeste Monteiro Fonseca (Universidade do Minho); Debatedor: André Saddy (UFF); Mediadora e Organizadora: Maria Tereza Fonseca Dias (FDUFMG).

é vinculado unicamente aos serviços de "bata-cinza", com um prazo estipulado de, em regra, trinta anos. O segundo contrato, por outro lado, abarca somente os serviços de "bata-branca", com o prazo estipulado de dez anos[261].

Percebe-se, portanto, que apesar de o modelo português se assemelhar ao modelo Alzira no que tange à incorporação dos dois tipos de serviço ("bata-branca" e "bata cinza"), o modelo lusitano difere do modelo espanhol uma vez que estipula a celebração de dois contratos independentes.

O caso brasileiro, a ser descrito a seguir, acompanhou o movimento global das parcerias público-privadas.[262]

5.7 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE, NO BRASIL

5.7.1 ORIGENS DAS PARCERIAS A PARTIR DAS MUDANÇAS DOS PARADIGMAS DE ESTADO

As políticas públicas na área da saúde não se expressam por serviços públicos exclusivos. Isto é, ao mesmo tempo que a prestação da saúde é área de atuação essencial e indispensável do Estado para atendimento das necessidades da coletividade, é também serviço livremente explorável pelo particular.

Para melhor compreensão da mudança de paradigma que provocou o desenvolvimento das parcerias entre os setores público e privado faz-se necessário abordar os paradigmas de Estado[263].

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a prevalência do Estado Social sobre o Estado Liberal equivale à mudança da própria natureza estatal de viés negativo para positivo. O Estado que antes se abstinha,

261 *Ibidem*.

262 Sobre o tema da parcerias público-privadas na saúde global, Cf. RUCKERT, Arne; LABONTÉ, Ronald. Public–private partnerships (PPPs) in global health: the good, the bad and the ugly. **Third World Quarterly,** n. 35, v. 9, p. 1598-1614, 2014.

263 Tema que foi desenvolvido com maior profundidade em DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

buscando garantir à sociedade certo rol de direitos, passa a agir com vistas a alargá-lo.

Sob a égide do Estado Liberal, visava-se à tutela de um conjunto de direitos determinados, encabeçado pela liberdade e propriedade, que, em grande medida, demandava mais abstenção que atuação. Por consequência da desigualdade extremada e outros problemas estruturais ocasionados ou acentuados pelo liberalismo, a resposta histórica foi a implementação do Estado Social, concentrando em si atribuições que para serem efetivadas pressupunham amplo espectro da atuação estatal. Segundo Di Pietro[264] o foco de proteção estatal desloca-se do indivíduo para a sociedade e a igualdade passa a ser o norte a ser alcançado.

Todavia, ao longo dos anos, os problemas estruturais do Estado Social também afloraram, acarretando, com o concurso de fatores de ordem econômica, política e social, a diminuição de sua capacidade de trazer ao plano fático as políticas abstratamente delineadas. Destaque-se, entre as críticas que são apresentadas pela literatura, o crescimento exacerbado do aparelho estatal e sua capilarização ao limite da ineficiência. Paradoxalmente, a expansão desmesurada de um Estado prestador fez emergir problemas que se tornaram óbices a sua própria atividade prestacional.

Num contexto mais amplo, o Estado Social passou a representar, segundo Di Pietro, ameaça à própria conformação político-constitucional, uma vez que, sob o influxo de agir de modo rápido, desprendido de amarras legais e à justificativa última da eficiência, o Executivo passou a usurpar funções e a avocar atribuições dos demais poderes, sobretudo do Legislativo[265].

O "contra-movimento" deste cenário surge com a revisão dos parâmetros democráticos a fim de redirecionar o centro da força decisória ao protagonismo da participação popular, pronunciando-se

264 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público -privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 9.

265 *Idem*, p. 12.

o aspecto democrático que, embora não tivesse sido de todo suprimido no movimento anterior, adquiriu nova roupagem, tendo por máximas principiológicas o interesse público e o bem comum[266]. Cuida-se, aqui, do Estado Democrático de Direito, paradigma de estado que a um só tempo concentra em si, dentre outros, os objetivos do Estado Social, mas sem que o ente público, diretamente, seja o único responsável pelos meios de atuação para sua efetivação.

Em que pese parte da literatura advogar a redução do papel do Estado em virtude da aplicação do princípio da subsidiariedade[267] - o que é rechaçado veementemente por outros autores[268] - a garantia dos direitos sociais prevista na Constituição de 1988 não determina a sua forma de prestação (direta ou indireta), por meio de estruturas organizacionais próprias ou por intermédio de participação complementar do setor privado na atenção à saúde.

A parceria entre o público e o privado é alternativa constitucionalmente estabelecida em relação à atuação exclusiva do Estado, na exata medida em que pressupõe como necessária a comunhão de esforços públicos e privados para o desenvolvimento de atividades na área da saúde. A participação do setor privado, neste contexto, relaciona-se à busca de instrumentos capazes de permitir a consecução dos fins estatais. Fins que equivalem a expressões do interesse público, de conteúdo variado, democrática e legitimamente definido, com a participação de uma sociedade marcadamente plural.

266 *Idem*, p. 14.

267 Di Pietro destaca as ideias que são inerentes a este princípio: [...] o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. **E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ele seja deficiente**." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público -privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 16. Grifos acrescidos).

268 Cf. a crítica à subsidiariedade em: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Satisfazer as exigências dos usuários de serviços públicos tem sido uma preocupação constante das organizações públicas, que buscam desde o final do século XX adequar suas estruturas, instituindo novas práticas de gestão, para fins de atender plenamente aos anseios da sociedade.

Ainda segundo o magistério de Di Pietro, as parcerias visam incrementar a atividade de fomento à iniciativa privada e o aumento da eficiência, na medida em que se objetiva diminuir a burocracia[269].

Em síntese, as parcerias entre a Administração Pública e os particulares na saúde, não nascem tão somente dos objetivos de reestruturação do aparelho estatal, que ultrapassaram os anos noventa e o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, pois são anteriores à própria Constituição. Porém, devem ser discutidos o seu alcance, os seus limites e as áreas efetivas em que podem ser utilizadas para a complementação e a ampliação do acesso, dos cidadãos, aos serviços públicos de saúde.

No âmago de um Estado Democrático de Direito, é latente a necessidade de observância dos deveres próprios e inderrogáveis do Estado. Nesse contexto, o mais importante é a verificação da adequabilidade (ou do grau de adequabilidade), destes instrumentos contratuais para a efetivação dos direitos fundamentais, sob pena de se instituir um simulacro do Estado mínimo e de transplantar para a atualidade as falhas do do passado.

5.7.2 O PAPEL DA INICIATIVA PRIVADA NO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

Com o intuito de entender as modelagens contratuais das Parcerias Público-Privadas relacionadas ao serviço de saúde no Brasil, é essencial compreender, primeiramente, a discussão doutrinária acerca da extensão das atividades prestadas pela iniciativa privada no serviço público de saúde. Sob esse aspecto, a própria Constituição

269 *Idem*, p. 24.

Federal autorizou, em seu art. 197, que as instituições privadas poderiam participar do Sistema Único de Saúde:

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, **devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado**.[270]

Porém, tal participação, conforme art. 199, *caput*, e § 1º, da Constituição, esta deverá ser complementar e seguir as diretrizes do SUS – tais como a igualdade, a universalidade do acesso e a integralidade do atendimento. Conforme o texto constitucional:

> Art. 199. **A assistência à saúde é livre à iniciativa privada**. [...]
> § 1º - **As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde**, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.[271]

No que tange à participação complementar, partindo de uma visão restritiva, há doutrinadores, como Maria Sylvia Di Pietro, que entendem que o sentido de complementariedade se refere à necessidade de prestação estatal direta no serviço de saúde, sendo outorgáveis, unicamente, as atividades complementares, ou de meio, conforme se segue:

270 BRASIL. **Constituição da República Federativa (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: ago. 2021, grifos acrescidos.

271 *Idem*, grifos acrescidos.

> [...] a Constituição, no dispositivo citado [§1º do art. 199], permite a participação de instituições privadas "de forma complementar", o que **afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço.** Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; **o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades meio**, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc[272].

A autora, para tanto, baseia-se no art. 24 da Lei Orgânica de Saúde[273], segundo o qual a participação complementar só será admitida quando as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área. E esta participação deverá ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas as normas de direito público.

O próprio Conselho Nacional de Saúde (CNS) em sua 314ª Reunião Ordinária, ocorrida nos dias 14 e 15 de fevereiro de 2019, recomendou que o Governo do Distrito Federal não criasse o Instituto de Gestão Estratégica de Saúde do DF - Serviço Social Autônomo no ramo da Saúde – pois que este retira "[...] a gestão direta do Estado

272 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 232, grifos acrescidos.

273 BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em: ago. 2021.

e repassa responsabilidades e prerrogativas para entes privados, seja por meio de parcerias público-privadas ou organizações sociais"[274].

Lado outro, autores como Floriano Marques Neto, interpretando o mesmo art. 24 da Lei nº 8.080/1990, esclarece que não se pode confundir a contratação de rede complementar de saúde, segundo a qual o particular aceita demanda de clientes recebendo pagamento preestabelecido no âmbito do SUS, e a "[...] possibilidade de o Estado socorrer a outros modelos jurídicos e contratuais para prestar, por ele mesmo, os serviços públicos de saúde."[275]

Fernando Mânica, no mesmo sentido, entende que a iniciativa privada poderá exercer suas atividades em relação a todo o sistema público de saúde, devendo ser incluídas atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais as de controle e fiscalização[276].

Nessa lógica, o autor assevera que a cobertura assistencial universal, integral e gratuita à saúde jamais será suficiente uma vez que:

> (i) o Brasil não investe o volume de recursos suficiente para sustentar um sistema público, gratuito e universal;
> (ii) não há delimitação de um grupo de pessoas a serem atendidas pelo sistema público;
> (iii) não há delimitação de um rol de serviços a serem disponibilizados no âmbito do sistema público e gratuito; e

274 CNS RECOMENDA QUE GDF NÃO CRIE "INSTITUTO DE SAÚDE" POIS PROJETO É INCONSTITUCIONAL. **Conselho Nacional de Saúde,** 2019. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/222-cns-recomenda-que-gdf-nao-crie-instituto-de-saude-pois-projeto-e-inconstitucional. Acesso em: 21 set. 2019.

275 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Parcerias público-privadas na gestão e no financiamento do setor saúde. *In:* MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.) **Terceiro setor e parcerias na área de saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63.

276 MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 163.

> (iv) o próprio conceito de saúde adotado é amplo e aproxima-se de metas subjetivas e intangíveis como **qualidade de vida e felicidade**.[277]

Mânica também destaca que seria impossível o permanente oferecimento de cobertura assistencial suficiente, argumentando que caberia a participação ampla da iniciativa privada nos serviços de saúde. Em suas palavras:

> Se o Estado brasileiro, em qualquer dos níveis federativos, objetiva **ampliar a cobertura assistencial, diminuir os custos, melhorar a qualidade do atendimento, possibilitar maior controle sobre os serviços** — é-lhe facultada, justificadamente, a opção pela **participação privada complementar** — a qual deve ser instrumentalizada pelo modelo de vínculo mais adequado ao respectivo caso concreto[278].

Observa-se, portanto, amplo debate na doutrina brasileira[279] e também na jurisprudência[280] acerca da extensão das atividades que a iniciativa privada poderá exercer no serviço público de saúde, impactando diretamente o escopo obrigacional das concessionárias das Parcerias Público-Privadas.

Diante deste contexto, o Brasil, em meados dos anos 1990, implementou ferramentas legais como alternativas para viabilizar a participação do setor privado na prestação de serviços públicos, tais como as privatizações stricto senso, concessões e as parcerias

277 *Idem*, p. 173, grifos acrescidos.

278 *Idem*, p. 175, grifos acrescidos.

279 Cf. os diversos capítulos da seguinte obra de referência nesta discussão: MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.) **Terceiro setor e parcerias na área de saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

280 Cf. as discussões promovidas após a decisão do STF na ADI 1923/2015, em FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. **Organizações sociais após a decisão do STF na ADI nº 1.923/2015.** Belo Horizonte: Forum, 2017.

público-privada (PPP). Esta última configurava nova forma de exercício de atividade pública em parceria com um ente privado e representou um avanço em matéria de contratações pela Administração Pública, dado que era um modelo diferente de atração de investimentos, que antes seriam inviáveis sob os regimes tradicionais de contratação prevista pela legislação brasileira até então vigente.

Quanto aos modelos de parcerias entre a Administração Pública e os particulares para atendimento de tão relevante serviço social, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[281] e Januario Montone[282] descrevem que o ordenamento jurídico brasileiro prevê as seguintes espécies de parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada para a prestação do serviço público de saúde:

a) Parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, nos termos da Lei n° 11.079/2004;

b) Parcerias com o terceiro setor, a exemplo das realizadas com as organizações sociais - OSs (Lei n° 9.637/1999), organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs (Lei n° 9.790/1999) ou organizações da sociedade civil - OSCs (Lei n° 13.019/2014);

c) Terceirização, nos termos do art. 6°, inciso II, e art. 13, da Lei n° 8.666/1993, correspondentes ao art. 6º, incisos XI e XVIII, da Lei nº 14.133/2021;

d) Gestão associada por meio de convênios e consórcios, nos termos do art. 241 da CRFB/88.

Considerando o escopo deste trabalho, passa-se a análise das parcerias público-privadas, em sentido estrito, de que trata a Lei n° 11.079/2004.

5.7.3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, EM SENTIDO ESTRITO

A partir do que foi desenvolvido no Capítulo 3 deste trabalho, serão reapresentados os conceitos centrais das parcerias público privadas no direito brasileiro, para sua aplicação nas parcerias da saúde.

O termo "Parceria pública-privada" é conceituado de formas diferentes a depender do sistema legal analisado, podendo apresentar alcance mais amplo ou estreito. No contexto inglês, por exemplo, o termo assume caráter dilatado, sendo consideradas quaisquer tipos de associações entre o poder público e a iniciativa privada, inclusive com o terceiro setor[283].

As parcerias público-privadas buscam combinar os pontos fortes das esferas pública e privada[284], representando uma alteração no regime de concessões de serviços públicos para atrair investimentos do setor privado [285].

Para os fins deste Capítulo, o conceito de "Parcerias público-privadas" deve ser compreendido de forma estrita[286], estando ligado à definição estipulada na Lei nº 11.079/04, que em seu art. 2º estabelece que: "parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa." Além disso, com relação às parcerias, aplica-se de forma subsidiária a Lei nº 8.987/1995, que traz a disciplina as concessões comuns e permissões de serviço público.

Assim, para uma associação entre o poder público e a iniciativa privada ser conceituada como parceria público-privada, no direito brasileiro, devem ser observadas as características que foram descritas na legislação de regência, sendo que a escolha da modalidade a ser aplicada pela autoridade pública deve ser feita em função do tipo de atividade, bem como da sua modelagem econômica.

Ressalta-se que as concessões patrocinadas e administrativas, que compõem as parcerias público-privadas, se diferenciam das

283 Cf. a revisão da literatura sobre o assunto feita por TEIXEIRA, Matheus Franco Álvaro. **As Parcerias Público-Privadas na prestação de serviços públicos:** análise do modelo das concessões especiais nos serviços de saneamento básico. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2018.

284 AZEVEDO, Maria Eduarda. As parcerias público-privadas: uma perspectiva analítica. **Fórum de contratação e gestão pública,** 10, n. 112, p. 29-49, abr., 2011.

285 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2007.

286 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público -privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

concessões comuns no que se refere, principalmente, à forma de distribuição de riscos e de remuneração do particular.

No modelo tradicional - que é o das concessões comuns regidas pela Lei nº 8.987/1995 - o particular executa a atividade de serviço público por sua conta e risco – devendo arcar com as responsabilidades de forma unilateral. Nesse modelo, o concessionário é remunerado por meio da cobrança de tarifa dos usuários e, excepcionalmente, poderá auferir receitas alternativas, complementares, acessórias provenientes de projetos associados (art. 11, da Lei nº 8.987/1995), e, ainda, eventualmente, receber subsídios decorrentes de política pública implementada especialmente para este fim.

As concessões patrocinadas, por sua vez, têm como objeto a licitação de serviço ou obra pública. Os retornos percebidos pelo concessionário se dão pela cobrança de tarifa dos usuários, mas também, necessariamente, pelo pagamento de contraprestações do setor público. Tal contraprestação estará sempre prevista no contrato, bem como os mecanismos de compartilhamento de riscos entre os parceiros público e privado. Por meio de um sistema de garantias ofertadas ao parceiro privado e a boa execução do projeto – busca-se a alocação de riscos ao agente mais bem preparado para suportá-lo.

Já no que se refere à concessão administrativa, o objeto do contrato é a prestação de serviço, atividade ou gestão de infraestrutura em que o poder público é considerado usuário direto ou indireto, abrindo a possibilidade de delegação de serviços não econômicos. A contraprestação, nesse caso, é integralmente paga pela Administração Pública e com riscos mitigados por cláusulas contratuais especiais, por meio do já citado sistema de garantias.

No setor da saúde, as Parcerias Público Privadas podem envolver a delegação ao parceiro privado de dois tipos de serviços, conhecidos como serviços "bata cinza" e serviços "bata branca". Os serviços da "bata cinza" envolvem a "[...] construção e gestão privada dos serviços de apoio e manutenção, como segurança, limpeza, conservação,

hotelaria e lavanderia, conhecidos na linguagem sanitária"[287]. Os serviços da "bata branca" relacionam-se às atividades fim do serviço público de saúde, tais como a "[...] gestão privada dos serviços prestados pelos profissionais da área médica – em sentido amplo –"[288].

Conforme exposto, não há óbice à utilização das PPPs, em sentido estrito, na prestação de serviços públicos na saúde, mas tampouco existe uma lei específica para sua aplicação nesse setor, o que traz à tona a discussão acerca de quando seria conveniente e oportuno a escolha por esse modelo contratual.

As parcerias público-privadas na área da saúde somente podem ser realizadas na modalidade administrativa, em que há contraprestação estatal, sem pagamento pelo serviço pelo usuário. Isso ocorre porque, pela Constituição e legislação correlata, o serviço é universal e gratuito, sempre quando prestado pelo Estado, ainda que de forma indireta. Assim, não se aplica a concessão patrocinada na área da saúde.

Nessa perspectiva, a PPP pode ser vista como instrumento não só voltado para a gestão administrativa, mas também de inclusão social, ao permitir empreendimentos geradores de desenvolvimento socioeconômico no país e bem-estar da sociedade, permitindo a efetividade da universalidade do direito à saúde.

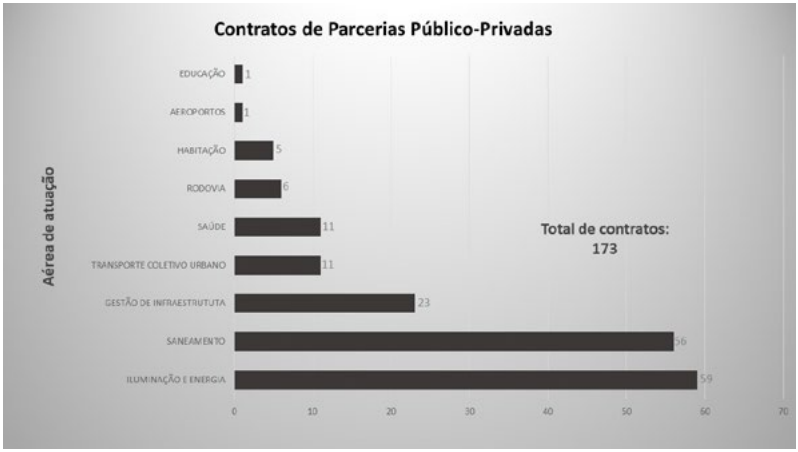
287 MÂNICA, Fernando Borges. Os três modelos de parcerias público-privadas no setor de saúde: um breve olhar para a experiência internacional. **Revista Direito do Estado,** ano 2016, num 266. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-borges-manica/os-tres-modelos-de-parcerias-publico-privadas-no-setor-de-saude-um-breve-olhar-para-a-experiencia-internacional. Acesso em: jul. 2021.

288 *Idem*.

5.7.4 O CENÁRIO DAS PPPS NO BRASIL E AS PRIMEIRAS EXPERIÊNCIAS NA SAÚDE

Em agosto de 2021, conforme os dados apresentados no Gráfico 1, o Brasil possuía 173 contratos de PPPs em diversos seguimentos (Cf. Anexo I, deste Capítulo).

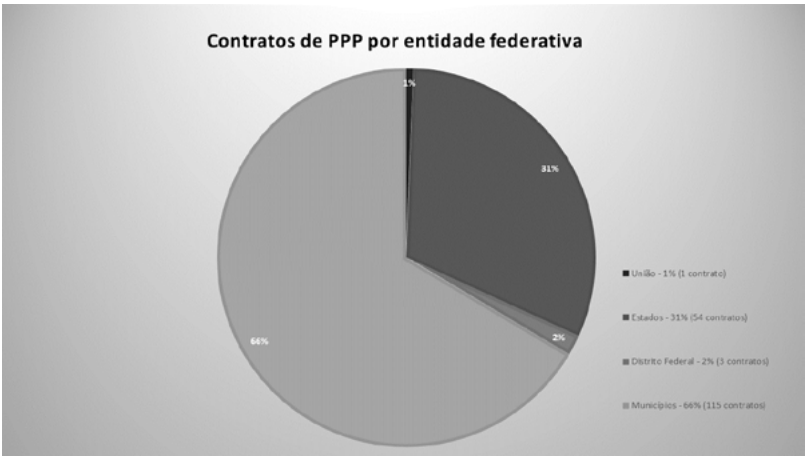
Gráfico 1 – Contratos de Parceria Público-Privadas no Brasil, por segmento (2021)



Fonte: Tabela 1 – Anexo I

Quanto à unidade federativa, o Gráfico 2 demonstra que, atualmente, são os municípios que detêm o maior número de contratos (115 contratos, 66% do total), seguido dos estados-membros (54 contratos, 31% do total).

Gráfico 2 - PPP por unidade federativa (2021)



Fonte: Tabela 1 – Anexo I.

Observa-se que a PPP não foi adotada pelo Governo Federal como estratégia de delegação de serviços e gestão de infraestrutura e nem há perspectivas de sua utilização, de forma expressiva, considerando as modelagens de projetos estabelecidas para as parcerias com o setor privado no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), de que trata a Lei nº 13.334/2016.

Quanto ao ano de assinatura dos contratos, o Gráfico 3 apresenta uma tendência de aumento de utilização da PPP como modelagem contratual para gestão de infraestrutura, porém de forma inconstante, ora sendo mais utilizada, como no ano de 2020, com 39 novos contratos, ora com apenas 3, como no ano de 2011. Retornando a um momento de crise e de constrição dos orçamentos de Estados e Municípios, bem como de um ambiente econômico mais aberto a privatizações, este

cenário tende a se modificar, com a provável ampliação deste tipo de parcerias nos próximos anos.

Gráfico 3 - Contratos de PPP, pelo ano de assinatura (2021)

Fonte: Tabela 1 – Anexo I.

Conforme os dados apresentados, a utilização das PPPs na saúde, ainda é reduzida, no Brasil, contando atualmente com 11 contratos.

Conforme estudo feito por Barbosa e Malik[289] acerca das PPPs na saúde no Brasil, os autores identificaram, em 2015, 47 projetos de PPP propostos ou em estudo, em 12 municípios de diferentes estados, destacando-se São Paulo, Distrito Federal e Rio de Janeiro – que sugere a ampliação do uso da modelagem no País.

289 BARBOSA, Antônio Pires; MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, n 49, v. 5, p. 1143-1165, set./out., 2015.

O Hospital de Subúrbio (HS) foi a primeira PPP na saúde do Brasil, com início em setembro de 2010. Ela consiste em uma PPP integral, responsável tanto pela gestão predial e administrativa (bata cinza) quanto pelo atendimento médico aos usuários (bata branca, pelo prazo de 10 (dez) anos.[290] Apesar de sofrer grande oposição de médicos do setor público, houve ganhos consideráveis em qualidade de assistencial e redução de custos[291], sendo a primeira instituição "pública" do Norte e do Nordeste a receber o Certificado da Organização Nacional de Acreditação.

Outra importante Parceria Público-Privada na área da saúde já contratada no país foi a do Hospital do Metropolitano Dr. Célio de Castro, pelo município de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais. Essa concessão administrativa teve por objeto a construção, gestão e operação dos serviços não assistenciais do hospital, ou seja, novamente apenas delegando a "bata cinza", pelo período de 20 (vinte) anos, e com o início de sua operação em dezembro de 2015.[292]

Entretanto, é preciso ter cautela na aplicação das PPPs no setor da saúde. Segundo Almeida:

> Os distintos tipos de interação e a complexidade de sua implementação exigem um Estado forte e capacitado para atuar ativa e energicamente em

290 O Hospital do Subúrbio de Salvador tem sido objeto de alguns estudos e referências. Destacamos os que promoveram revisões de literatura sobre o assunto como os de: CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. **Parceria Público-privada (PPP):** análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014, bem como o trabalho específico sobre o tema, de JOACHIM, Maria. Constructing: relationships, human resource management and culture of quality - The Case of Hospital do Subúrbio, a Brazilian Healthcare Public-Private Partnership. Tese de doutorado. Universidade de Michigan, 2020. 174 p. Disponível em: https://deepblue.lib.umich.edu/handle/2027.42/163172. Acesso em: set. 2021.

291 O trabalho etnográfico de Maria Joachim concluiu pelo sucesso na implantação do Hospital, incluindo as relações estabelecidas com os atores locais, o desenvolvimento da gestão de recursos humanos e o foco na construção de uma cultura de qualidade no Hospital. Cf. JOACHIM, Maria. **Constructing**: Relationships, Human Resource Management and Culture of Quality - The Case of Hospital do Subúrbio, a Brazilian Healthcare Public-Private Partnership. (Tese de doutorado). Universidade de Michigan, 2020. p. 141-147.

> todas as etapas de sua implementação e avaliação, o que não é o caso na maioria dos países do Sul global, em que o subfinanciamento setorial configura essas práticas como genuínas delegações[293].

Assim, é preciso encarar as PPPs como uma das opções dentre várias possíveis avaliando os riscos e benefícios e tendo em mente a diversidade das PPPs selecionadas segundo o tipo de projeto e a necessidade e setor.

5.8 ANÁLISE DOS CONTRATOS DE PPP DA SAÚDE NO BRASIL

5.8.1 ASPECTOS METODOLÓGICOS

No ano de 2019, o grupo de pesquisa das "Parcerias Público-Privadas na saúde, no Direito Brasileiro: estudo das modelagens contratuais", instituído na Faculdade de Direito da UFMG, levantou os 10 (dez) dos 11 (onze) contratos de PPP na saúde vigentes[294], no Brasil[295], para análise de alguns aspectos selecionados e discutidos pela equipe, considerados os mais polêmicos e divergentes na literatura sobre o assunto.

Os contratos brasileiros de parceria público privada selecionados e analisados, que têm por objeto a realização de obra e prestação de serviço ligado à área da saúde, foram os seguintes, considerando a data de sua assinatura:

1. Hospital do Subúrbio de Salvador/BA (2010) – Estadual

293 ALMEIDA C. Parcerias público-privadas no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cadernos de Saúde Pública**, 2017.

294 Em que pese estar relacionado à área da saúde, não foi objeto de estudo a PPP Nova Fábrica de Produção da FURP/SP (2013) cujo objeto é a gestão, operação e manutenção, com fornecimento de bens e realização de obras para adequação da infraestrutura existente na Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense – IFAB, de titularidade da Fundação para o Remédio Popular – FURP.

295 Selecionados no banco de dados do "Radar PPP" até abril de 2019, disponível em: https://www.radarppp.com/?s=sa%C3%BAde e no trabalho de Mânica (2017).

2. Hospital Regional Metropolitano de Belo Horizonte/MG (2012) - Municipal
3. UBS da Família de Manaus/AM (2012) - Municipal
4. Hospital da Zona Norte de Manaus/AM (2013) - Estadual
5. Instituto Couto Maia da Bahia (2013) - Estadual
6. Complexos Hospitalares de São Paulo/SP (2014) - Estadual
7. Hospital Regional Metropolitano – HRM/CE (2014) - Estadual
8. Diagnóstico por Imagem /BA (2015) - Estadual
9. Central de Material Esterilizado/AM (2015) - Estadual
10. Rede de Atenção Primária à Saúde de Belo Horizonte/MG (2016) - Municipal

Conforme a listagem apresentada, 8 (oito) são contratos firmado em âmbito estadual e 3 (três) municipais, sendo dois deles no Município de Belo Horizonte. Entre 2016 a agosto de 2021 não havia sido firmado nenhum novo contrato de PPP na saúde no Brasil.

O escopo central do estudo foi identificar nas modelagens contratuais adotadas, suas semelhanças, diferenças e peculiaridades.

As cláusulas contratuais selecionadas para análise foram:

- objeto do contrato;
- modalidade de concessão escolhida para a realização da PPP;
- valor e prazo do contrato;
- compartilhamento de riscos;
- previsão de sanções para Administração Pública;
- garantias previstas para o contratado em caso de inadimplemento da Administração Pública;
- critérios previstos no contrato para avaliar a eficiência do parceiro privado na execução do contrato;
- previsão de análise da variação de performance ou resultados para fins de pagamento ao parceiro privado;
- regras sobre a constituição da SPE - Sociedade de Propósito Específico;
- limites de gastos/endividamento no contrato;
- compartilhamento de ganhos econômicos;

- formas de contraprestação da Administração Pública ao parceiro privado;
- possibilidade de aporte recursos.
- arbitragem para a solução de conflitos decorrentes do contrato;
- contratação de verificador independente e, por último, abrangência (bata branca e bata cinza).

Com a intenção de analisar todos esses aspectos, buscou-se responder como cada um dos contratos disciplinou o assunto, para, ao final, apresentar uma análise comparativa entre eles. Do ponto de vista metodológico, o trabalho tem natureza diagnóstica[296] e as fontes utilizadas foram, notadamente, de natureza primária (contratos), sem, contudo, deixar de analisar as fontes de natureza secundária, tais como publicações científicas e técnicas sobre o tema. Em que pese terem sido analisados e discutidos todas as cláusulas selecionadas, nem todos eles serão apresentados neste texto. Os principais resultados obtidos serão descritos a seguir

5.8.2 MODELAGENS CONTRATUAIS DOS SERVIÇOS BATA BRANCA E BATA CINZA

Quanto à análise específica dos modelos contratuais no Brasil, verificou-se que nove das dez PPPs estudadas prestam unicamente as atividades "bata-cinza"– o que demonstra a enorme influência do Modelo Inglês de PPPs no Brasil.

O Hospital do Subúrbio de Salvador, por outro lado, é a única concessão administrativa relacionada à saúde que presta as atividades "bata-branca" e "bata-cinza" no mesmo contrato, conforme o Modelo

296 Cf. quanto aos aspectos metodológicos: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

Alzira de Parcerias Público-Privadas. Não há no Brasil nenhum contrato sob os moldes do Modelo Português[297].

A discrepância entre as escolhas dos modelos a serem seguidos nas PPP de saúde no Brasil pode se dar pela influência da controvérsia doutrinária relacionada à delegação de todas as atividades específicas de assistência à saúde, conforme relatado anteriormente. Desta forma, tal insegurança jurídica poderia ocasionar maior risco à gestão do contrato, tornando-se, inclusive, mais oneroso para a Administração Pública.

O gestor público brasileiro, nesse sentido, tem preferido a concessão das atividades acessórias a tal serviço público, ponto este que é pacífico na doutrina pátria.

5.8.3 PAPEL DO VERIFICADOR INDEPENDENTE

Nesta seção será discutida a previsão de Verificadores Independentes para auxiliar na execução dos contratos de PPP, bem como a forma de sua atuação perante as partes.

A difícil alocação de riscos e encargos, a complexidade dos contratos de PPP e os grandes impactos sociais dos serviços públicos concedidos implicam na demanda por maior precisão e qualidade no processo de regulação, controle e gestão da parceria entre o público e o privado, não só para permitir o regular andamento contratual, mas também para garantir a preservação do interesse público e possibilitar a contrapartida justa pelos serviços prestados pela concessionária.

297 Segundo Almeida, o projeto, ao mesmo tempo em que reconhecido o sucesso do empreendimento: melhor qualidade assistencial, custos mais baixos e primeira instituição "pública" do Norte e do Nordeste a receber o Certificado da Organização Nacional de Acreditação, enfrenta grande oposição de médicos do setor público e servidores da área de saúde no estado e é alvo de críticas, mesmo sendo reconhecido o sucesso do empreendimento: melhor qualidade assistencial, custos mais baixos e primeira instituição "pública" do Norte e do Nordeste a receber o Certificado da Organização Nacional de Acreditação (ONA nível 2). Cf. ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Accesso em: 21 fev. 2021. Epub Oct 02, 2017. p.11.

Em outras palavras, como contratos de PPPs se caracterizam por terem muitas e complexas obrigações contratuais, a sua fiscalização pelo Parceiro Público demanda a existência de corpo técnico com alto grau de especificação e múltiplos conhecimentos, razão pela qual se abre um cenário em que se dá a oportunidade para que o parceiro privado não cumpra todas as suas obrigações contratuais. Assim, o Poder Público necessita estruturar um mecanismo que garanta o melhor controle na execução do contrato de PPP.

Com a assinatura de contratos de PPP, principalmente nas esferas estaduais e municipais, uma nova questão foi posta: a complexidade na gestão e fiscalização desses contratos. Justamente por envolver um comprometimento de recursos públicos de longo prazo é que surge, sobre a ótica do poder público, a necessidade de garantir o melhor controle na execução do contrato de PPP.

Com intuito de minimizar esse risco, alguns entes têm adotado a contratação de Verificadores Independentes – VI, para auxiliar na complexa gestão dos riscos do contrato, conferindo maior imparcialidade na execução do contrato tanto pelo parceiro público e pelo parceiro privado.

O VI refere-se a "[...] um terceiro ator no cenário de execução contratual da parceria público-privada, que possa realizar a avaliação de desempenho do concessionário de forma íntegra e transparente, também conferindo imparcialidade ao processo."[298] Ele é instituído "para mitigar riscos e agregar valor aos contratos", sendo "responsável por auxiliar tecnicamente o Poder Concedente e a Concessionária a atingirem os objetivos da concessão" [299].

Corroborando esta afirmação, o Manual de Parcerias do Estado de São Paulo estabelece que:

298 MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico. Unidade Central de parcerias público-privadas. **Verificador Independente**: Práticas para agregar valor aos projetos de Parceria Público-Privada. Belo Horizonte: Estado de Minas Gerais, 2011, p. 6.

299 SÃO PAULO. Secretaria de Governo. **Manual de Parcerias do Estado de São Paulo.** São Paulo: Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020, p. 172.

> As atividades de fiscalização do contrato pelo Poder Concedente poderão contar com o apoio de um terceiro especializado, denominado Verificador Independente (VI). **Esta é uma prática comumente usada em projetos como forma de garantir a neutralidade, conhecimento técnico e imparcialidade do ente responsável pela aferição ou quantificação do cumprimento das obrigações previstas no contrato**.
>
> O Verificador Independente é uma entidade imparcial, não vinculada à Concessionária e nem ao Estado, que atua de forma neutra e com independência técnica, fiscalizando a execução do contrato e aferindo o desempenho da Concessionária com base no sistema de mensuração e desempenho (indicadores de qualidade) e no mecanismo de pagamento, constantes no edital[300].

Imperioso ressaltar que o fundamento legal para a sua contratação se extrai do caput do art. 67 da Lei nº 8.666/1993[301], conforme se observa in verbis:

300 *Idem.*, p. 171.

301 Esta norma foi também prevista na Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), em seu art. 117, que estabelece: "Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, **permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.**" A nova lei de licitações inova, nesse aspecto, ao estabelecer responsabilidades aos terceiros contratados e fiscais, conforme § 4º, deste mesmo art. 117: "§ 4º Na hipótese da contratação de terceiros prevista no caput deste artigo, deverão ser observadas as seguintes regras:
I - a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato; II - a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado. (BRASIL, 2021)

> Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. (BRASIL, 1993)

Chama-se a atenção para o fato de que são vários os papeis do VI na parceria público-privada. O mais comum é o de atuar no monitoramento de desempenho, realizando a aferição dos indicadores que compõem o sistema de remuneração da Concessionária. Ele pode atuar com o foco na otimização da eficiência do sistema de monitoramento e controle de desempenho, bem como atuar na proposta de revisão dos próprios indicadores[302].

Além disso, sobre a atuação do VI, pode-se acrescentar o seguinte:

> No nível operacional, o VI pode monitorar e garantir a visibilidade do desempenho do empreendimento, permitindo o aprimoramento da execução e a correção ágil de eventuais falhas. Além disso, o VI poderá efetuar análises de confiabilidade dos dados produzidos pela Concessionária a respeito do desempenho da operação, garantindo a transparência do projeto. O VI pode vir a suportar tecnicamente eventuais ajustes nos pagamentos da Concessionária, sempre assegurando a remuneração justa, de acordo com o estabelecido em contrato mediante a análise do desempenho dos serviços prestados.
>
> Em termos práticos, o Verificador Independente é responsável por preparar e aplicar os fluxos de processos necessários para aferição de

302 SÃO PAULO. Secretaria de Governo. **Manual de Parcerias do Estado de São Paulo**. São Paulo: Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020, p. 172.

> desempenho da Concessionária, bem como dispor de infraestrutura lógica de Tecnologia de Informação para verificação dos indicadores e consequente cálculo do pagamento a ser feito pelo Poder Concedente [303].

Da análise dos contratos de parceria público-privada estudados, que foram celebrados na área de saúde, no Brasil, foi possível chegar às seguintes conclusões sobre a atuação do VI.

Primeiramente, observou-se que a maioria dos contratos prevê a contratação de um VI, pelo Poder Concedente, principalmente para auxiliá-lo no processo de verificação dos indicadores de desempenho que subsidiam o pagamento das contraprestações pecuniárias.

Observa-se que nos contratos da Bahia[304], o VI é selecionado pelo Poder Concedente, contudo será a Concessionária a responsável por arcar integralmente com os custos da contratação. Neste ponto, tendo em vista a possibilidade cooptação do VI pela concessionária, defende-se como melhor modelo aquele em que há contratação direta pela Administração. De todo modo, sobre a responsabilidade de qual parceiro da PPP irá suportar o ônus da contratação do VI, há que se considerar que:

> Embora a contratação e o pagamento do Verificador Independente possam ser feitos tanto pelo Poder Concedente quanto pelo parceiro privado, dependendo da previsão contratual, a contratação do VI será sempre submetida à aprovação do Poder Concedente. Quando da contratação do VI pelo Poder Concedente, reduz-se o risco de captura ou opacidade nos critérios de seleção. Por outro lado, a contratação realizada pela Concessionária tende a trazer maior flexibilidade na definição

303 *Idem*, p. 173.

304 Hospital do Subúrbio de Salvador/BA (2010); Instituto Couto Maia da Bahia (2013), Diagnóstico por Imagem /BA (2015)

> do escopo do VI e maior celeridade no processo de contratação. Independentemente de qual das partes seja responsável pela contratação ou pagamento do Verificador, é necessário que haja a garantia de sua idoneidade e imparcialidade para ambas as partes[305].

Reforça-se que o VI deve atuar nas atividades auxiliares e de suporte ao Poder Concedente, que em hipótese alguma poderá se eximir de acompanhar o fiel cumprimento do contrato, cabendo-lhe aplicar eventuais sanções contratuais quando constatado o descumprimento por parte da Concessionária [306].

Finalmente, constatou-se também que a contratação dos verificadores independentes é importante em virtude da alta complexidade dos indicadores de desempenho dos contratos de PPP analisados.

Ademais, considerando o alto dispêndio com estes contratos, o fato do Poder Público contar com a participação de empresas privadas especializadas, traz maior segurança nos números apurados durante a aferição do desempenho. Nota-se que, diante da incapacidade orçamentária estatal -em especial no momento atual-, a satisfatória execução do contrato de PPP é essencial para a Administração Pública, nesta área.

305 SÃO PAULO. Secretaria de Governo. **Manual de Parcerias do Estado de São Paulo**. São Paulo: Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020, p. 172.

306 *Idem*, p. 174.

5.8.4 PREVISÃO DE PENALIDADES PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público privada, estabelece em seu art. 2º, §4º, inciso I, que o valor mínimo do contrato seria de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), o que reflete a necessidade de obtenção de financiamentos vultosos, pelo parceiro privado, para cumprir o ajuste e de contraprestações (fixas e variáveis) a serem pagas pelo parceiro público.

Nesse contexto, para garantir a continuidade do serviço público contratado e minimizar os efeitos de inadimplementos do Poder Concedente, a Lei nº 11.079/2004 passou a exigir que a Administração Pública apresentasse garantias para cumprimento das obrigações pecuniárias (art. 8º), prevendo ainda a possibilidade da previsão contratual de penalidades ao parceiro público em caso de inadimplemento (art. 5º, II). Tal sistema tem como objetivo evitar que a Administração Pública deixe de cumprir o contrato e que o parceiro privado tenha que recorrer ao procedimento arbitral ou até mesmo ao Poder Judiciário para que o acordado seja cumprido [307] .

Diferentemente das garantias, em relação à previsão de penalidades, a lei não discriminou quais seriam as sanções que poderiam ser aplicadas à Administração Pública. Por interpretação extensiva, poder-se-ia cogitar em aplicar as penalidades da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 14.133/2021, previstas para sancionar o contratado.

Di Pietro, no entanto, não concorda com esse posicionamento. Segundo a autora, a possibilidade de aplicar as sanções da Lei nº 8.666/1993 a Administração provocaria uma inversão da posição do parceiro público – que é a autoridade pública dotada de prerrogativas – e do parceiro privado. Isso porque o poder sancionatório que o Estado detém sobre os cidadãos é indelegável, de modo que o parceiro público seria o único detentor de tal poder. Conclui essa autora que "por mais que pretenda fugir ao direito administrativo e tentar nivelar

ao máximo a posição das partes no contrato administrativo, isto não pode ir ao ponto de possibilitar ao parceiro privado impor penalidade à Administração Pública"[308].

Defende, diante disso, que as penalidades aplicáveis ao parceiro público somente são de caráter ressarcitório, em que a finalidade é indenizar o contratado pelos prejuízos eventualmente causados pelo Poder Público[309].

Diante dessa divergência acerca da matéria, buscou-se verificar a previsão de aplicação de penalidades para a Administração Pública nos contratos de PPPs na área da saúde.

Concluída a análise dos 10 contratos selecionados para o desenvolvimento do estudo empírico, foram obtidos os seguintes resultados:

- 02 (dois) contratos preveem a possibilidade de execução da garantia em caso de inadimplemento. São os casos do Centro de Atenção Primária de Belo Horizonte/MG (2016) e do Hospital Metropolitano do Ceará (2014).
- 02 (dois) contratos preveem a possibilidade de suspensão da execução em caso de inadimplemento superior a 90 dias pela Administração Pública. São os casos do Centro de Diagnósticos por Imagem (2015) e do Hospital Regional Metropolitano de Belo Horizonte/MG (2012).
- 04 (quatro) contratos preveem multa, correção monetária e aplicação de juros caso haja atraso no pagamento pelo parceiro público. São os casos da UBS da Família de Manaus/AM (2012), do Hospital da Zona Norte de Manaus/AM (2013), da Central de Material Esterilizado (2015) e do Centro de Diagnósticos por Imagem (2015).
- 01 (um) contrato prevê a rescisão do contrato pela concessionária em caso de atraso superior a 90 dias pela

308 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público -privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

309 *Ibidem*.

Administração Pública. É o caso da Central de Material Esterilizado (2015).

- 03 (três) contratos não preveem penalidades para a Administração Pública. São os casos do Complexo de Hospitais de São Paulo (2014), do Instituto Couto Maia da Bahia (2013) e do Hospital do Subúrbio de Salvador/BA (2010).

Dentre as consequências jurídicas previstas nos citados ajustes para o caso de inadimplemento pela Administração Pública, observa-se que a suspensão do contrato e sua rescisão, após 90 (noventa) dias de atraso de pagamento, já eram garantias previstas expressamente na Lei nº 8.666/1993[310]. O advento do art. 5º, inciso II, da Lei nº 11.079/2004, por sua vez, inovou ao permitir que fossem permitidas a execução da garantia contratual em favor do particular e ainda, a aplicação de multa e dos encargos moratórios pela impontualidade da Administração Pública – situação que também já se tornou prática recorrente nos contratos administrativos.

Em síntese, a partir dos dados coletados, tem-se que o art. 5º, inciso II, da Lei nº 11.079/2004 tem aplicabilidade nos contratos de parceria pública que tem como objeto serviços de saúde, apesar de não ter sido identificada uma completa paridade entre as penalidades impostas aos particulares (art. 87 da Lei nº 8.666/1993; art.156 da Lei nº 14.133/2021) e a Administração Pública. Não há, por exemplo, a previsão de formalização de advertência contra o parceiro público por descumprimentos reiterados do contratante. Com exceção da suspensão da execução do contrato e da sua rescisão (garantias, como já dito, previstas desde a Lei nº 8.666/1993), as demais penalidades

310 Na Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), este prazo foi reduzido para 2 (dois) meses, conforme previsão do art. 137, § 2º, da Lei nº 14.133/2021, que dispõe: "Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: [...] § 2º O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses: [...] IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos" (BRASIL, 2021)

parecem ainda ter cunho econômico, isso é, de caráter ressarcitório, em conformidade com Di Pietro[311].

5.8.5 FINANCIAMENTO PÚBLICO: CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA E APORTE DE RECURSOS

O modelo de parcerias público-privadas introduzido no ordenamento brasileiro articulou de forma estreita o imperativo de controle das despesas públicas, desenvolvido desde a década de oitenta, buscando a reconfiguração da vocação e das funções do Estado e o fomento da participação privada na governança pública.[312]

Nesse sentido, o art. 7º, na redação original da Lei nº 11.079/2004, vedava o pagamento antecipado de contraprestações ao parceiro privado antes da finalização da obra e disponibilização do serviço contratado, à exceção da parcela já fruível.

Tal previsão tinha como escopo evitar dispêndios no momento da contratação, de forma a diluir a pressão financeira ao longo do período de prestação do serviço, ficando a Administração dispensada de aplicar recursos enquanto o serviço não estivesse efetivamente disponibilizado, além de servir incentivo para que o parceiro privado fosse o mais eficiente possível na constituição da infraestrutura e na disponibilização do serviço [313].

Por outro lado, considerando que na Parceria Público-Privada propõe-se o compartilhamento de riscos entre os contratantes, questiona-se as obrigações assumidas pelo parceiro privado representariam ônus demasiado alto em comparação com as

311 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público -privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

312 AZEVEDO, Maria Eduarda. As parcerias público-privadas: uma perspectiva analítica. **Fórum de contratação e gestão pública,** 10, n. 112, p. 29-49, abr., 2011.

313 SCHWIND, Rafael Wallbach. Subvenções, transferências e aporte de recursos nas parcerias público-privadas. *In:* JUSTEN, M. F.; SCHWIND, R. W. (org.) **Parcerias público-privadas:** reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

obrigações efetivamente assumidas pela Administração Pública, no cenário em que se vedava a antecipação de pagamentos.

Com o advento da MP nº 575/2012, convertida na Lei nº 12.766/2012 introduziu-se a figura do aporte de recursos, acrescido no §2º, do art. 6º, da Lei nº 11.079/2004, que possibilitou o emprego de recursos públicos na fase pré-operacional da PPP, tendo natureza jurídica de subvenção[314]. Trata-se de financiamento público antecipado nas parcerias, antes da disponibilização do objeto contratado.

A justificativa para tal alteração está ligada ao financiamento do empreendimento, já que a engenharia financeira da licitação da PPP, num contexto de competição, precisava criar condições de atratividade do capital privado[315] e minorar a necessidade de financiamentos pelo parceiro privado junto a instituições financeiras[316].

Diante das alterações normativas promovidas na lei de PPP, foram estudados os contratos de PPPs na saúde, visando responder a seguinte indagação: considerando a lógica de contenção de gastos que impulsionou a edição da lei de PPP em 2004, a possibilidade de aporte de recursos e as alterações no art. 7º da Lei nº 11.079/2004 operariam uma dialética contrária à tal lógica de limitação de gastos pelo erário, vez que passou a permitir transferências de recursos ao parceiro privado na fase pré-operacional?

Concluída a análise dos contratos selecionados, foram obtidos os seguintes resultados:

- 04 (quatro) contratos preveem o aporte de recursos, mas sem previsão de pagamento de contraprestação mensal antecipada pela conclusão das obras ou disponibilização de serviços. São o caso do Complexo de Hospitais de São

314 *Ibidem*.

315 JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. *In:* JUSTEN FILHO, M. ; SCHWIND, R. W. (Orgs.) **Parcerias público-privadas:** reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

316 ALVIN, Tiago Cripa. Project Finance, Concessões e PPPs. *In:* CARVALHO, A. C.; CASTRO, L. F. M. (Orgs.) **Manual de Project Finance no Direito Brasileiro.** São Paulo: Quartier Latin, 2016.

Paulo (2014), do Hospital Regional Metropolitano de Belo Horizonte/MG (2012), do Centro de Atenção Primária de Belo Horizonte/MG (2016) e do Hospital Metropolitano do Ceará (2014).

- 02 (dois) contratos não preveem a possibilidade de aporte de recursos ao parceiro privado, mas contam com a possibilidade de pagamento de contraprestações antecipadas pela conclusão parcial de obras e disponibilização de serviços mínimos. Trata-se dos casos do Centro de Diagnósticos por Imagem/BA (2015) e da Central de Material Esterilizado/AM (2015).
- 04 (quatro) contratos não preveem nem pagamento de aporte de recursos e nem o pagamento da contraprestação antecipada pela entrega de parte do objeto contratado. São os casos do Instituto Couto Maia da Bahia (2013), do Hospital do Subúrbio de Salvador/BA (2010), do Hospital da Zona Norte de Manaus/AM (2013) e da UBS da Família de Manaus/AM (2012).

A partir dos dados coletados, percebeu-se que a figura do aporte de recursos públicos foi adotada em número considerável de parcerias (quatro em dez), e que a realização de pagamento de contraprestação antecipada também foi instrumento utilizado pela Administração (quatro em dez), mas nunca de forma concomitante, ou seja, no mesmo instrumento.

Observou-se que os contratos firmados nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Ceará - todos assinados em momento posterior à alteração legislativa mencionada - preveem a transferência de recursos públicos na forma de aporte ao parceiro privado, que poderá ser utilizada como investimento inicial do projeto, diminuindo o ônus de contratação de empréstimos junto a instituições financeiras.

Interessante ponderar que a previsão da figura do aporte, já explicitada aos interessados desde a minuta do contrato anexa ao edital de licitação, permite ao particular ofertar proposta com valores

mais atrativos à Administração Pública, exatamente por reduzir, da equação financeira, o valor dos juros cobrados no mercado financeiro.

Ademais, percebeu-se que nas PPPs que não têm por objeto a construção/administração de complexo hospitalar, tratando, por outro lado, de atividade específica ligada à área da saúde (caso do Centro de Diagnósticos por Imagem e da Central de Material Esterilizado, ambos contratos assinados em 2015), não houve a previsão de aporte de recursos ao parceiro privado. Entretanto, contam com a possibilidade de pagamento de contraprestações antecipadas pela conclusão parcial de obras e disponibilização de serviços mínimos, denominada fase de operação transitória, em contraposição ao período de fase de operação plena. Assim, se o concessionário não tiver terminado o objeto principal, poderá ser determinado o pagamento apenas de parte da remuneração mensal - pagamento proporcional ao número de instalações disponíveis para operação.

Verificou-se, ainda, que os contratos de parceria para construção e gestão de hospitais firmados na Bahia e em Manaus não previram nem o pagamento antecipado de contraprestação e nem o recebimento de aporte de recursos públicos pelo parceiro privado. Excepcionando o caso do Hospital do Subúrbio de Salvador, que teve seu contrato assinado antes da edição da MP nº 575/2012, têm-se que as demais PPP não utilizaram das ferramentas do aporte ou da antecipação de contraprestação, apesar de a permissão legislativa já estar vigente à época da sua assinatura.

A partir dos dados coletados, concluiu-se que a alteração da Lei de PPP trouxe consequências práticas para as contratações na área da saúde pública, porém a utilização da figura do aporte de recursos, por si só, não parece ter modificado a citada "lógica de contenção de gastos" pelo Estado.

E, mesmo diante da possibilidade jurídica de aplicação dos novos instrumentos de financiamento público nas PPP, não houve modificação, nas previsões contratuais, da lógica de financiamento inicialmente adotada pela lei.

5.8.6 ATENDIMENTO AO USUÁRIO NA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO PARCEIRO PRIVADO

Esta seção pretende avaliar se a concessão administrativa é o modelo mais adequado para a efetivação de direitos sociais quando os serviços são prestados pelos particulares contratados.

Para essa tarefa, optou-se por analisar, nos dez contratos de PPPs na saúde estudados, a existência ou não de algumas disposições e cláusulas relevantes para analisar a atenção que é dada ao papel do usuário, tanto no seu atendimento, quanto na avaliação de desempenho do parceiro privado. A escolha deste tema partiu da premissa, como anuncia Ménard, de que existem poucos estudos sobre a percepção das PPP pelos cidadãos. [317]

A fim de compreender aspectos de governança e do direito fundamental à saúde, passa-se ao exame do critério de avaliação do desempenho do parceiro privado, que pode ser considerada cláusula essencial desses contratos. A participação do usuário nessa avaliação decorre do art. 37, § 3º, da Constituição Federal. Esse dispositivo faz menção ao endereçamento de reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, "asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços". [318]

Ademais, com as inovações trazidas pela Lei nº 12.766/2012, o contrato de PPP poderá dispor que a remuneração do parceiro privado será variável conforme o seu desempenho. Assim, caso o contrato estabeleça que a avaliação do usuário comporá a nota final do desempenho, ela afetará a remuneração devida. Desse modo, percebe-se a importância que pode ser dada à participação dos usuários na avaliação de desempenho do parceiro privado. Assim, a definição de forma objetiva dos indicadores de desempenho e qualidade é essencial para garantir os resultados esperados pela PPP na saúde [319].

319 CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. **Parceria Público-privada (PPP)**: análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil. 2014. Tese (Doutorado em Administração).

Concluída a análise dos contratos selecionados, os resultados foram os seguintes:

- 5 (cinco) contratos preveem a avaliação do usuário como parte dos indicadores de desempenho. São esses o do Hospital do Subúrbio de Salvador/BA (2010), o Centro de Diagnósticos por Imagem da Bahia (2015), Hospital Metropolitano do Barreiro de Belo Horizonte/MG (2012), Centro de Atenção Primária de Belo Horizonte/MG (2016), Instituto Couto Maia da Bahia (2013);
- No contrato da Central de Material Esterilizado do Amazonas (2015) não se aplica a avaliação do usuário, uma vez que este atendimento não é feito;
- Os anexos do contrato do Hospital Regional Metropolitano do Ceará (2014) não foram disponibilizados pela Secretaria de Saúde do Estado, o que impossibilita constatar a existência da mencionada Cláusula;
- 3 (três) contratos não preveem nenhuma cláusula acerca da participação do usuário, quais sejam, Complexo de Hospitais de São Paulo (2014), da UBS da Família de Manaus/AM (2012) e Hospital da Zona Norte de Manaus/AM (2013).

A partir dos dados coletados, concluiu-se que a alteração da Lei de PPP foi importante para adequá-la às disposições constitucionais de participação do usuário na avaliação do desempenho do parceiro privado. Como observado nos contratos estudados, na área da saúde, em metade deles essa cláusula foi prevista. Desses 5 (cinco), 3 (três) são posteriores à mudança do texto legal. Isto é, em 2 (dois) casos, a cláusula decorreu de outras normas do ordenamento jurídico.

Sobre os contratos em que não consta a cláusula, ressalta-se que apenas um desses foi firmado antes da alteração legislativa, de modo que os demais poderiam ter se adequado a esta inovação. Considerando que em um dos contratos a cláusula não seria necessária, chega-se à conclusão de que os contratos de concessão administrativa na área

Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

de saúde estão, em sua maioria (5 de 9 contratos), reservando papel importante ao usuário do serviço de saúde.

Entretanto, é necessário aprofundar a investigação para verificar como se dá a participação quantitativa (qual o percentual na nota final do parceiro privado) e qualitativamente (quais são critérios da avaliação), para além da existência ou não da cláusula, o que pode ser objeto de pesquisas futuras.

5.8.7 GARANTIAS E COMPARTILHAMENTO DE RISCOS

Caracterizada por ser objeto de grandes empreendimentos e com a necessidade de influxo significativo de investimento inicial pelo particular, a PPP caracteriza-se por utilizar instrumentos próprios a criar condições de atratividade do capital privado [320]. Nesse sentido, o estudo pretende se debruçar sobre a utilização de dois instrumentos previstos na modelagem contratual da PPP: garantias e compartilhamento de riscos.

O primeiro trata da repartição objetiva de riscos entre as partes, que é cláusula obrigatória do contrato, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, nos termos do art. 5º, inciso III, da Lei n° 11.079/2004. A lei das PPPs também trata da alocação de riscos nos contratos como uma de suas diretrizes fundamentais, na forma do seu art. 4º, inciso VI.

Esse compartilhamento pré-ordenado de riscos garante maior segurança jurídica para a execução do objeto do contrato, tendo como pressuposto que a transferência de parte dos riscos contratuais para

320 JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. *In:* JUSTEN FILHO, M.; SCHWIND, R. W. (org.) **Parcerias público-privadas:** reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no setor da saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Ano VII - Número 7 – jul./dez 2017, p. 47-76.

a entidade privada ocorre porque a segunda teria mais condições de gerenciá-lo, reduzindo o custo geral do projeto [321].

Essa divisão racional e anterior também institui estruturas mais eficientes, estáveis e menos conflituosas entre os parceiros, com ganho potencial de eficiência para a parceria [322].

Por um lado, essa expectativa pode influenciar no preço e na geração de passivos indesejáveis ou imprevisíveis para as partes, atraindo o capital privado para a parceria. De outro, esse modelo pode resultar em melhor prestação de serviços, na medida que os esforços para a divisão de riscos já foram realizados antes de sua ocorrência.

Dentro da divisão objetiva de riscos, conforme previsto no inciso III, do art. 2º, da Lei 8.987/1995, aplicável às PPPs pelo § 1º do art. 2º da Lei 11.079/2004 e § 4º do art. 10 da Lei nº 11.079/2004, os pontos de atenção mais importantes são: a alocação do "risco de demanda", quando variações inesperadas na demanda causem queda da receita do empreendimento e a do "risco de projeto", quando deficiências do projeto acabam por resultar em prejuízos não previstos.

Segundo Fernando Vernalha Guimarães:

> Quanto ao risco de demanda, não me parece que o direito tenha condicionado a sua alocação a ponto de atribui-lo integralmente à responsabilidade do concessionário, raciocínio que poderia extrair-se da locução *por sua conta e risco* utilizada na definição da concessão de serviço público (extensível, daí, à concessão patrocinada) veiculada pela norma do inc. III do art. 2º da Lei 8.987/1995. Se é certo, como já afirmei em outro estudo, que a letra da

321 DIETERICH, Frederico Bopp. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: A estruturação de garantias públicas.** BID, 2017. Disponível em: https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos-de-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-no-Brasil-A-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-garantias-p%C3%BAblicas.pdf . Acesso em: 8 mar. 2020.

322 FRANCO, Viviane Gil, PAMPLONA, Franco João Batista. Alocação de Riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 39, nº 1, jan-mar. 2008.

> norma não deve ser desprezada, neste particular, depreendendo-se daí que o legislador desejou que o concessionário seja exposto a um certo nível de risco (traço que historicamente tem diferenciado contratos de concessão de outros modelos de contratos administrativos), "parece nitidamente excessivo o raciocínio que pretende extrair desta norma vedação a que o risco de demanda (ou parcela deste) possa ser alocado à responsabilidade do poder concedente em contratos de concessão". "A locução "por sua conta e risco" relaciona-se muito mais à transferência dos riscos inerentes ao gerenciamento da concessão em si, o que pressupõe assegurar ao concessionário certa liberdade de gestão para a escolha dos meios adequados à produção de resultados identificados como metas da concessão, do que propriamente com a absorção pelo concessionário de riscos específicos[323].

Por exigir da Administração Pública um tipo de expertise técnica e gerencial superior às contratações que ela comumente realiza, mesmo para obras públicas fora do contexto da PPP, o parceiro público deve ser capaz de "identificar e expressar contratualmente, além de monitorar os aspectos qualitativos esperados pelos serviços contratados", e garantir "uma alocação de riscos adequada entre os parceiros público e privado", sem os quais "os ganhos potenciais de eficiência das PPP não se materializam" [324].

O segundo tema tratado nesta seção, diz respeito às garantias contratuais para as obrigações pecuniárias contraídas pelo Poder Concedente. Nos contratos de PPP, elas são distintas daquelas

323 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas. Acesso em: 18 fev. 2020. Do autor, Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 2012.

324 FRANCO, Viviane Gil, PAMPLONA, Franco João Batista. Alocação de Riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 39, nº 1, jan-mar. 2008.

comumente utilizadas nos contratos administrativos, como forma de evitar o descumprimento de compromissos futuros. O tema é recheado de controvérsias, notadamente porque alguns autores, como Harada (2005), consideram que o texto da lei das PPPS incorreu em diversas inconstitucionalidades, desde a previsão de vinculação de receitas até o estabelecimento de fundos próprios específicos instituídos pelo Poder Concedente.

A Lei nº 11.079/2004 estabelece em seu art. 5º, inciso VI, que os contratos de Parcerias Público-Privadas deverão prever cláusulas dispondo sobre os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia, elencando no seu art. 8º os tipos de garantia previstos: vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público, garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade e outros mecanismos, desde que admitidos em lei.

A vinculação de receitas, ainda é objeto de questionamento acerca de sua constitucionalidade. Conquanto existam precedentes judiciais favoráveis, principalmente ao uso dos recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) como garantia pública, o Supremo Tribunal Federal ainda não pacificou a matéria. Ao contrário, em precedente de controle concentrado julgado em 2019, apontou em direção contrária à possibilidade de vinculação de receitas, quando entendeu serem inconstitucionais as normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação contida no art. 167, inciso IV, da

Constituição da República [325]. Esse fato coloca em risco grande parte das PPPs estaduais e municipais que se utilizam deste mecanismo como garantia[326].

Esse instrumento é utilizado principalmente por conta de sua liquidez e montante, existindo como fatores de risco à sua previsão, a instabilidade jurídica e a possibilidade de retenção em caso de débitos com a União [327].

Por sua vez, os fundos garantidores também são questionados juridicamente, com fundamento na inaplicabilidade de previsão em lei ordinária e como burla ao sistema de precatórios, já que os seus prováveis beneficiários têm personalidade jurídica e natureza privada. Por esse motivo também compartilham do mérito da liquidez dos valores [328].

Alguns entes públicos têm criado fundos de natureza contábil, sem personalidade jurídica e mais instável, submetendo-o ao regime de precatório, por tratar-se de mero destaque no caixa único do ente [329].

Após aprovação da Lei nº 11.079/2004, os entes subnacionais chegaram a criar fundos semelhantes ao Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP instituído em nível federal. Contudo, o seu funcionamento "dependia da qualidade dos bens a serem aportados nesses fundos, mas sem estabelecer regras adequadas para a utilização de recebíveis (receitas futuras) desses Estados ou

325 BRASIL. **Constituição da República Federativa (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 22 out. 2019.

326 DIETERICH, Frederico Bopp. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil:** a estruturação de garantias públicas. BID, 2017. Disponível em: https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos-de-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-no-Brasil-A-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-garantias-p%C3%BAblicas.pdf. Acesso em 08 mar. 2020.

327 *Ibidem*.

328 *Ibidem*.

329 *Ibidem*.

Municípios para garantia de PPPs[330]". Estados e Municípios, em geral, não possuem bens suficientes, a não ser os recursos recebíveis por transferências obrigatórias, não sendo capazes de cumprir o objetivo dos fundos. Ademais, grandes Estados como Minas Gerais e Bahia criaram fundos garantidores sem personalidade jurídica, apenas como destaque contábil previsto no orçamento, desfigurando o grande mérito do fundo que é a separação de patrimônios entre Estado e ele próprio [331].

Outro grande instrumento garantidor é o penhor. Caracterizado por sua flexibilidade, ele pode ser usado em ativos de diversas naturezas. Sua certeza e confiança advém da sua própria constituição, de natureza formal e legal. Como contras, podem ser citados a implicação na alienação de bem da Administração Pública e sua baixa liquidez [332].

A criação de empresa estatal para essa finalidade também ocorreu, em menor escala, ressaltando-se o caso da PBH Ativos, no município de Belo Horizonte.[333]

330 RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Garantias de pagamento público em contratos de PPP** : como estruturar um sistema ideal? Disponível em: http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/quais-as-garantias-ideais-para-ppps-final-publicado-versao-de-17-03-2014.pdf. Acesso em: 8 mar. 2020.

331 *Ibidem*.

332 DIETERICH, Frederico Bopp. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil:** a estruturação de garantias públicas. BID, 2017. Disponível em: https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos-de-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-no-Brasil-A-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-garantias-p%C3%BAblicas.pdf . Acesso em 08 mar. 2020.

333 A PBH Ativos S.A. é uma Sociedade de Economia Mista não dependente e de capital fechado, autorizada pela Lei Municipal 10.003/2010, aprovada pela Câmara Municipal de Belo Horizonte. Nos termos desta lei, é objeto social da PBH Ativos, em conformidade com o seu art. 2º, inciso VI: "auxiliar o Município em projetos de concessão ou de parceria público-privada, podendo, para tanto, dar garantias ou assumir obrigações;" Cf. sobre a PBH ativos em: https://pbhativos.com.br/a-pbh-ativos/legislacao-e-estatuto/

Além destas, estudo promovido em parceria com o Bando Interamericano de Desenvolvimento[334] propõe a inovação de novas formas de garantia, dentre as quais se destacam:

a) a unificação das garantias estaduais e municipais por meio no Fundo Garantidor de Infraestrutura (FGIE), administrado pela da União e mantido por meio de contraprestações dos entes participantes;

b) o uso do estoque de bens imóveis, muitas vezes subutilizados ou sem expectativa de exploração a médio prazo;

c) a capitalização de fundos garantidores estaduais ou municipais com recursos oriundos de linhas de crédito do BNDES, tendo FPE/FPM como contragarantia ao crédito concedido, aproveitando a liquidez e a experiência destas entidades

d) seguro garantia internacional, de modo a atrair investidores de fora do país.

A literatura também aponta a necessidade de garantia integral tanto no período pré-operacional (aporte público), quanto ao longo da operação (contraprestação pública), bem como para a indenização dos bens necessários à prestação dos serviços prevista revertidos à Administração Pública e não amortizados ao término do Contrato, conforme art. 35, § 1º, da Lei no 8.987/1995[335].

Em estudo realizado no ano de 2019, o professor José Virgílio Lopes Enei mapeou 111 (cento e onze) contratos de PPPs assinados desde 2004, apontando que em 34 (trinta e quatro) deles, cerca de 30% (trinta por cento) do total, podem ser considerados frustrados, entre encerrados prematuramente, com problemas nas execuções ou com contraprestações suspensas ou inadimplentes, indicando

334 DIETERICH, Frederico Bopp. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil:** a estruturação de garantias públicas. BID, 2017. Disponível em: https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos-de-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-no-Brasil-A-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-garantias-p%C3%BAblicas.pdf. Acesso em 08 mar. 2020.

335 RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Garantias de pagamento público em contratos de PPP:** como estruturar um sistema ideal? Disponível em: http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/quais-as-garantias-ideais-para-ppps-final-publicado-versao-de-17-03-2014.pdf. Acesso em: 8 mar. 2020.

a fragilidade das garantias públicas como um dos principais fatores da "mortalidade". Entre as causas dessa fragilidade nos contratos está a dificuldade do Estado em apresentar garantias suficientes que assegurem o cumprimento de suas obrigações pecuniárias, recomendando a necessidade de aprimoramentos contratuais e legislativos [336].

A literatura especializada indica que dentre os obstáculos para a captação de recursos por financiadores privados, nos países em desenvolvimento, destacam questões que estão fora do controle ou previsão pelo parceiro privado. Entre elas, as próprias condutas do parceiro público, realizada fora do âmbito contratual e identificadas como fato do príncipe, tais como risco regulatório, desvalorização da moeda local e garantias inconsistentes, como a previsão de fundo garantidor, que, frequentemente, não é sequer operacional [337].

Mauricio Portugal Ribeiro coloca que não basta a boa classificação de crédito da entidade governamental para que a garantia deixe de ser prestada pela Administração Pública. Com razão, aduz que a utilização do sistema de precatórios no Brasil permite que a Administração Pública possa protelar quase indefinidamente o pagamento de suas obrigações, afastando o financiamento privado[338].

Diante do quadro apresentado, o estudo realizado procurou responder as seguintes indagações: considerando a previsão de instrumentos diferenciados na Lei n° 11.079/2004 para a atração do

336 FRAGILIDADE de garantias fazem 30% das PPPs 'morrerem' prematuramente. **ABDIB Fórum Infraestrutura Regional.** 21 maio 2019. Disponível em: https://www.abdib.org.br/2019/05/21/fragilidade-de-garantias-fazem-30-das-ppps-morrerem-prematuramente/. Acesso em 13 mar. 2020.

337 DIETERICH, Frederico Bopp. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil:** a estruturação de garantias públicas. BID, 2017. Disponível em: https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos-de-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-no-Brasil-A-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-garantias-p%C3%BAblicas.pdf. Acesso em 08 mar. 2020.

338 RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Garantias de pagamento público em contratos de PPP:** como estruturar um sistema ideal? Disponível em: http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/quais-as-garantias-ideais-para-ppps-final-publicado-versao-de-17-03-2014.pdf. Acesso em: 8 mar. 2020.

capital privado nas parcerias público-privados, houve sua efetiva utilização nos contratos de PPPs firmados na área da saúde? Nos casos em que foram utilizados, de que maneira a Administração Pública disciplinou as condições para prestação de serviços, inclusive quanto à repartição dos riscos para a execução do objeto?

Concluída a análise dos 10 contratos selecionados, foram obtidos os seguintes resultados:

- 04 (quatro) contratos preveem o aporte de recursos ao parceiro privado; 02 (dois) contratos contam com a possibilidade de pagamento de contraprestações antecipadas pela conclusão parcial de obras e disponibilização de serviços mínimos (a chamada fase de operação transitória, em contraposição ao período de fase de operação plena) e; 04 (quatro) contratos não preveem nenhuma das modalidades, vedando o pagamento antecipado de contraprestações ao parceiro privado antes finalização da obra e disponibilização do serviço contratado, à exceção da parcela já fruível;
- 06 (seis) contratos contam as receitas futuras do Fundo de Participação do ente (Estados ou Municípios), como forma de garantia primária ou secundária; 02 (dois) tem como garantia o penhor, como forma de garantia primária ou secundária; 02 (dois) tem como garantia os direitos creditícios advindos de decisão judicial, e. 02 (dois) tem como garantia o Fundo garantidor ligado ao ente;
- em 06 (seis) contratos o Parceiro Privado é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à concessão, salvo disposição expressa em contrário; 04 (quatro) elencam a repartição objetiva dos riscos, trazendo rol para ambos os parceiros, mas ainda mantendo com a concessionária os riscos inerentes à execução do contrato, trazendo, inclusive, a alocação de determinados riscos – como adequação de tecnologia - de maneira diferente entre os contratos.

A partir dos dados coletados, concluiu-se que na grande maioria dos contratos houve a utilização destes instrumentos próprios da Lei de PPP. Quanto às garantias prestadas, oito dos dez contratos preveem aquelas de constitucionalidade questionada, mesmo número entre os contratos que constam o aporte de recursos antecipado pelo parceiro público. Em todos os contratos pesquisados, consta expressamente que os riscos relacionados à concessão são suportados pelo concessionário, mas o mesmo risco foi encontrado alocado para diferentes parceiros.

5.9 ANÁLISE CRÍTICA DAS PPPS E DE SUA UTILIZAÇÃO NA SAÚDE

Desde o início dos anos 2000, as parcerias-público privadas apresentam-se como uma das formas utilizadas para ampliar a capacidade de atendimento do Estado brasileiro na área de infraestrutura e na prestação de serviços públicos. E como todo tipo de parceria realizada entre o Poder público e o agente privado, foi possível observar diferentes pontos de tensão decorrentes do embate entre as expectativas, finalidades e regimes jurídicos destes atores.

De um lado, a legítima expectativa de lucro do agente privado, e, do outro, as necessidades de cumprimento do interesse público pela Administração. Ou ainda, a necessidade do Estado em aproveitar ao máximo os recursos oferecidos pelo mercado e a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com o parceiro privado. E mais, a necessidade de busca, no mercado, de recursos capazes de ampliar o atendimento das necessidades públicas pelo Estado, e o temor de captura deste mesmo Estado por interesses privados.

Como apontam Carlos Cruz e Nuno Cruz, a promessa das PPPs é insuficiente em termos de resultados reais. Para os autores,

> Embora muitas vezes as causas para resultados decepcionantes residam em motivos inadequados para adotar a PPP, muitas das características intrínsecas desses acordos os tornam

> particularmente suscetíveis a prejudicar o interesse público - particularmente para governos sem capacidade de serem monitores eficazes e fiscalizadores destes complexos contratos[339].

No caso dos serviços de saúde, essa intrincada relação toma contornos ainda mais difíceis, por inserir-se dentro de uma estrutura institucional que deve envolver de forma articulada, não só o agente privado, mas todos os entes federativos, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Os serviços de saúde se caracterizam pelo alto grau de complexidade de certos procedimentos, assim como na rapidez na atualização tecnológica de tratamentos e remédios, tornando alguns procedimentos antiquados em um tempo menor que outro tipo de serviço. Além disso, a Lei que regula as PPPs determina a duração máxima de 35 anos para estes empreendimentos, sendo que, no caso da saúde, poderiam ter uma duração ainda maior, dado o grande custo para sua implementação. Dessa realidade, depreende-se a dificuldade para uma previsão detalhada dos itens neste tipo de contrato, sob pena de inviabilizar uma prestação mais eficiente do serviço, diante de eventuais inovações tecnológicas. Por outro lado, uma falta de detalhamento no contrato dificulta a fiscalização pelo Poder Público na aferição da eficiência do contratado.

Por conta disso, a literatura especializada identifica variados tipos de problemas para uma efetiva implementação deste instrumento no setor da saúde. Mânica apresenta as dificuldades encontradas para a modelagem desse tipo de contrato, por existirem poucas experiências nacionais que possam ser utilizadas como parâmetros[340]. Além disso,

339 CRUZ, Carlos Oliveira; CRUZ, Nuno F. da. Public-Private Partnership: a framework for private sector involvement in public infrastructure projects. *In:* WEGRICH, Kai; KOSTKA, Genia; HAMMERSCHMID, Gerhard. **The Governance of Infrastructure.** Oxford: Oxford University Press, 2020.

340 MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no Setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Ano VII - Número 7 – jul./dez. 2017. p. 54.

estas experiências variam de acordo com qual serviço é repassado para a iniciativa privada, ou seja, serviços de "bata branca" ou "bata cinza".

Mânica ainda aponta para o risco de ampliação das possibilidades de apropriação indevida de recursos públicos pela iniciativa privada, neste tipo de PPP, que pode ser atenuado por meio de algumas condutas do gestor público, tais como: a capacitação dos servidores da Administração Pública; a discussão pública da proposta, através de audiências públicas e outras medidas de transparência; a contínua aferição dos critérios de desempenho ao longo do desenvolvimento do empreendimento etc.

De forma semelhante, Célia Almeida indica que essas tensões imanentes entre público e privado, podem dificultar uma implementação eficiente desses empreendimentos. A autora afirma que:

> Ainda é cedo para avaliações mais conclusivas, entretanto citam-se alguns alertas. No caso das PPP de concessão administrativa, mencionam-se: os questionamentos e dificuldades enfrentadas na implementação do SUS e a especificidade histórica de seu mix público-privado, que privilegiou o setor privado; e a complexidade do desenvolvimento de projetos de PPP, que exige capacidade de diálogo e negociação, para acomodar os múltiplos atores e díspares interesses envolvidos, e de regulação, ambas incomuns no setor público [341].

Outro fator importante a ser levado em consideração diz respeito a perda de know-how[342] que ocorre na transferência da execução de

341 ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: fev. 2021.

342 Conhecimento necessário para realizar alguma tarefa específica.

serviços para a iniciativa privada, dificultando a prestação do serviço. Isso ocorre porque uma fiscalização eficiente, ou uma modelagem bem-feita de um contrato, e mesmo a escolha política para retomada da atividade para prestação direta, só pode ocorrer se a Administração tiver os instrumentos e conhecimentos necessários para realizá-la.

A experiência inglesa das PPPs, além de terem sido pioneiras na implantação da modelagem em diversos países, inclusive no Brasil, também demonstram as potencialidades e, notadamente os limites da utilização de PPPs na saúde, conforme será discutido a seguir.

Anexo I

Tabela 1 - Contratos de PPP no Brasil (2006-2021)

Nº	Contrato	Segmento	UF	Ano de Assinatura
1	Metrô de São Paulo – Linha 4 Amarela (Estado de São Paulo)	Transporte Coletivo Urbano	E	2006
2	Sistema de Disposição Oceânica do Jaguaribe (Bahia)	Saneamento	E	2006
3	Ponte de Acesso e Sistema Viário do Destino de Turismo e Lazer Praia do Paiva (Pernambuco)	Rodovia	E	2006
4	Esgotamento Sanitário (Rio Claro)	Saneamento	M	2007
5	Rodovia MG-050 (Minas Gerais)	Rodovia	E	2007

6	Sistema de Esgotamento Sanitário (Rio das Ostras)	Saneamento	M	2007
7	Limpeza Pública (Osasco)	Saneamento	M	2008
8	Esgotamento Sanitário (Guaratinguetá)	Saneamento	M	2008
9	Sistema Produtor do Alto Tietê (Estado de São Paulo)	Saneamento	E	2008
10	Resíduos Sólidos (Belo Horizonte)	Saneamento	M	2008
11	Polo Cinematográfico e Cultural (Paulínia)	Gestão de Infraestrutura	M	2008
12	Programas Habitacionais – Projeto Jardins Mangueiral (Distrito Federal)	Habitação	DF	2009
13	Centro Administrativo (Distrito Federal)	Gestão de Infraestrutura	DF	2009
14	Complexo Penal (Minas Gerais)	Gestão de Infraestrutura	E	2009

15	Centro Integrado de Ressocialização de Itaquitinga (Pernambuco)	Gestão de Infraestrutura	E	2009
16	Arena Fonte Nova (Bahia)	Gestão de Infraestrutura	E	2010
17	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos (Jacareí)	Saneamento	M	2010
18	Frota da Linha 8 Diamante (Estado de São Paulo)	Transporte Coletivo Urbano	E	2010
19	Hospital do Subúrbio (Bahia)	Saúde	E	2010
20	Arena de Pernambuco – Primeira Concessão (Pernambuco)	Gestão de Infraestrutura	E	2010
21	Complexo Datacenter (União)	Gestão de Infraestrutura	U	2010
22	Limpeza Urbana (São Carlos)	Saneamento	M	2010
23	Resíduos Sólidos (Cotia)	Saneamento	M	2010
24	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos (Embu das Artes)	Saneamento	M	2010

25	Estádio Castelão (Ceará)	Gestão de Infraestrutura	E	2010
26	Porto Maravilha (Município do Rio de Janeiro)	Habitação	M	2010
27	Complexo do Mineirão (Minas Gerais)	Gestão de Infraestrutura	E	2010
28	Unidade de Atendimento Integrado – Municípios (Minas Gerais)	Gestão de Infraestrutura	E	2010
29	Estádio das Dunas (Rio Grande do Norte)	Gestão de Infraestrutura	E	2011
30	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos (Itu)	Saneamento	M	2011
31	Sistema de Limpeza Pública (Niterói)	Saneamento	M	2011
32	Resíduos Sólidos (Alfenas)	Saneamento	M	2012
33	Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos (Barueri)	Saneamento	M	2012

34	Hospital Metropolitano de Belo Horizonte (Belo Horizonte)	Saúde	M	2012
35	Shopping Popular e Manutenção de Praça (Pelotas)	Gestão de Infraestrutura	M	2012
36	Parque Olímpico (Município do Rio de Janeiro)	Gestão de Infraestrutura	M	2012
37	Limpeza Pública e Manejo de Resíduos Sólidos (São Luís)	Saneamento	M	2012
38	Sistema Adutor do Agreste (Alagoas)	Saneamento	M	2012
39	Esgotamento Sanitário (Piracicaba)	Saneamento	M	2012
40	Sistema Integrado de Manejo e Gestão de Resíduos Sólidos (São Bernardo do Campo)	Saneamento	M	2012
41	Usina de Gaseificação (Planaltina)	Saneamento	M	2012
42	Unidades Básicas de Saúde da Família (Manaus)	Saúde	M	2012

43	Unidades de Ensino da Rede Municipal de Educação Básica – UMEI (Belo Horizonte)	Gestão de Infraestrutura	M	2012
44	Limpeza Pública e Manejo de Resíduos Sólidos (Piracicaba)	Saneamento	M	2012
45	Resíduos Sólidos (Belém)	Saneamento	M	2012
46	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos (Campo Grande)	Saneamento	M	2012
47	Esgotamento Sanitário (Macaé)	Saneamento	M	2012
48	Esgotamento Sanitário (Atibaia)	Saneamento	M	2012
49	Esgotamento Sanitário da Região Metropolitana do Recife e do Município de Goiana (Pernambuco)	Saneamento	E	2013
50	Hospital da Zona Norte (Amazonas)	Saúde	E	2013
51	Instituto Couto Maia (Bahia)	Saúde	E	2013

52	Estádio Maracanã (Estado do Rio de Janeiro)	Gestão de Infraestrutura	E	2013
53	Veículo Leve sobre Trilhos (Município do Rio de Janeiro)	Transporte Coletivo Urbano	M	2013
54	Sistema Produtor São Lourenço (Estado de São Paulo)	Saneamento	E	2013
55	Nova Fábrica de Produção da FURP (Estado de São Paulo)	Saúde	E	2013
56	Coleta e Destinação Final de Resíduos Sólidos (Paulista)	Saneamento	M	2013
57	Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas (Bahia)	Transporte Coletivo Urbano	E	2013
58	Vapt Vupt (Ceará)	Gestão de Infraestrutura	E	2013
59	Metrô de São Paulo – Linha 6 Laranja (Estado de São Paulo)	Transporte Coletivo Urbano	E	2013
60	Sistema Produtor Rio Manso (Minas Gerais)	Saneamento	E	2013

61	Unidades de Atendimento Faça Fácil (Espírito Santo)	Gestão de Infraestrutura	E	2013
62	Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário (Paraty)	Saneamento	M	2014
63	Centro de Gestão Integrada (Distrito Federal)	Gestão de Infraestrutura	DF	2014
64	Esgotamento Sanitário do Município de Serra (Espírito Santo)	Saneamento	E	2014
65	Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos na RMBH (Minas Gerais)	Saneamento	E	2014
66	Iluminação Pública (São João de Meriti)	Iluminação e Energia	M	2014
67	Metrô de São Paulo – Linha 18 Bronze (Estado de São Paulo)	Transporte Coletivo Urbano	E	2014
68	Ponte Estaiada sobre o Rio Cocó (Ceará)	Transporte Coletivo Urbano	E	2014

69	Complexos Hospitalares (Estado de São Paulo)	Saúde	E	2014
70	Esgotamento Sanitário da Área Urbana (Guarulhos)	Saneamento	M	2014
71	Corredor da PR-323, PRC-487 e PRC-272 (Paraná)	Rodovia	E	2014
72	Hospital Regional Metropolitano – HRM (Ceará)	Saúde	E	2014
73	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos (Salto)	Saneamento	M	2014
74	Esgotamento Sanitário da Parte Alta de Maceió (Alagoas)	Saneamento	E	2014
75	Unidade de Atendimento Integrado – UAI da Praça Sete (Minas Gerais)	Gestão de Infraestrutura	E	2014
76	Rodovia dos Tamoios (Estado de São Paulo)	Rodovia	E	2014

77	Unidade de Atendimento Integrado – Fase 2 (Minas Gerais)	Gestão de Infraestrutura	E	2014
78	Aeroporto Regional da Zona da Mata (Minas Gerais)	Aeroportos	E	2014
79	Diagnóstico por Imagem (Bahia)	Saúde	E	2015
80	Complexo Penitenciário (Amazonas)	Gestão de Infraestrutura	E	2015
81	Casa Paulista (Estado de São Paulo)	Habitação	E	2015
82	Resíduos Sólidos (Chapadão do Sul)	Saneamento	M	2015
83	Veículo Leve sobre Trilhos no Eixo Anhanguera (Goiás)	Transporte Coletivo Urbano	E	2015
84	Iluminação Pública (Urânia)	Iluminação e Energia	M	2015
85	SIM da RMBS (Estado de São Paulo)	Transporte Coletivo Urbano	E	2015
86	Gestão do Parque de Iluminação Pública (Caraguatatuba)	Iluminação e Energia	M	2015

87	Sistema de Esgotamento Sanitário – SES Divinópolis (Minas Gerais)	Saneamento	E	2015
88	Central de Material Esterilizado (Amazonas)	Saúde	E	2015
89	Aterro Sanitário (Governador Valadares)	Saneamento	M	2015
90	Resíduos Sólidos e Limpeza Urbana (Cabreúva)	Saneamento	M	2016
91	Rede de Atenção Primária à Saúde (Belo Horizonte)	Saúde	M	2016
92	Serviços de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos (Taubaté)	Saneamento	M	2016
93	Abastecimento de Água (Mauá)	Saneamento	M	2016
94	Iluminação Pública (Guaratuba)	Iluminação e Energia	M	2016
95	Iluminação Pública (Belo Horizonte)	Iluminação e Energia	M	2016

96	Resíduos Sólidos (Cruz das Almas)	Saneamento	M	2016
97	Iluminação Pública (São José de Ribamar)	Iluminação e Energia	M	2016
98	Iluminação Pública (Goianésia do Pará)	Iluminação e Energia	M	2016
99	Iluminação Pública (Mauá)	Iluminação e Energia	M	2016
100	Resíduos Sólidos (Caucaia)	Saneamento	M	2016
101	Iluminação Pública (Cuiabá)	Iluminação e Energia	M	2016
102	Iluminação Pública (Marabá)	Iluminação e Energia	M	2016
103	Esgotamento Sanitário do Município de Vila Velha (Espírito Santo)	Saneamento	M	2017
104	Iluminação Pública (Açailândia)	Iluminação e Energia	M	2017
105	Iluminação Pública (Campo Maior)	Iluminação e Energia	M	2017
106	Ganha Tempo (Mato Grosso)	Gestão de Infraestrutura	M	2017

107	Iluminação Pública (Município de São Paulo)	Iluminação e Energia	M	2018
108	Iluminação Pública (Dom Eliseu)	Iluminação e Energia	M	2018
109	Rede IP Multiserviços (Piauí)	Gestão de Infraestrutura	E	2018
110	Sistema Viário BA-052 – Estrada do Feijão (Bahia)	Rodovia	M	2018
111	Resíduos Sólidos (Porto Nacional)	Saneamento	M	2019
112	Iluminação Pública (Tomé-Açu)	Iluminação e Energia	M	2019
113	Veículo Leve sobre Trilhos (Bahia)	Transporte Coletivo Urbano	E	2019
114	Iluminação Pública (Água Boa)	Iluminação e Energia	M	2019
115	Iluminação Pública (Uberaba)	Iluminação e Energia	M	2019
116	PPP Habitacional (Município de São Paulo)	Habitação	M	2019
117	Iluminação Pública (Porto)	Iluminação e Energia	M	2019
118	Iluminação Pública (Água Branca)	Iluminação e Energia	M	2019

119	Iluminação Pública (Barra do Garças)	Iluminação e Energia	M	2019
120	Iluminação Pública (Ribeirão das Neves)	Iluminação e Energia	M	2019
121	Iluminação Pública (Miguel Pereira)	Iluminação e Energia	M	2019
122	Iluminação Pública (Presidente Dutra)	Iluminação e Energia	M	2019
123	Parque de Iluminação Pública Inteligente (Guarapuava)	Iluminação e Energia	M	2019
124	Resíduos Sólidos (Barreirinhas)	Saneamento	M	2020
125	Iluminação Pública (Barra do Piraí)	Iluminação e Energia	M	2020
126	Usina de Geração Fotovoltaica (Petrolina)	Iluminação e Energia	M	2020
127	Iluminação Pública (Uberlândia)	Iluminação e Energia	M	2020
128	Iluminação Pública (Hortolândia)	Iluminação e Energia	M	2020

129	Iluminação Pública (Santo Amaro)	Iluminação e Energia	M	2020
130	Iluminação Pública (Timbó)	Iluminação e Energia	M	2020
131	Saneamento Básico CORSAN (Rio Grande do Sul)	Saneamento	E	2020
132	Iluminação Pública (Caieiras)	Iluminação e Energia	M	2020
133	Sistema de Iluminação Pública (Manaus)	Iluminação e Energia	M	2020
134	Iluminação Pública (Município do Rio de Janeiro)	Iluminação e Energia	M	2020
135	Iluminação Pública (Palhoça)	Iluminação e Energia	M	2020
136	Iluminação Pública (Socorro)	Iluminação e Energia	M	2020
137	Iluminação Pública (Carmo do Cajuru)	Iluminação e Energia	M	2020
138	Iluminação Pública (Porto Alegre)	Iluminação e Energia	M	2020
139	Iluminação Pública (Ibirité)	Iluminação e Energia	M	2020

140	Aterro Sanitário de Resíduos Sólidos - Primeira Concessão (Guarantã do Norte)	Saneamento	M	2020
141	Iluminação Pública (Teresina)	Iluminação e Energia	M	2020
142	Unidades Escolares (Contagem)	Educação	M	2020
143	Iluminação Pública (Ouro Preto)	Iluminação e Energia	M	2020
144	Resíduos Sólidos (Itaquaque-cetuba)	Saneamento	M	2020
145	Iluminação Pública (Angra dos Reis)	Iluminação e Energia	M	2020
146	Iluminação Pública (Vila Velha)	Iluminação e Energia	M	2020
147	Eficiência Energética (Uberaba)	Iluminação e Energia	M	2020
148	Iluminação Pública (Barra do Corda)	Iluminação e Energia	M	2020

149	Iluminação Pública (Pederneiras)	Iluminação e Energia	M	2020
150	Sistema Viário do Oeste-Ponte Salvador-Ilha de Itaparica (Bahia)	Rodovia	E	2020
151	Aterro Sanitário (Dom Cavati)	Saneamento	M	2020
152	Usina Solar Fotovoltaica (Quixeramobim)	Iluminação e Energia	M	2020
153	Iluminação Pública (Aracaju)	Iluminação e Energia	M	2020
154	Resíduos Sólidos (Naviraí)	Saneamento	M	2020
155	Miniusinas de Energia Solar (Piauí)	Iluminação e Energia	E	2020
156	Infraestrutura da Rede de Iluminação Pública (Feira de Santana)	Iluminação e Energia	M	2020
157	Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos (Campos do Jordão)	Saneamento	M	2020
158	Iluminação Pública (Içara)	Iluminação e Energia	M	2020

159	Esgotamento Sanitário do Município de Cariacica (Espírito Santo)	Saneamento	E	2020
160	Cidade Inteligente (Almeirim)	Iluminação e Energia	M	2020
161	Iluminação Pública (União da Vitória)	Iluminação e Energia	M	2020
162	Iluminação Pública (Franco da Rocha)	Iluminação e Energia	M	2020
163	Esgotamento Sanitário - Municípios (Mato Grosso do Sul)	Saneamento	E	2021
164	Iluminação Pública (Campo Belo)	Iluminação e Energia	M	2021
165	PPP Habitacional - Fase 2 (Município de São Paulo)	Habitação	M	2021
166	Iluminação Pública (Belém)	Iluminação e Energia	M	2021
167	Iluminação Pública (Petrolina)	Iluminação e Energia	M	2021
168	Iluminação Pública (Sapucaia do Sul)	Iluminação e Energia	M	2021

169	Plantas Solares (Goianésia)	Iluminação e Energia	M	2021
170	Iluminação Pública (Campos do Jordão)	Iluminação e Energia	M	2021
171	Resíduos Sólidos (Angra dos Reis)	Saneamento	M	2021
172	Metrô de São Paulo – Linha 8 Diamante e Linha 9 Esmeralda	Transporte Coletivo Urbano	E	2021
173	Planta de Dessalinização de Água Marinha (Ceará)	Saneamento	E	2021

Fonte: Radar PPP. Resumo de Contratos. Disponível em: https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps/. Acesso em: ago. 2021.

6. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE, NO REINO UNIDO

6.1 DIREITO À SAÚDE E SUAS TRANSFORMAÇÕES NORMATIVAS

Conforme já discutido no Capítulo 4 deste trabalho, o sistema jurídico do Reino Unido não possui uma Constituição escrita, de forma que o direito à saúde e as prestações decorrentes deste direito derivam de uma série de leis editadas pelo parlamento inglês, bem como de precedentes judiciais.

A implantação de um sistema de saúde - o NHS (National Health Service) - foi um fato histórico relevante para o exercício destes direitos no Reino Unido. Contudo, como relata Charles Webster, desde a era vitoriana foi editado um conjunto de leis voltadas para o controle da saúde pública, para a regulamentação das profissões de saúde e para a prestação de serviços a grupos distintos de cidadãos, tais como a "lei dos pobres" (Poor Law Act 1834), leis na área da saúde pública, educação e seguro de saúde. A partir de 1939, o Estado, por meio dos governos central e local, passaram a prestar e financiar uma gama cada vez maior de serviços de saúde e de forma cada vez mais abrangente, até a estruturação do NHS[343].

A partir da implementação do NHS, os principais marcos jurídicos do direito à saúde no Reino Unido[344], são, de forma não exaustiva, os seguintes:

- *National Health Service Act* 1946: estabeleceu, em síntese, que é dever do Ministro da Saúde implementar um serviço de saúde para assegurar a melhoria da saúde física e mental das pessoas e a prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças. A lei também previu que os serviços seriam gratuitos[345] - o que se mantém até os dias atuais, com alguns limites e restrições também estabelecidos em lei.

345 REINO UNIDO. **National Health Service Act 1946** . Disponível em: https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/coll-9-health1/health-01/. Acesso em: jun. 2021.

- *NHS Reorganisation Act* 1973: lei editada para tratar do sistema nacional de saúde na Inglaterra, País de Gales e Escócia.[346] Esta lei representou uma reforma estrutural e administrativa significativa do sistema de saúde e delineou planos para unificar o sistema tripartido até então existente (compreendendo serviços de médico da família [c*omprising family practitioner services]*, serviços hospitalares e serviços comunitários estabelecidos pela *National Health Service Act* 1946) num sistema integrado unitário.[347]
- *National Health Service Act* 1977: consolidou disposições anteriores relativas aos serviços de saúde para a Inglaterra e País de Gales e revogou outras normas desta matéria, que deixaram de surtir efeito.[348]
- *Human rights Act* 1988: A lei entrou em vigor em 2 de outubro de 2000. Em que pese não conter direitos novos, ela incorporou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos à legislação do Reino Unido, permitindo que um indivíduo possa fazer valer os direitos decorrentes desta Convenção nas cortes e tribunais britânicos, ao invés de ter de recorrer à Corte Europeia de Estrasburgo. Entre esses direitos está o direito à saúde e assistência social, que pode ser exercido

346 REINO UNIDO. **National Health Service Reorganisation Act 1973**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/32/enacted. Acesso em: jul. 2021.

347 THE HEALTH FOUNDATION. NHS **Reorganisation Act 1973**. Disponível em: https://navigator.health.org.uk/theme/nhs-reorganisation-act-1973. Acesso em: jun. 2021.

348 REINO UNIDO. **National Health Service Act 1977.** Ementa. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/49/introduction. Acesso em: jun. 2021.

com base no art. 8º da Convenção[349], que estabelece o direito ao respeito pela vida privada e familiar.[350]

- *National Health Service and Community Care Act 1990*: A lei trata das autoridades de saúde e outros órgãos constituídos de acordo com a *National Health Service Act* 1977 e altera as formas de gestão e financiamento do sistema. A partir da avaliação das necessidades da população local, os serviços passaram a ser adquiridos de "provedores" do mercado interno, organizações que se tornaram fundos patrimoniais (*trust*) do NHS, inclusive com possibilidade de competir entre si.[351] A lei também instituiu a provisão de alojamento e outros serviços de assistência social, de responsabilidade das autoridades locais e definiu os poderes do Secretário de Estado quanto a estes serviços sociais e ainda revogou a *National Health Service Act* 1977.[352]
- *National Health Service Act* 2006: Trata-se de uma lei de consolidação relativa ao serviço de saúde, notadamente visando a integração dos serviços de saúde e assistência

349 "Artigo 8°- Direito ao respeito pela vida privada e familiar - 1.Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.2.Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar econômico do País, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.(EUROPA. Convenção europeia de direitos humanos. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: jul. 2021. p.11)

350 REINO UNIDO. Department of Health. **The Human Rights Act 1998.** Disponível em: https://www.health-ni.gov.uk/articles/human-rights-act-1998. Acesso em: jun. 2021.

351 Esses fundos ficariam responsáveis pela propriedade e administração de hospitais ou outras instalações anteriormente administradas ou fornecidas por autoridades de saúde regionais, distritais ou especiais. (THE HEALTH FOUNDATION. *National Health Service and Community Care Act 1990***.** Disponível em: https://navigator.health.org.uk/theme/national-health-service-and-community-care-act-1990. Acesso em: jul. 2021.

352 REINO UNIDO. *National Health Service and Community Care Act 1990*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/19/introduction. Acesso em: jun. 2021.

social. Essa lei foi completamente alterada e renumerada pela *Health and Social Care Act* 2012.[353]

- *Health and Social Care Act* 2012: Regulamentou a organização administrativa do *National Health Service* e os serviços de saúde e de assistência social para adultos; estabeleceu competências e a cooperação entre as autoridades públicas (locais e central) em questões de saúde e assistência social, além de outras providências.[354]
- *Care Act* 2014: Buscou reformar as legislações anteriores relativas a cuidados e apoio para adultos, estabelecendo padrões destes cuidados e sua integração com os serviços de saúde; definiu limites de financiamento e atribuições das autoridades locais, além de dar outras providências[355]. A lei estabeleceu procedimento único e as etapas que devem ser seguidas para o acesso ao direito a cuidados e apoio público aos adultos. A lei, em síntese, previu

> [...] como acompanhar a 'jornada' da pessoa no sistema de cuidados e apoio: ele começa com uma avaliação de suas necessidades e uma decisão sobre se estas necessidades são elegíveis, incluindo uma avaliação financeira, quando necessário. Isso determinará se as pessoas precisam pagar por seus próprios cuidados e, no futuro, incluirá o novo sistema de pagamento com limitação de custos. Depois de concluído este processo de avaliação, pode-se decidir se o adulto tem direito a cuidados e apoio organizados pela autoridade local[356].

353 REINO UNIDO. **National Health Service Act 2006**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/41/introduction. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/19/introduction. Acesso em: jun. 2021.

354 REINO UNIDO. **Health and Social Care Act 2012.** Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/section/1. Acesso em: jun. 2021.

355 REINO UNIDO. **Care Act 2014.** Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/23/introduction/enacted. Acesso em: jun. 2021

356 REINO UNIDO. **Guidance**: care act factsheets. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/care-act-2014-part-1-factsheets/care-act-factsheets.

O Coronavirus Act 2020 alterou o Care Act 2014 para conferir às autoridades locais competências para tomarem decisões referentes às necessidades mais urgentes ou promover a concentração de recursos, mesmo que isso signifique não cumprir algumas de suas obrigações legais existentes ou levar mais tempo para cumpri-las[357].

Diante das legislação descritas, duas questões relevantes se destacam no ordenamento britânico quanto ao direito à saúde: a) mesmo diante de um sistema jurídico em que os direitos podem ser instituídos e exercidos mediante decisões judiciais (precedentes), no âmbito do direito à saúde o Parlamento inglês exerceu papel importante – e incomum em outras áreas correspondentes a direitos sociais - ao editar leis (*primary legislation*) que instituíram a estrutura organizacional e prestacional para assegurar o exercício direito à saúde, com base nos princípios da universalidade, integralidade e equidade e b) a legislação editada instituiu uma gama de direitos prestacionais, na área da saúde, que têm assegurado aos cidadãos do Reino Unido acesso gratuito ao sistema, integrado com outros direitos de assistência social.

Trata-se, a seguir, da implementação do NHS, o sistema de saúde do Reino Unido, responsável pela disponibilização e prestação dos serviços.

6.2 ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE: O NATIONAL HEALTH SERVICE (NHS)

O NHS foi criado em 1948 com o objetivo de garantir que o acesso aos cuidados de saúde dependesse da necessidade e não da capacidade de pagamento[358]. Conforme discursou o Ministro da Saúde à época, Aneurin Bevan, ao criar e implementar o NHS para que ricos

358 HELLOWELL, M.; RALSTON, M. The equity implications of health system change in the UK. *In:* SMITH, K.; HILL, S.; BAMBRA, C. (eds). **Health inequalities**: critical perspectives. New York: Oxford University Press, 2015. p. 1.

e pobres fossem tratados da mesma forma, o sistema foi considerado uma conquista governamental civilizatória. [359]

Como descrito na legislação citada na seção 6.1 deste trabalho, o NHS tem sido objeto de reorganizações estruturais frequentes, sobretudo desde o início da era Thatcher até os dias atuais. Uma mudança importante ocorreu em 1991, após a edição do *National Health Service and Community Care Act 1990*. A partir desta lei, as organizações integradas do NHS foram desagregadas em entidades definidas geograficamente (autoridades distritais de saúde, grupos de atenção primária *(Primary Care)*, fundos de atenção secundária – *NHS Trusts*) que forneciam cuidados de saúde primários à população local e cujos serviços eram contratados por organizações hospitalares locais (*NHS Trusts*[360] e,

359 WEBSTER, Charles. **The National Health Services:** a political history. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 18.

360 Os *trusts* do NHS foram estabelecidos ao abrigo do *National Health Service and Community Care Act 1990* e foram constituídos, por lei, em cinco diferentes "ondas". Os *trusts* não são *trusts* no sentido jurídico, mas, na verdade, são entidades do setor público que, autorizados a sua criação por lei, são instituídos pelo Secretário de Estado da Saúde para fornecer serviços de saúde ao NHS. Têm uma diretoria executiva e não executiva e prestam contas ao secretário de Estado. Estão vinculados ao governo central, mas espera-se que os *trusts* NHS se tornem *Foundation Trusts* para que o seu desempenho seja gerenciado pela *NHS Trust Development Authority* (TDA), uma espécie de Agência Reguladora das *Foundation Trusts.* (NHS PROVIDERS. **Building a healthy NHS around people's needs:** an introduction to NHS Foundation Trusts and Trusts, 2015. Disponível em: https://nhsproviders.org/media/1036/introduction_to_nhs_fts_and_trusts_-_nhs_providers_-_may_2015.pdf. Acesso em: jun 2021). O Tribunal Superior de Justiça do Reino Unido decidiu, em dezembro de 2019, que os trusts NHS não eram instituições de caridade para os fins de recebimento de benefícios fiscais referentes a business rates (imposto sobre a ocupação de propriedade não doméstica). Cf. Derby Teaching Hospitals NHS Foundation Trust & Ors v Derby City Council & Ors [2019] EWHC 3436 (Ch). Disponível em: https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2019/3436.html. Acesso em: jun. 2021.

posteriormente, *Foundation Trusts*[361]) para prestar serviços de cuidados secundários e intensivos [362].

O *National Health Service and Community Care Act 1990*, editado no governo Thatcher, introduziu o conceito de "mercado interno" por meio do qual autoridades regionais de saúde – entre elas os *NHS Trusts e Foundation Trusts* - passaram a ter orçamentos próprios para contratar serviços de saúde, fazendo que os hospitais e outras organizações de saúde passassem a competir entre si para oferecer seus serviços.[363] Essa diretriz política foi ampliada em 2003, quando o governo trabalhista introduziu o "pagamento por resultados", em que os *NHS Trusts* e *Foundation Trusts* passaram a receber financiamento com base no número de pacientes atendidos. Embora isso possa trazer alguma vantagem econômica, segundo analistas também pode comprometer a qualidade do atendimento [364].

Essa estrutura foi mantida na Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte, enquanto os serviços do NHS escocês foram reintegrados em uma base regional em 2003. Além disso, desde 2003, uma pequena proporção dos serviços de urgência e emergência (acute services) do NHS, na Inglaterra e na Escócia, são fornecidos pelo setor privado, geralmente em Centros de Tratamento do Setor Independente, que

361 O modelo *Foundation Trust* (FT) foi criado para transferir a tomada de decisões do governo central para as comunidades locais, fornecendo e desenvolvendo cuidados de saúde de acordo com os valores fundamentais do NHS. Depois de aprovados num rigoroso processo, os FTs têm mais liberdade do que os *NHS Trusts* para trabalhar com suas comunidades locais e projetar seus serviços em torno das necessidades locais. (NHS PROVIDERS. **Building a healthy NHS around people's needs:** an introduction to NHS Foundation Trusts and Trusts, 2015. Disponível em: https://nhsproviders.org/media/1036/introduction_to_nhs_fts_and_trusts_-_nhs_providers_-_may_2015.pdf. Acesso em: jun 2021.)

362 HELLOWELL, M.; RALSTON, M. The equity implications of health system change in the UK. *In:* SMITH, K.; HILL, S.; BAMBRA, C. (eds). **Health inequalities**: critical perspectives. New York: Oxford University Press, 2015. p. 7.

363 THE MEDIC PORTAL. **Structure of The NHS**. Disponível em: https://www.themedicportal.com/application-guide/the-nhs/structure-of-the-nhs/. Acesso em: jun. 2021.

364 THE MEDIC PORTAL. **Structure of The NHS**. Disponível em: https://www.themedicportal.com/application-guide/the-nhs/structure-of-the-nhs/. Acesso em: jun. 2021.

fornecem serviços de saúde diagnóstica e serviços eletivos por meio de contratos firmados com o Estado.[365]

Desde o processo de "devolução" (*devolution*), em 1999, descrito no Capítulo 4 deste trabalho, há quatro administrações de saúde distintas no Reino Unido (Inglaterra, Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte). Segundo Hellowell e Ralston observam-se diferenças nas políticas dessas administrações (especialmente entre a Inglaterra e os demais países) em termos da ênfase dada à competição entre os provedores de saúde, sob a justificativa de melhorar a eficiência e a qualidade dos serviços.[366]

A próxima grande reforma do sistema veio com a *Health and Social Care Act 2012*, que introduziu mudanças estruturais no NHS [367].

Mesmo diante destas reformas, o NHS é ainda considerado um sistema centralizado, com administração geral exercida atualmente pelo Department of Health & Social Care (DHSC), que é administrado pelo Secretário da Saúde do governo central. Há um elemento de controle regional sob as Autoridades Estratégicas de Saúde, mas estas são essencialmente agentes do DHSC em termos de planejamento e coordenação regional.[368] Em nível local há os *Clinical Commissioning Groups (CCGs)*, responsáveis pela prestação da maioria dos serviços do NHS, sendo que cada grupo decide quais serviços e tratamentos

365 HELLOWELL, M.; RALSTON, M. The equity implications of health system change in the UK. *In:* SMITH, K.; HILL, S.; BAMBRA, C. (eds). **Health inequalities**: critical perspectives. New York: Oxford University Press, 2015. p. 7.

366 HELLOWELL, M.; RALSTON, M. The equity implications of health system change in the UK. *In:* SMITH, K.; HILL, S.; BAMBRA, C. (eds). **Health inequalities**: critical perspectives. New York: Oxford University Press, 2015. p. 2.

367 A estrutura completa atual do NHS após as mudanças legislativas promovidas podem ser conferidas em: THE MEDIC PORTAL. Structure of The NHS. Disponível em: https://www.themedicportal.com/application-guide/the-nhs/structure-of-the-nhs/. Acesso em: jun. 2021; A seguinte matéria da BBC informa as alterações estruturais do NHS no tempo, notadamente após a legislação editada em 2011. Cf. BBC. The changing NHS. Disponível em: https://www.bbc.com/news/health-19674838; Cf. o organograma atual do sistema em NUFFIELD TRUST. The structure of the health and social care system in England. Disponível em: https://www.nuffieldtrust.org.uk/chart/the-structure-of-the-health-and-social-system-in-england. Acesso em: jul. 2021.

368 HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. p. 27.

estarão disponíveis em seus hospitais e escolhe como a atenção secundária será fornecida[369].

Quanto a estrutura do NHS, Froud e Shaoul afirmam que a sua fragmentação, em entidades, unidades de negócios e *trusts*, tornou o planejamento e a coordenação do sistema cada vez mais difícil.[370]

6.3 O FINANCIAMENTO DO NHS

O NHS é financiado por impostos, pois serviços de saúde no Reino Unido, são, em grande parte, fornecidos pelo setor público, embora haja alguma oferta do setor privado em áreas como diagnóstico e tratamento eletivo. De acordo com Hellowell e Pollock, os serviços do NHS são gratuitos para quem reside no Reino Unido, exceto para algumas atividades, como consultas oftalmológicas, atendimento odontológico, medicamentos, prescrições e certos aspectos de cuidados pessoais [371].

Desde sua origem, relatam Hellowell e Ralston[372], com base em vasta revisão de literatura sobre o tema, o NHS é um exemplo globalmente relevante de como as desigualdades socioeconômicas no acesso à saúde podem ser reduzidas por meio de financiamento progressivo de impostos e gestão pública. Contudo, mostram ainda, que o aumento de gastos do sistema nas últimas décadas, não foi acompanhado do incremento de receitas, ou seja, a crescente crise

369 THE MEDIC PORTAL. **Structure of The NHS**. Disponível em: https://www.themedicportal.com/application-guide/the-nhs/structure-of-the-nhs/. Acesso em: jun. 2021

370 FROUD, Julie; SHAOUL, Jean. Appraising and evaluating PFI for NHS Hospitals. **Financial Accountability&Management**, n. 17, v. 3, p. 247-270, ago. 2001. p. 268.

371 HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. p. 27

372 Cf. HELLOWELL, M.; RALSTON, M. The equity implications of health system change in the UK. *In:* SMITH, K.; HILL, S.; BAMBRA, C. (eds). **Health inequalities**: critical perspectives. New York: Oxford University Press, 2015. p. 1

financeira no NHS poderá enfraquecer sua capacidade de fornecer assistência médica gratuita abrangente, em um futuro próximo.[373]

No atual sistema de alocação de recursos para hospitais do NHS e conforme já mencionado, os trusts recebem a maior parte de suas receitas por meio de valor padrão para cada paciente, com base no custo médio do tratamento em todo o NHS [374].

Foi justamente o contexto das mudanças organizacionais do sistema - descritas na seção 6.2 deste trabalho - e o financiamento público do NHS que permitiram a ampliação da governança por contratos na área da saúde, por intermédio de diversos arranjos contratuais, entre eles o da PPP/PFI, que serão discutidos a seguir.

6.4 AS PPPS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE

6.4.1 DESCENTRALIZAÇÃO E PPPS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE EM ÂMBITO GLOBAL

Razões de cunho econômico, político, jurídico e até ideológico têm levado diversos países a buscar a modelagem das parcerias com setor privado, seja como estratégia de governança, seja visando a ampliação destes serviços.

Célia Almeida aponta que a ideia de "parcerias" costuma ser utilizada como "recurso discursivo central" para a implementação de uma agenda reformista (global e localmente), em que os parceiros têm corresponsabilidades – compartilhadas ou consideradas complementares[375] - passando a incorporar a identidade empresarial na operacionalização/distribuição dos serviços públicos.

373 *Idem* p. 13

374 HELLOWELL; POLLOCK, *op. cit.,* p. 28.

375 ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 fev.. 2021. Epub Oct 02, 2017. https://doi.org/10.1590/0102-311x00197316, p. 13

Na saúde, as PPPs referem-se a estratégias de colaboração entre organizações do setor privado e um programa ou sistema de saúde público em diferentes níveis - internacional, regional, nacional e local. [376] Elas dizem respeito a um amplo espectro de instrumentos que permitem a disponibilização destes serviços.

Wright, Barlow e Roehrich observam que, contemporaneamente, as PPPs são as principais formas de prestação destes serviços já que as duas extremidades (prestação integralmente pública ou integralmente privada) não são identificadas em nenhum lugar do mundo[377], ou seja, o que geralmente existe é uma confluência entre o público e o privado, em maior ou menor grau. Os autores afirmam que nas PPPs é o setor público, de uma forma ou de outra, que acaba pagando 100% tanto do custo do serviço, quanto do seu financiamento, ao longo do ciclo de vida do projeto [378].

Neste cenário, Mudyarabikwa e Regmi acreditam que o escopo das parcerias seria ampliar a prestação dos serviços e nesse sentido afirmam que "A noção de PPPs na saúde é promover a colaboração a fim de melhorar o desempenho do sistema de saúde, em oposição ao 'desinvestimento' na prestação de serviços públicos" [379].

Funções de saúde que podem ser potencialmente alteradas para que passem a ser prestadas por meio de PPPs, costumam envolver: a) prestação de serviços; b) prestação de cuidados, c) financiamento e d) desenvolvimento de infraestrutura de saúde.

Os parceiros privados podem ser empresas, organizações voluntárias ou até mesmo grupos comunitários com interesses em determinadas funções de saúde.

---

376 MUDYARABIKWA, Oliver; REGMI, Krishna. Public–Private Partnerships as decentralization strategy in health sector. *In:* REGMI. K. (ed.). **Decentralizing Health Services**: a global perspective.New York: Springer, 2014. p.162.

377 WRIGHT, Stephen; BARLOW, James; ROEHRICH, Jens K. Public-Private Partnerships for health services: construction, protection and rehabilitation of critical healthcare infrastructure in Europe *In:* CLARK, Robert M.; HAKIN, Simon. (ed.). **Public Private Partnerships**: construction, protection, and rehabilitation of critical infrastructure. Springer: Switzerland, 2019. p. 126.

378 *Idem,* p. 131.

379 MUDYARABIKWA; REGMI, *op.cit.*, p. 162-163.

Este trabalho, conforme já anunciado, tem por escopo a análise das PPPs firmadas com empresas privadas de finalidade lucrativa.

Em ampla revisão de literatura acerca do processo de descentralização dos serviços de saúde em todo o mundo, Mudyarabikwa e Regmi afirmam que as PPPs estão sendo cada vez mais usadas como estratégia de descentralização. Eles enumeraram os principais fatores que motivaram o uso das PPPs, inclusive no Reino Unido [380]:

(a) novas teorias e abordagens acerca da gestão do serviço público;

(b) o aumento do custo dos serviços e a necessidade de mobilizar recursos para a saúde;

(c) globalização das atividades econômicas, incluindo saúde e assistência social;

(d) aprimoramento tecnológico e mudanças gerenciais e

(e) aumento das expectativas do usuário destes serviços.

Quanto às novas teorias e abordagens acerca da gestão do serviço público, a *New Public Management* (NPM)[381] e a "terceira via"[382] são teorias frequentemente relacionadas à ampliação da governança por contratos e à utilização das PPPs nas últimas décadas do século passado, em diversos países do mundo [383].

380 MUDYARABIKWA, Oliver; REGMI, Krishna. Public–Private Partnerships as decentralization strategy in health sector. *In:* REGMI. K. (ed.). **Decentralizing Health Services**: a global perspective.New York: Springer, 2014. p. 163.

381 Cf. o desenvolvimento destas discussões promovidas em trabalhos anteriores: (DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno:** novos paradigmas do Direito Administrativo no estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003 e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e estado**: legitimidade e regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2008).

382 Consolidadas no trabalho de GIDDENS, A. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 1999. 173p. Cf. reflexões sobre a origem e influência desta teoria nas políticas sociais da Inglaterra no trabalho de: SIMÕES, André. A centralidade das políticas sociais no modelo de desenvolvimento britânico do Novo Trabalhismo. **Economia e Sociedade,** Campinas, v. 23, n. 3, p. 669-696, dez. 2014.

383 Um apanhado da literatura acerca das reformas do setor público voltadas para o mercado, conhecidas como *New Public Management* (NPM), na literatura de língua inglesa, pode encontrada em: PETSOULAS, Christina; ALLEN, Pauline; HUGHES, David; VINCENT-JONES, Peter; ROBERTS, Jennifer. The use of standard contracts in

Há autores que relacionam as PPPs ao contexto neoliberal dos governos responsáveis pela sua implementação e disseminação [384].

Contudo, Nayak, na reconstrução histórica do surgimento e concepções acerca das PPPs, rejeita essa abordagem essencialista e neoliberal das parcerias (PPPs), ao avaliar criticamente os argumentos normativos e empíricos da literatura sobre o assunto. Ele argumenta que, diversamente dessa abordagem centrada na maximização dos lucros, a história das origens e do crescimento das PPPs nas últimas décadas explicitam que é importante ter um novo olhar sobre elas, além da análise de custo-benefício e dentro da estrutura institucionalista do estado e do mercado. [385] Diversos autores propoem-se a rediscutir o papel das PPPs no modelo de Estado de bem-estar social.[386]

Mudyarabikwa e Regmi[387] também elencaram as principais justificativas que têm sido utilizadas para a descentralização e a utilização das PPPs no setor de saúde, sendo que algumas delas serão desenvolvidas mais adiante, ao longo deste Capítulo:

---

the English National Health Service: a case study analysis. **Social Science & Medicine**, n. 73, 185-192, 2011.

384 ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Accesso em: 21 fev. 2021. Epub Oct 02, 2017. https://doi.org/10.1590/0102-311x00197316, p. 7

385 NAYAK, Bhabani Shankar. Reification and praxis of public private partnerships in history. **Society and Business Review,** v. 14, n. 1, p. 63-70, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1108/SBR-04-2018-0034 Acesso em: jun. 2021.

386 No mesmo contexto Cf. ESTES, Richard J.; ZHOU, Huiquan. A conceptual approach to the creation of public-private partnerships in social welfare. **International Journal of Social Welfare.** v. 24, n. 4, p. 348-363, Oct. 2015. 4 DOI: 10.1111/ijsw.12142 e AMAN, Alfred C., DUGAN JUNIOR, Joseph C. The human side of public-private partnerships: from new deal regulation to administrative law management. Iowa Law Review, v. 102, n. 3, p. 883, 55 p., March 2017.

387 MUDYARABIKWA, Oliver; REGMI, Krishna. Public–Private Partnerships as decentralization strategy in health sector. *In:* REGMI. K. (ed.). **Decentralizing Health Services**: a global perspective.New York: Springer, 2014. p. 165.

a. menor encargo administrativo e financeiro;
b. prestação de serviços mais eficiente e eficaz;[388]
c. acesso a recursos, habilidades e conhecimentos adicionais;
d. VfM na prestação de serviços;
e. diversidade e competição na prestação de serviços;
f. aprimoramento tecnológico e inovação nos serviços;
g. capacidade de resposta às expectativas do usuário;
h. democratização do Estado para parceiros privados e usuários de serviços;
i. especialização na prestação de serviços

Os citados autores e também Ménard indicaram os principais riscos da descentralização do setor de saúde [389], que serão trabalhados ao final deste capítulo, na análise crítica dos projetos PPP/PFI no Reino Unido.

Os riscos e desafios principais indicados são os seguintes:

a) desafios administrativos e financeiros no monitoramento dos parceiros privados, que estão diretamente relacionados aos direitos estabelecidos entre as partes e os problemas relacionados à governança dos contratos e desajustes institucionais, como os custos de transação política e jurídica, conforme ressaltado por Ménard [390];

b) habilidades e conhecimentos inadequados por parte dos parceiros privados;

c) aumento do custo e negligência na prestação dos serviços descentralizados;

d) falta de experiência / compromisso do parceiro privado com os objetivos e valores do setor público;

e) reduzida competição e formação de monopólios no setor;

f) fragmentação da prestação e desafios de coordenação;

g) privatização de funções descentralizadas.

h) insatisfação dos usuários, ou seja, resistência de cidadãos que não identificam o VfM nas mudanças envolvidas e o risco de que

determinado nível de insatisfação pode alimentar até mesmo o fim de um contrato de PPP [391].

Apesar das preocupações, a PFI foi adotada como estratégia de descentralização para o desenvolvimento de projetos, no setor da saúde, em vários países dentro da Comunidade Europeia[392].

O contexto global das PPPs e as especificidades políticas, sociais e econômicas do Reino Unido foram terreno fértil para a implantação das PPPs, sob a modelagem das PFIs, conforme será descrito a seguir.

6.4.2 AS PPPS/PFI NO REINO UNIDO

Conforme já descrito no Capítulo 4 deste trabalho, a governança por contratos, na administração pública do Reino Unido, passou a ser estratégia largamente utilizada a partir dos anos 80 do século passado. Por esta razão, desde então, sucessivos governos têm priorizado a contratação e a gestão de desempenho dos contratados em comparação com o papel ativo na prestação direta de serviços pelo NHS.[393]

Célia Almeida descreve o processo de descentralização do Sistema até chegar na modelagem da PFI:

> [...] o processo se inicia com os *NHS Trusts* constituídos na reforma de Thatcher como organizações autônomas não lucrativas, operando como empresas independentes sob contratos, competindo pelo financiamento público. A autonomia dos *trusts* foi aumentada com a sua transformação em fundações privadas (*Foundation*

391 MÉNARD, Claude. Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP. *In:* VRIES, Piet de; YEHOUE, Etienne B. **The Routledge Companion to Public-Private Partnerships.** Londres: Routledge, 2013. p.149-174, 2013, p. 3.

392 MUDYARABIKWA, Oliver; REGMI, Krishna. Public–Private Partnerships as decentralization strategy in health sector. *In:* REGMI. K. (ed.). **Decentralizing Health Services**: a global perspective.New York: Springer, 2014.

393 *Idem*, p. 162.

> *Trusts*); e as *Private Finance Initiaves* (PFI), em que o poder público contrata a compra de serviços em longo prazo, foram impulsionadas na saúde [394].

No caso do Reino Unido, Mudyarabikwa e Regmi relatam que foram adaptados os modelos de PPP tradicionalmente reservados para a descentralização do desenvolvimento de infraestrutura, em duas distintas modelagens: a) *Private Finance Initiative* (PFI) e b) o *Local Improvement Finance Trust* (LIFT), cujo objetivo era aprimorar a prestação dos serviços e promover a gestão de hospitais e prédios de atenção primária, respectivamente [395].

O *Local Improvement Finance Trust* (LIFT) é considerado um mecanismo de PFI de segunda geração para financiar edifícios de atenção primária em nível local, seria uma forma de PFI local. Ele funciona da seguinte forma:

> A parceria típica do LIFT dentro do NHS envolve o Departamento de Saúde, o Fundo de Atenção Primária Llocal (*Primary Care Trust*) e empresas do setor privado interessadas formando uma empresa de parceria - *Local Improvement Finance Trust Company* (LIFTCo) - para liderar o planejamento, projeto, construção e manutenção dos edifícios desejados para a atenção primária. A Liftco é obrigada a arrendar as instalações entregues ao PCT em troca de aluguéis acordados com este ultimo, pelo prazo de até 25 anos.[396]

394 ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 fev. 2021. Epub Oct 02, 2017. https://doi.org/10.1590/0102-311x00197316, p. 7

395 MUDYARABIKWA, Oliver; REGMI, Krishna. Public–Private Partnerships as decentralization strategy in health sector. *In:* REGMI. K. (ed.). **Decentralizing Health Services**: a global perspective.New York: Springer, 2014. p. 175

396 *Idem*, p. 175

Mudyarabikwa e Regmi concluem que o LIFT "[...] facilita o investimento do PCT em edifícios públicos, sem recurso direto a fundos governamentais" [397].

No contexto do Reino Unido, Hellowell e Pollock afirmam que,

> Quando o 'Novo' Trabalhismo assumiu o poder em 1997, a expansão da PFI era uma prioridade e era também vista pela liderança como uma expressão importante da filosofia da 'terceira via' - um elemento da qual haveria o desenvolvimento de uma relação mais positiva com empresas do setor privado e a cidade de Londres. [398]

Os citados autores descrevem os dois principais argumentos que foram utilizados para a implantação e o uso das PFIs no Reino Unido: o 1) argumento fiscal (economia fiscal) e 2) o argumento microeconômico [399].

Do ponto de vista da economia fiscal, como o custo de capital inicial dos projetos de PFI não seria contabilizado nas contas nacionais, foi possível instituir níveis relativamente altos de investimento em infraestrutura pública, ao mesmo tempo em que mantinha uma postura fiscal aparentemente rígida. Contudo, em 1998, Gordon Brown introduziu duas novas regras fiscais que limitavam (e ainda limitam) o endividamento do setor público a menos de 40% do PIB. Isso demonstra que os projetos PFI representam um compromisso futuro de pagamento, da mesma forma que a dívida pública convencional [400].

397 MUDYARABIKWA, Oliver; REGMI, Krishna. Public–Private Partnerships as decentralization strategy in health sector. *In:* REGMI. K. (ed.). **Decentralizing Health Services**: a global perspective.New York: Springer, 2014. p. 176

398 HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. p. 25

399 *Idem*, p. 25-26.

400 HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. p. 25

Uma vez firmados os contratos, os pagamentos feitos aos contratados dependem de recursos do NHS. O Governo passou a "isolar" os pagamentos feitos às SPVs no orçamento público. Assim, segundo Froud e Shaoul, o próprio Tesouro comunicou que os pagamentos PFI representam "despesas inevitáveis" e, por esta razão, avaliam os autores, que tais contratos implicariam "[...] não apenas risco operacional limitado para os parceiros do setor privado, mas também que as atividades não relacionadas ao PFI do NHS poderão responder pelas consequências financeiras de negócios que não derem certo" [401].

O argumento microeconômico está centrado no conceito de VfM, calcado em razões de eficiência de custos. Os custos de financiamento são importantes no PFI, assim como nos projetos financiados por meio de empréstimos públicos, uma vez que fazem parte dos custos do projeto e determinam, em grande parte, a contraprestação que a autoridade pública deve pagar ao contratado.

Em conclusão a este debate, Hellowell e Pollock afirmam que

> [...] a PFI é uma expressão da preferência filosófica entre sucessivos governos para ampliar o papel do setor privado na economia e foi impulsionada por uma crença ideológica na superioridade inerente dos modelos privados sobre os públicos de investimento e prestação de serviços [...][402].

Ao fim e ao cabo, segundo os autores, a PFI era um meio de aumentar o papel do setor privado em diversas áreas de atuação do setor público, como saúde e educação, em que a privatização total era politicamente inatingível [403].

401 FROUD, Julie; SHAOUL, Jean. Appraising and evaluating PFI for NHS Hospitals. **Financial Accountability&Management**, n. 17, v. 3, p. 247-270, ago. 2001. p. 249.

402 HELLOWELL; POLLOCK, *op. cit.,* p. 24

403 *Idem,* p. 25.

Quanto aos estudos acerca dos méritos econômicos do financiamento privado *versus* financiamento público para novos hospitais, Colla, Hellowell, Vecchia e Gattia afirmam que os resultados não são conclusivos, porém há estudos que mostraram que a taxa de retorno para os investidores nesses contratos excede o nível esperado e que manutenção de retornos excedentes por um longo período pode indicar uma estrutura de mercado concentrada.[404] E, mesmo diante deste cenário, afirmam que, "[...] quando os retornos sobre o capital próprio (e outras formas de capital) são excessivos, é possível que o modelo PFI gere eficiências na entrega do projeto, que sejam suficientes para compensar o custo extra" [405]

O foco das PFIs no Reino Unido são hospitais e centros de saúde, mas há também projetos relacionados a provisão de serviços assistenciais específicos. Celia Almeida afirma que, neste último arranjo, "O setor público contrata agentes privados para oferta de serviços específicos que envolvem incorporação de alta tecnologia, como diálise, rádio e quimioterapia, exames diagnósticos por imagem, cirurgias eletivas etc."[406] Assim, o que distingue a PFI de outros arranjos de PPP, no setor de saúde do Reino Unido, é que não há, em regra, atendimento direto ou prestação de serviços aos pacientes. Sua missão é projetar, construir, manter e financiar novas instalações para os trusts e estes têm a função de fornecer atendimento e serviços aos pacientes.

404 VECCHIA,Veronica; HELLOWELL, Mark; GATTIA, Stefano Does the private sector receive an excessive return from investments in health care infrastructure projects? Evidence from the UK. **Health Policy**, n. 110, 2013, p. 243– 270.

405 COLLA, Paolo; HELLOWELL, Mark; VECCHIA, Veronica; GATTIA, Stefano. Determinants of the cost of capital for privately financed hospital projects in the UK. **Health Policy**, n. 119, p. 1442–1449, 2015. p. 1448.

406 ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 fev. 2021. Epub Oct 02, 2017. https://doi.org/10.1590/0102-311x00197316, p. 7.

Entre 1993 e 2010, o NHS instituiu o maior programa de construção de hospitais PFI / PPP do mundo.[407] Em 2013, 147 projetos de PFI tinham sido contratados para instalações hospitalares entre organizações do NHS e SPVs, representando despesas de capital de £ 15,16 bilhões em preços de 2013[408]. Contudo, Ménard afirma que, de acordo com o Financial Times, o famoso programa PFI (PPP) da Grã-Bretanha viu o número de projetos e seus valores caírem para os níveis mais baixos e as causas disso podem ir além dos problemas de curto prazo.[409] Essa questão foi apresentada e discutida no Capítulo 4 deste trabalho.

Embora o contrato de PFI seja relativamente novo, conforme descrito no Capítulo 4, os *Trusts* hospitalares do NHS passaram a atuar sob perspectiva empresarial desde 1990, com a introdução de critérios de desempenho financeiro e competitividade. A PFI ampliou este princípio para a construção e manutenção de infraestrutura, bem como para uma gama cada vez mais ampla de serviços não clínicos e, em alguns casos, serviços clínicos a eles relacionados.

Segundo Froud e Shaoul, enquanto a PFI pode ser vista como a progressão da contratação de serviços e a introdução do princípio do *Value for Money* (VfM), o arranjo é muito mais complexo do que qualquer uma dessas alterações anteriores. [410] Nesse sentido, o envolvimento do setor privado agora inclui não apenas o financiamento, mas também o

407 Segundo Barlow, Roehrich e Wright, só no Reino Unido, houve mais de 100 desses projetos, variando de um compromisso de financiamento privado de US $ 15 milhões para um pequeno hospital comunitário até mais de US $ 2 bilhões para o redesenvolvimento dos hospitais Royal London e St. Bartholomew em Londres (BARLOW, James; ROEHRICH, Jens, WRIGHT, Steve. Europe Sees Mixed Results From Public-Private Partnerships For Building And Managing Health Care Facilities And Services. **Health Affairs**, n. 32, v. 1, p 146–154, 2013.

408 COLLA; HELLOWELL; VECCHI; GATTIA, *op. cit.,* p. 1442.

409 MÉNARD, Claude. Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP. *In:* VRIES, Piet de; YEHOUE, Etienne B. **The Routledge Companion to Public-Private Partnerships.** Londres: Routledge, 2013. p.149-174, 2013, p. 3.

410 FROUD, Julie; SHAOUL, Jean. Appraising and evaluating PFI for NHS Hospitals. **Financial Accountability&Management**, n. 17, v. 3, p. 247-270, ago. 2001. p. 249.

projeto e a construção do hospital e a administração de infraestrutura e alguns serviços.

Em dezembro de 2012, após estudos sobre a experiência do PFI, o governo do Reino Unido introduziu um novo modelo de PFI, denominado PF2. O objetivo desta alteração, segundo Vecchia, Hellowell e Gattia, era depender menos da oferta de financiamento dos bancos e permitir a captação de recursos de fundos de instituições financeiras alternativas, principalmente fundos de pensão e seguradoras. Entre as justificativas para a alteração do modelo era a possibilidade de realocação dos riscos dos credores para outros participantes do novo arranjo contratual [411].

Na PFI, um "consórcio de investidores privados" se compromete, por meio de um contrato, a financiar, construir e manter novas instalações de saúde, recebendo em troca uma contraprestação periódica paga pelo setor público [412].

A contratação do parceiro privado é feita por meio de licitação, a partir de regras padrão estabelecidas pelo Tesouro, cujas linhas gerais já foram descritas no Capítulo 4 deste trabalho [413].

Uma das etapas mais importantes do processo está na fase interna da contratação, tendo em vista que a complexidade dos projetos determina que existe um papel potencialmente importante na tomada de decisão, por esta modelagem, a ser feita pelos Trusts. E o critério financeiro, ou seja, a determinação do VfM é uma etapa crucial. Segundo Froud e Shaoul, existem dois critérios financeiros que devem ser satisfeitos para que os projetos sejam aprovados:

411 VECCHIA,Veronica; HELLOWELL, Mark; GATTIA, Stefano Does the private sector receive an excessive return from investments in health care infrastructure projects? Evidence from the UK. **Health Policy**, n. 110, p. 243– 270, 2013, p. 244.

412 COLLA, Paolo; HELLOWELL, Mark; VECCHI, Veronica; GATTIA, Stefano. Determinants of the cost of capital for privately financedhospital projects in the UK. **Health Policy**, n. 119, p. 1442–1449, 2015. p. 1442.

413 REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardised Lean Sourcing Process for PF2**. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021.

> Em primeiro lugar, o VfM deve ser demonstrado ou, como expressa o Manual de Investimento de Capital do NHS, o projeto deve ser "economicamente sólido". Em segundo lugar, o projeto deve ser acessível ao *Trust* e aos compradores, geralmente as autoridades de saúde competentes [414].

Neste contexto, Colla, Vecchia, Hellowell e Gattia, advertem que os formuladores das políticas e os responsáveis pela contratação devem considerar novos mecanismos para aumentar a concorrência no mercado de ações, garantindo ao mesmo tempo que as autoridades tenham os recursos especializados necessários para negociar preços de contratos eficientes[415].

De acordo com Froud e Shaoul, na PFI, a empresa do setor privado que possuirá e administrará um hospital, por exemplo, não é uma corporação existente, mas uma joint venture (ou consórcio), denominada *Special Purpose Vehicle* (SPV), que será responsável pela obtenção de financiamento e execução do contrato, normalmente realizado por meio de subcontratados. Esta SPV normalmente inclui empresas de construção, TI, suprimentos médicos, serviços de limpeza e suprimentos farmacêuticos. O novo hospital será usado para fornecer serviços de saúde sob um contrato de 25 a 35 anos, embora a vida útil de um hospital seja geralmente de 60 anos. A SPV fornecerá todos os serviços não clínicos não apenas para o novo hospital, mas para quaisquer outras instalações que estiverem previstas no contrato [416].

O setor público, por meio do *Trust*, paga uma "taxa anual" ou "encargo unitário" à SPV, a partir do dia em que o hospital é aberto até o final do prazo do contrato. Na PFI de saúde, o encargo unitário

414 FROUD, Julie; SHAOUL, Jean. Appraising and evaluating PFI for NHS Hospitals. **Financial Accountability&Management**, n. 17, v. 3, p. 247-270, ago. 2001. p. 251.

415 COLLA, Paolo; HELLOWELL, Mark; VECCHIA, Veronica; GATTIA, Stefano. Determinants of the cost of capital for privately financed hospital projects in the UK. **Health Policy**, n. 119, p. 1442–1449, 2015. p. 1442.

416 FROUD; SHAOUL, *op.cit.* p. 249.

compreende dois elementos: o encargo de disponibilidade, que o setor privado recebe pela construção (ou reforma), manutenção de edifícios e equipamentos[417] e a taxa de serviço que o setor privado recebe pela gestão e operação destas instalações e serviços auxiliares, como limpeza e alimentação [418].

Apresentadas as questões centrais das PFIs na saúde, no Reino Unido, passa-se ao estudo de caso da modelagem contratual dessas parcerias, com base nos temas que foram selecionados e estudados nos contratos brasileiros, Capítulo 5.

6.5 PPPS NA SAÚDE: ESTUDO DE CASO DA MINUTA CONTRATUAL DA PF2

A primeira questão a ser ressaltada quanto ao estudo comparativo da modelagem dos contratos de PPP na saúde no Reino Unido é o fato que, diferentemente do que ocorre no Brasil e conforme já descrito no Capítulo 4, os contratos não estão disponíveis para consulta, porém o governo do Reino Unido, por meio do Tesouro, edita minutas padrões de contrato, com orientações bastante precisas sobre seus principais conteúdos, que serão adaptados para cada projeto de PPP, considerando suas especificidades.

Assim, embora se possa pensar que a legislação estabeleça detalhadamente regras vinculativas, o que existe são estruturas jurídicas deliberadamente flexíveis no âmbito da contração pública e o exemplo mais marcante são os contratos de PPP do NHS. Para Freedland, os governos envolvidos no desenvolvimento da PFI têm

417 O arranjo financeiro costuma ser ainda mais complexo pois a maioria dos fundos fiduciários com esquemas PFI operacionais retêm alguns ativos públicos como parte de seu patrimônio e, portanto, pagam uma combinação de disponibilidade e encargos de capital. (HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. p. 28).

418 HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. p. 28.

praticamente a mesma autoridade e liberdade para fazê-lo dentro da estrutura jurídica do NHS como se não houvesse legislação (primary legislation). O autor conclui que o padrão para o qual convergem leis e regulamentos editados pelas autoridades administrativas nesta área possuem caráter regulatório[419].

Conforme já discutido neste Capítulo, a introdução de reformas de mercado na área de saúde no Reino Unido e em outros países desenvolvidos, há vinte anos, resultou no maior uso de contratos e PPPs.

Yescombe e Farquharson descrevem que, não só a Grã-Bretanha, mas diversos outros países desenvolveram contratos padrão de PPP, como França, Índia, Holanda, Nova Zelândia, Filipinas e África do Sul. Contudo advertem que

> [...] se um contrato padrão for desenvolvido muito cedo no desenvolvimento de um programa de PPP, pode ainda não haver experiência suficiente para estruturá-lo adequadamente e, se for deixado para muito tarde, os benefícios são reduzidos e o setor público fica com uma mistura de diferentes formas de contrato, como aconteceu na Grã-Bretanha no final dos anos 1990" [420]

Assim, entre esses dois polos, os citados autores justificam que deve haver uma quantidade razoável de projetos de PPP para justificar a padronização dos contratos. Ainda ressaltam, na análise de experiências de contratos de PPP de diversos países, que a expressão "contrato padrão" pode ser enganosa, pois o que ocorre, na maioria dos casos, é a padronização de certos princípios básicos, como a natureza do pagamento com base no desempenho, a propriedade dos

419 FREEDLAND, M. Public law and private finance: placing the Private Finance Iniciative in a Public Law Frame, **Public Law,** p. 288-307, Summer, 1998.

420 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 40.

ativos, pelo poder público, e a exigência de processos claros para lidar com as alterações do contrato

Os contratos padrão podem ir além, estabelecendo uma série de outras disposições contratuais, tais como:

• o requisito de concluir a instalação de acordo com as especificações acordadas até uma determinada data;

• a capacidade da entidade adjudicante monitorar o projeto e a construção;

• as obrigações da entidade adjudicante em relação à construção;

• disposições para a entidade adjudicante promover alterações no contrato [com a possibilidade de reequilíbrio econômico financeiro];

• restrições sobre mudanças na propriedade da empresa do projeto ou nos termos do financiamento da dívida;

• disposições sobre seguro e aplicação de receitas de seguro para operar a instalação;

• disposições para a entidade adjudicante intervir e assumir a gestão da instalação;

• obrigações de manutenção de longo prazo, incluindo disposições para devolução da instalação à entidade adjudicante no final do contrato de PPP;

• disposições para rescisão antecipada do contrato de PPP, incluindo pagamentos de compensação à empresa do projeto;

• disposições de devolução (*hand-back provisions*), ou seja, disposições acerca dos bens reversíveis.[421]

Por meio de pesquisa empírica realizada em contratos do NHS (de assistência, não envolvendo, portanto, os contratos de PFI) Petsoulas, Allen, Hughes e Vincent-Jones, concluíram que apesar dos esforços para introduzir um contrato padrão mais detalhado ("completo"), na prática, as partes, muitas vezes, voltaram a adotar um estilo de

421 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 40.

contratação mais informal.[422] Houve casos, inclusive, que para evitar o procedimento de resolução formal de disputas, o risco financeiro foi realocado em compromissos que, às vezes, ignoraram as disposições contratuais.[423.]

Em outro estudo da mesma natureza, que examinou as mudanças para contratos mais rígidos, com maior uso de penalidades e incentivos financeiros, os autores demonstraram que quando as coisas deram errado, as partes confiaram mais no comportamento cooperativo do que nas disposições do contrato para encontrar as soluções necessárias. E que fazer o atual sistema de contratação funcionar dependia mais das redes de relações existentes do que das estruturas de incentivos financeiros. E foram além, ao concluir que as reformas contratuais devem ser mais profundas, tendo em vista a "incapacidade do mercado de evoluir conforme o esperado" [424].

Não foram identificados estudos da mesma natureza em contratos de PFI/PF2, mas deve-se supor que, na ausência de leis que estabeleçam os conteúdos básicos dos contratos públicos e o fato do contrato ser regido pelo direito privado, as autoridades administrativas têm ampla discricionariedade para determinar as cláusulas contratuais e os gestores do contrato possuem certa margem de liberdade para solucionar questões contratuais de forma amigável.

Diante da existência de mais de uma minuta padrão em contratos PFI/PF2 vigentes, no Reino Unido, foi efetuada a análise da

422 Os autores referem-se à atitude comportamental *"relacional" e não "discrete"*, conforme apresentado no Capítulo 4 deste estudo. Os próprios autores não afastam a possibilidade deste comportamento nos contratos, **ao afirmarem que, independentemente da existência de cláusulas contratuais explícitas para alocação de risco, o compartilhamento de risco no mundo real muitas vezes envolve soluções "não contratuais" e contratos "relacionais".** (PETSOULAS, Christina; ALLEN, Pauline; HUGHES, David; VINCENT-JONES, Peter; ROBERTS, Jennifer. The use of standard contracts in the English National Health Service: a case study analysis. **Social Science & Medicine**, n. 73, 185-192, 2011, p. 190).

423 PETSOULAS, Christina; ALLEN, Pauline; HUGHES, David; VINCENT-JONES, Peter; ROBERTS, Jennifer. The use of standard contracts in the English National Health Service: a case study analysis. **Social Science & Medicine**, n. 73, 185-192, 2011.

424 PETSOULAS, Christina; ALLEN, Pauline; HUGHES, David; VINCENT-JONES, Peter; ROBERTS, Jennifer. Contracts in the English NHS: Market levers and social embeddedness. **Health Sociology Review**, n. 20, v. 3, p. 321-337, 2011.

minuta padrão de PF2, por ter sido a última versão editada para as PPPs. A minuta padrão não contém apenas a estrutura das cláusulas contratuais. Para definir as cláusulas a serem utilizadas em cada contrato, a minuta traz explicações e orientações mais gerais às autoridades administrativas que irão modelar o contrato, de forma que há vários textos explicativos, que também foram utilizados nesta análise, além das cláusulas propriamente ditas.

Passa-se, a seguir a análise de alguns aspectos relevantes da minuta de contrato PF2.

6.5.1 MODELAGENS CONTRATUAIS DOS SERVIÇOS BATA BRANCA E BATA CINZA

Conforme já explicitado em momentos anteriores deste trabalho, notadamente neste Capítulo, a modelagem contratual da PFI/ PF2 de saúde, no Reino Unido, visa a contratação dos serviços de bata cinza, ou seja, cujo objeto é a construção ou reforma de estruturas para os serviços de saúde e sua manutenção, com possibilidade de contratação de alguns serviços clínicos.

Quanto à modelagem contractual adotada no Reino Unido, Célia Almeida relata que

> As PFI financiam infraestrutura, serviços de manutenção e apoio nos hospitais ("bata cinza"), mediante contratos de arrendamento, além de reformas e construções, não apenas em hospitais. Esse elenco de atividades vem aumentando, incluindo outros serviços de apoio e cirurgias eletivas [425].

425 ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 fev. 2021. Epub Oct 02, 2017. https://doi.org/10.1590/0102-311x00197316, p. 7.

Todos os serviços necessários para que as autoridades possam operar os edifícios foram definidos na minuta do contrato, tendo sido divididos em três categorias: 1) serviços incluídos no contrato de PF2; 2) serviços em que há flexibilidade na sua inclusão posterior, no contrato; 3) serviços não incluídos no contrato [426].

A nova abordagem dada ao Programa PF2, em substituição à primeira onda dos contratos PFI, flexibilizou, para as autoridades administrativas, a seleção dos serviços de manutenção a serem prestados pelos contratados, restringindo o escopo obrigatório do objeto do contrato aos *hard facilities* management [*hard FM*]"[427], ficando os soft services[428] fora do projeto.

Neste contexto, na minuta de contrato padrão da PF2, ficou estabelecido, quanto aos "*soft services*" que a autoridade pode executá-los, ela mesma, ou subcontratá-los com outras empresas fornecedores do setor, em outros contratos de curto prazo. [429]

Há, ainda, uma terceira classe de serviços, denominada "serviços eletivos"em que haverá maior flexibilidade de sua inclusão ou não no projeto. Tratam-se dos serviços "menores" de manutenção, como limpeza externa de janelas, serviços gerais, redecoração etc . Nestes casos, a autoridade contratante pode exigir que a contratada defina um preço fixo para os serviços, permitindo que sejam removidos do contrato, durante a sua execução, se necessário.[430] A inclusão ou não destes serviços, bem como a possibilidade de sua exclusão do objeto do contrato, deve ser definida na fase de planejamento, modelagem do projeto, bem como na licitação.

6.5.2 MONITORAMENTO DO SISTEMA DE PAGAMENTOS E O "VERIFICADOR INDEPENDENTE"

Entre as funções da Autoridade Administrativa no programa PF2 está a de fiscalizar as atividades da Contratada de acordo com um "Sistema de Gestão de Qualidade" previsto no Contrato (Cláusula

430 *Idem,* p. 30.

7.5), conforme pactuado entre as partes.[431] A auditoria é definida no contrato como ferramenta essencial para a sua fiscalização, colocada à disposição da Autoridade administrativa, não podendo o contratado requerer direito de rescisão por inadimplência, em caso de baixo desempenho detectado pela fiscalização.

A auditoria externa nos contratos é utilizada para a definição dos valores a serem pagos pelos serviços prestados pelo parceiro privado.

O processo de pagamento do contrato de PF2 envolve uma parcela unitária mensal *(unitary charge)* e uma parcela variável decorrente do desempenho. De acordo com esse mecanismo de pagamento, a minuta do contrato estabelece que o mecanismo de pagamento "[...] deve ser totalmente auditável, com informações suficientes fornecidas pelo Contratante, para permitir que a Autoridade valide o cálculo da parcela unitária mensal. [E] o padrão de desempenho deve ser incluído no relatório da contratada."[432]

O contrato diz textualmente que deverá haver a previsão do monitoramento da execução dos serviços, ao estabelecer, na Seção 20.4.1 que: "Uma questão fundamental é quem fará o monitoramento: a Autoridade, o contratado, uma parceria entre os dois ou um terceiro" [433].

Quando discorre sobre a função de monitoramento das atividades desenvolvidas pelo contratado, a minuta do contrato reforça a possibilidade de ser oferecida pelas partes treinamento e formação do pessoal que irá fiscalizar a execução dos serviços, incluindo tanto o pessoal da própria Autoridade, como do setor privado e também os usuários. E assinala que: "Isto é particularmente importante quando [...] houve a contratação de consultores externos para modelagem do projeto e os gestores não participaram do desenvolvimento

431 REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts** – Draft. Londres: gov.uk, Dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021, p. 36

432 *Idem*. p. 158. Cf. também a seção 31 da minuta do Contrato que trata da "Transparência e Informações".

433 *Idem*. p. 179.

do Contrato"[434] Ou seja, quando os responsáveis pela execução e fiscalização tenham um conhecimento limitado sobre o conteúdo do contrato.

Nesse sentido, as partes devem promover sessões de treinamento para ajudar terceiros a entenderem sua função de monitoramento e devem emitir "orientações aos usuários" para que os processos e as comunicações entre Autoridade, contratada e terceiros sejam claramente definidos.

A seção 20.4.2 da Minuta de Contrato também estabelece como deverá se dar o monitoramento do contrato, a saber:

> 20.4.2 O monitoramento deve ocorrer em três níveis:
> · monitoramento do Contratado - por meio de um sistema de gestão da qualidade, que mede a disponibilidade e o desempenho;
> · revisão do sistema de gestão da qualidade do Contratado pela Autoridade [contratante] com certas verificações pontuais planejadas e aleatórias e, ainda, com capacidade para aumentar o monitoramento, na hipótese de ocorrer falhas repetidas ou fraco desempenho;
> · capacidade dos usuários de relatarem falhas (por exemplo, médicos, professores e trabalhadores).[435]

Além destes mecanismos de monitoramento do sistema de pagamento, ainda pode ser efetuado monitoramento adicional, conforme previsão da Seção 20.2.2 da minuta de contrato, que estabelece:

434 *Ibidem*.

435 REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts** – Draft. Londres: gov.uk, Dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021, p. 180.

> A metodologia incluirá normalmente um elemento substancial de monitoramento pelo Contratado, sujeito a auditorias periódicas da Autoridade [contratante]. Monitoramento adicional pela Autoridade [contratante] também correrá excepcionalmente, por exemplo, se professores ou a equipe médica identificarem e relatarem falhas de desempenho [436].

A Seção 20.4 da Minuta do Contrato, ao estabelecer quem está apto a fazer o monitoramento dos mecanismos de pagamento, prevê que, em muitos casos, a própria Contratada irá se automonitorar, conforme os procedimentos estabelecidos pela Autoridade contratante, sobretudo diante do seu direito de investigar as reclamações dos usuários. Quanto ao pagamento por este monitoramento, a minuta de Contrato estabelece que esta questão precisa ficar clara na licitação.

De acordo com o previsto na seção 20.5.1 da minuta de contrato, ficou estabelecido que "[...] cada parte suportará os seus próprios custos de monitoramento" para evitar qualquer possível conflito de interesses." Contudo, "O custo monitoramento adicional ou auditoria, necessárias para avaliar o mau desempenho da contratada, deve ser pago por ela."[437].

Para fins de pagamento, o seja, fora da avaliação de desempenho do contratado, há também previsão no contrato (Seção 28.6.3) que a Autoridade contratante deve ser reembolsada, pelo contratado, pelos custos de contratação de consultores para rever as propostas de refinanciamento e para apoiar a Autoridade em relação à implementação do refinanciamento pactuado. Assim, conclui esta seção da minuta de contrato que "O ganho de refinanciamento disponível para o compartilhamento será calculado após a dedução

436 *Idem*, p. 179.

437 REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts** – Draft. Londres: gov.uk, Dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021, p. 180.

dos custos incorridos pela Contratada e pela Autoridade em relação à transação" [438].

Conclui-se, portanto, que pode ser instituída a figura do verificador independente e que os custos de avaliação de desempenho a ser realizado normalmente recaem sobre a contratada, se cláusula contratual não foi pactuada em sentido contrário.

6.5.3 PREVISÃO DE PENALIDADES PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As penalidades contra a Administração pública, previstas na minuta do contrato, são de natureza compensatória e podem ser resumidas nas seguintes previsões:

23.1.3 - Compensação na rescisão por inadimplemento da autoridade (*termination on authority default*), considerando os eventos descritos na própria cláusula e ainda o direito do contratado em rescindir o contrato nesta hipótese.[439]

23.4.4 - Compensação na rescisão por corrupção e fraude (*Corrupt Gifts and Fraud*), calculado da mesma forma que na situação anterior.[440]

23.5.2 - Compensação por rescisão voluntária da autoridade ["encampação"]. Neste caso o contratado deverá receber um pagamento de rescisão correspondente ao que receberia se o Contrato fosse executado por toda sua vigência (23.5.3.1) ou calculado da mesma forma que a rescisão por inadimplemento da autoridade.[441]

23.5.5 - Compensação a ser paga pela Autoridade na rescisão, conforme a data de rompimento estabelecida no contrato (*Termination on an Authority Break Point Date*): além de um direito geral de rescindir a qualquer momento, o contrato pode prever, se for benéfico, que a

438 *Idem,* p. 266.
439 *Idem,* p. 191.
440 *Idem,* p. 222.
441 *Idem,* p. 223.

autoridade contratante tenha a opção de rescindir o Contrato em datas determinadas, por um valor de compensação especificado. [442]

23.6.2 - Compensação na rescisão promovida pela Autoridade, por violação das disposições de refinanciamento. A compensação a ser paga deve ser a mesma da prevista na Cláusula 23.4.4 e refere-se à rescisão por corrupção e fraude tratada anteriormente.[443]

Estas hipóteses tratam das situações mais comuns e emblemáticas referentes às penalidades aplicadas à Administração Pública, havendo outras situações específicas em que as autoridades administrativas podem ser penalizadas, porém de menor impacto.

Observa-se, nestas disposições, que o regime jurídico do contrato (de direito privado) e a ausência de prerrogativas especiais para a administração pública e seus gestores, conforme descrito no Capítulo 4 deste trabalho, resultam em maior horizontalidade entre as partes e na penalização das autoridades administrativas de forma bastante semelhante àquelas que são aplicadas aos contratados.

6.5.4 FINANCIAMENTO PÚBLICO: APORTE DE CAPITAL E OFERECIMENTO DE GARANTIAS

Conforme já descrito no Capítulo 4 deste trabalho, com o advento da crise financeira global, a partir de 2009, o Reino Unido instituiu políticas públicas de fomento aos parceiros privados, nas PFIs, devido à elevação expressiva do custo do financiamento.[444] E, conforme também discutido anteriormente, o modelo da PF2 aumentou para 25% o investimento de capital, que antes era de 10% na PFI, e passou a incluir, nestes 25%, a possibilidade de o setor público investir 10%

442 REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts** – Draft. Londres: gov.uk, Dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021, p. 266.

443 *Ibidem*, p. 225.

444 CONNOLY, Cierran; WALL, Tony. The impact of the global financial crisis on public–private partnerships: a UK perspective. *In:* GREVE, Carsten; HODGE, Graeme (Coord.). **Rethinking Public-Private Partnerships:** strategies for Turbulent Times. London: Routledge, 2012, p. 33-56.

deste capital.[445] Assim, independentemente da minuta padrão do contrato, há possibilidade de financiamento público para as parcerias, por meio de políticas públicas estabelecidas especialmente para esta finalidade.

Para fortalecer a parceria entre o setor público e privado, a partir da PF2, o Governo passou a atuar como coinvestidor de capital minoritário nos projetos. O investimento de capital do setor público é realizado por uma nova Unidade do Governo Central, localizada dentro do Tesouro, composta por especialistas comerciais, que são independentes em relação a autoridade contratante, responsável pela aquisição. O investimento do setor público terá direitos semelhantes aos dos investidores privados e sua relação será consagrada em acordo de acionistas.

Para Yescombe e Farquharson:

> Esta nova abordagem colaborativa irá alinhar interesses e promover um melhor entendimento entre os parceiros do setor público e privado da PF2. Prevê-se que isso ajudará a melhorar a atuação e manejo do risco, uma vez que o setor público estará envolvido nas decisões estratégicas para a gestão e operação do empreendimento. O VfM também deve ser aprimorado, pois o setor público irá compartilhar os retornos patrimoniais de projetos bem-sucedidos, reduzindo, assim, o custo geral do projeto para o setor público [446].

445 Conforme o estudo publicado pela House of Commons (equiparada à Câmara dos Deputados): A justificativa do governo para esta mudança no percentual do capital a ser investido é que uma proporção maior de patrimônio líquido (ou seja, cujo endividamento é mais baixo), proporcionará "um reforço de crédito para a classificação da dívida subjacente do projeto", tornando a dívida mais atraente para uma gama mais ampla de financiadores de longo prazo (long term-debt providers). (REINO UNIDO. House of Commons. **Private Finance 2**: Treasury Contents. Junho, 2014. Disponível em: https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmtreasy/97/9705.htm. Acesso em: jun. 2021).

446 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 40.

No âmbito do arranjo contratual, a minuta padrão de contrato da PF2 prevê a possibilidade de transferências de recursos públicos aos empreendimentos por meio de contribuições de capital (capital contributions) ou garantias, porém estabelece uma série de ressalvas para que essas medidas sejam implantadas no contrato, sobretudo relacionada ao fato de que já devem estar previstas na licitação e deve ser previamente avaliado se a sua instituição não afetará a matriz de riscos do contrato e a fixação do VfM.

Na seção 21.2.2 da minuta de contrato foi estabelecido que:

> As autoridades devem estar cientes de que as contribuições de capital (*capital contributions*) combinadas com outros arranjos de apoio do setor público, como investimento de capital do setor público (*public sector equity*[447]) ou garantias, podem ter o efeito adverso de alterar o equilíbrio geral da transferência de risco. Consequentemente, o montante das contribuições de capital deve ser considerado juntamente com outros acordos do setor público, de modo a não prejudicar este princípio. [448.]

Há também a previsão de pagamentos diferenciados pelo desempenho superior, ou seja, o desempenho do contratado pode se dar em padrão mais elevado do que o esperado. Esse desempenho

447 De acordo com o estudo publicado pela *House of Commons* (Câmara dos Deputados): "O financiamento para o investimento de capital do setor público (*public sector equity investment*) virá do órgão responsável pela contratação/aquisição. Os rendimentos do investimento, sob a forma de dividendos, juros de empréstimos de acionistas ou ganhos, na eventualidade de eventual alienação de participações no setor público, serão devolvidos ao mesmo órgão, descontados os custos do Tesouro com a gestão do investimento." (REINO UNIDO. House of Commons. **Private Finance 2**: Treasury Contents. Junho, 2014. Disponível em: https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmtreasy/97/9705.htm. Acesso em: jun. 2021).

448 REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts** – Draft. Londres: gov.uk, Dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021, p. 185.

superior, como regra, não deveria garantir, normalmente, um pagamento adicional. Contudo, ressalta a minuta do contrato, que "[...] para alguns projetos, por exemplo, em que o desempenho do contratado pode afetar positivamente a situação financeira da autoridade contratante [...] as autoridades podem considerar que existe VfM na inclusão destes pagamentos adicionais" [449].

De igual forma, o contrato pode estabelecer que a participação do setor público no financiamento do projeto deve gerar compensações (set off) na contraprestação parceiro público ao parceiro privado. Nesse sentido, a seção 21.5.4 da minuta de contrato estabelece que "Não deve haver proibição ao direito da Autoridade de compensar os montantes devidos com quaisquer contribuições de capital."[450]

Assim, as contribuições de capital devem resultar na redução do encargo unitário anual pago pela Autoridade, conforme a seção 21.1.1 do Contrato, a saber:

> 21.1.1 As contribuições de capital normalmente resultam na redução do encargo unitário anual pago pela Autoridade. Além disso, o pagamento das contribuições de capital antes da fase de conclusão da construção, pode reduzir ainda mais o encargo unitário, pois isso reduz a necessidade de financiamento externo [...] [451].

Consequentemente, o quantum e o momento de qualquer contribuição de capital são questões importantes a serem consideradas, pois como a transferência de risco é a pedra angular da PF2, o fomento público não deve prejudicá-la[452].

449 *Idem*, p. 157-158.

450 *Idem*, p. 189.

451 *Idem*, p. 158.

452 REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts** – Draft. Londres: gov.uk, Dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021, p. 185.

Por fim, deve-se ressaltar que as contribuições de capital do setor público devem ser consideradas desde a licitação, para permitir que quaisquer questões sejam tratadas na disputa do certame. É o que prevê expressamente a seção 21.1.3 da minuta de contrato quando estabelece que: "21.1.3 [...] qualquer contribuição de capital deve ser levada em conta no modelo financeiro desde o início, para reduzir o encargo unitário (contraprestação) a ser pago pela Autoridade."

Quanto à previsão expressa de garantias, em que pese não ser vedada, não é, tampouco, considerada adequada. Como na estrutura dos projetos PFI/PF2, as responsabilidades dos acionistas são isoladas das responsabilidades da SPE (executora do projeto), conforme descrito na seção 14.2.2 da minuta de contrato: "[...] a obtenção de garantias diretas pelo Órgão de Fiscalização não é normalmente adequada." Ao mesmo tempo "O parceiro público (autoridade) não deve insistir em receber garantias das sociedades controladoras de um subcontratado ou dos acionistas do contratado em relação às obrigações do contratado" [453].

Assim, conclui a minuta do contrato: "Quando uma contribuição de capital for introduzida em um projeto, a autoridade precisará revisar o mecanismo de pagamento / regime de dedução para garantir que permaneça devidamente calibrado e existam incentivos apropriados para garantir a entrega dos serviços contratados"[454].

Conclui-se, assim, que há possibilidade de previsão de financiamento público, nas PPPs do Reino Unido, por meio de participação societária do setor público na SPE e a possibilidade de oferecimento de garantias, a depender a modelagem contratual. Viu-se, contudo, que o oferecimento de garantias pelo setor público não é recomendado como princípio geral.

453 REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts** – Draft. Londres: gov.uk, Dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021, p. 100.

454 *Idem*, p. 186.

6.5.5 ATENDIMENTO AO USUÁRIO NA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO PARCEIRO PRIVADO

Conforme relatado na seção 6.2.2 deste trabalho, a avaliação dos usuários dos serviços é considerada na avaliação de desempenho do contratado, para fins de pagamento da remuneração variável. Além disso, o parceiro privado também tem o dever de avaliar qualitativamente a satisfação dos usuários, de forma que eles devem receber formação e treinamento sobre o sistema de avaliação de desempenho [455].

Esta pesquisa de satisfação dos usuários deverá incluir, entre os seus objetivos, em conformidade com a seção 20.7 da minuta de contrato: avaliar o nível de satisfação com os serviços, incluindo a forma como os serviços são prestados, executados e disponibilizados e, em particular, a qualidade, eficiência e eficácia dos serviços.[456]

Quanto a eventuais sanções por baixa satisfação do usuário, a seção 20.7.8 da minuta de contrato, indica algumas distintas possibilidades de inserção no contrato, a depender da sua modelagem, a saber:

a) dedução financeira direta imediata, como, por exemplo, um valor definido por ponto percentual aquém de uma linha de base pré-acordada, que pode permanecer constante ou ser ajustada para refletir as obrigações para melhoria contínua de desempenho;

b) quando for prevista a implentação de plano de melhorias, por parte da Contratada, efetuar deduções financeiras às suas custas, em caso de baixa satisfação, se a sua adoção não afetar ainda mais a satisfação do usuário;

c) a baixa satisfação também pode exigir que a Contratada realize uma auditoria de desempenho, às suas expensas. Na verdade,

455 *Idem*, p. 178.

456 REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts**: draft. Londres: gov.uk, Dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021, p. 182.

isso significa utilizar a classificação "insatisfatória" como ferramenta para garantir a aplicação rigorosa dos "padrões" estabelecidos no sistema de avaliação de desempenho do contrato e é também uma forma indireta para dar efeito financeiro à baixa satisfação do usuário;

d) vincular deduções a reclamações ou ligações para um help-desk.[457]

Percebe-se, assim, que o usuário possui papel relevante na avaliação de desempenho do contratado, podendo afetar o pagamento dos valores devidos. A depender da cláusula contratual firmada, o usuário detém também o poder de influenciar o aprimoramento da prestação e a manutenção dos padrões de qualidade previamente estipulados.

6.5.6 COMPARTILHAMENTO DE RISCOS

Conforme já tratado em outras passagens deste estudo, o compartilhamento de riscos é um dos elementos-chave do conceito de PFI.

Desde a padronização dos Contratos PFI (SoPC), adotada em julho de 1999, o contrato entre o poder público e a SPE já formalizava a transferência de risco. Naquele contexto, relatam Vecchia, Hellowell e Gattia, que os riscos de construção e disponibilidade e os riscos gerais de propriedade de ativos (geralmente gerenciada por meio de provisões de seguro) eram transferidos para o parceiro privado [458].

Na minuta de contrato da PF2, foi reformulada a alocação de risco na tentativa de melhorar a relação custo-benefício entre as partes e financiadores [459].

O setor público passou a assumir os seguintes riscos:

457 *Idem,* p. 183.

458 VECCHIA,Veronica; HELLOWELL, Mark; GATTIA, Stefano Does the private sector receive an excessive return from investments in health care infrastructure projects? Evidence from the UK. **Health Policy**, n. 110, p. 243– 270, 2013, p. 244.

459 A alocação de riscos possui uma seção inteira no contrato. Cf. G – *Risk allocation principles,* com seis capítulos.

a) despesas de capital adicionais serem exigidas como resultado de uma mudança imprevisível da lei, no período de execução do contrato;

b) contaminação e condições do solo de bem público, por meio de relatórios de consultores especializados sobre o assunto;

c) demanda e consumo do serviço, sujeito a um teste de transferência estendida de dois anos e o risco da tarifa mantida para a concessionária; e

d) risco de alteração dos prêmios de seguro. Neste caso o setor público passou a assumir a maior parte deste risco e não a sua integralidade.

Diante do sistema de alocação de riscos do contrato PFI/PF2, Vecchia, Hellowell e Gattia concluem que ele é, na realidade, benéfico aos contratados. Isso porque a percepção do mercado e de agências de classificação de crédito envolvidas na análise do perfil de risco de projetos em nome de investidores de dívida é que a transferência dos riscos para os investidores é bastante limitada. Mais especificamente, afirmam os autores, com base em estudos sobre o tema, que essa limitação se deve a: 1. rendimentos previsíveis, que são atraentes em relação ao risco; 2. o fato de que as deduções nos encargos unitários (contraprestação) devido a falhas no serviço, são baixas e limitadas, de forma que os retornos provavelmente não serão afetados; 3. a natureza sólida de crédito das contrapartes [autoridades públicas]; 4. a capacidade baixa de transferência de riscos relacionados ao projeto, incluindo construção e riscos operacionais para as contrapartes da SPE e subcontratados; 5. a baixa exposição a mudanças no ciclo econômico; e 6. a baixa correlação de retornos com outras classes de investimentos.[460]

Percebe-se, pelas cláusulas do contrato e pela análise crítica da literatura, que a alocação de risco é, de fato, o elemento-chave da PFI/

460 VECCHIA,Veronica; HELLOWELL, Mark; GATTIA, Stefano Does the private sector receive an excessive return from investments in health care infrastructure projects? Evidence from the UK. **Health Policy**, n. 110, p. 243– 270, 2013, p. 244.

PF2. Assim, a modelagem do contrato e da concepção do projeto são fatores determinantes para a alocação adequada dos riscos – o que tem sido feito, ao que tudo indica, em favor dos contratados.

6.6 ANÁLISE CRÍTICA DAS PPPS NA SAÚDE, NO REINO UNIDO: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

A revisão da literatura promovida neste estudo e a experiência acumulada em contratos de PFI/ PF2, na saúde, no Reino Unido trouxe informações que permitiram apresentar uma visão crítica desta experiência, bem como da governança por contratos. A análise considerou o levantamento dos aspectos positivos e negativos pretentes nos estudos consultados, conforme apresentado a seguir.

6.6.1 ASPECTOS POSITIVOS

Entre os aspectos positivos, Claude Ménard afirma que as PPPs apresentam as seguintes vantagens:

a) redução de preços, uma vez que os parceiros privados são incentivados a reduzir custos, se o contrato for bem desenhado;

b) aumento da produtividade, pois, entre outros fatores, a alocação de mão de obra[461], por exemplo, será menos politizada;

c) aumento da produção, quando as receitas dependerem mais diretamente das tarifas;

d) autossustentabilidade, uma vez que a participação privada requer receitas superiores aos custos, se os riscos forem transferidos adequadamente;

461 Menard ainda relata. quanto a questão da mão-de-obra, que se percebeu o aumento do investimento nos trabalhadores, o que se deve, em grande parte, pela redução no número de funcionários. (MÉNARD, Claude. Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the obstacles and shortcomings of PPP. *In:* VRIES, Piet de; YEHOUE, Etienne B. **The Routledge Companion to Public-Private Partnerships.** Londres: Routledge, 2013. p.149-174, 2013, p. 21-22.) O estudo citado que aferiu esta conclusão, em termos empíricos, foi o de GASSNER; POPOV; PUSHAK. Does private sector participation improve performance in electricity and water distribution? Washington: The World Bank, Public-Private Infrastructure Advisory Facility, 2009.

e) entrega de infraestrutura e serviços públicos em um momento de forte esgotamento do financiamentoo público;

f) redução da interferência política, diminuindo, assim, os riscos de corrupção;

g) aumento da qualidade na prestação dos serviços. [462]

Aliando-se a estes aspectos, estudos citados por Cláudia Rabelo, elaboraram, a partir de uma lista de indicadores, seis dimensões essenciais que definem, na perspectiva da gestão pública, o sucesso das PPPs, a saber: risco, custo-benefício, impacto social e político, *expertise*, colaboração na parceria, medição da performance[463].

Muitos estudos empíricos, contudo, relacionam e descrevem os aspectos negativos das PFIs no sistema de saúde do Reino Unido.

6.6.2 ASPECTOS NEGATIVOS

Mudyarabikwa e Regmi relacionaram no estudo desenvolvido acerca das estratégias de descentralização dos serviços de saúde do NHS[464], que a utilização da PFI/PF2 é criticada por diversas razões. Segundo os autores, a modelagem possui uma série de armadilhas,

462 MÉNARD, Claude. Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP. *In:* VRIES, Piet de; YEHOUE, Etienne B. **The Routledge Companion to Public-Private Partnerships.** Londres: Routledge, 2013. p.149-174, 2013.

463 Cf. o desenvolvimento desses argumentos em: REBELO, Cláudia Parente. **As Parcerias Público-Privadas na saúde em Portugal**: análise crítica. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. Mestrado em Administração Pública. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2014.

464 Que relacionam, entre outros, os seguintes estudos, alguns deles citados ao longo deste trabalho: GAFFNEY, D., POLLOCK, A. M., PRICE, D., & SHAOUL, J. The private fi nance initiative: NHS Capital expenditure and the private fi nance initiative: Expansion or contraction? **British Medical Journal**, n. 319, p. 48–51, 1999; BOYLE, S.; HARRISON, A. **Investing in health buildings:** Public-private partnerships. London, The King's Fund, 2000; MCKEE, M., EDWARDS, N.; ATUN, R. Public private partnerships for hospitals. **Bulletin of the World Health Organisation**, London, n. 84, a. 11, p. 890–896, 2006; POLLOCK, A. M., DUNNIGAN, M. G., GAFFNEY, D., PRICE, D.; SHAOUL, J. The Private Finance Initiative: Planning the "New" NHS: Downsizing for the 21st Century. BMJ, n. 319, p. 179–84, 1999.

incluindo os seguintes riscos[465], enumerados e discutidos a seguir, com base na literatura sobre o assunto:

a) Edifícios abaixo do padrão devido, entre outros fatores, à mão de obra deficiente.

Quanto a este aspecto, incluindo a observação acerca da redução da participação do setor privado no desenvolvimento de infraestrutura e serviços essenciais por meio de PPP, Ménard conclui que "Essas dificuldades, e a resistência que revelam, também podem ser devido à resultados mistos no desempenho real da PPP."[466] Foram registrados relatos de problemas na implantação das PPPs da saúde no Chile, como déficits, seleção de segurados, fechamento de hospitais, corrupção etc [467].

b) Manutenção inadequada das instalações, causada pela falta de experiência no setor de saúde.

Quanto a este aspecto, Barlow, Roehrich e Wright informaram que cerca de 20% dos *trusts* hospitalares do NHS estavam insatisfeitos com os serviços de manutenção prestados em seus contratos de PFI. Assim, concluem que "[...] as evidências de que o programa do Reino Unido entregou projetos oportunos com alta qualidade e baixos custos operacionais são, na melhor das hipóteses, ambíguas" [468]. Observou-se, ainda, que a taxa de ocupação de leitos nos contratos de PFI são mais elevadas do que no NHS; que houve a redução de funcionários por leito, devido a possibilidade de adequação da capacidade para

465 MUDYARABIKWA, Oliver; REGMI, Krishna. Public–Private Partnerships as decentralization strategy in health sector. *In:* REGMI. K. (ed.). **Decentralizing Health Services**: a global perspective.New York: Springer, 2014. p. 176.

466 MÉNARD, Claude. Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP. *In:* VRIES, Piet de; YEHOUE, Etienne B. **The Routledge Companion to Public-Private Partnerships.** Londres: Routledge, 2013. p.149-174, 2013, p. 21-22.

467 ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: fev. 2021. DOI: https://doi.org/10.1590/0102-311x00197316, p. 9.

468 BARLOW, James; ROEHRICH, Jens, WRIGHT, Steve. Europe Sees Mixed Results From Public-Private Partnerships For Building And Managing Health Care Facilities And Services. **Health Affairs**, n. 32, v. 1, p 146–154, 2013.

atender aos picos de admissões e ainda problemas no controle de infeções, este último caso conforme relatório do órgão de Auditoria (*National Audit Office*)[469].

c) Aumento do custo para o setor público devido ao valor elevado dos empréstimos contratados pelas SPEs (SPVs).

Com base em dados do Tribunal de Contas Escocês (Audit Scotland, 2002) Hellowell e Pollock informaram que os custos de financiamento para o setor privado para as PFIs das escolas escocesas, referentes à Taxa Interna de Retorno do Projeto (TIR), foram cerca de 2,5 % a 4% mais altas do que as autoridades administrativas teriam pago se tivessem emprestado dinheiro por conta própria, para um projeto semelhante. Informam, ainda, que a justificativa do governo para o custo mais elevado do financiamento privado reside no fato de que o risco do investimento foi explicitamente precificado [470].

Em análise à nova modelagem trazida pelo PF2, pelo governo de coalizão, da época, o *Centre for Health and the Public Interest,* ao refletir se a modelagem tornaria o financiamento privado mais acessível para os *NHS Trusts*, concluiu que os incentivos dados para a realização de PF2 podem ser profundamente prejudiciais para a sustentabilidade financeira das economias locais de saúde e sua capacidade de atender às necessidades de saúde. Isso porque os incentivos dados para este modelo de contratação, decorreu de um ambiente político caracterizado por: (i) pressão contínua do governo central para aumentar o envolvimento do setor privado na saúde, (ii) restrições sem precedentes nos orçamentos para órgãos e entidades do setor, sobretudo quanto às despesas capital disponíveis e (iii) um grau crescente de mercantilização, que permite às organizações fornecedoras aumentarem seu poder de mercado, por meio de

469 HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. p. 28.

470 HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34.

investimentos de capital em grande escala, independentemente de como sejam financiados e a qualquer custo [471].

Além do modelo da PFI/ PF2 Mudyarabikwa e Regmi demonstraram que também o LIFT possui problemas, entre eles: o sigilo comercial na sua implementação e o aumento do custo de aquisição de edifícios de atenção primária, que desencadeia cortes na prestação de serviços essenciais porque os PCTs (*Primary Care Trusts)* têm dificuldade em economizar dinheiro da infrestrutura para o pagamento das despesas correntes.[472]

d) Risco de redução de cuidados e serviços essenciais quando os *hospital trusts* se esforçam em poupar para pagar pela infraestrutura dos serviços.

Ou seja, a utilização de PFI pode afetar as políticas públicas de saúde, de maneira mais ampla, correndo o risco de serem utilizadas como trampolim para a privatização dos serviços, como advertem Pollock e Price [473].

Célia Almeida também alerta que, como a PFI deu ênfase nos hospitais como objeto dos contratos, essa estratégia "[...] evidencia o paradigma biomédico da agenda neoconservadora, focada na assistência médica, que desqualifica outras formas de cuidados em saúde e a proteção social.[474]

O efeito das PFIs na prestação dos serviços de saúde foi aprofundado nos estudos de Hellowell e Pollock, que concluíram que

471 CHPI - Centre for Health and the Public Interest. **The return of PFI** – will the NHS pay a higher price for new hospitals? UK: CHPI, 2014. Disponível em: https://chpi.org.uk/wp-content/uploads/2015/02/CHPI-PFI-Return-Nov14-2.pdf. Acesso em: jun. 2021.

472 MUDYARABIKWA, Oliver; REGMI, Krishna. Public–Private Partnerships as decentralization strategy in health sector. *In:* REGMI. K. (ed.). **Decentralizing Health Services**: a global perspective.New York: Springer, 2014.

473 POLLOCK, A. M.; PRICE, D. Privatising primary care. **British Medical Journal** [Editorial]. Aug., p. 565–566, 2006.

474 ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: fev. 2021. DOI: https://doi.org/10.1590/0102-311x00197316, p. 14.

o método PFI tem a capacidade de prejudicar o bem-estar social. Eles argumentam que:

> A teoria econômica prevê que o método PFI tem a capacidade de prejudicar o bem-estar social quando é empregado na provisão de bens de mérito - isto é, bens que têm um valor social acima de seu valor privado, como a saúde. Imporante perda de bem-estar, na sociedade, pode surgir se o fornecimento de instalações e serviços de saúde por meio da PFI comprometer a oferta de serviços, afastando a economia de seu ideal de bem-estar. Por essa razão, os economistas tendem a ver o caso do PFI como envolvendo um *trade off* entre a eficiência produtiva, que, presume-se, pode ser alcançada se o mercado de contratos for adequadamente competitivo, e o interesse público geral [...] As perdas de bem-estar social são prováveis porque os contratos são necessariamente incompletos. Os contratos PFI são baseados em especificações gerais de produção: as entradas de ativos e serviços não são especificadas, medidas ou monitoradas e, portanto, o fornecedor tem um incentivo para cortar custos em detrimento da qualidade [475].

Por fim, há ainda o argumento de Hellowell e Ralston, proferido com base em estudos empíricos da execução dos contratos, que grandes esquemas de hospitais PFI impactaram as finanças dos *NHS Trusts* e sua capacidade de fornecer serviços de saúde sustentáveis para as comunidades locais [476].

475 HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. p. 27

476 HELLOWELL, M.; RALSTON, M. The equity implications of health system change in the UK. *In:* SMITH, K.; HILL, S.; BAMBRA, C. (eds). **Health inequalities**: critical perspectives. New York: Oxford University Press, 2015. p. 1

Além das hipóteses elencadas por Mudyarabikwa e Regmi, seguem outros aspectos negativos indicados por estudos teóricos e empíricos sobre o tema:

e) Falhas na modelagem, no processo de contratação (licitação) e na estrutura contratual.

A primeira delas - e que parece ser consenso entre os especialistas -é a recomendação de que as considerações de política fiscal (falta de recursos financeiros do Estado) não devem desempenhar nenhum papel no processo de tomada de decisão na escolha de contratação sobre a modelagem de PFI [477].

O problema dos custos elevados discutidos no item 3, supra, decorre de fatores relacionados à modelagem dos contratos e ao processo de contratação, tais como:

1) tentativa dos licitantes de cobrir os custos de licitações fracassadas em suas propostas;

2) altas taxas bancárias / alto custo do financiamento[478];

3) competição limitada no mercado, pelo baixo número de licitantes que participam do diálogo competitivo;

4) tendência das autoridades de atribuir riscos às SPEs, que nunca irão suportar.

Quanto a este aspecto, Froud conclui que a combinação de risco e incerteza da PFI leva a arranjos contratuais que são inadequados para a prestação de serviços públicos a médio prazo.[479]

---

477 HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. P. 25 e PÉRICO, Ana Elisa; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento. Desafios das parcerias público-privadas (PPPs). **Revista de Administração Pública – RAP**, v. 39, nº 5, p. 1034-1052, set./out. 2005.

478 Hellowell e Pollock observam quanto a este aspecto que "[...] a taxa de juros do financiamento privado contém um elemento significativo de "retorno excedente" para os investidores e não há evidências de que esse "custo excedente" para o setor público seja compensado por maior eficiência, no processo de contratação." HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34. p. 31

479 FROUD, Julie. The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state. **Accounting, Organizations and Society,** n. 28, 2003, p. 567–589.

f) falha nos cálculos ou utilização de metodologias inadequadas para a aferição do VfM.

Para Froud e Shaoul, o que torna a avaliação das opções no contexto do PFI mais problemática do que outros projetos do setor público (ou privado) é a complexidade das propostas e a longa duração dos contratos assinados pelo Trust e pela SPE.[480] Além disso, a ferramenta utilizada para a justificar a escolha econômica pela modelagem da PFI e estimar o custo da contratação - o *Public Sector Comparator* (PSC) – tem sido considerado um processo de avaliação duvidoso[481,] conforme já descrito no Capítulo 4.

Não por outras razões, Yescombe e Farquharson afirmaram que os próprios mercados financeiros estão subestimando o preço do futuro em relação ao consumo atual, ou seja, os custos das PPPs estão sendo subestimados.[482] Porém, os projetos PFI têm sido acusados de incorrer em maiores custos de capital e de transação, tendo sido adaptados às necessidades do setor privado, afetando, desfavoravelmente, a flexibilidade do setor público[483].

g) Os problemas da contratação pública sob a ótica da Análise Econômica do Direito e o oportunismo do fornecedor.

Não menos importantes são os problemas da contratação pública considerando os critérios da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), tais como: a assimetria de informações; os custos de transação; a seleção adversa dos contratados; o efeito do *moral hazard* (risco moral) e da *hold up* (Administração refém).[484]

---

480 FROUD, Julie; SHAOUL, Jean. Appraising and evaluating PFI for NHS Hospitals. **Financial Accountability&Management**, n. 17, v. 3, p. 247-270, ago. 2001. p. 266.

481 LONSDALE, Chris; WATSON, Glyn. Managing contracts under the UK's Private Finance Initiative: evidence from the National Health Service **Policy & Politics**, v. 35, n 4, p. 683–700, 2007.

482 YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure:** principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018. p. 92.

483 LONSDALE, Chris; WATSON, Glyn. Managing contracts under the UK's Private Finance Initiative: evidence from the National Health Service **Policy & Politics**, v. 35, n 4, p. 683–700, 2007.

484 Cf. o desenvolvimento destes conceitos, relacionados à contratação pública brasileira, em: DIAS, M. T. F. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas

Lonsdale e Watson afirmam que os gestores públicos do Reino Unido negociam e implementam contratos PFI dentro de um ambiente que é, em grande medida, caracterizado pelo oportunismo do fornecedor.[485] O teste deste argumento foi realizado com evidências de contratos de construção PFI operados dentro do Serviço Nacional de Saúde.[486] Os principais problemas de oportunismo observado pelos autores foram os seguintes: 1) instabilidades e indefinições referentes ao período pré-contratual, ou seja, entre (a) ser nomeado como o licitante vencedor e (b) o encerramento financeiro do contrato [financial closure]; 2) variações contratuais na execução do contrato e dificuldades da Administração em negociar essas variações de forma eficaz; 3) redução da qualidade dos bens ou serviços adquiridos utilizando, por exemplo, insumos mais baratos, sem violar o contrato.

h) Problemas na execução contratual.

Os problemas na execução contratual já foram descritos nas seções anteriores deste trabalho. Contudo, vale a transcrição da conclusão de Ménard acerca desta questão. Segundo o autor,

> As metas contratuais são difíceis de definir e [...] geram muitas oportunidades de conflito. Os operadores privados nem sempre entregam e têm tendência a procurar renegociações em seu benefício. [...] Muitos obstáculos podem levar a

para sua superação *In:* **Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas:** para um crescimento da economia assente na contratação pública sustentável, inteligente e inovadora – Angola, 16, 17 e 18 de novembro de 2016. Braga - Portugal: Gráfica Diário do Minho, 2017, v.1, p. 347-382.

485 Lonsdale e Watson realizaram uma pesquisa qualitativa (entrevistas semi-estruturadas com gestores e consultores dos contratos e análise de documentos) sobre a natureza da gestão de contratos PFI em seis trusts hospitalares do NHS, entre setembro de 2005 e agosto de 2006, em contratos do tipo DBFO [design, build, finance and operate - projeto, construção, financiamento e operação]. (Cf. LONSDALE, Chris; WATSON, Glyn. Managing contracts under the UK's Private Finance Initiative: evidence from the National Health Service. **Policy & Politics** , v. 35, n. 4, p. 683–700, 2007).

486 LONSDALE, Chris; WATSON, Glyn. Managing contracts under the UK's Private Finance Initiative: evidence from the National Health Service. **Policy & Politics**, v. 35, n. 4, p. 683–700, 2007.

> conflitos, dispêndios e à rescisão antecipada [do contrato] [487].

Os aspectos críticos acerca da execução contratual são vários e foram obtidos, na quase totalidade dos casos descritos, por meio de pesquisas empíricas – o que traz indicativos bastante consistentes para as conclusões deste trabalho.

O objetivo do estudo não foi defender ou rechaçar, aprioristicamente, o uso das PPPs na saúde, mas lançar luzes para os estudiosos e, sobretudo para os gestores, acerca das experiências existentes sobre o assunto, considerando o Reino Unido ter sido o pioneiro na opção da governança por contratos.

487 MARIN, Philippe. Public-Private Partnershp for urban water utilities. A Review of Experiences in Developing Countries, Washington: The World Bank, Public-Private Infrastructure Advisory Facility, 2009. Citado por MÉNARD, Claude. Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP. *In:* VRIES, Piet de; YEHOUE, Etienne B. **The Routledge Companion to Public-Private Partnerships.** Londres: Routledge, 2013. p.149-174, 2013.

7. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, dos dados levantados e aportes teóricos apresentados, resultaram as seguintes conclusões:

1.A partir da meditação em torno da mudança dos papeis do Estado, com ênfase na perspectiva da relação entre os agentes públicos e o setor privado, é possível assegurar que as PPPs não representam "o auge da evolução", em termos de contrato de prestação de serviço público e da construção e gestão de infraestrutura. A governança por contratos encontra-se em processo de transformação e aperfeiçoamento constantes. Na verdade, na Roma Antiga, era largamente utilizado o processo de confiar a particulares o desempenho de funções públicas, por meio da *societates publicanorum*, concessões de lavra de minas, da cobrança de impostos, de exploração de alfândegas, com o objetivo declarado de liberar a Administração de uma organização onerosa.

2.A falta de investimentos resulta em enorme carência de infraestrutura, o que, por sua vez, inviabiliza o desenvolvimento do País. As PPPs foram (re)criadas para resolver os problemas de infraestrutura e de ausência de recursos públicos para investimentos. E veio à lume novo arranjo institucional, nova moldura legal, com vistas a dar garantias ao setor privado, as quais, a rigor, deverão ser negociadas em âmbito contratual, com evidente intermediação dos organismos financeiros nacionais e internacionais "promovendo o necessário equilíbrio na assunção do risco pelas partes capazes de melhor assumi-los". De acordo com a Lei nº 11.079/2004, os riscos extraordinários e os riscos ordinários podem ser compartilhados por ambos os parceiros. Os parceiros, no contrato, é que decidem sobre a alocação dos riscos. Em ambiente de pouca probidade e pouco controle, a alocação de riscos ao parceiro "mais" apto a administrá-lo é, ela mesma, um risco ao erário, pela facilidade de atrair privilégios espúrios. Há, portanto, elevado risco de captura da Administração, inclusive de se tornar refém do contrato, conforme apontamentos e análises advindas do campo da análise econômica do direito e dos dados empíricos acerca das PPPs na saúde, no Reino Unido.

3.No início da implantação das PPPs no Brasil, assinalava-se a tendência de que as PPPs iriam se fortalecer, grandemente, pois o Estado voltou a ser visto com parceiro ideal. E, além de financiador, passou a ser também, ele mesmo, consumidor-usuário altamente desejado. Ocorre que a seara dos serviços públicos contratualizada, parece ter encontrado o seu liminar no tempo presente. É do Reino Unido que vieram as primeiras levas de parcerias e, enquanto todo o mundo seguiu os seus passos, agora chega o momento de encerrar o ciclo das PFIs, para estudar se há modelos mais adequados para parcerias de longo prazo em que apenas o setor público remunera o particular. Acrescenta-se, como agravante do cenário, que os processos de globalização têm, de alguma forma, mitigado a soberania das nações, em prol do capital financeiro transnacional.

4.No caso da utilização das PPPs no âmbito dos serviços sociais – notadamente na saúde – a literatura estrangeira visitada demonstrou que um dos efeitos colaterais das PPPs, se não houver a modelagem e o controle adequado da execução dos contratos, é o agravamento da transferência de renda das classes pobres e médias para os grandes fornecedores e investidores, além da desigualdade de acesso aos serviços. Nunca é demais repetir, por relevante, que a concessão de serviços públicos não pode ser visualizada apenas como mera manifestação da atuação administrativa capaz de propiciar lucros aos privados, já que, por meio dela, o que se pode legitimamente objetivar é a realização de valores, princípios e objetivos constitucionais. Já se disse que "não se garante o desenvolvimento com um exército de excluídos", mas a inclusão não se faz a não ser por meio do desenvolvimento. Qual a saída, então? Tem-se, aqui, como inquestionável que crescimento não é sinônimo perfeito de redução das desigualdades regionais ou sociais. Entende-se também que o crescimento não é garantidor da universalização dos serviços essenciais. Construção de obras de infraestrutura não é garantia de que haverá ganhos para os indivíduos, como, por exemplo, para os milhões de brasileiros que vivem à luz de velas e outros, muitos outros tornados inadimplentes em razão de tarifas públicas excludentes. A opção das PPPs na saúde, no Reino

Unido, demonstrou justamente esta assertiva, na medida em que o foco na infraestrutura hospitalar e de cuidados, limitou o investimento na atividade assistencial, que é justamente o foco do exercício do direito à saúde.

5.Para que se concretize a Constituição da República, que determina ser cogente a redução das desigualdades e a eliminação da miséria, para que se promova a inclusão e o aumento do bem-estar, há que se cuidar para que os princípios do regime jurídico-administrativo sejam efetivamente prestigiados. Necessita-se, em suma, que haja respeito à moralidade, à legalidade, à publicidade (aliada esta à veracidade das informações), à isonomia e à impessoalidade nas licitações e contratações e à eficiência. Alerta-se, a respeito do princípio da eficiência inserta na Lei nº 11.079/2004 como diretrizes das PPPs, que sua aplicação, como ocorre com os demais princípios, só é legítima, mediante a ponderação com outros princípios, inclusive com o mais importante deles: o princípio da dignidade humana. Há que se atentar também, para o uso retórico do princípio da eficiência a legitimar as mais variadas fugas para o direito privado. Eficiência, assim, deve significar presteza no manejo dos recursos extraídos da sociedade e no retomo que tais recursos devem trazer a ela.

6.O desenvolvimento sustentado passa pela perspectiva redistributiva, pela promoção da cidadania ativa, pelo resgate dos indivíduos historicamente ausentes. A inclusão de novos usuários às redes de saneamento básico, energia, telefonia e gás deve se fazer mediante a inclusão desses usuários nos momentos de decisão de questões que tenham repercussão direta em suas vidas. A saída para o problema passa pela universalização dos serviços públicos, pela modicidade das tarifas, pela garantia de lucros razoáveis ao parceiro privado, pela procedimentalização, pelo controle do Judiciário e da sociedade civil, pela atuação diligente do Ministério Público, pela fiscalização, inclusive, *a priori* e concomitante dos Tribunais de Contas. É obrigatório, no Estado democrático de direito, dar oportunidade de participação à sociedade, em todas as situações de que possam ocorrer efeitos sobre seus interesses. Impende também a fiscalização

diligente da agência reguladora, inclusive, nos acompanhamentos da formalização dos contratos e da disciplina regulatória, sempre que for este o caso. A transformação passa, enfim, por mudança de mentalidade.

7.Em ambiente assim configurado, as PPPs continuarão sendo bem-vindas. A prestação de serviços e a construção de obras públicas por particulares são legitimamente previstas no ordenamento jurídico, inclusive, na Constituição da República; a busca de lucros razoáveis é também legítima em um Estado capitalista; a Constituição valoriza o trabalho e a livre iniciativa; cabe ao Estado fomentar o desenvolvimento; é dever do Estado-administrador buscar de mecanismos legítimos para tomar concretos os direitos do homem, tão enunciados e tão pouco efetivados; a construção de obras de infraestrutura contribui para desviar os recursos do setor privado da especulação financeira para a produção, o que pode gerar empregos e contribuir para a inclusão social.

8.O papel do operador de Direito é cuidar para que a aplicação das PPPs continue adequada à Constituição, sobretudo no âmbito dos serviços sociais, como é o da saúde. Para tanto, deve acompanhar, criticamente, as transformações, suspeitando da ideia de progresso e evolução todas as vezes que, em nome da imperiosa necessidade de mudança, visar-se, na verdade, à manutenção do *status quo*. Deve buscar desmitificar conceitos cujos conteúdos são postos *a priori* como verdades incontestes e desmascarar as ideologias nefastas à sociedade e inviabilizadoras da efetividade da Constituição. O trabalho investiu nas investigações empíricas, em âmbito nacional e estrangeiro, justamente para transpor o campo das meras ideologias na matéria, e demonstrar as potencialidades (aspectos positivos) e falhas (aspectos negativos), da adoção da PPP como estratégia para a prestação dos serviços públicos e gestão da infraestrutura a eles atreladas.

9.Na interpretação das normas que compõem o regime jurídico administrativo e da Lei nº 11.079/2004 e de outas que lhe são correlatas, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, deve imperar a consciência de que o primeiro compromisso do intérprete deve ser com a Constituição

da República, com o regime e não com as metas do governo (interesse públicos secundários) ou, ainda, com os intentos de preservação do sistema econômico dominante. A leitura de qualquer texto, e mais ainda do discurso jurídico-administrativo, pela sua inquestionável repercussão na vida humana, deve ser contextualizada. A *occasio legis*, o momento genético, o pré-natal da Lei das PPPs, bem como a sua efetiva utilização e aplicação prática, justificam as cautelas em sua aplicação, para que não venham prejudicar os fins coletivos. Importa ao intérprete ter em mente que o discurso jurídico, longe de ser produto da racionalidade e da lógica, é construído ideológica e historicamente.

10.A partir do reconhecimento da tendência de continuidade de utilização das parcerias público-privadas no Brasil, no setor da saúde, cumpre aos estudiosos do Direito Administrativo a revisão desses modelos contratuais a fim de permitir a efetividade dos direitos sociais e evitar problemas em sua execução.

11.As experiências de outros países, notadamente do Reino Unido, apresentada neste trabalho, visaram demonstrar como a quantidade expressiva de PPPs realizadas no exterior também visavam expandir o atendimento do Estado às necessidades crescentes da população. Essas experiências podem auxiliar na melhoria do sistema pátrio e alertar para a necessária justificativa e estudos prévios à escolha desta modelagem.

12.Entre as possíveis vantagens do uso das parcerias público-privadas está a mais rápida execução das obras de infraestrutura, a redução dos custos, a melhor alocação de risco, maiores incentivos ao parceiro privado e melhoria na qualidade do serviço. Entretanto, há muitos críticos à sua aplicação, que assinalam que a escolha inadequada da modelagem e o foco nos aspectos econômicos das PPP, como a obtenção de lucros abusivos, pode ser um obstáculo à efetividade da prestação dos serviços públicos. Ademais, pontua-se que o Estado vai perdendo o *know-how* para realizar as tarefas que antes eram de sua competência, pois elas passam a ser delegadas ao parceiro privado.

13.Diante disso, faz-se extremamente relevante o aprofundamento dos estudos de casos concretos brasileiros, a fim de se separar as opiniões meramente ideológicas dos fatos objetivos relativos aos resultados efetivamente obtidos pelas parcerias público-privadas na área da saúde.

8.REFERÊNCIAS

ABRAMO, Cláudio Weber. PPPs: Irresponsabilidade fiscal e corrupção. **Folha de S. Paulo**, 2 fev. 2004, seção: Tendências/debates, p. A3.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

ALMEIDA, Celia. Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001403002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: fev. 2021.

ALVIN, Tiago Cripa. Project Finance, Concessões e PPPs. In: CARVALHO, A. C.; CASTRO, L. F. M. (Orgs.) **Manual de Project *Finance* no Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

AMAN, Alfred C.; DUGAN JUNIOR, Joseph C. The human side of public-private partnerships: from new deal regulation to administrative law management. **Iowa Law Review**, v. 102, n. 3, p. 883, 55 p., March 2017.

AMAZONAS, Secretaria do Estado de Saúde. **Contrato nº 061/2013.** Termo de Contrato de Prestação de Serviços nº 061/2013, celebrado entre o ESTADO DO AMAZONAS, por intermédio da SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE e ZONA NORTE ENGENHARIA, MANUTENÇÃO E GESTÃO DE SERVIÇOS S.A - SPE. 2013.

AMAZONAS, Secretaria do Estado de Saúde. **Contrato nº 067/2015.** Termo de Contrato de Prestação de Serviços nº 067/2015, celebrado entre o ESTADO DO AMAZONAS, por intermédio da SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE e BP SERVIÇOS DE ESTELIZAÇÃO SPE S.A. 2015.

ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARROWSMITH, Sue. **Consequences of Brexit in the area of public procurement**. Bruxelas: European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, 2017. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)602028. Acesso em: maio, 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

AUBY, Jean-Bernard. Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere. **Public law**, n. 1, p. 40-57, Spring, 2007.

AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas:** instrumento de uma nova governação pública. Coimbra: Almedina, 2009.

AZEVEDO, Maria Eduarda. As parcerias público-privadas: uma perspectiva analítica. **Fórum de contratação e gestão pública**, 10, n. 112, p. 29-49, abr., 2011.

BAHIA, Secretaria da Saúde do Estado da Bahia. **Contrato nº 5/2013.** Concessão administrativa para gestão e operação de Serviços

de Apoio ao Diagnóstico por Imagem na rede pública de saúde do Estado da Bahia. 2013.

BAHIA, Secretaria da Saúde do Estado da Bahia. **Contrato nº 35/2013.** Concessão administrativa para Construção e Operação de SERVIÇOS NÃO ASSITENCIAIS de UNIDADE HOSPITALAR do Estado da Bahia - Instituto Couto Maia. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativ**o. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Antônio Pires; MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. **Rev. Adm. Pública,** Rio de Janeiro, n 49, v. 5, p. 1143-1165, set./out., 2015.

BARBOSA, Maria Elisa Braz**. O regime jurídico administrativo e as Parcerias Público-Privadas**. Orientador: Vicente de Paula Mendes. 2005. 223f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

BARLOW, James; ROEHRICH, Jens, WRIGHT, Steve. Europe Sees Mixed Results From Public-Private Partnerships For Building And Managing Health Care Facilities And Services. **Health Affairs**, n. 32, v. 1, p 146–154, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BBC. **The changing NHS**. Disponível em: https://www.bbc.com/news/health-19674838. Acesso em jun. 2020.

BELO HORIZONTE, Secretaria de Saúde do Município de Belo Horizonte. Contrato de Concessão. **Contrato de concessão administrativa**, em regime de Parceria Público-Privada - PPP, para a prestação de serviços não assistenciais de apoio e infraestrutura a rede de atenção primária à saúde do Município de Belo Horizonte, precedida de obras de reconstrução e construção de novas unidades, nos termos do edital de licitação, modalidade concorrência pública, nº 008/2011-BH. 2016.

BELO HORIZONTE, Secretaria Municipal de Saúde. **Contrato de Concessão Administrativa para realização de serviços e obras de engenharia e prestação de serviços de apoio não assistenciais ao funcionamento do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte.** Processo nº: 04.001252.10.34. Modalidade de licitação: concorrência nº 008/2010. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad.: COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa (1988).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 5 maio 2000, seção I. Diário do Executivo, p. 513.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm Acesso em 22 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: jul. 2021.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BROADBENT, Jane; GILL, Jas; LAUGHLIN, Richard. Identifying and controlling risk: The problem of uncertainty in the private finance initiative in the UK's National Health Service. **Critical Perspectives on Accounting**. v. 19, n. 1., p. 40-78, 2008

BUSTANI, José Mauricio. PPP: lições da experiência britânica. **Folha de S. Paulo,** 11 nov. 2004, Tendências e debates, p. A3

BUTCHER, Louise. **London Underground after the PPP**, 2007. Disponível em: https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn01746/. Acesso em: jun. 2021.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. As parcerias público-privadas e suas tendências em dez anos de existência legal quanto a endividamento público e criação de infraestrutura. In: DAL POZZO, A. N.; VALIM, R. AURÉLIO, B. FREIRE, A. L. (Coord.). **Parcerias público-privadas:** teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 495-512.

CAMPOS, Antonio Correia. Administração pública: bloqueio e desenvolvimento. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v, 33, n. 6, p. 171-189, nov./dez., 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXIII, 1987.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido:** uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direto e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. **Parceria Público-privada (PPP)**: análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

CASTRO, José Nilo de. **Responsabilidade fiscal nos municípios.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTRO, Marcílio Moreira de. **Dicionário de direito, economia e contabilidade: português-inglês/ inglês-português.**4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CEARÁ, Secretaria de Saúde do Estado do Ceará. **Contrato de concessão administrativa/SESA/CE nº 01/2014**. Concessão administrativa para a construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais do Hospital Regional Metropolitano do Ceará. 2014.

CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito.** Revista de direito público da economia. Belo Horizonte, n. 12, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHPI - Centre for Health and the Public Interest. **The return of PFI – will the NHS pay a higher price for new hospitals?** UK: CHPI, 2014. Disponível em: https://chpi.org.uk/wp-content/uploads/2015/02/CHPI-PFI-Return-Nov14-2.pdf. Acesso em: jun. 2021.

CNS RECOMENDA QUE GDF NÃO CRIE "INSTITUTO DE SAÚDE" POIS PROJETO É INCONSTITUCIONAL. **Conselho Nacional de Saúde**, 2019. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/222-cns-recomenda-que-gdf-nao-crie-instituto-de-saude-pois-projeto-e-inconstitucional. Acesso em: 21 set. 2019.

COLLA, Paolo; HELLOWELL, Mark; VECCHI, Veronica; GATTIA, Stefano. Determinants of the cost of capital for privately financedhospital projects in the UK. **Health Policy**, n. 119, p. 1442–1449, 2015. p. 1442.

COLLINS, H. **Regulating contracts**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 318-319.

CONNOLY, Cierran; WALL, Tony. The impact of the global financial crisis on public–private partnerships: a UK perspective. *In:* GREVE, Carsten; HODGE, Graeme (Coord.). **Rethinking Public-Private**

Partnerships: strategies for Turbulent Times. London: Routledge, 2012, p. 33-56.

COSSALTER, Philippe. A "Private Finance Iniciative". *In:* TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia Nester (org.) **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para do desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRAIG, P. P. **Administrative Law**. 4 ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

CRAVEN, R.; ARROWSMITH, S. Public procurement and access to justice: a legal and empirical study of the UK system. **Public Procurement Law Review**, n, 6. p. 227-252, 2016. Disponível em: https://eprints.whiterose.ac.uk/161069/1/remedies%20Arrowsmith%20and%20Craven.pdf. Acesso em: jun. 2021.

CRAVEN, Richard. Controls and litigation of public contracts: the United Kingdom. *In:* FOLLIOT-LALLIOT, Laurence; TORRICELLI, Simone. **Contrôles et contentieux des contrats publics**: oversight and challenges of public contracts. Paris: Bruylant, 2018. p. 109.

CRUZ, Carlos Oliveira; CRUZ, Rui Cunha Marques. **Infrastructure Public-Private Partnerships**: decision, management and development. Heidelberg: Springer, 2013. p. 126.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 22. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6. ed. atual. ver. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVIES, A. C. L. **Accountability**: a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 5.

DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In:* FIORITTO, Alfredo (Coord.) **Nuove Forme e Nuove Discipline Del Partenariato Pubblico Privato.** Roma: Giappichelli, 2017.

DE VRIES, Piet. The modern public–private demarcation: history and trends in PPP. *In:* DE VRIES, Pietre; YEHOUE, Etienne B. (org.). **The Routledge companion to public-private partnerships**. Abingdon: Routledge, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo.** 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público -privada e outras formas. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação In: **Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas:** para um crescimento da economia assente na contratação pública sustentável, inteligente e inovadora – Angola, 16, 17 e 18 de novembro de 2016. Braga - Portugal: Gráfica Diário do Minho, 2017, v.1, p. 347-382.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. As teorias de Robert Alexy na jurisprudência do STF nos casos de direito administrativo. In: GAMBOGI, Luis Carlos Balbino; MURTA, Antônio Carlos Diniz; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (Orgs.). **Teorias de Justiça na contemporaneidade.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 89-138. [Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia, v. 7]

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do Direito Administrativo no estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Governança por contratos e a nova contratação pública: os desafios dos contratos públicos sob a perspectiva do direito comparado. *In:* DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **Governança nas contratações públicas contemporâneas:** de acordo com a Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 13-44.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e estado:** legitimidade e regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. London: Macmillan, 1979.

DIETERICH, Frederico Bopp. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil:** a estruturação de garantias públicas. BID, 2017. Disponível em: https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos-de-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-no-Brasil-A-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-garantias-p%C3%BAblicas.pdf . Acesso em 8 mar. 2020.

DONAHUE, John D. **Privatização**: fins públicos, meios privados. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda. 1992. p. 99-102.

DONAHUE, John D. The transformation of government work: causes, consequences, and distortions. *In:* FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (Ed). **Government by contract:** outsourcing and american democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

DOURADO, Maria Cristina César de Oliveira. O repensar do conceito de serviço público. **Interesse público**, p. 9-86, 1996.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde:** um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011. 389 p.

ESTES, Richard J.; ZHOU, Huiquan. A conceptual approach to the creation of public-private partnerships in social welfare. **International Journal of Social Welfare.** v. 24, n. 4, p. 348-363, out. 2015.

EUROPA. **Convenção europeia de direitos humanos**. Disponível em:https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: jul. 2021.

FARIA, José Eduardo Faria. **Direito e economia na democratização brasileira.** São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FERNANDEZ, Tomáz-Ramón. **Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria.** Buenos Aires: La Ley, 2002.

FERRAZ, O. L. M. Between Activism and Deference: Social Rights Adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: ALVIAR GARCIA, H., KLARE, K. & WILLIAMS, L. A. (eds.). **Social and economic rights in theory and practice:** Critical Inquiries. London: Routlegde, 2015.

FERRAZ, O. L. M. Inequality, not insufficiency: making social rights real in a world of plenty. **Equal Rights Review,** n. 12, p. 77-94, 2014

FERRAZ, O. Moving the debate forward in right to health litigation. Health and human rights. n. 18, v. 2, p. 265-268, Dec., 2016.

FORRER, J., KEE, J., NEWCOMER, K.; BOYER, E.Public-Private Partnerships and the Public Accountability Question. **Public Administration Review**, n. 70, *v.* 3, p. 475-484, 2010.

FRAGILIDADE de garantias fazem 30% das PPPs 'morrerem' prematuramente. **ABDIB Fórum Infraestrutura Regional.** 21 maio 2019. Disponível em: https://www.abdib.org.br/2019/05/21/fragilidade-de-garantias-fazem-30-das-ppps-morrerem-prematuramente/. Acesso em: 13 mar. 2020.

FRANCO, Viviane Gil, PAMPLONA, Franco João Batista. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 39, nº 1, jan-mar. 2008

FREEDLAND, M. Public law and private finance: placing the Private Finance Iniciative in a Public Law Frame, **Public Law**, p. 288-307, Summer, 1998.

FREEMAN, Jody. The private role in public governance. **New York University Law Review.** New York, v. 75, nº 543, 2000, 109 p.

FREITAS, Juarez. A democracia como princípio. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito Público moderno**: Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 167-198.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): características, regulação e princípios. **Interesse Público**, 6, n. 29, p. 13-61, jan./fev., 2005.

FROUD, Julie. The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state. **Accounting, Organizations and Society**, n. 28, 2003, p. 567–589.

FROUD, Julie; SHAOUL, Jean. Appraising and evaluating PFI for NHS Hospitals. **Financial Accountability&Management**, n. 17, v. 3, p. 247-270, ago. 2001.

FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. **Organizações sociais após a decisão do STF na ADI nº 1.923/2015.** Belo Horizonte: Forum, 2017.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA LIMA, Rogério Medeiros. **O Direito Administrativo e o poder judiciário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GIDDENS, A. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GONTIJO, Bruno Fontenelle; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Parcerias na saúde: modelos de participação de entes privados no serviço público de saúde. *In*: DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord). D**ireito administrativo social e econômico:** análises de direito comparado. São Paulo: Almedina, 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas. Acesso em: 18 fev. 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HARADA, Kiyoshi, Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. **Boletim de Direito Administrativo.** São Paulo, Editora NDJ, nº 3, mar. 2005.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 414.

HARRIS, Stephen. **How to access UK expertise in Public Private Partnerships**. Disponível em: http://www.ppp.mg.gov.br/uWbrasilia.pdf. Acesso em: 24 nov. 2004.

HEARD, Emily; WATT, Trevor. **Public Procurement** - FAQs - Case Summary 2: Void contract, misrepresentation and unjust enrichment. Disponível em: https://www.bevanbrittan.com/insights/articles/2020/public-procurement-faqs-case-summary-2/. Acesso em: jun. 2021.

HELLOWELL, M.; RALSTON, M. The equity implications of health system change in the UK. *In:* SMITH, K.; HILL, S.; BAMBRA, C. (eds). **Health inequalities:** critical perspectives. *New York:* Oxford University Press, 2015.

HELLOWELL, Mark; POLLOCK, Allyson M. Do PPPs in social infrastructure enhance the public interest? Evidence from England's National Health Service. **Australian Journal of Public Administration**, v. 69, n. S1, mar. 2010, p. S23-S34.

HODGE, Graeme, GREVE, Carsten (Coord.). **The challenge of public private partnerships**: learning from international experience. Cheltenham: E. Elgar, 2005.

HODGE, Patrick Stewart. **The scope of judicial law-making in the common law tradition**. Hamburg/ Germany: Max Planck Institute of Comparative and International Private Law, 28 October 2019. Disponível em: https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191028.pdf. Acesso em: ago. 2021

JOACHIM, Maria. **Constructing**: Relationships, Human Resource Management and Culture of Quality - The Case of Hospital do Subúrbio, a Brazilian Healthcare Public-Private Partnership. Tese de doutorado. Universidade de Michigan, 2020. 174 p. Disponível em: https://deepblue.lib.umich.edu/handle/2027.42/163172. Acesso em: set. 2021

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do Direito Administrativo. São Paulo: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, Malheiros, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Parcerias Público-privadas:** reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. *In*: JUSTEN FILHO, M. ; SCHWIND, R. W. (org.) Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KCL; GWU. **Webinar – Post-Brexit UK Procurement:** the pending wave of reform. King's College Londres; George Washington University Law School's Disponível em: https://publicprocurementinternational.com/webinar-post-brexit-uk-procurement/. Acesso em: jul. 2021.

KHOTEEVA, M.; KHOTEEVA, D. Public-private Partnerships: a solution for infrastructure development in the UK? Case study of the London Underground Public-private Partnership Project. **International Review of Management and Marketing**, n. 7, v. 1, p. 300-308, 2017.

KINGS FUND. **How does the NHS in England work?** An alternative guide. Disponível em: https://www.kingsfund.org.uk/audio-video/how-does-nhs-in-england-work. Acesso em jun. 2021.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos**: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

KISSLER, L.; HEIDEMANN, F. G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **RAP**, Rio de Janeiro, nº 40, v. 3, maio/jun. 2006, p. 479-99.

LAFITTE, Michel. **Les partenariats Públic-Privé:** une clé pour l'investissement publique em France. Paris: Revue Banque Éditions, 2006.

LIGNIÈRES, Paul. **Partenariats Public-Privé.** Paris: LITEC, 2005.

LONSDALE, Chris; WATSON, Glyn. Managing contracts under the UK's Private Finance Initiative: evidence from the National Health Service. **Policy & Politics**, v. 35, n. 4, p. 683–700, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. Os três modelos de parcerias público-privadas no setor de saúde: um breve olhar para a experiência internacional. **Direito do Estado**, Setembro 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-borges-manica/os-tres-modelos-de-parcerias-publico-privadas-no-setor-de-saude-um-breve-olhar-para-a-experiencia-internacional. Acesso em: 15 out. 2019.

MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no setor da saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. **Revista Brasileira de Direito da Saúde,** Curitiba, a. VII, n. 7, jul./dez. 2017, p. 47-76.

MANTEGA, Guido. Entrevista. **Conjuntura da construção**, ano 2, n. 3, set. de 2004, p. 4-6.

MANTEGA, Guido. Uma aliança em prol do desenvolvimento. Em entrevista. **Abinee**, agosto 2004, p, 6-11.

MARIN, Philippe. Public-Private Partnershp for Urban Water Utilities. A Review of Experiences in Developing Countries, Washington: The World Bank, Public-Private Infrastructure Advisory Facility, 2009 *apud* MÉNARD, Claude. Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP. *In:* VRIES, Piet de; YEHOUE, Etienne B. **The Routledge Companion to Public-Private Partnership**s. Londres: Routledge, 2013. p.149-174, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito Público**: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 331-354.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Parcerias público-privadas na gestão e no financiamento do setor saúde. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.) **Terceiro setor e parcerias na área de saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTÍN REBOLLO, Luis. Servicios públicos e servicios de interes general: la nueva concepción e operatividad del servicio público em el derecho administrativo español. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha, obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução.** 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MÉNARD, Claude. Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP. *In:* VRIES, Piet de; YEHOUE, Etienne B. **The Routledge Companion to Public-Private Partnerships**. Londres: Routledge, 2013. p.149-174, 2013.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico. Unidade Central de parcerias público-privadas. **Verificador Independente**: Práticas para agregar valor aos projetos de Parceria Público-Privada. Belo Horizonte: Estado de Minas Gerais, 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de "serviço público", "serviços de relevância pública" e "serviços de exploração econômica" para as parcerias

público privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). P**arcerias público-privadas.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MONTONE, Januário. As parcerias público-privadas na área da saúde: novas formas de ampliar o direito de acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS). In: MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.) **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41-58.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, n. 221, jul./set. de 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. M**utações do Direito Administrativo.** 2. ed. Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). **Direito Público:** estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 211-236.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**: concessões e permissões tradicionais, Lei 8.987/95, Parcerias público-privadas, Lei 11.079/04, Responsabilidade fiscal, LC 101/00: legislação, comentários, doutrina, jurisprudência, ilustrações. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Perspectiva na implantação do sistema de parcerias público privadas — PPP. **Fórum de contratação**

e gestão pública — FFCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 24, dez. 2003. p. 30007-30014.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras.** Barueri-São Paulo: Manole, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e universalização dos serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações.** (Tese de Doutorado). Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

MUDYARABIKWA, Oliver; REGMI, Krishna. Public–Private Partnerships as decentralization strategy in health sector. *In:* REGMI. K. (ed.). **Decentralizing Health Services:** a global perspective. New York: Springer, 2014.

NAYAK, Bhabani Shankar. Reification and praxis of public private partnerships in history. **Society and Business Review**, v. 14, n. 1, p. 63-70, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1108/SBR-04-2018-0034. Acesso em: jun. 2021.

NHS PROVIDERS. **Building a healthy NHS around people's needs**: an introduction to NHS Foundation Trusts and Trusts, 2015. Disponível em: https://nhsproviders.org/media/1036/introduction_to_nhs_fts_and_trusts_-_nhs_providers_-_may_2015.pdf. Acesso em: jun 2021.

NHS. **Procurement, Patient Choice and Competition Nº 2**. Regulations 2013. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/500/contents/made. Acesso em: jun. 2021.

NOGUEIRA, Rui. Cuidado: governo trabalhando. **Revista Primeira Leitura**, São Paulo, p. 51-55, fev./2004.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia; FERREIRA, Larissa Caroline; MANSO; Lia Mosti. Parcerias na área da saúde: modelagens para participação da sociedade organizada. **Revista Brasileira de Direito à Saúde.** Curitiba: ano VII, nº 07, jul/dez, p. 9-43, 2017.

NUFFIELD TRUST. **The structure of the health and social care system in England**. Disponível em: https://www.nuffieldtrust.org.uk/chart/the-structure-of-the-health-and-social-system-in-england

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, nº 23, set.-nov. 2010.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** Nova Iorque: OMS, 1948. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em 12 mar. 2019.

OMS. **Trade, foreign policy, diplomacy and health: Public–private partnerships for health.** Disponível em: http://www.who.int/trade/glossary/story077/en/ Acesso em: 8 jun. 2015.

PECI, Alketa; SOBRAL, Filipe. Parcerias público-privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 01-14, jun. 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PÉRICO, Ana Elisa; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento. Desafios das parcerias público-privadas (PPPs). **Revista de Administração Pública** – RAP, v. 39, nº 5, p. 1034-1052, set./out. 2005.

PETSOULAS, Christina; ALLEN, Pauline; HUGHES, David; VINCENT-JONES, Peter; ROBERTS, Jennifer. The use of standard contracts in the English National Health Service: a case study analysis. **Social Science & Medicine**, n. 73, 185-192, 2011.

PETSOULAS, Christina; ALLEN, Pauline; HUGHES, David; VINCENT-JONES, Peter; ROBERTS, Jennifer. Contracts in the English NHS: Market levers and social embeddedness. **Health Sociology Review**, n. 20, v. 3, p. 321-337, 2011.

PINTO, Élida Graziane; AFONSO, José Roberto. Pouca saúde. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Disponível em: https://diplomatique.org.br/pouca-saude/. Acesso em: maio, 2021

PIRES, Maria Coeli Simões; PINTO, Élida Graziane. Crise de governabilidade e reforma da Estado: visão crítica do diagnóstico e das soluções propostas. *In:* FERRAZ, Luciano e MOTTA, Fabrício (Coord.). **Direito público moderno:** Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 513-563.

POLLOCK, A. M.; PRICE, D. Privatising primary care. **British Medical Journal** [Editorial]. ago., p. 565–566, 2006.

REBELO, Cláudia Parente. **As Parcerias Público-Privadas na saúde em Portugal**: análise crítica. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. Mestrado em Administração Pública. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2014.

REINO UNIDO. Cabinet Office. **Transforming public procurement**. Dez. 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/943946/Transforming_public_procurement.pdf. Acesso em: jun. 2020.

REINO UNIDO. **Care Act 2014**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/23/introduction/enacted. Acesso em: jun. 2021

REINO UNIDO. *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* [2015] UKSC 67, [2015] 3 WLR 1373. Disponível em: https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2013-0280.html. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. **Concession Contracts Regulations 2016**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2016/273/contents/made. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. *Cory v London Corporation* [1951 1 Lloyd's Rep. 475]. Disponível: https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=143947. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. **COVID-19**: our action plan for adult social care. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/coronavirus-covid-19-adult-social-care-action-plan/covid-19-our-action-plan-for-adult-social-care#contents/. Acesso em: jul. 2021.

REINO UNIDO. Department of Health. **The Human Rights Act 1998**. Disponível em: https://www.health-ni.gov.uk/articles/human-rights-act-1998. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. *Derby Teaching Hospitals NHS Foundation Trust & Ors v Derby City Council & Ors* [2019] EWHC 3436 (Ch). Disponível em:

https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2019/3436.html. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. **Deregulation and Contracting Out Act 1994** [Lei de Desregulamentação e Delegação de 1994]. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/40/contents. Acesso em: jan. 2021.

REINO UNIDO. *Dowty Boulton Paul v Wolverhampton Corporation* [1971 1 WLR 204]. Disponível em: https://swarb.co.uk/dowty-boulton-paul-ltd-v-wolverhampton-corporation-1971/. Acesso em: jul. 2021.

REINO UNIDO. *Edenred (UK Group) Ltd v HM Treasury* [2015] UKSC 45, [2016] 1 All ER 763. Disponível em: https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0080.html. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. **Guidance Devolution of powers to Scotland, Wales and Northern Ireland**. Disponível em: https://www.gov.uk/guidance/devolution-of-powers-to-scotland-wales-and-northern-ireland

REINO UNIDO. **Guidance:** care act factsheets. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/care-act-2014-part-1-factsheets/care-act-factsheets

REINO UNIDO. **Health and Social Care Act 2012**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/section/1. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. HM Treasury. **A new approach to public private partnerships**. Dezembro de 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211518/pf2_public_sector_equity_consultation.pdf. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. HM Treasury. Infrastructure UK. **PF2:** a user guide. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207382/pf2_userguide.pdf. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardisation of PF2 Contracts** – Draft. Londres: gov.uk, Dez., 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021.p. 4

REINO UNIDO. HM Treasury. **Standardised Lean Sourcing Process for PF2**.Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. House of Commons. **Private Finance 2**: Treasury Contents. Junho, 2014. Disponível em: https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmtreasy/97/9705.htm. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. National Audit Office. **PFI and PF2**. Disponível em: https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2018/01/PFI-and-PF2.pdf. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. **National Health Service Act 1946**. Disponível em: https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/coll-9-health1/health-01/. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. **National Health Service Act 1977**. Ementa. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/49/introduction. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. **National Health Service Act 2006**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/41/introduction.

REINO UNIDO. *National Health Service and Community Care Act 1990*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/19/introduction. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. **National Health Service Reorganisation Act 1973**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/32/enacted. Acesso em: jul. 2021.

REINO UNIDO. **Public Contracts Regulations 2015**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents/made. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. *R v Legal Aid Board Ex Parte Donn and Co (A Firm)* [1996 3 ALL ER 1]. Disponível em: https://swarb.co.uk/regina-v-legal-aid-board-ex-parte-donn-and-co-a-firm-qbd-18-mar-1996/.

REINO UNIDO. *R v Lord Chancellor ex parte Hibbit and Saunders* [1993 COD 326]). Disponível em: https://swarb.co.uk/regina-v-lord-chancellor-ex-parte-hibbit-and-saunders-qbd-16-mar-1993/

REINO UNIDO. *School Facility Management Ltd & Ors v Governing Body of Christ the King College & Isleof Wight Council* [2020] EWHC 1118 (Comm). Disponível em: http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2020/1118.html. Acesso em: jun. 2021.

REINO UNIDO. Parlamento. **Glossário**. Delegated legislation. Disponível em: https://www.parliament.uk/site-information/glossary/delegated-or-secondary-legislation/?id=32625. Acesso em: jun. 2021).

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Comentários à lei de PPP**: parceria público -privada: fundamentos econômico-jurídico. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. G**arantias de pagamento público em contratos de PPP**: como estruturar um sistema ideal? Disponível em: http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/quais-as-garantias-ideais-para-ppps-final-publicado-versao-de-17-03-2014.pdf. Acesso em: 08/03/2020

RUCKERT, Arne; LABONTÉ, Ronald. Public–private partnerships (PPPs) in global health: the good, the bad and the ugly. **Third World Quarterly,** n. 35, v. 9, p. 1598-1614, 2014.

RUMBOLD, B., BAKER, R., FERRAZ, O., HAWKES, S., KRUBINER, C., LITTLEJOHNS, P., NORHEIM, O. F., PEGRAM, T., RID, A., VENKATAPURAM, S., VOORHOEVE, A., WANG, D., WEALE, A., Wilson, J., YAMIN, A. E. & HUNT, P. Universal health coverage, priority setting, and the human right to health. **The Lancet.** Published - 26 Apr 2017 http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(17)30931-5. Acesso em jun. 2021.

SALVADOR, Secretaria de Saúde do Estado da Bahia. **Contrato de Concessão Administrativa.** Concessão administrativa para gestão e operação de unidade hospitalar do Estado da Bahia - Hospital do Subúrbio. 2010.

SÃO PAULO, Secretaria de Estado de Saúde. **Contrato de concessão administrativa sob nº PPP 01/2014.** Concessão administrativa para a construção, operação de serviços "bata cinza" e manutenção de Complexos Hospitalares de São Paulo - Lote 01 - Hospital Estadual de Sorocaba. 2014.

SÃO PAULO, Secretaria de Estado de Saúde. **Contrato de Concessão administrativa sob nº PPP 02/2014.** Concessão administrativa para

a construção, operação de serviços “bata cinza” e manutenção de Complexos Hospitalares de São Paulo - Lote 02 - Hospital Estadual de São José dos Campos e Hospital Centro de Referência da Saúde da Mulher – HCRSM. 2014.

SÃO PAULO. Secretaria de Governo. **Manual de Parcerias do Estado de São Paulo.** São Paulo: Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Subvenções, transferências e aporte de recursos nas parcerias público-privadas. *In*: JUSTEN, M. F.; SCHWIND, R. W. (org.) **Parcerias público-privadas**: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SEERDEN, René (ed.). **Comparative Administrative Law:** Administrative Law of the European Union, its member states and the United States. 4 ed. Cambridge – Antwerp - Portland: Intersentia, 2018.

SIMÕES, André. A centralidade das políticas sociais no modelo de desenvolvimento britânico do Novo Trabalhismo. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 23, n. 3, p. 669-696, dez. 2014.

SLAPPER, G.; KELLY, D. **The english legal system**. New York: Routlege, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público:** estudos e pareceres. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia Nester (Org.) **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAYLOR, R. M.; CHRISTIAN, J. **Forum on Public-Private Partnerships for Global Health and Safety**. Washington D.C.: The National Academies Press, 2016. Disponível em:http://nationalacademies.org/hmd/Activities/Global/PublicPrivatePartnershipsForum.aspx. Acesso em: jun 2020.

TEIXEIRA, Matheus Franco Álvaro. **As Parcerias Público-Privadas na Prestação de Serviços Públicos**: análise do modelo das concessões especiais nos serviços de saneamento básico. 61 p. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

THE GLOBAL HEALTH GROUP; PWC. **Lessons from Latin America:** the early landscape, of health care public-private partnerships. San Francisco: The Global Health Group e PWC; 2015. (Healthcare Partnerships Series, 2). Disponível em: https://www.pwc.com/co/es/salud/publicaciones/healthcare-public-private-partnerships-latin-america.pdf. Acesso em: jul. 2021.

THE HEALTH FOUNDATION. *National Health Service and Community Care Act 1990*. Disponível em: https://navigator.health.org.uk/theme/national-health-service-and-community-care-act-1990. Acesso em: jul. 2021

THE HEALTH FOUNDATION. NHS **Reorganisation Act 1973**. Disponível em: https://navigator.health.org.uk/theme/nhs-reorganisation-act-1973. Acesso em: jun. 2021.

THE MEDIC PORTAL. **Structure of The NHS**. Disponível em: https://www.themedicportal.com/application-guide/the-nhs/structure-of-the-nhs/. Acesso em: jun. 2021.

THOMPSON, Katharine. Administrative Law in The United Kingdom. *In:* SEERDEN, René (ed.). **Comparative Administrative Law:** Administrative Law of the European Union, its member states and the United States. 4 ed. Cambridge – Antwerp - Portland: Intersentia, 2018. p. 197-266.

VECCHIA,Veronica; HELLOWELL, Mark; GATTIA, Stefano Does the private sector receive an excessive return from investments in health care infrastructure projects? Evidence from the UK. **Health Policy**, n. 110, p. 243– 270, 2013.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

VINCENT-JONES, Peter. **The new public contracting**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa. (coord.). **Direito Público**: Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte. Del Rey, 2004. p. 301-330.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de, WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões:** análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. Prefácio: Fernando Henrique Cardoso. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

WEBSTER, Charles. **The National Health Services:** a political history. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

WORLD BANK. **Regenerative PPPs (R+PPP)**: Designing PPPs that keep delivering. 21 jun. 2021. Disponível em: https://blogs.worldbank.org/ppps/regenerative-ppps-rppp-designing-ppps-keep-delivering. Acesso em: jul. 2021.

WORLD BANK. **Public-Private Partnerships 2.0:** Value for People and Value for Future. 2 jun. 2021. Disponível em: https://blogs.worldbank.org/ppps/public-private-partnerships-20-value-people-and-value-future. Acesso em: jul. 2021.

WRIGHT, Stephen; BARLOW, James; ROEHRICH, Jens K. Public-Private Partnerships for health services: construction, protection and rehabilitation of critical healthcare infrastructure in Europe *In:* CLARK, Robert M.; HAKIN, Simon. (ed.). **Public Private Partnerships**: construction, protection, and rehabilitation of critical infrastructure. Springer: Switzerland, 2019.

YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-Private Partnerships for infrastructure**: principles of policy and finance. 2 ed. Oxford: Elsevier, 2018.