

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

DIEGO JACOME VALOIS TAFUR

**ESTUDO DE CASO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DOS “COMPLEXOS
HOSPITALARES” DO ESTADO DE SÃO PAULO: DA MANIFESTAÇÃO DE
INTERESSE PRIVADA - MIP AOS PRINCIPAIS DESAFIOS DA MODELAGEM**

SÃO PAULO

2017

DIEGO JACOME VALOIS TAFUR

ESTUDO DE CASO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DOS “COMPLEXOS HOSPITALARES” DO ESTADO DE SÃO PAULO: DA MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE PRIVADA - MIP AOS PRINCIPAIS DESAFIOS DA MODELAGEM

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de conhecimento:
Direito Administrativo

Orientador: Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld

SÃO PAULO

2017

Tafur, Diego Jacome Valois.

Estudo de caso da parceria público-privada dos “complexos hospitalares” do Estado de São Paulo : da manifestação de interesse privada – MIP aos principais desafios da modelagem / Diego Jacome Valois Tafur. - 2017.

141 f.

Orientador: Carlos Ari Sundfeld

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Parceria público-privada. 2. Concessões administrativas. 3. Saúde pública – Administração – São Paulo (Estado). I. Sundfeld, Carlos Ari. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 614(815.6)

DIEGO JACOME VALOIS TAFUR

ESTUDO DE CASO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DOS “COMPLEXOS HOSPITALARES” DO ESTADO DE SÃO PAULO: DA MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE PRIVADA - MIP AOS PRINCIPAIS DESAFIOS DA MODELAGEM

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de conhecimento:

Direito Administrativo

Aprovado em __/__/__

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Ari Sudfeld (FGV-SP: Direito GV)

Prof. Dr. André Janjácómo Rosilho (FGV-SP: Direito GV)

Prof. Dr. Diogo R. Coutinho (USP – SP)

Prof^a. Dr^a. Tarcila Reis Jordão

SÃO PAULO

2017

AGRADECIMENTOS

O trabalho de dissertação é algo de autoria exclusiva, porém, trabalho que não se faz sozinho. Isto porque o apoio das pessoas que nos cerca é fundamental para proporcionar o ambiente adequado à reflexão e à dedicação sobre as pesquisas que serão realizadas. Tarefas difíceis no dia-a-dia, já carregado de elevado número de obrigações.

Por isso, dedico breves linhas para agradecer àqueles que direta ou indiretamente estiveram presentes neste momento da minha vida.

Primeiro agradeço à esposa pela paciência e incentivos para lidar com os tormentosos desafios que foram encontrados nesta jornada. Seu amor e companheirismo me fortalecem. À família também deixo meus agradecimentos, mesmo distantes – na minha cidade natal, Recife – o amor incondicional, a torcida sincera e as palavras de encorajamento também me servem de alicerce para superar os obstáculos.

À equipe de trabalho também deixo meus especiais agradecimentos: Luís Felipe Valerim Pinheiro, Clara Araújo Coutinho, Fernando Romani Sales e Leonardo Barbosa Sousa. A oportunidade de debater o Direito com esse time contribui sistematicamente para o meu aprimoramento, o que certamente reflete-se no presente trabalho.

Também agradeço à Carlos Eduardo Teixeira Braga e Rodrigo Reis, que tiveram contato com o tema objeto desta dissertação e se disponibilizaram a compartilhar relevantes informações por meio das entrevistas anexadas à presente.

Agradeço a todos os professores do mestrado profissional da FGV DIREITO SP com quem tive a oportunidade de ter aula, especialmente aos professores: Mário Engler Pinto Junior, André Rodrigues Corrêa, Emerson Ribeiro Fabiani, Mariana Pargendler, Osny da Silva Filho, Wanderley Fernandes, Alexandre Pacheco da Silva, Rodrigo Menezes, Vera Cristina Caspari Monteiro e Juliana Bonacorsi de Palma. Os ensinamentos e a disponibilidade destes mestres para debater temas jurídicos foram essenciais para minha formação.

Deixo especiais agradecimentos ao meu orientador Carlos Ari Sundfeld e ao professor André Rosilho pelo direcionamento e apontamentos no percurso para execução do presente trabalho. Fico feliz de ter sido tão generosamente auxiliado por estes dois grandes juristas. Saio um profissional e ser humano melhor deste convívio.

Por fim, deixo meus agradecimentos à Deus. Com sua proteção os mais árduos desafios se tornam triviais.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do estudo de caso do projeto de Parceria Público-Privada (“PPP”), regida pela Lei nº 11.079/2004, referente à “Concessão Administrativa para a construção, operação de serviços ‘bata cinza’ e manutenção de Complexos Hospitalares de São Paulo”. Para tanto, foi analisado todo o processo administrativo para o desenvolvimento e concretização do projeto, incluindo a fase de Manifestação de Interesse Privada - MIP; as providências adotadas pelo Governo do Estado de São Paulo para a estruturação da PPP; o procedimento licitatório; e a assinatura do contrato, que representa o modelo final da PPP. Da análise deste processo administrativo, foi possível perceber certas particularidades atinentes a cada fase do processo de contratação pública, especialmente sobre alguns riscos apresentados pelos particulares, tal como o risco da governança entre os serviços “bata-branca”, de responsabilidade da equipe médica, e os serviços “bata-cinza”, de responsabilidade da concessionária. Assim, a presença do mencionado risco no modelo pesquisado é prova que fatores políticos e sociais estão presentes na modelagem de projetos, cabendo aos seus responsáveis compatibilizar os interesses por meio de estrutura contratual adequada. Pretende-se, portanto, analisar quais os mecanismos utilizados para superar o referido risco, de modo que o estudo sistematizado possa servir de dado para projetos com semelhante característica. Por fim, serão apresentadas informações e análise crítica sobre aspectos destacados ao longo do processo administrado objeto da pesquisa.

Palavras chave: Manifestação de Interesse Privada – Parceria Público-Privada - Licitações – Consulta Pública - Serviço Público de Saúde.

ABSTRACT

This work aims the case study about private-public partnership, ruled by Lei nº 11.079/2004, about public concession for construction, ‘gray coat’ and São Paulo hospital complex maintenance. Therefore all public procedure was analyzed for the development and execution, including the Private Expression of Interest, the São Paulo Government providences for the private-public partnership conclusion, the bidding procedure and final agreement for the contract. From the analysis it was possible to detect particularities for each stage of the public contract, especially about risks pointed by the private partner, like managing risks among “white coat” services, medical team responsibilities, and “gray coat” services, private partner responsibilities. This mentioned risk presence proves that political and social factors are elements of the project model, being up to the developers to make compatible the interests through the right contractual structure. At last, info and critical analysis about the highlights during the public procedure will be presented.

Keywords: Private Expression of Interest – Private-Public Partnership – Bidding – Public Consultation – Public Health Service

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
1.1 Considerações iniciais: questões centrais da pesquisa.....	9
1.2 Por que estudar as parcerias público-privadas do sistema hospitalar?.....	11
1.3 Considerações sobre o método adotado: Aspectos relevantes sobre o estudo de caso.....	13
2 DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE: A PARTICIPAÇÃO DO SETOR PRIVADO NA MODELAGEM DO PROJETO.....	18
2.1 A Manifestação de Interesse Privada - MIP: A “provocação” dos interessados.....	18
2.2 Análise dos requerimentos apresentados pelos interessados para abertura da MIP	23
2.3 Os desdobramentos da MIP: Considerações sobre as entidades envolvidas e sobre o modelo de seleção de projetos.....	29
2.4 A análise técnica dos requerimentos realizada pelas entidades envolvidas: Parâmetros para o chamamento público.....	34
2.5 O Edital de Chamamento Público: Os critérios para realização dos estudos e conclusão do PMI.....	39
2.6 Síntese das questões jurídicas.....	45
3 DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO: A DEFINIÇÃO DA MODELAGEM FINAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	47
3.1 A Definição da Modelagem pela Administração: A análise dos estudos apresentados pelos particulares e a contratação do consultor externo.....	47
3.2 A primeira versão do edital e as principais questões controversas.....	53
3.3 As sugestões apresentadas pelo setor privado e o fator estratégico da fase de consulta pública.....	60

3.4 O <i>red flag</i> do setor privado: O risco de governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza.....	68
3.5 A posição dos estruturadores do projeto frente aos principais aspectos levantados pelo setor privado.....	73
3.6 Breves apontamentos sobre o procedimento licitatório: os participantes, aspectos sobre a competitividade e o ganhador do certame.....	77
3.7 Síntese das principais questões jurídicas.....	82
4 O CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO PROJETO DA PPP-HOSPITALAR: ANÁLISE SOBRE ASPECTOS DESTACADOS.....	87
4.1 Breve resumo das principais características do contrato da PPP-Hospitalar.....	87
4.2 Do objeto do contrato de concessão e os desafios de governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza.....	89
4.3 O estabelecimento das “condições precedentes” no contrato da PPP-Hospitalar.....	98
4.4 A estrutura jurídica da SPE adotada no contrato da PPP-Hospitalar.....	101
4.5 O modelo de remuneração da concessionária: a taxa de ocupação e os indicadores de desempenho como elementos da contraprestação.....	103
4.6 O modelo de reequilíbrio econômico-financeiro adotado no contrato da PPP-Hospitalar.....	107
5 SÍNTESE DOS ACHADOS E CONCLUSÕES RELEVANTES.....	115
5.1 Apontamentos sobre os principais achados.....	115
5.2 Quadro sintético dos principais achados e das conclusões relevantes.....	125
REFERÊNCIAS.....	127
ANEXO I:	
Relação de Projetos Mencionados.....	131
ANEXO II:	
Entrevista 01 - Carlos Eduardo Teixeira Braga.....	133

Entrevista 02 – Rodrigo Reis.....137

1. INTRODUÇÃO

1.1. Considerações iniciais: questões centrais da pesquisa.

A presente pesquisa diz respeito ao estudo de caso do projeto de Parceria Público-Privada (“PPP”) relativa à “Concessão Administrativa para a construção, operação de serviços ‘bata cinza’ e manutenção de Complexos Hospitalares de São Paulo”, doravante denominado apenas como “PPP-Hospitalar”.

Para tanto, foi analisado todo o processo administrativo para a seleção do projeto, incluindo a fase da Manifestação de Interesse Privada (“MIP”), as providências adotadas pelo Governo do Estado de São Paulo para a estruturação da PPP, o procedimento licitatório e a assinatura do contrato. Da análise deste processo administrativo, foi possível perceber certas particularidades atinentes a cada fase do processo de contratação pública.

No que se refere à seleção do projeto, foi possível observar que o projeto da PPP-Hospitalar decorreu da MIP proposta por grupo de empresas interessadas em realizar estudos de viabilidade para exploração por PPP de um determinado número de unidades hospitalares. Na sequência, a referida MIP se converteu em chamamento público – Procedimento de Manifestação de Interesse (“PMI”) – para o recebimento dos estudos de viabilidade necessários para estruturação (ou “modelagem”) do projeto. Ao final do procedimento licitatório foi contratada empresa distinta daquela que participou dos estudos.

Tais aspectos colocam o referido projeto como exceção quando comparado com a maior parte dos projetos de infraestrutura no Brasil que nascem a partir da MIP (ou do PMI), na medida em que, conforme estudo elaborado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES em parceria com *International Finance Corporation – IFC* (“Estudo do BNDES”), entre os anos de 2010 e 2014 de 162 (cento e sessenta e dois) PMIs iniciados apenas 20 (vinte), 12,3% (doze inteiros e três décimos por cento), se converteram em contrato assinado.¹

¹ “Entretanto, apesar do significativo aumento do número de PMIs publicados, poucos foram os projetos cujos contratos de concessão foram realmente assinados. Especificamente em relação aos projetos formatados como PPPs, dos 162 PMIs iniciados entre 2010 e 2014, apenas 46 (28%) chegaram à fase de consulta pública; 34 (21%) resultaram em editais publicados; e 20 (12,3%) em contratos assinados” PINHEIRO, Armando Castelar, et alii. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 18. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

O procedimento licitatório, por sua vez, seguiu os ritos procedimentais estabelecidos na Lei nº 8.666/1993², observadas as especificidades da Lei nº 11.079/2004³, especificamente com relação à consulta pública. Nesta fase, o aspecto que enseja maior atenção se refere às contribuições apresentadas pelos interessados na licitação. Dentre as principais questões levantadas pelos particulares estava a preocupação com as regras que deveriam nortear a interface ou governança entre os serviços bata-branca (equipe médica ou “serviços assistenciais”) e os serviços bata-cinza (concessionária ou “serviços não assistenciais”), doravante denominadas como “regras de governança”.

O número expressivo de questões colocadas pelos interessados na licitação (aproximadamente 20% do total) a respeito das regras de governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza direcionou a presente pesquisa para observar este aspecto com maior profundidade, sobretudo pela existência de outros regimes no qual é possível notar semelhante compartilhamento de serviços. Por exemplo, no projeto da PPP estruturado pelo Município de Belo Horizonte para delegação de obras e serviços em unidades educacionais, não foi contemplado no objeto do contrato de concessão a delegação dos serviços “pedagógicos”⁴, que permaneceriam sob responsabilidade do poder concedente; estrutura similar àquela observada no projeto da PPP-Hospitalar.

Com efeito, os problemas de interface entre os serviços bata-branca e bata-cinza estão relacionados à própria natureza dos serviços que são prestados ao usuário final (aquele que busca a assistência do hospital), vez que a adequada execução dos serviços requer uma ação conjunta entre os médicos (responsáveis pelos serviços bata-branca) e a administração do hospital (objeto de atuação dos serviços bata-cinza). Uma forma de ilustrar esse ponto se refere à gestão dos medicamentos que serão utilizados na unidade hospitalar, nos termos do contrato foi estabelecido um sofisticado mecanismo pelo qual, em linhas gerais, cabe à concessionária o armazenamento e logística dos medicamentos e ao Poder Concedente sua

² BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

³ BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁴ “4.1. O objeto do CONTRATO é a delegação, por meio de concessão administrativa, das OBRAS e SERVIÇOS não pedagógicos das UNIDADES DE ENSINO, na forma regulada pelo CONTRATO, em especial pelos ANEXOS 5, 6 e 8.”. Contrato de Concessão nº 01/2012, firmado entre o Município de Belo Horizonte e a SPE INOVA BH S.A.

aquisição e padronização⁵. Ou seja, alguma falha no controle de estoque pode impactar nos serviços bata-branca, assim como, a espécie de medicamento adquirido pelo Poder Concedente deverá observar os parâmetros de armazenamento já estabelecidos no contrato, sem prejuízo de alterações por meio de aditivo.

Deste modo, a presente pesquisa é realizada a partir da análise segmentada destes três momentos distintos de desenvolvimento e concretização do projeto da PPP-Hospitalar: da MIP, do procedimento licitatório e do contrato firmado com o particular. Sobre este último ponto, será observado quais os mecanismos contratuais adotados para lidar com o desafio de governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza.

1.2 Por que estudar as parcerias público-privadas do sistema hospitalar?

As PPPs no sistema público de saúde são uma realidade ainda tímida no Brasil. Até a data de conclusão desta pesquisa, tinha sido identificada a existência de nove projetos no total, com contratos assinados entre 2010 e 2014⁶, número muito inferior se comparado com a experiência de concessão (da Lei nº 8987/1995 ou PPP) no setor de saneamento, no qual constam aproximadamente 18 (dezoito) contratos sob a modalidade de PPP e 167 (cento e sessenta e sete) sob a modalidade da concessão regida pela Lei nº 8987/1995, com dados até o ano de 2016⁷.

Mesmo dentre os poucos contratos de PPP do sistema hospitalar, nota-se que estes foram estruturados com relevantes diferenças quando comparados com o modelo objeto do presente estudo. No contrato de PPP do Hospital do Subúrbio, localizado no Município de Salvador, não existe a segregação entre os serviços bata-branca e bata-cinza, ou seja, a concessionária também fica responsável pela contratação da equipe médica, pela aquisição dos equipamentos e dos insumos necessários para o atendimento hospitalar; encargos

⁵ “No modelo de concessão através da Parceria Público-Privado, esta gestão será compartilhada entre as partes – PODER CONCEDENTE e CONCESSIONÁRIA, onde resumidamente, a CONCESSIONÁRIA fará a logística destes materiais e medicamentos e o PODER CONCEDENTE fará a padronização, aquisição e reposição dos itens e a gestão clínica relacionada a aplicação no atendimento assistencial. Para melhor entendimento, serão definidas duas linhas de atuação: a gestão de medicamentos e materiais e o planejamento.”. Anexo II do Contrato da PPP-Hospitalar, pg. 192.

⁶ EXPERIÊNCIAS BRITÂNICAS E BRASILEIRAS EM PPP DE INFRAESTRUTURA SOCIAL. 2015, Salvador, BA. Panorama das PPPs em saúde no Brasil: contratos assinados, projetos em estruturação e perspectivas estaduais e municipais. Salvador, BA. 2015. Disponível em: <https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Panorama_das_PPPs_em_Saude_no_Brasil_Bruno_Pereira.pdf>. Acessado em: 15 ago. 2017.

⁷ *Panorama da participação privada no saneamento – Brasil 2017*. São Paulo. 2017. P. 59. Disponível em <http://abconsindcon.com.br/publicacoes/panorama-da-participacao-privada-no-saneamento/>. Acesso em: 26 ago. 2017.

atribuídos ao Poder Concedente na PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo⁸.

Outro caso, também no Estado da Bahia, refere-se ao Contrato de Concessão nº 004/2015 cujo objeto contempla a gestão e operação de serviços de apoio ao diagnóstico por Imagem em uma central de imagem em doze Unidades Hospitalares integrantes da rede própria da Secretaria da Saúde do Estado da Bahia. Neste modelo o escopo da fase de operações é bem mais limitado, cuidando apenas dos serviços de diagnóstico por imagem que passam a ficar centralizada em um único gestor, no caso a concessionária vencedora do certame. Também neste caso, fica sob responsabilidade da concessionária a contratação da equipe médica que atuará nesta atividade hospitalar.

Estas breves ponderações servem para indicar que a experiência de PPP no sistema público de saúde ainda atravessa período de amadurecimento.

Com efeito, os serviços de saúde oferecidos pelo Poder Público padecem de acentuadas limitações e a dificuldade para universalizar e elevar o padrão de qualidade destes serviços decorre — em boa medida — da escassez dos recursos públicos para atender de forma satisfatória as demandas sociais que impactam no nível de qualidade de vida da população. Neste sentido, em um dos materiais constantes do processo administrativo da PPP-Hospitalar, foi anotado que “no mundo todos os custos com saúde já pressionam os recursos financeiros dos governos e das companhias de seguros. Em alguns países industrializados, eles já consomem mais de 10% (dez por cento) do PIB – e este dado está crescendo”⁹.

Assim, pesquisar soluções que possam viabilizar uma prestação de serviço público de saúde compatível com a demanda da sociedade, e com menor impacto orçamentário para o poder público, representa tema que merece ser enfrentado pela academia, notadamente com o objetivo de aprimorar e difundir as soluções que já tenham sido testadas.

Deste modo, o estudo do projeto da PPP-Hospitalar tem relevância na medida em que poderá se constituir como fonte de pesquisa para compreensão das etapas e dos desafios atravessados para estruturação da modelagem que foi eleita pelo Poder Público. Olhar estas

⁸ Importa destacar que a inclusão da contratação da equipe médica representa risco que deve ser adequadamente dimensionado pelos estruturadores do projeto. Em trabalho empírico realizado pelo núcleo de iniciação científica da FGV foi anotado que “Outra dificuldade foi a complexidade que existiu para a contratação de médicos. O principal fator que resultou nisso foi a localização do hospital, pois ela é considerada perigosa. No início, houveram casos de assaltos nas redondezas, porém as lideranças da região fizeram reuniões no hospital e prometeram que isso não mais aconteceria, já que as pessoas entendem a importância que o hospital representa para elas e por isso o respeitam”. CONEXÃO LOCAL. Parceria público-privada Hospital do Subúrbio. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/parceria_publico_privada_-_hospital_do_suburbio.pdf>. Acessado em: 08 de ago. 2017.

⁹ Relatório da Manifestação de Interesse Privada apresentado pela empresa Siemens Ltda. p. 3.

informações de forma sistematizada e, quando possível, integrada da devida crítica jurídica, pode contribuir na disseminação do modelo da PPP Hospitalar e na sua eventual adoção pelas entidades públicas.

Por outro lado, o modelo da PPP tem qualidades que lhe são inerentes, como a injeção de recursos e *expertise* privados na gestão de serviços, e/ou construção, em uma determinada unidade hospitalar, cujos parâmetros de atuação deverão observar metas de qualidade estabelecidas contratualmente.

Deve-se ressaltar, desde já, que a PPP do setor hospitalar não pode servir de panaceia para os males que afetam o sistema público de saúde. O combate à deficiência no trato da saúde perpassa ainda questões relacionadas aos serviços de saneamento público até adoção de matérias educativas (*e.g.* incentivo ao uso de camisinha como mitigador da contração de doenças sexualmente transmissíveis – DST). Isso leva a crer que o modelo aqui em estudo deve ser compreendido como parte de um conjunto de soluções públicas, ou seja, não responde isoladamente, mas é parcela relevante no aprimoramento do sistema de saúde por meio da ampliação da oferta da infraestrutura hospitalar.

Conclui-se, assim, que a importância da presente pesquisa reside, primeiro, na compreensão da estruturação do modelo da PPP-Hospitalar e na sistematização das etapas e desafios enfrentados pelo Poder Público e, segundo, na observação sobre como o contrato de concessão administrativa buscou superar os desafios de governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza, já mencionado na seção anterior; questões que no seu conjunto podem auxiliar na estruturação de projetos futuros para o sistema de saúde pública.

1.3 Considerações sobre o método adotado: Aspectos relevantes sobre o estudo de caso

A escolha do projeto da PPP-Hospitalar levou em consideração algumas especificidades do processo administrativo que culminou na licitação e da própria natureza do contrato.

Sobre o processo administrativo, foi identificado que a concepção do projeto, ou sua ideia preliminar, se deu por iniciativa do setor privado por meio do mecanismo da MIP, qualificada para efeitos da presente pesquisa como uma fase do PMI¹⁰. Neste sentido, olhar para as etapas e desafios enfrentados pelo Poder Público e pelo setor privado no decurso do PMI poderá revelar algumas importantes lições, especialmente quando se observa que a taxa

¹⁰ Esta tema será analisado com maior detalhe no capítulo II desta Dissertação.

de sucesso deste mecanismo ainda é bastante limitada (de 162 PMIs iniciadas entre 2010 e 2014 apenas 20 se converteram em contrato assinado)¹¹.

Por outro lado, o tema do PMI tem suscitado alguns questionamentos que tem sido objeto de debate no meio acadêmico, dentre tais questionamentos é possível citar: (i) Se a permissão para apresentar soluções públicas via MIP se afigura como método adequado para seleção de projetos; (ii) se o regime do PMI proporciona uma potencial vantagem na fase do procedimento licitatório para aquele particular que se propõe e realiza os estudos de viabilidade; e (iii) se por meio do PMI é viabilizado ao Poder Público a contratação mais célere de projetos de concessões e PPPs.

Deve-se esclarecer que não é objeto da presente dissertação aprofundar o debate acerca de cada um destes itens, o que demandaria trabalho autônomo sobre o PMI. A intenção aqui será indicar a existência destes questionamentos, especialmente com suporte no Estudo do BNDES, e como estes foram refletidos no caso concreto objeto desta dissertação. É dizer, se o projeto da PPP-Hospitalar confirma ou não algumas características que têm sido identificadas sobre o PMI no mencionado estudo.

Sobre a natureza do contrato de concessão da PPP-Hospitalar-SP, o ponto que merece atenção diz respeito à divisão entre os serviços a cargo da concessionária e os serviços de responsabilidade do Poder Concedente. Seguindo modelo distinto do implantado na PPP do Hospital do Subúrbio, primeira experiência de PPP no Brasil no setor de saúde, no projeto do Estado de São Paulo as atividades hospitalares foram divididas em dois grandes blocos, cabendo à concessionária a gestão dos serviços não-assistenciais (denominados de “bata-cinza”) relativos à construção, manutenção da infraestrutura, gestão da equipe administrativa, logística dos remédios e equipamentos, etc.; e ao Poder Concedente a gestão dos serviços assistenciais (denominados de “bata-branca”) relativos ao atendimento médico, incluindo a atividade dos enfermeiros e técnicos, aquisição de remédios e equipamentos, etc.

Cabe frisar que o modelo de prestação de serviços compartilhados a que se alude não é trivial em contratos de concessão. Mesmo no âmbito de projetos *brownfield* (em que parte relevante da infraestrutura já existe), via de regra a delegação dos serviços públicos implica a assunção integral pela concessionária das atividades inerentes aos referidos serviços, o que demanda, em algumas circunstâncias, a instituição de programas de demissão voluntária dos antigos servidores, realocação para outras atividades ou absorção na própria concessionária.

¹¹ PINHEIRO, Armando Castelar, et alii. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Significa dizer que é pouco experimentado ou mesmo que não é intrínseco ao modelo de PPP o formato pelo qual o serviço que chega ao usuário final é executado de maneira compartilhada pela concessionária e pelo poder concedente, tal como acontece no caso objeto da presente pesquisa.

Deste modo, a opção pelo estudo do projeto da PPP-Hospitalar é atribuída, em síntese, pela possibilidade de análise: (i) do procedimento administrativo que resultou na assinatura do contrato de concessão, cuja origem partiu da iniciativa privada contrariando neste ponto as estatísticas sobre o êxito das PMIs; e (ii) do modelo de serviços compartilhados, no qual sujeitos submetidos a diferentes regimes contribuem de forma interdependente para realização do serviço que será prestado ao usuário final, aquele que busca pelo serviço hospitalar

A presente pesquisa é construída em texto predominantemente descritivo, seguindo o tanto quanto possível ordem cronológica dos fatos, focando nas questões efetivamente essenciais para compreensão global do caso e das questões controvertidas observadas ao longo da pesquisa.

Em que pese o caráter majoritariamente descritivo do presente estudo, também se discorre sobre os principais aspectos jurídicos que tangenciam os fatos narrados. Deve-se alertar, porém, que não é intenção desta pesquisa tratar sobre cada um dos elementos que caracterizam o regime das PPPs descritos ao longo deste trabalho¹². A análise crítica sobre os aspectos jurídicos se dará de forma especialmente selecionada pelo autor, levando em conta alguma controvérsia ou necessidade de aprofundamento, e é exposta ao longo do texto, na medida em que tais questões forem sendo suscitadas pelo processo administrativo da PPP-Hospitalar.

Para conferir a rigor científico à referida análise crítica, serão utilizados estudos recentes sobre o tema, com destaque para o Estudo do BNDES, de entrevista com agentes públicos e privados que tenham relevante nível de participação do projeto em estudo e da própria experiência do autor, que já teve a oportunidade de assessorar agentes públicos e

¹² Para um aprofundamento sobre o regime jurídico das PPPs: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. JUSTEN FILHO, Marçal; SHWIND, Rafael Wallbach (coordenadores). *Parcerias público-privadas: reflexões 10 anos da lei 11.079/2004*. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

privados em variados projetos de PPP e concessão da Lei nº 8.987/95 (ou “concessão comum”).

Pretende-se, ao final, alcançar os aspectos positivos que caracterizam o estudo de caso, sumarizados por Ghirardi, de Palma e Viana¹³, nos seguintes termos:

- Permite a aproximação entre a teoria e o plano concreto de prática de direito;
- Viabiliza reflexões aprofundadas sobre questões jurídicas, orientadas por uma situação concreta;
- Possibilita descobertas que não seriam identificáveis senão por meio de estudo de caso;
- Permite reconhecer a dinâmica prática de algum aspecto do direito, que leva a considerações, inclusive, sobre a própria teoria do direito;
- Permite enfrentar questões interdisciplinares do direito e multidisciplinares que advêm de outras ciências.

O modelo de pesquisa que se pretende produzir tem como premissa observar a experiência prática extraída do caso analisado, na qual seja possível aproximar a doutrina jurídica dos dilemas reais enfrentado pelos operadores do Direito. Busca-se estruturar uma contribuição jurídica que possa efetivamente estar dissociada de trabalhos de base acadêmica centrados em aspectos teóricos puramente abstratos. Em crítica ao modelo “tradicional” brasileiro, a professora Judith Martins Costa destaca que:

“A prática e a teoria devem estar amalgamadas, porque sua relação não é circular, mas sim espiralada, sempre como um elemento novo que cresce. Não conheço ninguém que invente mais e crie mais que um advogado, assim como o teórico não pode estar numa torre de marfim. E é por isso que penso que a composição dos professores de uma faculdade de Direito necessita de pessoas envolvidas com a prática. Se não temos essa imersão na realidade, não se faz boa teoria.”^{14 15}

¹³ GHIRARDI, José Garcez et alii. Posso fazer um trabalho inteiro sobre um caso específico. *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalho de conclusão de curso* – Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Mariana Feferbaum – coordenadores. São Paulo – Saraiva, 2012. (série GVlaw). p. 177.

¹⁴ NOBRE, Marcos et alii. *O que é Pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin. p. 44.

¹⁵ Iguualmente oportuna é a lição do professor Marcos Nobre acerca do modelo tradicional de pesquisa jurídica no Brasil: “no caso brasileiro, vivenciamos uma confusão entre prática jurídica, teoria jurídica e ensino jurídico.

Por fim, quanto à organização da pesquisa, esta foi estruturada em quatro fases com finalidades distintas, conforme abaixo descrito:

1ª FASE: Análise descritiva sobre o processo administrativo, contrato e demais documentos relativos ao projeto da PPP-Hospitalar. Finalidade: (i) expor as várias etapas do planejamento da Administração Pública; (ii) identificar os principais desafios e dificuldades do poder público; (iii) sistematizar as principais características do modelo; e (iv) observar a interação do setor privado na definição da modelagem do projeto.

2ª FASE: Pesquisa doutrinária sobre o tema das contratações públicas, com foco no modelo das concessões (comuns e PPPs), no Estudo do BNDES e na análise da modelagem (edital e contrato) dos projetos de concessão listados no **Anexo 01**. Finalidade: (i) verificar como os aspectos jurídicos do projeto da PPP-Hospitalar são tratados na doutrina selecionada; e (ii) observar como tais aspectos são refletidos em outras modelagens de projetos de concessão.

3ª FASE: Entrevista com os principais agentes públicos e privados que detêm algum nível de participação na estruturação do projeto da PPP-Hospitalar. Finalidade: Compreensão sobre determinadas particularidades que foram percebidas ao longo dos estudos realizados na 1ª FASE da pesquisa.

4ª FASE: A partir do material analisado e das informações obtidas, apresentar de forma sistematizada as principais particularidades (“achados”) observadas ao longo da pesquisa, bem como estabelecer reflexão crítica com base na doutrina e na experiência de outros projetos de infraestrutura. Finalidade: orientar os estruturadores de projetos na modelagem de concessões futuras.

Particularmente, e considerando minhas experiências em docência de primeiro ano – recolhidas no Núcleo de Direito e Democracia-, acredito que se costuma ensinar aos alunos que o mundo se regula pelos manuais de Direito, e não o contrário. Dificilmente o aluno iniciará aceitando essa condição; entretanto, no segundo ano já achará natural que o mundo se regule pelos manuais”. NOBRE, Marcos et alii. *O que é Pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin. São Paulo. p. 29.

2. DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE: A PARTICIPAÇÃO DO SETOR PRIVADO NA MODELAGEM DO PROJETO

Neste capítulo são analisados os passos iniciais desenvolvidos pelo Governo do Estado de São Paulo e por agentes do setor privado que conduziram à formação da Concorrência Internacional de nº 001/2013 para contratação da PPP-Hospitalar, sob o regime de Concessão Administrativa, para a construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais em três Complexos Hospitalares no Estado de São Paulo.

Os referidos passos iniciais dizem respeito à identificação da necessidade pública pelo Governo do Estado de São Paulo, como os agentes do setor privado contribuíram para esta identificação, quais foram os órgãos públicos que participaram deste projeto, como aquela necessidade pública se converteu em parâmetros especificamente definidos para o procedimento licitatório e, concluindo o capítulo, quais aspectos jurídicos merecem ser destacados para esta fase do projeto.

2.1 Da Manifestação de Interesse Privada – MIP: A “provocação” dos interessados

O projeto da PPP-Hospitalar teve origem a partir da provocação de agentes do setor privado que tinham interesse em realizar estudos de viabilidade para a definição das características do empreendimento (modelagem do projeto) e, eventualmente, participar da concorrência pública, na qual seria licitado o resultado final dos estudos apresentados, tendo por objeto o contrato de PPP para construção e operação de um determinado número de hospitais¹⁶.

A provocação realizada pelo particular, aludida acima, é possível graças ao instituto da MIP, que se trata de um mecanismo pelo qual o setor privado tem a possibilidade de levar ao conhecimento do poder público, por vias institucionais claramente definidas, ideias e soluções (estudos de viabilidade) relacionadas aos serviços públicos que podem ser delegados

¹⁶ A possibilidade de participar dos estudos e posteriormente da fase de licitação decorre de previsão contida no artigo 31, da Lei Federal nº 9.074/1995, que buscou neutralizar a vedação contida no inciso I, do art. 9º, da Lei n.º 8.666/1993, para os casos de concessão e permissão de serviço público. De acordo com aquela primeira disposição normativa: “Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”.

ao particular sob o modelo da concessão comum (regida pela Lei n.º 8.987/1995¹⁷) ou da PPP (regida pela Lei n.º 11.079/2004¹⁸).

A MIP e o Procedimento de Manifestação de Interesse (“PMI”) se referem ao mesmo instituto jurídico. Em todo caso, costuma-se associar a MIP às situações em que o particular propõe por iniciativa própria a realização dos estudos de viabilidade sobre um específico objeto, antes mesmo da publicação do chamamento público, fase subsequente pela qual a Administração possibilitará que qualquer interessado possa apresentar os correlatos estudos¹⁹.

De acordo com o Estudo do BNDES, existem hoje no Brasil três caminhos para obtenção dos estudos de viabilidade pelo Poder Público, são eles:

“(i) fazer o trabalho internamente, essencialmente por agentes públicos, sem apoio externo; (ii) obter os estudos para apoiar, em maior ou menor grau, a equipe pública por meio da lei federal n.º 8.666, de 1993 (Lei de Licitações) – via contrato de prestação de serviços (com ou sem licitação prévia), ou via convênio (na forma do art. 116 da mesma lei); e (iii) obter, também, os estudos necessários por meio da autorização do art. 21 da lei federal n.º 8.987, de 1995 – Lei de Concessões”.^{20 21}

¹⁷ BRASIL. Lei n.º 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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹⁸ BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹⁹ “Administração tanto pode provocar um chamamento público para que os interessados possam apresentar propostas em condições previamente estabelecidas (Procedimento de Manifestação de Interesse), como pode facultar ao próprio particular que apresente sugestões de “como” deve ser prestado um serviço ou obra pública, na maior expressão de colaboração - as Propostas Não Solicitadas. Estas últimas correspondem precisamente a proposições iniciadas por parceiros privados que vislumbram uma oportunidade de contrato e investimento condizentes com os interesses da Administração, mas que não havia sido cogitada”. BARROS MAIA, Livia Wanderley; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de manifestação de interesse (PMI) e de propostas não solicitadas (PNS) – os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul/dez, 2012, p. 191.

²⁰ PINHEIRO, Armando Castelar, et alii. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 16. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

²¹ Em trabalho recente a professora Vera Monteiro reflete sobre os problemas relacionados às opções vigentes para contratação de estudos de viabilidade propondo via alternativa por meio da modificação da Lei n.º 8.666/1993, mais especificamente ajustando a modalidade de “convite” já previsto na referida lei ao modelo de *short list* sugerido pelo Banco Mundial. MONTEIRO, Vera. Contratação de Serviço de Consultoria Para a Estruturação de Projetos de Infraestrutura: Qual o Melhor Caminho? In: *Parcerias público privadas: reflexões 10 anos da lei 11.079/2004* – Marçal Justen Filho, Rafel Wallbach Shwind, coord. – 1. Ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A MIP se situa na terceira opção, na qual o particular tanto pode provocar o poder público para o desenvolvimento de estudos de viabilidade sobre um dado projeto, como pode, a partir do chamamento público, manifestar interesse em realizar tais estudos. Ambas as formas de atuação estão contempladas pela disposição do art. 21 da Lei nº 8.987/95²².

O Estudo do BNDES também aponta aqueles que seriam os principais fatores para justificar a utilização do PMI, a saber:

“(i) a perspectiva de implantar o projeto de PPP mais rapidamente, primeiro, por confiar que os particulares envolvidos terão incentivos para preparar os estudos de maneira expedita e, segundo, por conta de uma tendência de menor formalismo e maior flexibilidade que caracteriza as *unsolicited proposals* (quando comparadas aos mecanismos tradicionais de contratação pública); (ii) limitações do setor público, normalmente de caráter técnico, para identificar, priorizar, preparar e licitar projetos; e (iii) indisponibilidade de recursos do setor público.”²³

Reforça o uso do PMI o fato de que o modelo de contratação para estudos de viabilidade regidos pela Lei de Licitações impõe procedimento burocrático, custoso e com excesso de objetividade; como anota Vera Monteiro: “a Lei de Licitações engessou o gestor público, que não pode encurtar as etapas ou reduzir os prazos estabelecidos em lei”²⁴. Em tese seria possível contratar estudos desta natureza por dispensa de licitação com base no inciso II, do art. 25²⁵ do referido diploma, porém, o risco de que estes contratos venham a ser declarados irregulares por órgãos de controle da Administração faz com que o gestor público tenha pouco incentivo para se valer das regras de dispensa²⁶.

²² “Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.”

²³ PINHEIRO, Armando Castelar, et alii. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 15. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

²⁴ PINHEIRO, Armando Castelar, et al. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 209. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

²⁵ “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”

²⁶ “De um lado do confronto estão os órgãos de controle, que desafiam a autorização para contratação direta dos serviços de consultoria com base na singularidade do objeto e questionam, administrativa e judicialmente, as contratações feitas sem licitação (eles entendem que, mesmo sendo um serviço singular, havendo mais de um

Em que pese às ditas vantagens do PMI, o estudo elaborado pelo BNDES apontou que estes benefícios não se confirmaram na prática e que o índice de “mortalidade” do PMI ainda é bastante acentuado no Brasil, onde dos 162 (cento e sessenta e dois) procedimentos iniciados entre 2010 e 2014 apenas 20 (vinte), 12,3% (doze inteiros e três décimos por cento) se converteram em contratos assinados. A baixa efetividade estaria em duas razões: (i) na existência de custos de transação muito elevados para análise dos projetos apresentados e (ii) na assimetria de informações entre os desenvolvedores do projeto e o Poder Público responsável pelo procedimento licitatório futuro.

Neste sentido, também tem importância para presente pesquisa verificar como as preocupações informadas no Estudo do BNDES se concretizaram no projeto da PPP-Hospitalar. Não se pretende, todavia, questionar ou fazer juízo de valor sobre as conclusões do referido estudo, mas tão somente situar o caso prático com referência nos dados colhidos pelo BNDES.

No caso da PPP-Hospitalar 03 (três) grupos empresariais apresentaram, sob a forma de MIP, especialmente com fundamento no Decreto Estadual nº 57.289/2011²⁷, requerimento com a finalidade de realizar estudos voltados à estruturação do modelo de parceria com o Governo do Estado de São Paulo para fins de construir e operar hospitais da rede pública. As referidas empresas foram: Siemens LTDA (“Empresa 1”), Mendes Junior Trading & Engenharia S.A em parceria com a empresa Lend Lease Construções Ltda (“Empresa 2”) e a Construtora Norberto Odebrecht S.A (“Empresa 3”), doravante “Interessadas” quando mencionadas em conjunto.

Tais requerimentos foram elaborados com observância de determinados critérios estabelecidos no Decreto Estadual nº 57.289/2011, cuja finalidade é permitir que o Estado possa, ainda nesta fase muito preliminar, avaliar se objeto do estudo (determinada necessidade pública) atende critérios de conveniência, eficiência e interesse público²⁸. De acordo com o

prestador de serviços no mercado com notória especialização, deve haver licitação, ou pelo menos um processo competitivo assemelhado)”. PINHEIRO, Armando Castelar, et al. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 208. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017

²⁷ SÃO PAULO. Decreto Estadual n.º 57.289 de 30 de agosto de 2011. Altera o Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, para detalhar o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de Parcerias-Público Privadas - PPP, e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: < <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto-57289-30.08.2011.html>>. Acessado em: 25 ago. 2017. .

²⁸ Decreto nº 57.289: Art. 1º, § 3º - Recebida a MIP, o Presidente dará ciência ao Conselho Gestor, que deliberará sobre seu encaminhamento, ou não, à Secretaria de Estado competente para proceder à análise e avaliação do caráter prioritário do projeto, segundo as diretrizes governamentais vigentes. SÃO PAULO.

referido Decreto, esta avaliação deveria ser realizada pela Secretaria de Estado relacionada como objeto do contrato, que no caso da PPP-Hospitalar seria a Secretária de Estado da Saúde do Governo do Estado de São Paulo (“SES/SP”).

Questão relevante diz respeito às informações que podem direcionar o particular na proposição de projeto que atenda aos critérios de conveniência, eficiência e interesse público; resultando na sua aceitação pela entidade competente. Esta questão é de suma importância, pois, mesmo que em caráter preliminar, o requerimento apresentado pelo particular demanda a realização de estudos iniciais, bem como o envolvimento de executivos ligados à área de negócios, evidenciando que nesta fase há dispendidos razoáveis de recursos financeiros, o que força uma atitude “assertiva” por parte do particular com interesse em propor projetos.

Para tanto, o particular normalmente acompanha os estudos iniciais (de viabilidade) realizados por determinado órgão público. Tais estudos se referem à análise e formatação de um conjunto de informações que permitam ao Poder Público avaliar se uma específica ideia é capaz de atender um interesse público delimitado. Também é tarefa destes estudos estruturar os pilares para o avanço nas demais etapas de desenvolvimento do projeto que conduzirá à realização do procedimento licitatório referente aos serviços necessários à execução do empreendimento.

Assim, a realização dos estudos de viabilidade sinaliza a intenção do governo em realizar determinado projeto. Com essa informação, o particular passa a ter um direcionamento sobre quais são projetos que estão na pauta do Governo, circunstância que confere maior segurança ao particular para proposição do MIP²⁹.

Na PPP-Hospitalar, não existiam estudos específicos que pudessem direcionar os requerimentos elaborados pelos particulares, mas tão somente manifestações genéricas do Governo do Estado de São Paulo no sentido de conceder à iniciativa privada a construção e gestão de hospitais sob o modelo de PPP. A ausência de parâmetros mais específicos sobre a

Decreto Estadual n.º 57.289 de 30 de agosto de 2011. Altera o Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, para detalhar o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de Parcerias-Público Privadas - PPP, e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: < <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto-57289-30.08.2011.html>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

²⁹ O Projeto da Linha 6 – Laranja, do Metrô de São Paulo também foi objeto de Manifestação de Interesse Privada de iniciativa da Construtora Norberto Odebrecht. Neste caso, a mencionada empresa detinha conhecimento, uma vez que era público, da intenção do Estado de São Paulo em construir uma linha ligando a zona norte, na região da Brasilândia, ao centro de São Paulo. A obtenção desta informação era viável, uma vez que o Metrô já havia realizado estudos de viabilidade e de traçado, sendo factível identificar com maior precisão os contornos do interesse público deste projeto.

intenção do Estado fez que os requerimentos apresentados tivessem diferenças relevantes quanto ao objeto. Este ponto será explorado na próxima seção.

2.2 Análise dos requerimentos apresentados pelos interessados para abertura da MIP

Nesta seção são estudados alguns aspectos referentes aos requerimentos apresentados pelos agentes privados, sob a forma de MIP, com a intenção de realizar estudos para estruturar a modelagem da PPP-Hospitalar, especialmente sobre quais foram as exigências normativas para proposição dos requerimentos; se os agentes privados se desincumbiram de forma integral no cumprimento de tais exigências; se estas exigências são apropriadas tendo em vistas as particularidades desta fase do procedimento e, por fim, como os interessados desenvolveram determinados aspectos relativos aos requerimentos apresentados, a saber: qual foi o objeto delimitado para o estudo e como foi fundamentado o interesse público subjacente à proposta.

Como já mencionado (seção 2.1), as interessadas apresentaram, sob a forma de MIP, com fundamento no Decreto Estadual nº 57.289/2011, requerimentos para realização de estudos com o objetivo de estruturar a modelagem da PPP-Hospitalar para o Governo do Estado de São Paulo.

De acordo com o §2º, do art. 1º, do Decreto Estadual nº 57.289/2011, a MIP deveria ser dirigida ao Presidente do Conselho Gestor do PPP ou à Secretaria de Estado competente para o desenvolvimento do objeto, com cópia para o Presidente do Conselho Gestor de PPP, devendo conter obrigatoriamente³⁰: (1) As linhas básicas do projeto, com a descrição do objeto, sua relevância e os benefícios econômicos e sociais dele advindos; (2) A estimativa dos investimentos necessários e do prazo de implantação do projeto; (3) As características gerais do modelo de negócio, incluindo a modalidade de PPP considerada mais apropriada, previsão das receitas esperadas e dos custos operacionais envolvidos; (4) A projeção, em valores absolutos ou em proporção, da contraprestação pecuniária demandada do parceiro público; (5) Outros elementos que permitam avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público envolvidos no projeto, inclusive os estabelecidos no artigo 4º da Lei Estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004.³¹

³⁰ Tal qual como o dispositivo da norma, com pequenas adaptações.

³¹ “Art. 4º - São condições para a inclusão de projetos no PPP: I - efetivo interesse público, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto, bem como o caráter prioritário da respectiva execução, observadas as diretrizes governamentais; II - estudo técnico de sua viabilidade, mediante demonstração das metas e resultados

Da análise dos documentos apresentados pelas Interessadas foi possível perceber que os requisitos acima referidos, exigidos pelo Decreto Estadual nº 57.289/2011, não foram integralmente cumpridos por nenhuma das empresas que apresentaram os requerimentos de estudos. Veja-se o resultado a seguir:

Tabela 01: Comparativo entre as Interessadas sobre o atendimento dos requisitos do Decreto Estadual nº 57.289/2011 para proposição da MIP.

Requisitos	Empresa 1	Empresa 2	Empresa 3
1 - As linhas básicas do projeto, com a descrição do objeto, sua relevância e os benefícios econômicos e sociais dele advindos.	P	S	P
2 - A estimativa dos investimentos necessários e do prazo de implantação do projeto.	N	S	P
3 - As características gerais do modelo de negócio, incluindo a modalidade de PPP considerada mais apropriada, previsão das receitas esperadas e dos custos operacionais envolvidos.	P	P	P
4 - A projeção, em valores absolutos ou em proporção, da contraprestação pecuniária demandada do Parceiro Público.	N	S	N
5 - Outros elementos que permitam avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público envolvidos no projeto, inclusive os estabelecidos no artigo 4º da Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004.	P	S	N

S = atendeu integralmente / P = atendeu parcialmente / N = não atendeu

Fonte: Elaborada pelo autor.

Cabe esclarecer que não é intenção deste trabalho escrutinar o processo administrativo do projeto da PPP-Hospitalar com objetivo de apontar possíveis irregularidades, porém, e na medida do possível, serão trazidas algumas reflexões com a finalidade de aprimorar o sistema legal ou procedimento administrativo correlato.

Prosseguindo, conforme indicado na tabela acima, as empresas interessadas não lograram cumprir na integridade as exigências descritas no §2º, do art. 1º, do Decreto

a serem atingidos, prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados; III -a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função de sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos; IV - a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado; V - a necessidade, a importância e o valor do serviço ou da obra em relação ao objeto a ser executado.” SÃO PAULO. Lei Estadual n.º 11.688, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas (PPP) e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=50875>. Acessado em 25 ago. 2017.

Estadual nº 57.289/2011. Deste fato convém avaliar se as exigências do referido Decreto seriam excessivas para esta fase ainda preliminar da MIP.

Para esta análise parte-se do estudo da legislação de outros países cuja “capacitação do setor público e os instrumentos por ele utilizados estão em evolução, dentre os quais podem ser mencionados Chile, Colômbia, Peru e Coréia do Norte”³²; deste modo, com nível de amadurecimento institucional, no que toca ao tema em estudo, semelhante ao brasileiro. Para esta análise será utilizado como suporte os dados coletados no Estudo do BNDES, especialmente no capítulo elaborado por Rafael Ibarra³³, no qual foram sistematizadas informações sobre a legislação do Chile, da Colômbia e do Peru; países considerados com larga experiência em PMIs. Especificamente sobre o requerimento para propositura de estudos (MIP), foram observadas as seguintes exigências para cada país:

Tabela 02: Exigências legais para proposição de MIP na Colômbia, Chile e Peru.

Exigências legais para proposição de MIP pelo setor privado		
Colômbia	Chile	Peru
- descrição completa do projeto, incluindo o projeto mínimo, a construção, operação, manutenção, organização e exploração do projeto, o seu escopo, os estudos de demanda na Etapa de Pré-Viabilidade, as especificações do projeto, o custo estimado e a fonte de financiamento.	a) nome ou razão social, endereço, telefone, fax e representante legal. Se o requerente for pessoa jurídica, deverá apresentar os documentos que comprovam sua existência jurídica e poderes de representação de seus procuradores; b) CNPJ (Rol Único Tributário) no caso de pessoas jurídicas ou o RG (Cédula de Identidad) no caso de pessoas físicas; c) nome e tipo de projeto; d) localização geográfica e área de influência; e) estimativa das demandas e sua taxa de crescimento anual, indicando a porcentagem de	a) nome ou razão social do requerente indicando se há qualquer incompatibilidade quanto à apresentação do requerimento (indicación de sus generales de ley), bem como a comprovação da autoridade do representante legal; b) proposta de modalidade de participação do investimento privado; c) descrição do projeto, incluindo: I - o nome e tipo de projeto, indicando o ativo, empresa, projeto, infraestrutura pública, serviço público e/ou serviço vinculado que caiba ao Estado

³² PINHEIRO, Armando Castelar, et alii. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 15 Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017..

³³ PINHEIRO, Armando Castelar, et alii. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. p.109-141 Acesso em: 25 ago. 2017.

	<p>variação esperada;</p> <p>f) terreno, propriedade/titularidade e necessidade de desapropriação;</p> <p>g) descrição das obras e do serviço a ser prestado na concessão;</p> <p>h) investimento previsto e custos operacionais, incluindo a porcentagem de variação esperada, em cada caso;</p> <p>i) análise financeira (perfil);</p> <p>j) avaliação social (perfil), incluindo as alternativas não-tarifadas do serviço proposto;</p> <p>k) risco associado à iniciativa, entendido como a complementariedade ou concorrência da iniciativa com os projetos que estão sendo estudados ou executados atualmente, tanto pelo Ministério de Obras Públicas quanto por outros órgãos públicos;</p> <p>l) condições econômicas que poderiam fazer parte do contrato de concessão, tais como nível tarifário, prazo da concessão, pagamentos ao fisco ou nível de subsídio;</p> <p>m) análise ambiental geral, com o intuito de determinar a necessidade de realizar o Estudo de Impacto Ambiental, de acordo com as normas estabelecidas na lei nº 19.300, sobre as Regras Gerais do Meio Ambiente;</p> <p>n) documento do requerente indicando se aceita, ou não, que o Ministério de Obras Públicas estenda o prazo para o desenvolvimento dos estudos de sua proposta;</p>	<p>prestar, ou objeto de pesquisa aplicada e/ou de inovação tecnológica de competência do Estado em relação ao qual o projeto será desenvolvido, assim como referências sobre a autoridade titular ou a sua situação jurídica.</p> <p>II - objetivos;</p> <p>III - benefícios concretos decorrentes da execução do projeto ao local onde será executado, e que serão aplicáveis de acordo com o tipo de projeto;</p> <p>IV - engenharia preliminar do projeto, de acordo com as suas características, incluindo a informação técnica necessária em relação ao projeto de iniciativa privada apresentado;</p> <p>V - razões pelas quais o projeto sujeito à aprovação foi escolhido, entre outras alternativas;</p> <p>d) âmbito de influência do projeto;</p> <p>e) avaliação econômico-financeira do projeto, considerando o valor do investimento, a demanda, os custos, o plano de financiamento e outros elementos que facilitem suas análises pelo órgão de fomento aos investimentos privados;</p> <p>f) avaliação inicial de impacto ambiental e, se for o caso, o plano de mitigação socioambiental;</p> <p>g) proposta de prazo de vigência estimada do respectivo contrato;</p> <p>h) capacidade financeira e técnica</p>
--	---	---

	o) anexos: qualquer outro antecedente relacionado ao projeto que o requerente considere útil ou necessário à sua avaliação.	do requerente do projeto de iniciativa privada, comprovada pelos relatórios de situação financeira auditados dos últimos 2 (anos) anos e experiência na execução, administração ou operação e manutenção de projetos de porte semelhante; i) declaração juramentada indicando que o projeto de iniciativa privada não solicitará co-financiamento público, nem garantias financeiras ou não-financeiras que tenham probabilidade significativa de exigir recursos públicos.
--	---	--

De acordo com a Tabela 2, nos países analisados os requisitos para proposição da MIP demanda número maior de informações e apresentação de estudos mais elaborados se comparado com as exigências constantes do Decreto Estadual nº 57.289/2011. Esta característica dos países mencionados leva a crer, a princípio, que o modelo destes países é menos atrativo à realização da MIP, vez que exige maior esforço do setor privado nesta fase preliminar, cujo risco de ressarcimento futuro pelos estudos realizados ainda depende do êxito do procedimento licitatório subsequente.

Entretanto, defende-se que esta comparação com o regime do Decreto Estadual nº 57.289/2011 resta prejudicada quando se observa outras características do modelo adotado pelos referidos países. Especificamente sobre as vantagens concedidas ao proponente dos estudos, que poderá ser adjudicado diretamente na licitação futura, caso não concorra outros interessados (Colômbia), ou terá a prerrogativa de cobrir a melhor oferta no âmbito do procedimento licitatório (Peru e Colômbia). Tais características, colocadas aqui em síntese, não encontram paralelo do Decreto do Estado de São Paulo, tampouco foi verificada em outras legislações brasileira sobre o PMI.

Assim, a possibilidade da obtenção de uma vantagem competitiva no procedimento licitatório coloca os proponentes de MIP do Chile, da Colômbia e do Peru em condições diferentes daqueles que tiverem interesse em apresentar projetos no território brasileiro. Em face das ditas vantagens naqueles países o setor privado tem incentivos adicionais para

enfrentar os custos desta fase preliminar, ainda que elevados, por ter maior chance de ser contratado à frente na licitação. Na Brasil essa lógica se inverte, sem muitas garantias de que serão contratados ou mesmo ressarcidos no futuro, os interessados passam a considerar o excesso de requisitos para proposição da MIP como um desincentivo para sua utilização.

Ao observar os requerimentos apresentadas pelas empresas interessadas notou-se relevante diferença no conteúdo das proposições. Adiante serão abordadas as principais diferenças com base no objeto proposto e no critério de interesse público informado.

No que diz respeito à delimitação do objeto: A Empresa 1 propôs a elaboração de estudos para implantação de 11 (onze) unidades de saúde, sendo 10 (dez) hospitais e 1 (uma) unidade para ensino e pesquisa, sem indicação de local (hospital pré-existente e/ou município) onde tais unidades seriam instaladas; a Empresa 2 sugeriu estudos para implantação de 05 (cinco) unidades, com indicação dos locais; e a Empresa 3 propôs o estudo para 06 (seis) unidades de saúde, com indicação dos locais. Como reflexo destas diferenças, as referidas empresas indicaram distintos valores de ressarcimento: R\$13.000.000,00 (treze milhões), R\$ 6.000.000,00 (seis milhões) e R\$3.000.000,00 (três milhões), respectivamente.

Sobre o interesse público foram prestadas as seguintes informações, em síntese: A Empresa 1 indicou que os custos com saúde pressionam o orçamento público, sendo, portanto, necessário melhorar a eficiência e reduzir os custos com o sistema hospitalar. A Empresa 2 focou no déficit de leitos e na vantagem decorrente do modelo da PPP, aduzindo, dentre outras coisas, que a “delegação da prestação de serviços de apoio não assistenciais ao parceiro privado se apoia na vantagem, especialmente para o Poder Público, em ter a implementação, manutenção e a operação regidas por um único contrato”. A Empresa 3, por sua vez, não tratou este ponto.

Nota-se que as Interessadas atuaram de forma superficial ou simplesmente negligenciaram (no caso da Empresa 3) o requisito consignado no item 4, do § 2º, do Decreto atinente, relativo à demonstração do interesse público. Pode ser causa deste resultado a vagueza da expressão “interesse público”, o que acarreta certa dificuldade para o cumprimento da regra em comento, sobre este ponto existe farta doutrina³⁴; não obstante, é

³⁴ “A construção de um conceito de interesse público não é, certamente, uma empreitada singela. Há quem defenda, inclusive, que o interesse público acabe por ser infenso ao aprisionamento em uma noção propriamente conceitual (que ostente um conteúdo determinado). Seria, portanto, uma noção muito mais funcional e dinâmica do que conceitual, podendo apresentar inúmeras variações segundo critérios quantitativos e qualitativos, se apurado em diferentes épocas (tempo) e países (espaço) (VEDEL, 1980, p. 257-60).” CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no estado constitucional de direito. *Revista da ESMESC*, v. 20, n. 26, 2013. p.232. Com semelhante raciocínio HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse

preciso salientar que o conceito de interesse público que melhor se alinha com projetos de concessão refere-se à indicação concreta e precisa dos impactos positivos do projeto sobre a comunidade a ser atingida; o que poderia ser expresso, no caso em tela, pela indicação do déficit de leitos das áreas abrangidas pelos hospitais indicados nos requerimentos e como o projeto proposto pode superar especificamente este déficit.

2.3 Os desdobramentos da MIP: Considerações sobre as entidades envolvidas e sobre o modelo de seleção de projetos

Nesta seção serão analisados quais foram os procedimentos adotados pelo poder público diante da apresentação dos requerimentos para realização de estudos e qual o papel das entidades públicas envolvidas na estruturação de projetos de concessão por parte do Governo do Estado de São Paulo.

Após o recebimento dos três requerimentos, procedeu-se conforme o §2º, do art. 1º, do Decreto Estadual nº 57.289/2011, nos seguintes termos:

“Recebida a MIP, o Presidente dará ciência ao Conselho Gestor, que deliberará sobre seu encaminhamento, ou não, à Secretaria de Estado competente para proceder à análise e avaliação do caráter prioritário do projeto, segundo as diretrizes governamentais vigentes.”

Procedendo-se conforme a determinação constante na norma retro transcrita, o Conselho Gestor encaminhou os 03 (três) requerimentos de estudos para SES/SP, que se manifestou pelo não acolhimento do requerimento apresentado pela Empresa 1³⁵ e pelo recebimento da solicitação apresentada pela Empresa 2 e pela Empresa 3.

Na manifestação de prosseguimento da MIP realizada por meio do Ofício GS nº 3029/2012, de 18 de junho 2012, a SES/SP indicou que a proposta “atende às necessidades, demandas e prioridades desta secretaria em relação ao aumento de oferta de serviços especializados com ênfase na melhor distribuição de hospitais (...)” e registrou as seguintes

público em Direito Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011, p.59-60.

³⁵ Ofício GS nº 3028/2012, de 18 de junho 2012, vide trecho: “A manifestação em questão apenas explicita histórico e experiência da empresa e manifesta a intenção em participar de eventual projeto de parceria público-privada na área da saúde. A análise da proposta ficou prejudicada em razão de não terem sido especificados os locais de implantação e perfis hospitalares dos equipamentos propostos.”

ressalvas: que a SES/SP possui dados regionais sobre a demanda de leitos e perfis de hospitais a serem construídos; que o projeto também deverá considerar a exploração de receitas acessórias; que a aquisição de medicamentos deverá ser responsabilidade do Estado; que o valor de investimento estava aparentemente superestimado; que será responsabilidade da concessionária a obtenção da acreditação internacional e, por fim, a utilização do “contrato de gestão” para operar a equipe médica em determinadas unidades.

Percebe-se que a SES/SP, na manifestação do Ofício GS nº 3029/2012, abordou questões outras, para além daquela exigida no §2º, do art. 1º, do Decreto Estadual nº 57.289/2011, no sentido de que fosse indicado pela Secretaria se o projeto apresentado poderia ser considerado como prioritário segundo critérios governamentais. Isto porque, foram realizados apontamentos pela SES/SP que impactam na própria modelagem do projeto, como a indicação da exploração das receitas acessórias e sobre a responsabilidade pela compra de medicamentos. Como será examinado na próxima seção, o Estado de São Paulo já naquela época contava com órgãos internos especializados em projetos concessão, sendo adequado, portanto, que temas afetos à estruturação do projeto fossem analisados por tais órgãos. Este parece ser o espírito do Decreto Estadual nº 57.289/2011.

Por outro lado, no tema que era de sua competência (avaliação da proposta como prioritária), a SES/SP deixou de apresentar maiores dados que pudessem confrontar os termos da proposta com o cumprimento dos critérios governamentais observados pela Secretária. Em outras palavras, não restou adequadamente justificado como a MIP atenderia especificamente necessidades públicas previamente qualificadas como prioritárias.

Armando Castelar Pinheiro destaca que a “etapa de seleção de projetos de infraestrutura é em geral prejudicada pela ausência de um bom planejamento público”³⁶. Ou seja, é importante que as entidades públicas, assim como seus órgãos administrativos, tenham claro quais são os problemas públicos que precisam ser sanados, a ordem de prioridades com que estes problemas devem ser atacados e possíveis mecanismos para tanto. Este conjunto de informações, a princípio, podem ser qualificadas como diretrizes governamentais para efeitos de direcionar o setor privado para proposição de MIP.

³⁶ O referido autor aponta ainda três problemas complementares: (i) a escassez de recursos humanos nas instituições públicas responsáveis por essa atividade; (ii) a existência de um viés de otimismo, que levam alguns gestores a ignorar problemas recorrentes que alongam e encarecem a execução dos projetos e (iii) o viés político. PINHEIRO, Armando Castelar, et al. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 38. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Com relação a esta etapa de seleção de projetos, o referido autor apresenta algumas soluções que podem ser utilizadas pelo Poder Público, valendo mencionar:

“a. o órgão interessado no projeto [pode ser uma MIP] deve submeter a uma agência pública especializada uma proposta contendo uma apresentação deste; uma indicação de que prioridade estratégica, em termos de programa ou subprograma público, o projeto pretende atingir; e uma descrição do problema que o projeto pretende resolver, seus objetivos mais gerais, os resultados esperados e o orçamento e o prazo estimados; b. o projeto deve ser avaliado quanto à sua consistência com a orientação estratégica mais ampla do setor público. Obviamente, isso remete à necessidade de se desenvolver um bom planejamento setorial de médio e longo prazo da infraestrutura nacional, que reforce as sinergias existentes entre as diversas propostas;”³⁷ (comentários nossos entre barras)

Prosseguindo, o Conselho Gestor, após manifestação da SES/SP, encaminhou o processo administrativo para pronunciamento da Companhia Paulista de Parcerias (“CPP”) e da Unidade de Parcerias Público-Privadas (“UPPP”).³⁸ Neste ponto, convém trazer uma breve explicação sobre o papel destas entidades no desenvolvimento público do projeto de parceria pública privada, no âmbito do Estado de São Paulo.

A primeira, a CPP, diz respeito à empresa estatal vinculada à Secretaria da Fazenda, cuja criação foi autorizada pela Lei Estadual nº 11.688/ 2004, que foi criada com o objetivo de apoiar o Governo do Estado de São Paulo, sob diferentes aspectos, na estruturação de projetos de parceria público privada. De acordo com o atual Estatuto Social da CPP, constitui seu objeto:

“ARTIGO 2º - Constitui objeto da empresa: colaborar, apoiar e viabilizar a implementação do Programa de Parcerias Público-Privadas - PPP instituído

³⁷ PINHEIRO, Armando Castelar, et al. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 38. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

³⁸ Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, artigo 7º - O Conselho Gestor terá um Secretário Executivo indicado pelo Governador, a quem caberá: I - coordenar a preparação das informações e documentos necessários à análise das propostas preliminares de projetos de PPP, que serão submetidas ao Conselho Gestor; II - articular-se com a Unidade de PPP, a Companhia Paulista de Parcerias - CPP e os demais órgãos e entidades interessados; (...). SÃO PAULO. Decreto Estadual n.º 48.867 de 30 de agosto de 2011. Regulamenta a Lei nº 11.688, de 2004, que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas – PPP. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2004/decreto-48867-10.08.2004.html>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

pela Lei estadual nº 11.688/2004, podendo para isso celebrar, de forma isolada ou em conjunto com a Administração direta ou indireta do Estado, contratos que tenham por objeto: I. a elaboração de estudos técnicos sobre a viabilidade econômica e a modelagem recomendada para a estruturação de projetos de PPP; II. a instituição de PPP; III. a locação ou promessa de locação, arrendamento, cessão de uso ou outra modalidade onerosa, de instalações e equipamentos ou outros bens, vinculados a projetos de PPP; e IV. assumir, total ou parcialmente, direitos e obrigações decorrentes dos contratos previstos nos incisos anteriores. Parágrafo único – A empresa poderá ainda: I. disponibilizar bens, equipamentos e utilidades para a Administração Estadual, mediante pagamento de adequada contrapartida financeira; II. gerir os ativos patrimoniais a ela transferidos pelo Estado ou entidades da administração indireta, ou que tenham sido adquiridos a qualquer título; III. contratar a aquisição de instalações e equipamentos, bem como a sua construção ou reforma, pelo regime de empreitada, para pagamento a prazo, que poderá ter início após a conclusão das obras, observada a legislação pertinente; IV. contratar com a Administração direta e indireta do Estado a locação ou promessa de locação, arrendamento, cessão de uso ou outra modalidade onerosa, de instalações e equipamentos ou outros bens integrantes de seu patrimônio; V. contrair empréstimos e emitir títulos, nos termos da legislação em vigor; VI. explorar, gravar e alienar onerosamente os bens integrantes de seu patrimônio; VII. prestar garantias reais e fidejussórias, e contratar seguros; VIII. participar do capital de outras empresas controladas por ente público ou privado, inclusive mediante a constituição de subsidiárias integrais ou de sociedade controladas; IX. celebrar convênios e acordos com órgãos e entidades da Administração Estadual; e X. contratar serviços especializados de terceiros, observada a legislação pertinente.”³⁹

A segunda, UPPP, por sua vez, é órgão vinculado à Secretaria de Planejamento e Gestão, criado por meio do Decreto Estadual nº 48.867/2004⁴⁰, e tem por finalidade, nos termos do artigo 10 do citado Decreto:

³⁹ SÃO PAULO. Lei Estadual n.º 11.688, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas (PPP) e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=50875>>. Acessado em 25 ago. 2017.

⁴⁰ SÃO PAULO. Decreto Estadual n.º 48.867 de 30 de agosto de 2011. Regulamenta a Lei nº 11.688, de 2004, que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas – PPP. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo.

“I - opinar sobre as propostas preliminares de projetos de PPP, nos termos do artigo 7º, parágrafo único, deste decreto; II - acompanhar a realização de estudos técnicos relativos a projetos de PPP, cuja proposta preliminar já tenha sido submetida ao Conselho Gestor, manifestando-se formalmente sobre os seus resultados; e III - organizar e preparar o relatório semestral a ser remetido à Assembleia Legislativa sobre as atividades do Programa de PPP.”

Posteriormente, com a edição do Decreto Estadual nº 61.036/2015⁴¹, as atribuições da UPPP foram ampliadas para outras atividades, conforme descritas no inciso, art. 56, com destaque para: (i) desenvolver, diretamente ou através dos órgãos setoriais, pesquisas de mercado necessárias à estruturação dos projetos de concessões e parcerias público-privadas; (ii) realizar estudos técnicos visando à elaboração dos projetos de concessões e parcerias público-privadas, em articulação com unidades da Secretaria de Planejamento e Gestão e com órgãos e entidades setoriais; (iii) identificar e consolidar diretrizes para a elaboração de editais e minutas de contratos de concessões e parcerias público-privadas; (iv) acompanhar, em conjunto com os órgãos setoriais e a Companhia Paulista de Parcerias - CPP, o desenvolvimento do modelo de garantias de projetos que serão objeto de parcerias público-privadas; e (v) atuar nas relações institucionais, monitoramento e avaliação das atividades indicadas na alínea “c”, inciso I, art. 56, do referido Decreto.

Nota-se que o Governo do Estado de São Paulo adotou modelo utilizado em outros países que detêm maior nível de maturidade com relação aos projetos de PPP.⁴² Por este modelo os assuntos relativos ao desenvolvimento e gestão de projetos de PPP ficam

Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2004/decreto-48867-10.08.2004.html>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

⁴¹ SÃO PAULO. Decreto 61.036, de 01 de janeiro de 2015. Organiza a Secretaria de Governo e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=173868>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

⁴² Jeffrey Delmon, com base na experiência inglesa, relata as vantagens pela utilização do modelo centralizado da Unidade de PPP: “The PPP unit can provide a single point of contact for investors and government agencies alike, coordinating PPP activities across sectors so that the PPP programme is as uniform and consistent for investors as possible. This will include the development and dissemination of PPP practice, policy and legislation – in particular: (1) procurement, dispute resolution and management of public assets; (2) standard form contracts, procedures and documentation; (3) development of guidance including best practice manuals on practical issues such as recruiting and managing transaction advisors, conducting feasibility studies, developing tender documents, negotiating contracts, and managing and monitoring contracts; and (4) requirements and processes to be implemented before a project can apply for government support.” DELMON, Jeffrey. *Private Sector Investment In Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk* - 2nd Edition. Kluwer Law International. 2009. p. 16.

concentrados em uma unidade específica, com aptidão para centralizar a *expertise* e as informações relativas a tais projetos.

Deste modo, a criação de uma unidade específica viabiliza que mecanismos utilizados para superar um dado desafio possam ser replicados em outros projetos, buscando-se, assim, capturar um efetivo ganho de escala em favor do Poder Público, vantagem que não seria obtida caso cada Secretaria tivesse que conduzir individualmente os projetos de PPP que fosse da sua competência.

2.4 A análise técnica dos requerimentos realizada pelas entidades envolvidas: Parâmetros para o chamamento público

É objeto desta seção verificar como o Governo do Estado de São Paulo analisou os requerimentos de MIP apresentadas pela Empresa 2 e pela Empresa 3, após manifestação favorável da Secretaria responsável para prosseguimento dos estudos, vez que o objeto das propostas estavam em consonância com as prioridades da referida Secretaria.

Como apontado acima, o Conselho Gestor, por meio do Secretário Executivo, solicitou manifestação da CPP e da UPPP. Passa-se, adiante, a observar como estas entidades se manifestaram a respeito dos requerimentos de MIP apresentados pela Empresa 2 e pela Empresa 3.

A CPP manifestou-se por meio do Ofício CPP nº 073/2012, de 13 de agosto de 2012, versando inicialmente sobre o interesse público que se pretende assegurar através da implantação do projeto. Neste sentido foi registrado:

“A Secretária de Estado de Saúde do Governo de São Paulo, responsável pela formulação da Política Estadual de Saúde e sua diretrizes, enfrenta atualmente a necessidade prover maior oferta de leitos hospitalares na rede pública, aumentar a qualidade da assistência médica disponível, com menos custo e melhor administração, para atingir o objetivo de fornecer acesso universal e igualitário para a população.”⁴³

A CPP, com atuação semelhante à SES/SP, deixa de apresentar dados e informações concretas que possam traçar as características do interesse público que se pretende proteger.

⁴³ Ofício CPP nº 073/2012, de 13 de agosto de 2012. p. 01.

No excerto supra transcrito, é feita menção à “Política Estadual de Saúde e sua diretrizes”, porém não se colacionaram dados sobre a dita política pela qual fosse possível associá-la aos termos dos requerimentos apresentados. Da mesma forma são mencionados problemas associados à falta de leitos e de custos elevados da administração hospitalar, mas nenhum dado é apresentado que possa subsidiar tais afirmações. Seria possível indicar, por exemplo, que a rede hospitalar dos locais indicados nos requerimentos enfrenta excesso de demanda ou que os custos de administração do setor privado são mais competitivos em função de uma característica “x”.

Retoma-se aqui a lição de Armando Castelar, apresentada na seção anterior, na linha de que é necessário que o Poder Público tenha de antemão planejamento de médio e longo prazo, com a indicação das necessidades públicas e das respectivas prioridades, de modo que o setor privado possa apresentar estudos mais próximos das expectativas públicas.

Esta formatação viabiliza, ainda, a própria manifestação das entidades públicas envolvidas na seleção e desenvolvimentos dos projetos de infraestrutura, isto porque, apresentam posições embasadas em critérios pré-estabelecidos, circunstância que confere maior segurança ao gestor público perante a fiscalização dos órgãos de controle.

Após fazer breve análise dos requerimentos de MIP apresentadas pela Empresa 2 e pela Empresa 3, a CPP passa a indicar os aspectos que deverão constar dos estudos de viabilidade, caso o projeto seja aprovado pela Conselho Gestor, com destaque para os seguintes pontos: (a) sobre a necessidade de expansão e modernização do modelo de gestão hospitalar; (b) sobre o objeto da PPP, relativo à construção e operação de 05 unidades hospitalares; (c) que o parceiro privado ficará responsável pela gestão dos serviços denominados de “operação não-clínica”; (d) que o parceiro público ficaria responsável pelos serviços denominados de “operação clínica”; (e) quais foram os principais pontos destacados em cada requerimento, analisados de forma comparativa; e, por fim, (f) quais deveriam ser os parâmetros adotados para efeitos da realização dos estudos de viabilidade.

Importa destacar que nas anotações feitas pela CPP foi possível observar uma clara referência ao dever de demonstração da vantajosidade e conveniência do modelo de contratação (PPP) sugerido pelos interessados frente a outros modelos à disposição da Administração Pública. Segue pronunciamento da empresa estatal:

“Parcerias Público-Privadas na área de saúde tem sido implementadas em vários países e já há hoje razoável experiência acumulada acerca das

principais virtudes e problemas desses contratos. Não obstante, consideramos que, preliminarmente, deverão ser avaliadas e cotejadas, especialmente sob aspecto de economicidade e suporte orçamentário, outras alternativas contratuais para o atingimento do escopo pretendido.”^{44 45}

Por sua vez, a UPPP se pronunciou por meio do documento “Manifestação Formal/MIP – GS/UPPP 010/2012”, no qual foi considerado pelo referido órgão: (i) Os aspectos gerais das propostas; (ii) o valor dos investimentos e das despesas operacionais, levando em conta a estimativa apresentada pela Empresa 2; (iii) a adesão da proposta às diretrizes das Secretaria de Saúde; (iv) a compatibilidade da proposta com os limites legais estabelecidos no art. 28 da Lei nº 11.079/2004; (v) os critério mínimos que deverão compor os estudos a serem realizados em fase posterior; e, concluindo, (vi) a recomendação ao Conselho Gestor para que a MIP fosse aprovada, concedendo-se a autorização para publicação do Edital de Chamamento Público, objeto da próxima seção.

O item “iv”, acima, trata sobre compatibilidade da proposta com os limites legais estabelecidos no art. 28 da Lei nº 11.079/2004⁴⁶, que assim determina:

“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.”

À época da realização da Manifestação Formal/MIP – GS/UPPP 010/2012, a UPPP vislumbrou a possibilidade de esgotamento do limite previstos na lei, caso a Medida

⁴⁴ Ofício CPP nº 073/2012, de 13 de agosto de 2012. p. 03.

⁴⁵ A opção mais vantajosa para a Administração Pública pode ser identificada por meio do método de comparação entre as formas de contratação postas à disposição do Estado para efeitos de realizar um determinado projeto. Esse método recebeu a denominação de *public sector comparator* e permite avaliar: “se é mais vantajoso o Estado desenvolver diretamente o empreendimento ou se o melhor é estruturá-lo sob PPP. A decisão depende de que valor a participação do agente privado pode agregar ao projeto (value for money), fato atrelado à matriz de risco desenhada no contrato.” ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contrato de parceria público-privado (PPP): riscos e incertezas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 120-121.

⁴⁶ BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

Provisória nº 757/2012 (que elevou de 3% para 5% o limite legal), não fosse convertida em lei. Válido mencionar que a referida manifestação da UPPP data de 10 de agosto de 2012, ou seja, a apenas três após a edição da referida MPV nº 757. Neste cenário de incerteza, a própria Unidade de Parcerias mencionou a possibilidade de reavaliação da carteira de PPPs, de modo a compatibilizar com o limite anterior de 3%. No dia 27 de dezembro de 2012, a MPV nº 757 em questão foi convertida na Lei nº 12.766/2012⁴⁷, que introduziu alterações na Lei nº 11.079/2004, fixando até a presente data o limite de 5% para o comprometimento do orçamento público em contratos de PPPs.⁴⁸

Ainda sobre a manifestação da UPPP, foi apontado que o chamamento público deveria contemplar, dentre outros aspectos, a “Elaboração detalhada da matriz de risco do projeto e de interfaces (Bata Branca x Bata Cinza)”⁴⁹. Esta distinção entre bata-branca e bata-cinza guardar relevantes particularidades e, por esta razão, é tratada com maior detalhe na seção 4.2. Por ora, deve-se compreender que a expressão “bata-branca” está associada aos serviços da área assistencial sob gestão da equipe médica, enquanto que a “bata-cinza” se refere aos serviços não-assistenciais de gestão e manutenção da infraestrutura hospitalar.

Interessante notar que nas manifestações apresentadas pela CPP e pela UPPP não foi feito menção a figura do “aporte de recursos” prevista no §2º, art. 6º, da Lei nº 11.079/2004⁵⁰,

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012. Altera as Leis nºs 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, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.058, de 13 de outubro de 2009, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.420, de 10 de abril de 2002, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.602, de 12 de dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de novembro de 1998, e a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12766.htm#art1>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁴⁸ Na Exposição dos Motivos para alteração do art. 28, da Lei 11.079/2004, foi apresentada a seguinte justificativa: “Além disso, a proposição altera o art. 28 da mesma Lei ao aumentar o limite de comprometimento com despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das PPP de 3% da receita corrente líquida – RCL – para 5% da RCL. Este aumento visa tornar possível que os entes que estão tendo parcerias exitosas por meio do uso da Lei não tenham que ter frustrados seus planos de investimentos porque estão próximos dos limites existentes até então. Passados mais de 6 (seis) anos da promulgação da Lei Federal de PPP, ainda não se materializou o risco fiscal temido quando da publicação desta, permitindo-se assim que se amplie o limite de modo a dar flexibilidade de setores a serem atendidos por esta importante inovação. Deve-se considerar ainda que a alteração do limite contribuirá, em boa medida, para a ampliação dos investimentos públicos, reforçando o esforço em curso na União e demais entes, fundamentais para minimizar os reflexos da crise financeira internacional no Brasil.”. BRASIL. Medida Provisória 575, de 7 de agosto de 2012. Altera a 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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/575.htm>. Acessado em: 19 ago. 2017.

⁴⁹ Manifestação Formal/MIP – GS/UPPP 010/2012. p. 12

⁵⁰ “§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012. A introdução deste dispositivo permitiu que o parceiro privado

introduzida pela MPV nº 757 (acima mencionada). Não foi possível colher dados para se chegar a alguma conclusão sobre por quê este aspecto não foi contemplado, porém a proximidade entre as datas em que as manifestações foram concluídas e a data em que a MPV nº 757 foi editada sinaliza que o assunto ainda não estava devidamente amadurecido nesta fase do projeto. Conforme será analisado adiante, o aporte de recurso foi introduzido no projeto já a partir da primeira minuta de contrato formulada para consulta pública.

Percebe-se que maior parte do conteúdo das referidas manifestações se dedica a apresentar os parâmetros que deverão nortear a elaboração do edital de chamamento público, a partir do qual será franqueada a participação de outros interessados, que atendam os critérios de qualificação constantes do referido edital, para participar via autorização da elaboração dos estudos de viabilidade. Na próxima seção serão abordados os termos do edital de chamamento formulado para o projeto da PPP-Hospitalar.

Por fim, após manifestação da CPP e da UPPP, o Conselho Gestor deliberou por meio da 7ª Reunião Extraordinária realizada em 10/09/2012, pelo acolhimento da Proposta Preliminar do projeto da PPP-Hospitalar e pela autorização para publicação do Edital de Chamamento Público, estabelecendo como limite máximo para remuneração dos estudos o valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Acerca do valor atribuído para o ressarcimento, não foram indicados os parâmetros utilizados pelo Conselho Gestor para fixar a remuneração dos estudos no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais); cabe lembrar que, nos termos do art. 21, da Lei nº 8.987/1995⁵¹, será de responsabilidade do vencedor da licitação “ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”.

Deste contexto, cabem algumas considerações, uma vez que o valor de ressarcimento dos estudos tem papel estratégico nos incentivos que são projetos no setor privado para utilização do mecanismo da MIP: primeiro, valores considerados inexequíveis tendem a capturar empresas com foco na licitação⁵²; segundo, se o valor não remunera adequadamente

pudesse receber recursos públicos antes do início dos serviços, a partir do qual é permitido o pagamento da contraprestação.”

⁵¹ Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital. BRASIL. Lei n.º 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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁵² “Uma empresa interessada na concessão ou PPP, que estrutura o projeto, tem incentivos opostos. Primeiro, ela é remunerada principalmente pela operação do projeto, razão pela qual estará disposta a receber remuneração

os estudos, há grande potencial de que os estudos encaminhados sejam defeituosos, o que acarretaria gastos adicionais para correção dos referidos estudos.

Assim, é relevante que o Poder Público trace com maior precisão os valores definidos para o ressarcimento dos estudos, justificando de forma prévia os critérios utilizados, os quais deverão levar em consideração não apenas uma estimativa de custos, mas também o risco do negócio enfrentado pelo particular, aqui traduzido na possibilidade de não contratação futura do projeto e, portanto, do não recebimento pelos trabalhos executados⁵³.

2.5 O Edital de Chamamento Público: Os critérios para realização dos estudos e conclusão do PMI

De acordo com o §6º, do art. 1º, do Decreto Estadual nº 57.289/2011, caso aprovada pelo Conselho Gestor, a MIP será recebida como proposta preliminar de projeto de PPP, cabendo à Secretaria Executiva dar ciência da deliberação ao proponente e solicitar as informações necessárias para, em conjunto com a Secretaria de Estado envolvida, publicar chamamento público para a apresentação por eventuais interessados, nos termos do art. 21, da Lei nº 8987/95, dos estudos necessários à estruturação da modelagem do projeto que será licitado.

Deste modo, tendo sido aprovada pelo Conselho Gestor na 7ª Reunião Extraordinária, realizada em 10/09/2012, procedeu-se com os demais trâmites estabelecidos no Decreto Estadual nº 57.289/2011 para efeitos de publicação do Edital de Chamamento Público relativo ao projeto da PPP-Hospitalar.

Assim, em 10 de outubro de 2012 foi publicado, sob coordenação da SES/SP, o Chamamento Público nº 007/2012 tendo por objetivo a elaboração de estudos técnicos para implantação via PPP do Hospital Estadual de São José dos Campos, Hospital Estadual de Sorocaba, Hospital Centro de Referência da Saúde da Mulher – HCRSM e CERTOO –

modesta por sua estruturação”, PINHEIRO, Armando Castelar, et al. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 20. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁵³ “Ressarcir é indenizar, é devolver um benefício sem causa que se tenha obtido, é restaurar o equilíbrio entre partes, segundo um critério adequado de justiça. Ressarcir é mais do que reembolsar despesas. Por isso, faz sentido que o valor da recompensa a que o particular se habilita leve em consideração, desde logo, o risco, por ele assumido, de nada receber ao final, risco esse que é da natureza da relação. Nenhum ressarcimento, portanto, será justo, se não embutir uma compensação por esse risco, que é grande e sério. É correto incluir, portanto, um prêmio pelo risco⁴⁷.” PINHEIRO, Armando Castelar, et al. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 227. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Centro de Reabilitação de Olhos e Ouvidos; hospitais elegidos, segundo termos do próprio edital, em função da urgência e prioridade regional destas localidades.

O Edital Chamamento Público nº 007/2012 foi estruturado de modo a indicar de forma detalhada os parâmetros necessários para realização dos estudos pelos interessados, aspectos que serão abordados a seguir. Neste sentido, com relação às exigências contidas no parágrafo 7º⁵⁴, do Decreto Estadual nº 57.289/2011, nota-se que o edital apresentou mais do que o exigido na referida norma, permitindo que os interessados pudessem ter mais subsídios para direcionar seus estudos dentro do que a Administração Pública previamente delimitou, evitando-se, assim, a dispersão de proposições sobre o conteúdo dos estudos, fato que poderia ocasionar dificuldades para análise e consolidação dos trabalhos.

A este respeito, Vera Monteiro explica que a autorização do art. 21, da Lei nº 8987/95 viabiliza que a Administração possa realizar chamamento público para obtenção de duas modalidades distintas de estudos: um relacionado ao conceito ou ideia da solução que se pretende implantar por concessão, cujo procedimento de seleção seria denominado de “consulta ao mercado”⁵⁵, e o outro referente ao recebimento da modelagem completa para a concessão, como é o caso do edital de chamamento do projeto da PPP-Hospitalar. Da opção por um ou outro modelo decorrem consequências relevantes, sumarizadas pela referida autora nos seguintes termos:

“Na *consulta ao mercado*, pode fazer sentido buscar grande participação de particulares, pois a lógica é de uma disputa quanto às melhores ideias para a tomada de decisões específicas; é quase um procedimento de competição entre interessados, com o estado como árbitro equidistante entre os interesses privados em conflito.

⁵⁴ § 7º - O chamamento público a que se refere o § 6º deste artigo, além de fixar o prazo para a apresentação de MIP pelos eventuais interessados, deverá conter: 1. a descrição resumida da proposta e dos estudos técnicos a serem desenvolvidos, bem como o prazo fixado para sua conclusão; 2. a indicação dos critérios de aproveitamento dos elementos do projeto e limites para o ressarcimento dos custos incorridos. SÃO PAULO. Decreto Estadual n.º 57.289 de 30 de agosto de 2011. Altera o Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, para detalhar o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de Parcerias-Público Privadas - PPP, e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: < <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto-57289-30.08.2011.html>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

⁵⁵ Como exemplo, tem-se o Chamamento Público nº 1/2013/SMDU publicado pela Prefeitura do Município de São Paulo para obter estudos dentro do projeto denominado “Arco do Tietê”. O referido edital foi dividido em duas fases, na primeira se buscava exatamente a solução de projetos que pudessem apresentar cenários relativos à viabilidade do Arco Tietê. Na segunda fase, seriam emitidas novas autorizações para a elaboração dos estudos de viabilidade.

Na *modelagem completa em parceria*, a situação é outra: o particular interage e dialoga profundamente com o estado, colaborando com subsídios sucessivos para que o estado vá fazendo cada uma das milhares de opções necessárias para chegar à modelagem por inteiro e à efetiva outorga da concessão. Nesse procedimento, o particular e o estado são autênticos parceiros, com o primeiro auxiliando passo a passo o segundo a tomar a generalidade das decisões públicas e providências necessárias à modelagem.”⁵⁶

Com base nestes apontamentos, é válido verificar o número de particulares que solicitou autorização para realização dos estudos e se as empresas autorizadas e Administração logram estabelecer um plano de trabalho voltado ao aprimoramento conjunto dos estudos apresentados; questões que serão observadas adiante.

Retomando a estrutura do Edital Chamamento Público nº 007/2012, tem-se inicialmente uma breve introdução na qual são apontadas as razões para justificar o desenvolvimento dos estudos para a PPP-Hospitalar, conforme a seguir:

“o projeto tem como fundamento a excelência no atendimento da saúde da população, via utilização e implantação de equipamentos de última geração, tanto na área médica como da gestão administrativa, e também busca aumentar a oferta e assistência médica em especialidades que ainda não são supridas pelo poder público. Desta forma, busca-se com o objeto a redução de custos e melhoria na gestão hospitalar propiciando o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde para a população.”⁵⁷

Na sequência, no item 4 do edital, é apresentado uma síntese do objeto do contrato de PPP, para o qual se pretende sejam realizados os estudos de viabilidade. Trata-se de conceituação ainda superficial ante a complexidade do objeto que resultará dos estudos; serve, porém, para dar um primeiro indicativo do modelo de projeto que será implantado:

⁵⁶ PINHEIRO, Armando Castelar, et alli. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. P.219. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017..

⁵⁷ Item 1 (introdução) do Edital Chamamento Público nº 007/2012. p. 1.

“Objeto – O objeto do Edital é a Concessão na modalidade Administrativa de Serviço Público de Assistência a Saúde – Hospitais, incluindo, desde de o planejamento funcional do Hospital (plano de massa com lay - out para cada hospital), a elaboração do projeto arquitetônico e executivo, as licenças, a construção, planos de equipamentos médicos, a instalação dos equipamentos médicos, dos equipamentos de apoios, dos instrumentos e a mobília completa. A concepção e construção do modelo projetado deve atender a demanda com a entrega funcional (Turn-key). Posteriormente, na fase operacional, a SPE fará gestão completa das unidades hospitalares no que se refere aos serviços não Assistenciais de Saúde (“Bata Cinza”), incluindo:

- A gestão e logística de suprimentos farmacêuticos (a compra de medicamentos para as Farmácias está fora do escopo da PPP) e hospitalares;
- O dimensionamento e a compra dos materiais médicos e dos insumos; órteses e próteses;
- A operação, manutenção e reposição dos equipamentos médico - hospitalares;
- A gestão, conservação e manutenção dos Bens da Concessão;
- A contratação e gestão de profissionais de todas as áreas concernentes à operação não assistencial (“Bata Cinza”) das Unidades Hospitalares;
- A oferta e gestão dos serviços de alimentação, higienização, lavanderia, esterilização e segurança privada da unidade hospitalar e quaisquer outros necessários à plena execução dos serviços previstos no Edital, Contrato e respectivos anexos;
- A logística intra-hospitalar, o manejo e destinação dos resíduos hospitalares, na forma da lei.”⁵⁸

O Chamamento Público apresentou critérios bem definidos quanto ao conteúdo dos estudos, que deverão contemplar as seguintes categorias: (i) Projetos de engenharia e arquitetura; (ii) sistema integrado de gestão; (iii) transferência de tecnologia; (iv) modelo de remuneração da SPE; (v) análise de viabilidade econômica financeira; (vi) estimativa de custos e despesas; (vii) modelagem jurídico-institucional e (viii) mecanismos de monitoramento e avaliação. Para cada um destes itens, foram indicados de forma específica os elementos a serem instruídos pelos interessados, estipulando-se, com razoável precisão, o teor dos estudos que deveriam ser elaborados.

⁵⁸ Item 4 (introdução) do Edital Chamamento Público nº 007/2012. p. 02.

Na sequência, foram indicados os critérios para o ressarcimento dos estudos realizados, tendo sido estabelecido o limite de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) de acordo com o grau de aproveitamento dos referidos estudos pela Administração.⁵⁹ Outro aspecto relativo ao ressarcimento diz respeito à análise do aproveitamento, que deveria levar em conta os percentuais previamente definidos para determinadas categorias, a saber: 30% para o projeto de arquitetura e engenharia, 25% para os estudos de estruturação hospitalar, 25% para os sistemas de TI e 20% para a estrutura jurídico institucional.

Dentre outras condições, o Edital de Chamamento conclui seu regramento trazendo informações para o cadastro dos interessados em realizar os estudos, para o qual foi estabelecido o prazo máximo de 10 dias, e do prazo máximo para a entrega dos estudos, que seria de 100 (cem) dias contados da publicação do Edital de Chamamento, respeitando o limite máximo previsto no §11º, do Decreto Estadual nº 57.289/2011⁶⁰.

Foram cadastradas um total de vinte e duas empresas interessadas em realizar os estudos, fato que, a princípio, sinalizou o apetite do mercado com relação ao projeto da PPP-Hospitalar. Entretanto, deste total de vinte e duas empresas, apenas três apresentaram tempestivamente os estudos requeridos no Chamamento Público, foram elas: Mendes Junior Trading Engenharia S.A; Construtora Norberto Odebrecht S.A e Deloitte Touch Tohmatsu Consultores Ltda.

O número expressivo de empresas que inicialmente mostraram interesse em realizar estudos é fato que merece ser refletivo pelos agentes públicos que desenvolvem projetos de infraestrutura. Isto porque uma das vantagens da MIP, que seria a obtenção de estudos de viabilidade sem custo para Administração, fica subvertida quando a entidade pública passa a enfrentar excessivos custos de transação para lidar com volume demasiado de estudos, custos estes relacionados à alocação de pessoas ou de contratação de consultor externo. Ademais, como mencionado por Vera Monteiro “A capacidade limitada desses entes públicos de gerir

⁵⁹ Sobre os critérios para adoção deste valor de ressarcimento, remete-se às críticas apresentadas na seção 2.4 deste trabalho.

⁶⁰ “§ 11 - Os estudos técnicos elaborados pelo setor privado serão remetidos à Secretaria Executiva, que coordenará os trabalhos de consolidação da modelagem final, observado o procedimento previsto nos artigos 4º e 7º deste decreto, no prazo de 60 (sessenta) dias, renováveis por igual período, a critério do Conselho Gestor.” SÃO PAULO. Decreto Estadual n.º 57.289 de 30 de agosto de 2011. Altera o Decreto n.º 48.867, de 10 de agosto de 2004, para detalhar o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de Parcerias-Público Privadas - PPP, e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: < <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto-57289-30.08.2011.html>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

mais de um ou dois projetos ao mesmo tempo e a variedade de assuntos a eles submetidos tende a inviabilizar decisões e a paralisar os processos”.⁶¹

Um caminho para mitigar os mencionados problemas, conforme apresentado pela referida autora, seria a concessão de autorização de forma exclusiva para que um único interessado possa realizar os estudos de viabilidade, ficando condicionada essa exclusividade à vedação para que o responsável pelos estudos participe do procedimento licitatório futuro. Solução, por sinal, atualmente adotado pelo Decreto Estadual nº 61.371/2015, nos termos do seu §4º, do art. 17.⁶²

Por fim, em atenção ao §10, do Decreto Estadual nº 57.289/2011⁶³, e ao item 9.2.4 do Edital de Chamamento, foi criado um Grupo de Trabalho coordenado pelo Conselho Gestor e com representantes da SES/SP, da CPP, da UPPP e da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (“PGE/SP”), com o objetivo de analisar os estudos encaminhados, com indicação do grau de aproveitamento, e propor a modelagem final do projeto a ser licitado, o que deveria ser feito no prazo de 60 dias, renováveis por mais 60.

No próximo capítulo é analisado como aquele Grupo de Trabalho procedeu para fins de consolidação dos estudos encaminhados e quais foram os parâmetros adotados; como ficou a modelagem final do projeto PPP-Hospitalar; quais foram os principais aspectos relacionados ao procedimento licitatório; quais foram as principais questões observadas pelo setor privado na fase de consulta pública; quem foi o vencedor do certame e, concluindo, as principais questões jurídicas experimentadas nesta fase de desenvolvimento do projeto.

⁶¹ PINHEIRO, Armando Castelar, et alli. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 217. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁶² “§ 4º - O destinatário de autorização exclusiva deverá apresentar declaração de compromisso de não participação, direta ou indireta, incluídos consórcios ou atividades de consultoria, em eventual licitação resultante dos respectivos estudos.” SÃO PAULO. Decreto Estadual n.º 61.371 de 21 de julho de 2015. Institui procedimento alusivo à apresentação, à análise e ao aproveitamento de estudos, encaminhados pela iniciativa privada ou por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: < <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=175099>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

⁶³ “§ 10 - A elaboração dos estudos técnicos será acompanhada pela Unidade de PPP e pela Companhia Paulista de Parcerias - CPP.” SÃO PAULO. Decreto Estadual n.º 57.289 de 30 de agosto de 2011. Altera o Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, para detalhar o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de Parcerias-Público Privadas - PPP, e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: < <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto-57289-30.08.2011.html>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

2.6 Síntese das questões jurídicas

Neste capítulo foi observado como o Governo do Estado de São Paulo utilizou do mecanismo do PMI para apoio na formatação da modelagem do Projeto da PPP-Hospitalar.

No âmbito federal, o PMI encontra seu fundamento normativo no art. 21 da Lei nº 8.987/1995⁶⁴ e no art. 31, da Lei nº 9.074/1995⁶⁵. Como já mencionado, a mecanismo do PMI carece de norma específica que delinhe os contornos gerais deste instrumento na esfera nacional. Percebe-se, hoje, que vários estados e municípios criaram legislações próprias, muitas vezes colidentes entre si, para tratar do tema do PMI.

O projeto da PPP-Hospitalar foi desenvolvido observando a legislação do Estado de São Paulo vigente à época em que o projeto foi concebido, com destaque para as seguintes normas: Lei Estadual nº 11.688/ 2004, que institui o Programa de PPP no âmbito do Estado de São Paulo, conferindo ao Conselho Gestor a competência para aprovar projetos e recomendar a inclusão dos mesmos no Programa Estadual de PPP; e Decreto Estadual nº 48.867/2004, já amplamente discutido aqui, que dispõe sobre o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento dos estudos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de PPP.

Como mencionado, o Decreto Paulista utilizou a denominação “Manifestação de Interesse Privada – MIP”, que se trata do mesmo mecanismo, porém, esta expressão costuma ser mais utilizada para se referir à fase do PMI que antecede o Chamamento Público (analisado na seção 2.5, retro).

O referido Decreto Estadual nº 48.867/2004 foi revogado pelo Decreto Estadual nº 61.371/2015⁶⁶. Dentre as principais novidades trazidas pelo novo regulamento se tem: (i) a

⁶⁴ “Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.” 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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁶⁵ “Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.” BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁶⁶ Para um aprofundamento sobre esta norma, remete-se ao estudo elaborado por André Castro Carvalho: Estudo jurídico sobre o Decreto nº 61.371/2015 (o “decreto dos PMIs”) do Estado de São Paulo. CARVALHO, André Castro. Estudo jurídico sobre o Decreto nº 61.371/2015 (o “decreto dos PMIs”) do Estado de São Paulo. *Observatório das Parcerias Público-Privadas*. 2015. disponível em:

inclusão de uma Plataforma Digital, para efeitos de apresentação via rede mundial de computadores de propostas de projetos a serem estudados; e (ii) a possibilidade de concessão de autorização exclusiva para que um único particular possa elaborar os estudos de viabilidade, conforme estabelece o §4º, do art. 17, do Decreto⁶⁷ vigente.

Neste capítulo, também foram abordados os seguintes aspectos jurídicos, em síntese:

- Possibilidade de participação dos desenvolvedores dos estudos na fase da licitação. Esta faculdade decorre do art. 31, da Lei nº 9.074/1995, segundo o qual nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços;
- O ressarcimento pelas despesas realizadas pelos interessados tem amparo no art. 21 da Lei nº 8987/1995, já mencionado aqui, e deve ser realizada de acordo com critérios pré-estabelecidos. O Decreto Estadual nº 57.289 determina no item 2, do §7º, do art. 1º, que no Edital de Chamamento deverá constar a “indicação dos critérios de aproveitamento dos elementos do projeto e limites para o ressarcimento dos custos incorridos.”. Como indicado na seção 2.4 é importante que o valor da remuneração seja suficiente para ressarcir os custos enfrentados e que considere o risco empreendido pelo desenvolvedor dos estudos. O valor adequado do ressarcimento pode mitigar o risco de contratação de empresas exclusivamente interessadas na licitação, por outro lado evita que contratação com preço inexequível resulte em projetos de baixa qualidade.

Por razões metodológicas, o presente trabalho considera encerrada a fase do PMI com a entrega dos estudos pelos particulares. A análise dos estudos e formatação da modelagem final integra, portanto, o próximo capítulo, que aborda a fase interna da licitação até a homologação do licitante vencedor.

<<http://pppbrasil.com.br/porta/content/artigo-estudo-jur%C3%ADdico-sobre-o-decreto-n%C2%BA-613712015-o-%E2%80%9Cdecreto-dos-pmis%E2%80%9D-do-estado-de-s%C3%A3o-pa>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

⁶⁷ “§ 4º - O destinatário de autorização exclusiva deverá apresentar declaração de compromisso de não participação, direta ou indireta, incluídos consórcios ou atividades de consultoria, em eventual licitação resultante dos respectivos estudos.” SÃO PAULO. Decreto 61.036, de 01 de janeiro de 2015. Organiza a Secretaria de Governo e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=173868>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

3. DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO: A DEFINIÇÃO DA MODELAGEM FINAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste capítulo são analisados quais os caminhos percorridos pelo Governo do Estado de São Paulo para efeitos de definição do modelo a ser colocado à licitação, uma vez que 03 (três) empresas apresentaram estudos para esta finalidade; como ficou e quais foram as principais características do Edital de Concorrência nº 001/2013, no qual foi licitado o projeto da PPP-Hospitalar; quais foram as principais questões apontadas pelos particulares observadas por meio da apresentação de sugestões e dos pedidos de esclarecimento; e, finalmente, quais foram os principais aspectos jurídicos relativos a esta fase de desenvolvimento do projeto.

Examinam-se os estudos apresentados pelos particulares neste capítulo, considerando que a definição da modelagem final pela Administração compreende fase interna da licitação, com a diferença de que os estudos não foram contratados diretamente pela Administração, ou elaborado por equipe própria, mas sim obtidos via PMI.

3.1 A Definição da Modelagem pela Administração: A análise dos estudos apresentados pelos particulares e a contratação do consultor externo

Conforme estabelecido no item 9.2.4 do Edital de Chamamento, foi criado um Grupo de Trabalho coordenado pelo Conselho Gestor e com representantes da SES/SP, da CPP, da UPPP e da PGE/SP, com o objetivo de analisar os estudos encaminhados, com indicação do grau de aproveitamento, e propor a modelagem final do projeto a ser licitado, o que deveria ser feito no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias.

Para assessorar este Grupo de Trabalho, foi contratada a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (“FIPE”), cujo objetivo era prestar assessoria técnica para apoio na definição da modelagem final. Este trabalho foi desenvolvido a partir da análise dos 03 (três) estudos apresentados na fase precedente do PMI até a formatação do edital publicado, considerando as revisões realizadas entre a consulta pública e a publicação da última versão do edital.

Na seção 2.1 foi dito que a Administração tem três opções para obtenção de Estudos de Viabilidade, em síntese: (i) fazer o trabalho internamente com equipe própria; (ii) contratar

consultores via procedimento licitatório da Lei nº 8.666/1993; e (iii) receber estudos via PMI, nos termos do art. 21 da Lei nº 8.987/1995. No caso do projeto da PPP-Hospitalar, os estudos foram obtidos via PMI, contudo a Administração também optou por utilizar consultor externo para auxiliar na avaliação e consolidação dos estudos apresentados, bem como para prestar assessoria na condução do procedimento licitatório, com a avaliação e consolidação das contribuições do setor privado na fase de consulta pública.

Em entrevista especialmente realizada para este trabalho, Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da PGE/SP, que participou do Grupo de Trabalho formado pela Administração para estruturação do projeto da PPP-Hospitalar, aponta algumas razões que justificam a contratação do consultor externo:

“Existem vários aspectos que podem justificar a contratação do consultor externo. Talvez uma das principais razões seja auxiliar as entidades da Administração com menor conhecimento em contratos de concessão e PPP. Neste sentido, é importante que neste tipo de contratação seja produzido o máximo de envolvimento entre o consultor externo e o Poder Público, de modo que este possa se apropriar de conhecimentos que possam ser utilizados em outros projetos. Outro aspecto relevante da consultoria, especialmente no caso da MIP, diz respeito à possibilidade de alinhar as expectativas da Administração com os estudos apresentados; ou seja, o consultor acaba atuando como um filtro sobre as informações apresentadas pelos particulares, adequando determinados aspectos às premissas previamente estabelecidas pelo Estado. Sobre este ponto é válido apontar que antes do Decreto Estadual nº 61.371/2015, existia certa facilidade para proposição de projetos via MIP, e esta circunstância gerava um elevado número de propostas, sendo relevante o papel do consultor externo também nesse contexto para auxiliar a Administração na compatibilização entre propostas diferentes relacionadas ao mesmo objeto e sua adequação às expectativas do Poder Público. (...)”⁶⁸

Da experiência do projeto da PPP-Hospitalar se observa que as opções para obtenção de estudos não funcionam de forma estanque, sendo oportuno que cada entidade

⁶⁸ Anexo II – Entrevista 01 realizada com Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, que participou do Grupo de Trabalho formado para assessorar a SES/SP na modelagem do projeto da PPP-Hospitalar.

Administrativa elege a opção – ou a combinação delas – de forma mais aderente a sua realidade. Ademais, como já mencionado neste trabalho, em certas ocasiões o Poder Público poderá lidar com o desafio da escassez de recursos humanos ou com a necessidade de fazer frente a diversas prioridades ao mesmo tempo, circunstância que limita sua atuação sugerindo, pois, o recurso ao apoio de consultores externos.

Ademais, mesmo contando com equipe interna especializada em estruturação de projetos, nos chamados “países de referência”⁶⁹ é comum a utilização de consultores externos para apoiar a Administração na estruturação de projetos de infraestrutura, e uma das razões para adoção deste formato é, segundo Estudo do BNDES, mitigar a assimetria informacional inerente ao particular que desenvolve os estudos e a entidade pública que os recebe. Neste sentido:

“Não por acaso, os países de referência têm, em geral, sérias restrições à preparação de projetos de concessão por empresas privadas, exceção feita à participação dos consultores contratados pelo setor público para ajudá-lo nessa preparação. O principal motivo para isso é a forte preocupação do setor público em minimizar os “rents” informacionais que podem ser auferidos pelos investidores privados que atuem nesta fase pré-contratual.”⁷⁰

Portanto, o consultor externo, valendo-se da sua expertise, também cumpre esse papel de “filtrar” os dados e informações apresentados pelos particulares; de modo que o projeto final apresentando seja podado de eventuais direcionamentos ou particularidades não alinhadas com o interesse da Administração.

No primeiro relatório apresentado pela FIPE foi realizada uma análise preliminar global do projeto, tomando-se como base o Chamamento Público, os estudos recebidos pela iniciativa privada e reuniões periódicas realizadas com o Grupo de Trabalho. Os principais aspectos destacados neste relatório foram:

⁶⁹ “caracterizados pela adoção de boas práticas na preparação de projetos e pela ênfase na atividade de planejamento público, dentre os quais podem ser citados Canadá, Austrália, Nova Zelândia e os países integrantes do Reino Unido e União Europeia” PINHEIRO, Armando Castelar, et alli. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 15 Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁷⁰ PINHEIRO, Armando Castelar, et alli. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 15 Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

- Com relação aos estudos apresentados, foi descartado o estudo da Deloitte e procedida a uma análise comparativa entre os estudos da Mendes Junior e da Construtora Norberto Odebrecht, com base nos seguintes critérios: prazo, escopo, objeto, tipo e modalidade de licitação, cronograma de implantação, CAPEX, OPEX, negócios e receitas acessórias, custos acessórios, TIR do projeto, contraprestação, aporte, tributos, endividamento, alavancagem, amortização e depreciação, análise econômica, garantias, providências legislativas e inovação tecnológica.
- Foi selecionado o estudo da Mendes Junior como modelo de referência. As justificativas para a escolha deste estudo se encontram no Ofício CPP nº 033/2013, de 27 de março de 2013, valendo destacar: inovação na modelagem técnico operacional e nos conceitos arquitetônicos; proposta mais abrangente e detalhada em atendimento aos quesitos constantes do Chamamento; melhor proposta conceitual de Tecnologia da Informação e pleno atendimento as demandas da SES.
- Foi sugerida uma divisão dos hospitais licitados em 2 (dois) lotes. Sendo no primeiro lote o Hospital Estadual de Sorocaba e o CERTOO – Centro de Reabilitação e Tratamento dos Olhos e Ouvidos e no segundo lote o Hospital Estadual de São José dos Campos e o HCRSM – Hospital Centro de Referência da Saúde da Mulher.
- Foram analisados, ainda, os itens de custos, no qual foi estimado o valor de R\$ 691.000.000,00 (seiscentos e noventa e um milhões de reais) como custo de investimento (CAPEX) e de R\$ 129.000.000,00 (cento e vinte e nove milhões de reais) como custo anual operacional (OPEX); e do modelo de remuneração, tendo sido abordado: a contraprestação, as receitas acessórias, a forma de reajuste, as garantias e a taxa de desconto.⁷¹

Convém destacar o formato inicialmente previsto para exploração das receitas acessórias contemplava a exploração dos seguintes serviços: Restaurante, cafeteria, “*room service*”, carro de conveniência, máquina de autosserviço, comunicação, serviços financeiros, lazer, estacionamento, “*concierge*” e conveniência. Foi estimado a obtenção de uma receita de R\$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais) anuais com exploração destes serviços.

⁷¹ Importa notar que o relatório da FIPE traz larga explanação sobre os critérios econômico-financeiros do projeto, o que guarda coerência com seu principal campo de especialidade.

Do ponto de vista normativo, a exploração das receitas acessórias é uma prerrogativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.987/1995⁷², aplicada aos contratos de PPP por meio da previsão do art. 3º da Lei nº 11.079/2004⁷³, e tem como finalidade compor a remuneração da concessionária, propiciando que o Poder Concedente possa diminuir o valor do aporte ou da contraprestação pública e preservar a modicidade tarifária.⁷⁴

Este autor, em estudo autônomo sobre a desapropriação em projetos de concessão, vislumbrou que num projeto de PPP-Hospitalar seria possível obter receita acessória por meio da exploração imobiliária do entorno do hospital, uma vez que:

“a inclusão da desapropriação de áreas vizinhas ao local do empreendimento pode viabilizar a captação de receitas acessórias pelo particular decorrentes da venda das propriedades vizinhas diretamente a empresas que atuam como fornecedoras ou prestadoras de serviços hospitalares. O objetivo aqui é capturar em favor do projeto as externalidades positivas que sobrevêm com a entrega do equipamento público, isto porque, a realização de determinado empreendimento de infraestrutura tem potencial para elevar o valor imobiliário das propriedades limítrofes ao dito empreendimento.”⁷⁵

⁷² “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei”. 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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁷³ “Art. 3º. As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento) § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.” 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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁷⁴ À primeira vista, costuma-se considerar a receita alternativa como de menor relevância, contudo, está não é a realidade para alguns setores, como aponta Rafael Verás de Freitas: “Ressalte-se que, em determinados serviços, essas receitas são tão importantes que se configuram como a principal forma de remuneração dos concessionários, como, por exemplo, na concessão de radiodifusão disciplinada pela Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações – CTB). Isso se deve ao fato de que o artigo 6º, inciso II, ‘d’, do CTB preceitua que o serviço de radiodifusão deve ser apto a ser recebido, direta e livremente, pela população em geral, ou seja, de forma gratuita. Contudo, como se sabe, a remuneração desses concessionários é resultante da exploração de publicidade na programação transmitida, a qual não possui natureza de tarifa, mas de receita extraordinária à concessão - regida, pois, pela liberdade de preço.”. FREITAS, Rafael Verás de. Algumas propostas para a interpretação das fontes de receitas alternativas nas concessões. *Revista de Contratações Públicas – RCP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, 2015. p. 154).

⁷⁵ VALOIS TAFUR, Diego Jacome. *Desapropriação e Reassentamento em Projetos de Concessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 112.

Trata-se de questão efetivamente complexa, cuja viabilidade demanda estudos mais detalhados.

Em prosseguimento, o relatório da FIPE foi submetido à avaliação da CPP, que emitiu sua manifestação por meio do Ofício de nº 033/2013, de 27 de março de 2013, no qual foi indicada uma breve síntese do relatório da FIPE e feitas recomendações com o objetivo de equacionar as últimas questões antes de publicação do edital. Dentre as principais recomendações sugeridas pela CPP foi possível notar: (i) Necessidade de identificar e acompanhar as ações relacionadas à liberação das áreas onde serão construídos os hospitais, inclusive sobre a disponibilidade da infraestrutura de água, esgoto, luz, gás, etc.; (ii) indicação dos mecanismos para compatibilização entre os serviços de bata-branca e bata-cinza; (iii) análise sobre a necessidade de eventuais compensações urbanísticas; (iv) confirmação dos valores de CAPEX e do OPEX, uma vez que se utilizou os valores apresentados no estudo da Mendes Junior; e (v) formulação dos indicadores de desempenho.

Por fim, a CPP propõe, dentro de suas atribuições, prestar garantia em favor do contra o risco de inadimplemento referente à parcela da contraprestação mensal, por um período de até 06 (seis) meses, sem prejuízo de avaliar outras modalidades e eventuais complementos de garantia passíveis de utilização na modelagem do projeto da PPP-Hospitalar.

Acerca da garantia prestada pelo poder público, aponta-se que sua finalidade é conferir segurança jurídica em favor do particular sobre as obrigações de responsabilidade do poder concedente, notadamente aquelas relacionadas ao pagamento do aporte e da contraprestação. De acordo com o art. 8º da Lei nº 11.079/2004, as garantias podem ser: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo poder público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo poder público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Isadora Chansky Cohen e Fernando S. Marcato indicam com propriedade que:

“é preciso que o Poder Concedente – quando a modelagem dos projetos de PPPs e, especialmente, na estruturação das garantias públicas – tenha em vista que essas garantias devem sinalizar aos potenciais investidores

(parceiro privado) e financiadores do fluxo de pagamentos públicos do projeto são minimamente confiáveis. E mais: caso o fluxo que lastreia a obrigação primária de pagamento possa se mostrar, por algum motivo, finito ou inviável, a garantia será suficiente para assegurar o pagamento das obrigações pecuniárias”⁷⁶

Mesmo diante das avaliações realizadas pelo Grupo de Trabalho e pela FIPE, questões relevantes não foram adequadamente endereçadas, o que demandou intensa participação do setor privado por meios de contribuições à consulta pública, tema objeto da próxima seção.

Em continuidade, a modelagem final foi aprovada pelo Conselho Gestor em 12/04/2013, tendo sido realizada a Audiência pública em 06/05/2013 para exposição do projeto da PPP-Hospitalar e apresentação da primeira minuta do edital e anexos e, posteriormente, a consulta pública no período entre 13/06/2013 e 13/07/2013, para comentários e pedido de esclarecimentos sobre os documentos disponibilizados

3.2 A primeira versão do edital e as principais questões controversas

É objeto desta seção a análise da fase de audiência e consulta pública, especialmente para observar a minuta do edital apresentada para o Projeto da PPP-Hospitalar e quais teriam sido os aspectos mais controvertidos acerca desta primeira versão do edital.

Como já mencionado, a modelagem até então desenvolvida pelo Grupo de Trabalho, com o apoio da consultoria externa, foi aprovada pelo Conselho Gestor em 12/04/2013 com a orientação de que fosse realizada a audiência e consulta pública para dar conhecimento ao setor privado, e eventualmente receber sugestões, com relação ao projeto da PPP-Hospitalar.

De acordo com o inc. VI, art. 10, da Lei nº 11.079/2004⁷⁷, o procedimento licitatório para realização de um contrato de parceria público privada deverá ser sempre precedido da realização de audiência e consulta pública. Como já tivemos oportunidade de manifestar:

⁷⁶ COHEN, Isadora Chansky; MARCATO, Fernando S. Garantias Públicas nos Contratos de Parceria Público-Privada. In: CARVALHO, André Castro; CASTRO, Leonardo Freitas (coords.). *Manual de Project Finance no Direito Brasileiro*. – São Paulo: Quartier Lantin, 2016. p. 466. No mesmo sentido expõe Luiz Felipe Hadlich Miguel: “O ideal seria que o Estado brasileiro honrasse suas obrigações, respeitasse os contratos, pagasse o que deve. [...] É preciso um contexto sociopolítico-econômico favorável aos investimentos em infraestrutura pública, um ambiente de completo respeito à lei, de responsabilidade no gasto público, do fim do sentimento de impunidade – na ausência destes requisitos, as garantias tentam suprir tais lacunas!” MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *As garantias nas parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 44.

⁷⁷ “Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: [...] VI – submissão da minuta de edital e de contrato à

“A consulta ou audiência pública realizada em momento anterior à publicação do edital definitivo objetiva convocar eventuais interessados para que possam manifestar-se sobre os aspectos gerais da concorrência que ainda será proposta, como: objeto, prazos, exigências de habilitação, preços etc. Para a realização do evento, serão disponibilizadas aos interessados as minutas dos documentos da concorrência (edital, contrato e anexos), de modo que possam analisar eventuais inconsistências e também eventualmente contribuir para o aprimoramento do conteúdo do projeto.”⁷⁸

Outro aspecto que vale chamar atenção acerca do dispositivo retro citado, diz respeito à determinação para que os documentos da licitação sejam também disponibilizados por meio eletrônico, procedimento que vem sendo hodiernamente adotado pelas entidades da Administração, mesmo para as licitações regidas pela Lei nº 8.666/1993, da qual não consta determinação expressa nesse sentido. Importa dizer que a exigência de audiência e consulta pública, bem como dos acessos dos documentos pela via digital, é circunstância que milita em favor do princípio da publicidade e da transparência que devem orientar os atos públicos⁷⁹.

No Projeto da PPP-Hospitalar a Audiência Pública foi realizada em 06/05/2013, oportunidade em que foram apresentados os principais pontos do projeto; posteriormente foi estipulado o período para Consulta Pública entre 13/06/2013 e 13/07/2013, com a respectiva disponibilização dos documentos da licitação (minuta do edital e anexos), sendo facultado aos particulares interessados o espaço para entrega de dúvidas e sugestões.

A seguir os principais pontos referentes à primeira modelagem proposta:

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”. Esta previsão é repetida no art. 21 da Lei Estadual n.º 11.688/2004, que regula a PPP no âmbito do Estado de São Paulo. BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁷⁸ VALOIS TAFUR, Diego Jacome. *Desapropriação e Reassentamento em Projetos de Concessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 76

⁷⁹ “Os atos tomados em nome do Estado, inclusive os atos administrativos, são abertos a todos, são públicos, devem ser amplamente franqueados. Trata-se de mais um princípio que visa a legitimar a atividade administrativa, permitindo que todos os membros da sociedade tenham conhecimento dos atos e de quaisquer dados de seu interesse.” NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45.

Tabela 03: Quadro sintético com as principais características da minuta do edital do projeto da PPP-Hospitalar

Descrição	Modelagem
Tipo de licitação	- Concorrência Internacional
Objeto	- Contratação de Concessão Administrativa para a construção, operação de Serviços “bata cinza” e manutenção de Hospitais estaduais de São Paulo. - Divisão em 2 lotes (CERTOO e Sorocaba; Hospital da Mulher e São José dos Campos)
Prazo	- 20 anos (contados da publicação do extrato do contrato de concessão no Diário Oficial)
Julgamento	- Menor contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente
Participação	- Empresas brasileiras e estrangeiras, instituições financeiras, fundos de investimento e entidade de previdência complementar.
Dinâmica da licitação	1. Credenciamento e garantia da proposta; 2. Habilitação; 3. Proposta econômica; 4. Proposta de desconto (mecanismo que permite que os 2 lotes seja adjudicados para apenas um licitante)
Consórcio	- Sem limitação de participantes. - Líder: sem especificação, devendo ser brasileiro no caso de consórcio entre brasileiros e estrangeiros. - Apresentar compromisso público ou particular de constituição de SPE, contendo as previsões indicadas na minuta do Edital. - Ter um operador de hospital necessariamente.
Garantia da proposta	- R\$ 4,3 milhões para o lote 1, R\$ 4,8 milhões para o lote 2 e R\$ 9,2 milhões para os 2 lotes.
Habilitação jurídica, fiscal, trabalhista e econômico-financeira.	- Documentos exigidos pela legislação. (documentos de praxe)
Habilitação técnica	- Atestados que comprovem: (i) Investimentos de, no mínimo, R\$ 150 Milhões (por lote); (ii) Construção de complexidade e quantitativos semelhantes; (iii) Gestão e/ou administração de serviços não assistenciais em unidade hospitalar de complexidade e quantitativos semelhantes, incluindo responsabilidade técnico-operacional em serviços de TI na área de saúde.

Proposta econômica	<ul style="list-style-type: none"> - Valor da Contraprestação total e dividida por hospital. - Carta de Instituição Financeira atestando a viabilidade e adequação do Plano de Negócios do Licitante. - Cronograma de integralização do capital social da SPE.
Condições para assinatura do contrato	As principais: Constituição de SPE; Integralização mínima de 10% do capital social da SPE, em moeda corrente; Garantia de execução do contrato; Seguros pertinentes; Ressarcimento dos estudos técnicos do Projeto; Apresentação de Plano de Negócios; Constituição da garantia pela CPP.
Aporte	Aporte de recursos por parte do poder concedente, no valor máximo de: (i) R\$195.734.290,00 (cento e noventa e cinco milhões e setecentos e trinta e quatro mil e duzentos e noventa reais) para o Lote 01 e (ii) R\$ 219.361.189,00 (duzentos e dezenove milhões e trezentos e sessenta e um mil e cento e oitenta e nove reais) para o Lote 02.
Subcontratação	Previsão de subcontratação, mediante anuência prévia do poder concedente.
Garantia do Estado	06 contraprestações
SPE	<ul style="list-style-type: none"> - Padrões de Governança corporativa e demonstrações financeiras padronizadas - Participação igual à licitação - Capital Social mínimo: R\$ 47 milhões para o lote 1, R\$ 53 milhões para o lote 2 e R\$ 101 milhões para os dois lotes (10% integralizados em moeda corrente nacional)
Solução de conflitos	Junta técnica, arbitragem e poder judiciário.
Receitas Extraordinárias	<ul style="list-style-type: none"> - Compartilhamento dos ganhos com receitas acessórias, excluídas as receitas acessórias consideradas para formação da proposta de preço. - Prática de preços compatíveis com o mercado local

Cada um dos pontos acima indicados pode ser objeto de reflexão autônoma, para os quais há específica orientação legislativa e doutrinária. Entretanto, conforme indicado na parte introdutória do presente trabalho, não se pretende aqui perfilar todas as características do regime das parcerias público-privadas aplicadas no projeto ora em análise. O recorte limitado proposto enseja que a presente análise lance luz sobre questões que guardem alguma

particularidade ou cujo debate possa guiar para o aprimoramento de projetos de infraestrutura. É neste enfoque que se prossegue adiante

Do exame da minuta do edital submetida à consulta pública, duas questões merecem destaques, a saber: (i) a cláusula que estipula o prazo de vigência do contrato; e (ii) a cláusula que estabelece a exigência de qualificação técnica para participar na licitação.

Sobre o primeiro ponto, veja-se como foi elaborada a cláusula que estabelece o prazo de vigência: “1.2. A contratação da PPP se dará pela modalidade de Concessão Administrativa, pelo prazo de 20 (vinte) anos contados da publicação do Extrato do Contrato de Concessão no DOE/SP.”(Grifo nosso).

Nos termos do inciso I, art. 5º, da Lei nº 11.079/2004⁸⁰, o prazo de vigência do contrato de concessão está relacionado diretamente com o período pelo qual o particular poderá explorar os serviços objeto do contrato e, deste modo, obter as receitas provenientes desta exploração. Neste sentido, o prazo de vigência do contrato deve ser suficiente para garantir a amortização dos investimentos realizados pelo particular e garantir a margem de lucro prevista no plano de negócios.

No caso da PPP-Hospitalar, a contagem do prazo a partir da publicação no Diário Oficial traz incerteza com relação ao período exato para exploração dos serviços, que terá início após entrega da infraestrutura hospitalar. Esta incerteza decorre da natural superveniência de vários fatores que podem impactar no início de construção do empreendimento, tais como: liberação de áreas, licenciamento pelos órgãos do governo, aprovação do financiamento privado, e constituição das garantias que serão ofertadas pelo poder público.

Nos contratos mais recentes de concessão⁸¹ têm se notado maior rigor na elaboração da cláusula que estabelece às condições precedentes do contrato, pelas quais ficam regradadas de forma pormenorizada e exaustiva todas as condições necessárias, de responsabilidade tanto do particular como do poder concedente, para que o contrato possa entrar em vigor e, a partir daí, seu seu prazo iniciado; circunstância que trará maior segurança ao particular sobre a elaboração do seu plano de negócio.

⁸⁰ “I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;” BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁸¹ Bom exemplo é a cláusula 16, da minuta do contrato do edital da Concorrência Internacional nº 02/2016 para Concessão Onerosa da Prestação Do Serviço Público de Transporte de Passageiros das Linhas 5-Lilás E 17-Ouro da Rede Metroviária de São Paulo.

Deve-se lembrar que esta análise recai sobre a minuta da consulta pública, sendo relevante verificar se este ponto foi questionado pelos interessados na licitação e qual foi o formato final definido pelo Poder Público.

Com relação ao item “ii” acima indicado (qualificação técnica exigida no edital), convém observar se o formato indicado na consulta pública guarda alguma ressalva. Como se sabe, a exigência de qualificação técnica tem por objetivo averiguar se o interessado na licitação reúne determinadas condições de natureza técnica que possibilite executar o contrato público dentro dos padrões exigidos. Como destaca Joel de Menezes Niebuhr, “a Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo”⁸².

No projeto da PPP-Hospitalar, foram estipuladas no item 12.10 (iii) do da minuta do edital da consulta pública as seguintes qualificações técnicas para os interessados na licitação:⁸³

“(iii) Atestado(s) de capacitação técnica emitido(s) em nome do Licitante ou membro do Consórcio, por pessoas jurídicas de direito público ou privado, e registrado(s) no CREA, comprobatório(s) de aptidão para desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características e quantidades, comprovando haver realizado, adequadamente, em ocasiões pretéritas, objetos da mesma natureza da presente licitação, caracterizados como seguem:

a) Execução de obras de construção de edificação, com área igual ou superior a 35.000 m² (trinta e cinco mil metros quadrados), na qual tenham sido executadas instalações elétricas prediais incluindo fornecimento e montagem de sistema de emergência provido de grupos geradores, instalação de IT (isolamento terra) e piso condutivo; instalações hidráulicas; e instalação de sistema de gases medicinais.

b) Execução de sistema de ar condicionado com central de água gelada com capacidade mínima de 1.000 TR (mil Toneladas de Refrigeração), com instalações de filtragem absoluta.

⁸² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 381

⁸³ A mesma exigência também foi feita no item 12.11 (iii) do edital, porém com quantitativos diferentes, por se tratar da qualificação técnica para os licitantes que desejavam contratar os 2 (dois) lotes do projeto.

- c) Instalação de transformador de potência trifásico de capacidade 1.500 kVA, ou maior.
- d) Instalação de sistema de automação e supervisão predial que integre sistemas elétricos, hidráulicos e de climatização, sistema de detecção e alarme de incêndio, sistema de controle de acesso, sistema de CFTV.”

A exigência de qualificação técnica contida no item 12.10 (iii), acima transcrita, obriga que a licitante seja composta por no mínimo uma empresa do setor de construção, uma vez que apenas empresas desta natureza detém a experiência indicada no referido item do edital, que é comprovada por meio da exibição de “atestado” devidamente acervado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA.

Editais recentes para projetos de concessão com realização de obra têm desconsiderado a exigência de qualificação técnica para obras e serviços de engenharia. Neste sentido foi o edital da Licitação Internacional nº 03/2016⁸⁴ lançado pela Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo (ARTESP) referente ao programa de concessões rodoviária do Estado de São Paulo. Nesta modelagem, como requisito de qualificação técnica, foi mantida apenas a exigência de comprovação dos serviços operacionais⁸⁵, sendo relegada para o momento da assinatura do contrato a comprovação dos demais requisitos técnicos, os quais poderiam ser comprovados por terceiro subcontratado.

Outro aspecto favorecido na referida modelagem foi à demonstração da qualificação econômica, traduzida na capacidade de contrair empréstimos sob modalidade do *Project Finance*⁸⁶ nos valores necessários para execução do contrato a ser licitado. Este formato viabiliza um maior número de interessados na licitação ao permitir que possam participar,

⁸⁴ Concessão dos serviços públicos de operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do Sistema Rodoviário do Lote denominado "Rodovias do Centro-Oeste Paulista". Aviso de Licitação foi publicado no DOE do dia 05/11/2016.

⁸⁵ “Item 13.29. A LICITANTE deverá comprovar a experiência técnica prévia para o desenvolvimento das seguintes atividades: i. administração, gestão e operação de rodovias, com volume de tráfego médio diário anual (VDMA) bidirecional superior a 7.500 (sete mil e quinhentos) veículos, e comprovação de operação de, pelo menos, 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) de extensão de rodovias; ii. operação de sistemas de cobrança automática de pedágio; e iii. elaboração e execução de projetos de sinalização, projetos de dispositivos de contenção viária, manutenção e conservação de sinalização vertical e sinalização horizontal e sinalização de obras.

⁸⁶ *Project finance* se refere a uma modalidade de financiamento cujo processo de avaliação, estruturação e concessão dos recursos está calcado, primordialmente, na capacidade financeira do projeto, ou seja, a principal garantia do empréstimo terá como lastro o empreendimento em si (recebíveis, ativos etc.) e não o patrimônio do acionista, não comprometendo, assim, nem o seu balanço nem a sua capacidade de obter recursos para viabilizar outros projetos. BORGES, Luiz Ferreira Xavier; FARIA, Viviana Cardoso de Sá e. *Project finance: considerações sobre a aplicação em infraestrutura no Brasil. Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 241-280, dez. 2002. p. 245

isoladamente ou em conjunto com outra empresa, grupos econômicos associados ao setor de investimentos, como as empresas de participação (*holdings*) e fundos de *private equity* e *venture capital*.

Na Licitação Internacional nº 03/2016 promovida pela ARTESP, o vencedor foi o Pátria Investimentos⁸⁷, fundo de investimentos formado sob a modalidade de *private equity*. Este fato indica que a flexibilização dos requisitos de qualificação técnica, sobretudo daqueles relacionados a serviços que podem ser subcontratados, pode ser uma oportunidade para ampliar o leque de grupos econômicos interessados em projetos de infraestrutura.

Retornando à minuta do edital da PPP-Hospitalar, a regra do item 12.10 (iii), acima transcrita, parece neutralizar a intenção do item 9.4 do edital que estabelece ser “admitida a participação de entidades fechadas ou abertas de previdência complementar, instituições financeiras e/ou fundos de investimentos, isoladamente ou em consórcio”. Como se pontuou, qualquer das empresas citadas no item 9.4 dificilmente conseguiria atender isoladamente à exigência de qualificação técnica do edital.

Como dito, a presente análise recai sobre a minuta do edital apresentada na consulta pública. Será, pois, elucidativo verificar se a questão acima debatida foi objeto de questionamento por parte dos interessados na licitação e como, ao final, foi regulada a mencionada regra sobre a qualificação técnica.

3.3 As sugestões apresentadas pelo setor privado e o fator estratégico da fase de consulta pública

De acordo com inc. VI, art. 10, da Lei nº 11.079/2004⁸⁸, o procedimento licitatório para realização de um contrato de parceria público-privada deverá ser sempre precedido da realização de audiência e consulta públicas. Nesta fase os interessados no certame têm acesso

⁸⁷ O Fundo Pátria foi o vencedor da Licitação Internacional 003/2016 (ARTESP), com uma oferta de R\$ 917.000.000,00 (novecentos e dezessete milhões) e com um ágio de 130,89%.

⁸⁸ “Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: 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.” BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

às minutas do edital e anexos e passam a ter a oportunidade de apresentar contribuições com o objetivo de aprimorar a modelagem final do projeto.

Após a conclusão do período de consulta e publicação do edital e contrato definitivos da licitação, é facultado novo prazo para que os particulares possam solicitar informações acerca dos documentos apresentados. Esta faculdade encontra fundamento no inciso VIII⁸⁹, do artigo 40, da Lei de Licitações e também costuma ser designado como “fase de esclarecimentos”, no qual o particular formula questionamentos ao ente licitante, em regra à Comissão de Licitação, com vistas a corrigir omissão, sanar contradição ou aclarar determinada regra disposta no edital e nos demais documentos anexos referentes ao procedimento licitatório ou ao próprio objeto da licitação.

Pode-se dizer que há uma relevante diferença sobre a forma com o setor privado interage com o Poder Público nestes dois momentos. No primeiro, há uma liberdade maior de “intervenção” por parte do particular, uma vez que os documentos apresentados se referem nesta fase apenas a uma “proposta” de modelagem, cujas condições supostamente podem ser alteradas em função das sugestões que forem apresentadas. No segundo, o espaço de atuação é mais limitado, pois os documentos apresentados são considerados definitivos, cabendo somente corrigir omissão, sanar contradição ou aclarar determinada regra disposta no edital e nos demais documentos anexos⁹⁰.

Com efeito, a fase de consulta pública tem a tendência de apresentar um conteúdo mais qualificado, dado o maior espaço de intervenção do particular com o Poder Público. E esta tendência se verificou igualmente no caso do projeto da PPP-Hospitalar, razão pela qual a presente pesquisa se limitará ao estudo das contribuições apresentadas no período da consulta pública, realizada entre junho e agosto de 2013.

Da análise das contribuições apresentadas, foi possível notar que parte majoritária das questões levantadas pelos interessados na licitação diz respeito às incertezas sobre a modelo

⁸⁹ O edital deverá indicar, obrigatoriamente: VIII - “locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação a distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto”. BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁹⁰ Cabe destacar que mesmo na “fase de esclarecimento” há um espaço relevante de intervenção do particular. A este respeito, já nos manifestamos no seguinte sentido: “Não obstante o pedido de esclarecimentos ter a finalidade precípua de corrigir omissão, sanar contradição ou aclarar determinada regra disposta no edital, a prática de quem opera com licitações revela que os efeitos da resposta conferida pelo órgão licitante podem representar bem mais do que os aqui apontados. Isto porque, a resposta que fixa determinada interpretação sobre as regras do edital tem elevado potencial de influenciar o próprio certame”. VALOIS TAFUR, Diego Jacome. *Desapropriação e Reassentamento em Projetos de Concessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 66.

de governança envolvendo os serviços bata-branca e bata-cinza. Para ser ter uma ideia, dentre um total de 151 (cento e cinquenta e uma) sugestões encaminhadas, 23 (vinte e três) versavam direta ou indiretamente sobre aspectos de interface e interdependência entre os serviços a serem executados pela equipe médica (bata-branca) e os serviços executados pela concessionária (bata-cinza). Dada a relevância para a presente pesquisa, este tema será tratado em tópico próprio, na seção seguinte.

Vários outros aspectos também foram levantados pelo setor privado. Do estudo das referidas sugestões é possível apreender aspectos relevantes para estruturação de projetos em PPP, bem como observar como o setor privado se posiciona frente a determinadas condições. As lições auferidas podem contribuir para correção não apenas do projeto que se encontra em consulta pública, mas também sobre outros projetos que venham a ser estruturados pelas entidades públicas. Tal circunstância viabiliza a geração de eficiência pública por meio da captura de erros e acertos de projetos anteriores.

Neste sentido, é oportuno que a academia incentive a produção de pesquisas que envolvam a análise de “precedentes” em estruturação de projetos de infraestrutura, tendo grande papel neste contexto a análise e sistematização das contribuições apresentadas pelo setor privado na fase de consulta pública.⁹¹

No projeto da PPP-Hospitalar, alguns aspectos tiveram maior recorrência nas contribuições apresentadas pelos particulares, a saber:

- A utilização do “verificador independente” para efeitos de medir os índices de desempenho da concessionária exigidos no contrato;
- A necessidade de complementação da garantia ofertada pelo poder concedente; de modo a garantir a liquidez da contraprestação e aporte;
- Sobre determinadas exigências de caráter burocrático, especialmente sobre a necessidade de anuência do poder concedente para as subcontratações;

⁹¹ Na obra “Desapropriação e reassentamentos em projetos de concessões”, o autor pesquisou as contribuições e pedidos de esclarecimentos apresentados pelo setor privado relacionadas ao tema da desapropriação, e as respectivas respostas da Administração, extraídas do procedimento licitatório realizado para sete projetos de concessão (comum e PPP). A partir desta análise foi possível sistematizar os principais riscos percebidos pelos particulares e como os desenvolvedores de projetos poderiam mitigá-los. VALOIS TAFUR, Diego Jacome. *Desapropriação e Reassentamento em Projetos de Concessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

- Sobre a indicação prévia da Câmara Arbitral.

Na próxima seção será indicado como o Poder Público respondeu a cada um dos pontos aqui mencionados. A constatação de que parte das sugestões efetivamente foi absorvida na modelagem final do projeto da PPP-Hospitalar denota a importância e o teor estratégico da fase da consulta pública para o particular interessado do procedimento licitatório.

Retomando os pontos acima indicados, convém fazer breve explanação sobre cada um deles antes de observar como o Poder Público se manifestou.

Com relação ao “verificador independente”, tem-se que na versão do edital divulgada na consulta pública a aferição dos índices de desempenho, que impactam positiva ou negativamente na remuneração da concessionária, seria certificada pela própria SES/SP, aspecto que foi questionado pelos particulares em função do claro conflito de interesses existente quando fica concentrado na mesma entidade o dever de efetuar o pagamento da contraprestação e de medir os índices de desempenho. Isto porque a avaliação do índice de desempenho impacta na composição do valor da contraprestação, circunstância que abre espaço para realização de condutas oportunistas por parte da Administração, notadamente em cenários de limitação orçamentária do órgão público que pode vislumbrar na avaliação inferior do desempenho da concessionária um meio para economizar recursos.

Esta preocupação foi refletida por meio da sugestão de 2.7.30 apresentada pela Construtora Norberto Odebrecht:

“Em razão da necessidade de acompanhamento mensal do atendimento a diversos requisitos de qualidade dos serviços prestados pelo parceiro privado, para fins de cálculo da remuneração a ela devida, a função de fiscalização e apuração do desempenho da contratada deveria ser assumida por um agente independente especializado, contratado pelo Poder Concedente, com a anuência do Parceiro Privado, mas que não mantenham relação de subordinação com nenhuma das partes.”

Outro ponto diz respeito à proposta de garantia pública que foi apresentada pelo Poder Público. Nos documentos da consulta pública, havia previsão de reserva de seis contraprestações, por meio de recursos aportados pela CPP, que figuraria como interveniente

no contrato da PPP-Hospitalar. Segundo as sugestões apresentadas, algumas delas indicando o modelo do projeto da Linha 6 e Linha 4 do Metrô como paradigma, o formato inicial de garantias públicas careciam de uma estrutura de garantias complementares, bem como de uma melhor regulação sobre a segregação das contas de garantia (“*escrow account*”) e sobre os respectivos administradores. A contribuição 2.2.23 apresentada pela empresa Mendes Junior é ilustrativa neste sentido:

“Sugere-se, como forma de mitigar os riscos de não pagamento dos aportes de recursos por parte do Poder Concedente, a instituição de uma conta vinculada em nome do Poder Concedente, com destinação exclusiva ao pagamento da Concessionária a título de aporte. Ademais, e como forma de mitigar a exposição da Concessionária ao risco de inadimplemento do aporte por parte do Poder Concedente, sugere-se a previsão da suspensão do contrato em caso de atrasos superiores a 90 dias no pagamento do aporte pelo Poder Concedente, mediante a aplicação analógica do art. 78, inciso XV, da Lei 8.666/93”

Também mereceu questionamentos pelos particulares a necessidade de anuência prévia por parte do poder concedente para aprovação dos subcontratados. O principal argumento diz respeito ao excesso de burocracia ou mesmo ao caráter eminentemente privado da relação entre a concessionária e seus prestadores de serviço, que devem ser rápida e livremente substituídos sempre que se entender pertinente a exclusivo critério do parceiro privado. Neste sentido a contribuição de nº 2.2.34 apresentada pela empresa Mendes Junior:

“Os entre a Concessionária e seus subcontratados regem-se pelo direito privado e não implicam qualquer transferência das responsabilidades assumidas por ela frente ao Poder Concedente. Assim, as condições do contrato de prestação de serviço firmados entre a Concessionária e seus subcontratados não necessitam ser levadas ao conhecimento do Poder Concedente. A comunicação das condições gerais da contratação prevista nos demais incisos da cláusula já permitem o acompanhamento do Poder Concedente.”

Sobre o tema relacionado à arbitragem, tem-se notado que nos projetos de concessão modelados pelo Poder Público não há a indicação da Câmara Arbitral, ficando estipulada que esta será definida na oportunidade do litígio por decisão conjunta das partes. Esta questão gera grande incerteza, uma vez que a ausência de definição prévia da Câmara Arbitral elava as chances de se ter que recorrer ao poder judiciário, nos termos do art. 7º⁹², da Lei nº 13.129/2015, que modificou a Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), circunstância com potencial para acarretar atraso na solução da demanda.

Este ponto foi abordado pela contribuição de nº 2.7.54, apresentada pela empresa Construtora Norberto Odebrecht, nos seguintes termos:

“De modo a garantir clareza e segurança quanto aos procedimentos ligados à Arbitragem, sugerimos que a cláusula 50.2 do Contrato indique expressamente e previamente qual será a Câmara Arbitral responsável pela realização de Arbitragem, bem como o regulamento aplicável. A previsão de indicação unilateral por uma das partes dos árbitros e do regulamento que regerão a arbitragem, em momento posterior ao surgimento do conflito, por ser prática sem previsão em lei e contrária ao espírito da confiança que pauta a escolha da arbitragem como método de resolução de conflitos, poderia acarretar a nulidade da cláusula arbitral.” Solicitamos a V.Sas. avaliar a possibilidade de utilização da redação a seguir para a referida cláusula:

50.2 As partes acordam que qualquer controvérsia sobre Direitos Disponíveis que não puder ser resolvido amigavelmente, nos termos da cláusula 50.1 ou da cláusula quadragésima nona, ambas deste Contrato, será submetida à Câmara de Arbitragem, instaurada em até 15 (quinze) dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das Partes, via comunicação formal à outra Parte. A arbitragem será administrada pela Câmara de Comercio Internacional (CCI), segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem foi iniciada.

⁹² “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.” BRASIL. Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

A sugestão da Câmara de Comercio Internacional – CCI se dá em razão de sua notória experiência da administração de arbitragem, elevado grau de especialização dos árbitros e ilibada reputação.”

Por fim, cabe lembrar que na seção 3.2 deste trabalho foram indicadas duas questões aparentemente controvertidas na minuta do edital da consulta pública referentes: (i) à cláusula que regula o prazo de vigência do contrato, na qual foi estipulado como início de prazo a data de publicação no Diário Oficial; e (ii) à cláusula que estabelece os critérios de qualificação técnica para participar na licitação, com a exigência de demonstração de experiência anterior em obras de edificação. Na sequência, vale checar como estes pontos foram observados na fase da consulta pública.

Com relação ao prazo de vigência do contrato, a sugestão encaminhada pela empresa designada como “ANSD – 005-2013” é esclarecedora:

“A minuta do contrato não subordina a sua eficácia e, portanto, o início da contagem do prazo de concessão à disponibilização dos imóveis com os respectivos acessos para os complexos hospitalares, o que implica, na prática, em redução do prazo do contrato de 20 anos para 19 anos e seis meses, na melhor das hipóteses, haja vista que a minuta confere ao Poder Concedentes seis meses para disponibilizar os terrenos. Tal fato, por si só, já implica em aumento do valor da contraprestação que será cobrada mensalmente por qualquer licitante, haja vista o prazo menor para amortização. Todavia, o menor dos problemas ocorrerá caso haja atraso na disponibilização dos terrenos pela SES-SP, pois a SPE verá consumido um prazo maior do contrato sem poder iniciar a construção dos hospitais.

Para o parceiro privado é de suma importância que os principais requisitos para o início da fase de implantação dos Hospitais estejam preenchidos antes que se dê início ao cômputo do prazo de vigência do contrato de concessão administrativa, o que mitiga os efeitos negativos de eventuais demoras na obtenção da posse de imóveis, como visto acima, na medida em que o prazo contratual não transcorrerá neste caso, preservando para futura Concessionária o período de prestação dos serviços (há apenas um deslocamento no tempo do início da prestação dos serviços, mas não se “consume” o prazo do contrato sem que a futura Concessionária possa

implantar os Hospitais e dar início à prestação dos serviços, passando a fazer à contraprestação mensal correspondente).”

Sobre o segundo item (qualificação técnica), ao contrário do que se imaginava, não foi apresentada nenhuma contribuição com a finalidade de questionar a exigência de qualificação técnica referente à comprovação da experiência na execução de obras de edificações. O que ocorreu, tão somente, foram questionamentos acerca dos quantitativos exigidos. Por outro lado, percebeu-se um razoável número de questionamentos sobre a exigência de experiência nos serviços hospitalares.

Conforme mencionado na seção anterior, projetos de concessão mais recentes têm dispensado a exigência de qualificação técnica relacionadas à experiência prévia em obras e serviços de engenharia, e o resultado tem sido a participação de fundos e sociedades com carteira de investimentos diversificada, não concentrada apenas no setor de infraestrutura.

No cenário em que *players* com diferentes perfis passam a demonstrar interesse na participação em projetos de concessão, deixa-se de fazer sentido exigir qualificação técnica com relação à experiência em serviços que podem ser subcontratados, como se trata os serviços de engenharia. Este entendimento encontra respaldo no inciso XXI⁹³, art. 37, da CF/88, cuja disposição estabelece que na licitação apenas será exigida a “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”; logo, em contratos de concessão a exigência de qualificação técnica pode ser dispensada, vez que a concessionária assumirá o risco pela realização de obra e execução dos serviços, conforme indicadores de desempenho previamente estabelecidos.

Entretanto, o mesmo raciocínio não ocorre com relação à exigência de qualificação econômica. Como a concessionária ficará responsável pela captação de recursos, seja para realizar investimentos seja para o pagamento de outorga, torna-se relevante seja demonstrada sua capacidade econômica para obter empréstimos de longo prazo sob a modalidade do *project finance*.⁹⁴

⁹³ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

⁹⁴ No edital da Concorrência Internacional relativa à concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos de Porto Alegre - Salgado Filho, de Salvador - Deputado Luís Eduardo Magalhaes, de Florianópolis - Hercílio Luz e de Fortaleza - Pinto Martins; constava a seguinte exigência de qualificação econômica: item 4.42.

3.4 O *red flag* do setor privado: O risco de governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza

Conforme apontado na seção anterior, parte significativa das contribuições apresentadas pelos particulares versava sobre preocupações relacionadas à governança entre os serviços de responsabilidade da equipe médica (bata-branca) e os serviços a cargo da concessionária (bata-cinza).

Tais preocupações decorrem da interdependência entre determinados serviços que ficarão a cargo de cada dos referidos sujeitos. Para se ter uma ideia, o processo de aquisição, armazenamento, controle de estoque e utilização de medicamentos passa por etapas nas quais se entre cruzam as responsabilidades do agente público e do ente privado. A imagem a seguir, constante do Anexo II – Caderno Técnico do Contrato da PPP-Hospitalar, serve para ilustrar o grau de amarração entres os deveres das partes contratuais.

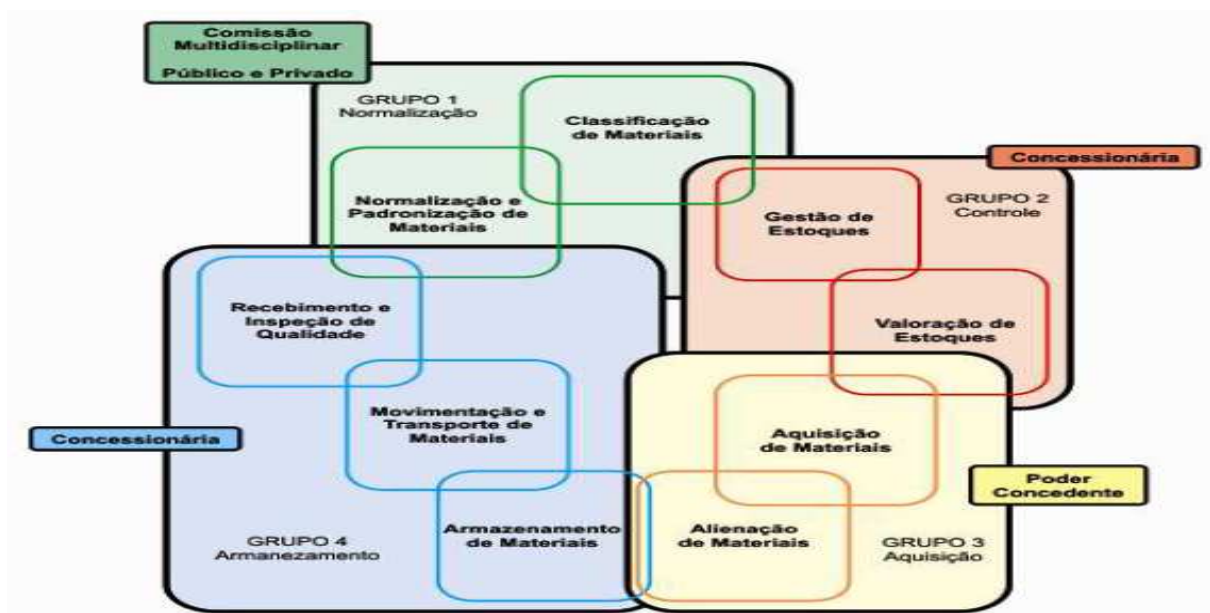


Figura 01: Extraído do Caderno Técnico para implantação do Hospital Estadual de Sorocaba, p. 192.

A Proponente e, no caso de Consórcio, cada consorciado individual e proporcionalmente à sua participação no Consórcio, deverá declarar que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e de terceiros necessários à consecução do objeto desta Concessão, nos termos do Anexo 17 - Modelo de Declaração de Capacidade Financeira.

Assim, dado o grau de atuação compartilhada sobre determinadas atividades, os particulares observaram que a minuta do contrato da PPP-Hospitalar não estabelecia satisfatoriamente as regras de “convivência” entre os serviços bata-branca e bata-cinza, circunstância que trazia grande risco para concessionária, cuja qualidade do serviço poderia em alguma medida depender de ato de responsabilidade do poder concedente. A sugestão 2.2.9, apresentado pela empresa designada como “ANSD-005-013”, é ilustrativa neste sentido:

“As regras demasiado abertas sobre a interface contratual entre o chamado operador do complexo hospitalar, a Concessionária e o Poder Concedente inviabilizam qualquer previsão por parte dos licitantes sobre como se dará esse relacionamento e quais as obrigações adicionais que ele trará para a Concessionária.

Não há na cláusula sequer diretrizes que permitam preservar minimamente o escopo das obrigações da futura SPE, tais como deixar expresso que o operador dos hospitais será o único responsável pela prestação dos referidos serviços, não sendo admitida a transferência de tal responsabilidade à SPE; que o mesmo operador deverá colaborar para assegurar a melhor performance possível para o hospital, notadamente em relação aos serviços em que haja interdependência com a atuação da SPE; que compete única e exclusivamente à SPE definir os procedimentos, regras e métodos de trabalho relativos aos serviços não assistenciais sob sua gestão, sem prejuízo de aprimoramentos que possam ser desenvolvidos sempre de comum acordo; a obrigação do operador de obter e manter em vigor as licenças que sejam necessárias para a prestação dos serviços ‘bata branca’ e daquelas que demandem a participação da área clínica para serem obtidas (...)”.

Outro aspecto abordado refere-se à obtenção da chamada “Acreditação Hospitalar”. Como mencionado na seção 2.3 da presente pesquisa, a exigência do parâmetro de acreditação hospitalar (ou “acreditação internacional”) foi determinada pela SES/SP, por meio do Ofício GS nº 3029/2012, de 18 de junho 2012, ainda naquela fase preliminar onde foram analisadas as MIPs apresentadas por agentes do setor privado.

O objetivo da inclusão deste parâmetro no âmbito do projeto da PPP-Hospitalar é garantir o nível da qualidade dos serviços dentro de padrões que possam ser atestados por empresas certificadoras, especialmente voltadas para o sistema hospitalar. Não há dúvidas

sobre o acerto do Poder Público em conferir rigor técnico na execução dos serviços que serão prestados no sistema público de saúde e, portanto, para a população mais carente; contudo, aparentemente os desenvolvedores do projeto da PPP-Hospitalar não lograram formatar o melhor modelo para a obtenção da “acreditação hospitalar”, tendo-se observado quatro questionamentos acerca do tema. Neste sentido, conferir a sugestão 2.7.14 apresentada pela empresa Construtora Norberto Odebrecht:

“O cumprimento dos requisitos exigidos para a Acreditação Hospitalar depende de certas ações e qualificações (obtenção de certificados) que competem ao Operador do Complexo Hospitalar (“bata branca”), sendo impossível que o Parceiro Privado assuma o gerenciamento das atividades para obtenção da Acreditação. Tampouco nos parece possível segregar responsabilidade da Bata Branca e da Bata Cinza para esses fins; a atribuição ao parceiro privado do ônus de demonstrar a interdependência entre as atividades a cargo de cada um para eximir-se das responsabilidades da não obtenção da Acreditação gera grave desequilíbrio”

Com relação à utilização da infraestrutura e dos equipamentos da unidade hospitalar, cuja manutenção e atualização serão de responsabilidade da concessionária, também ensejou questionamentos a ausência de melhor regramento que imponha responsabilidades ao agente que causar dano em decorrência de mau uso dos equipamentos, uma vez que parte relevante dos ativos será manuseada pela equipe bata-branca. Externa essa preocupação a contribuição de nº 2.1.3, apresentada pela empresa Mendes Junior:

“Com relação ao serviço de manutenção de equipamentos: como serão abordados os custos de manutenção de equipamentos que não sejam preventivas? Sabemos que a bata branca do hospital não será na concessionária e, desta forma, a operação dos equipamentos – ativos da concessionária – se dará por funcionários que não estarão sob tutela da SPE. Como serão alocados os custos, principalmente, das quebras relacionadas a mau uso dos equipamentos, rechamadas e quedas? Ainda em relação a manutenções e possíveis reparos dos equipamentos médicos, quando houver perda de acessórios ou danificações de acessórios pela bata branca a quem estará atrelado o risco de reposição do mesmo ou até mesmo do equipamento em casos aplicáveis?”

Aspecto relevante diz respeito ao risco de vincular a receita da concessionária à demanda do hospital. Como apontado na contribuição abaixo transcrita, a demanda da unidade hospitalar está intrinsecamente relacionada com a gestão da equipe-bata branca sobre os serviços médicos que serão prestados, cabendo a esta equipe a decisão sobre a permanência ou transferência do paciente, bem como sobre a realização de exames e outros procedimentos clínicos. Ou seja, há uma imprevisibilidade para se estimar ou se manter uma demanda estável na unidade hospitalar, aspectos que enseja risco à concessionária cuja contraprestação é composta por um coeficiente relativo à taxa de ocupação hospitalar⁹⁵. Neste sentido, a contribuição de nº 2.1.8, apresentada pela empresa Mendes Junior:

“Ainda relacionado à ocupação do hospital, destacamos também a questão de responsabilização pela ocupação do mesmo. Há que observar que os hospitais em questão são hospitais de atendimento referenciado, ou seja, a demanda dos mesmos está atrelada ao encaminhamento por outros hospitais, pelos serviços de resgate e demais atividades relacionadas, não incluindo demanda espontânea. Ademais, não cabe a SPE prestadora de serviços “bata cinza” qualquer gestão sobre a demanda efetiva pelos serviços “bata branca” a serem prestados pelo hospital. Portanto, o risco de ocupação e atendimento à demanda deve ser alocado única e exclusivamente ao Poder Concedente e ao prestador de serviços relacionados à “bata branca”. É importante salientar que neste processo a Concessionária se responsabiliza estritamente pela disponibilidade dos ativos necessários ao funcionamento do hospital, assim como pela prestação dos serviços não assistenciais, que deverão operar normalmente ainda que o hospital apresente queda em sua taxa de ocupação.”

Outro risco relacionado à interface entre os serviços bata-cinza e bata-branca se referem ao cumprimento dos indicadores de desempenho. É inerente aos contratos de concessão que a remuneração devida à concessionária esteja vinculada ao atingimento de determinadas metas (indicadores de desempenho) previamente estabelecidas no contrato. A este respeito, foi notado que o cumprimento de algumas metas necessitava de ações de

⁹⁵ Na seção 4.4 é analisada a cláusula de remuneração do contrato da PPP-Hospitalar e como o coeficiente da taxa de ocupação da unidade hospitalar impacta na composição da contraprestação.

responsabilidade da equipe bata-branca, criando certa dependência da concessionária quanto à realização dos serviços nos parâmetros adequados. Este ponto está retratado na contribuição de nº 2.1.9, apresentado pela empresa Mendes Junior:

“Como a SPE poderá ser responsabilizada pela satisfação de seus fornecedores? É uma metodologia de avaliação muito subjetiva e tendenciosa, uma vez que os fornecedores da SPE são os próprios fornecedores dos equipamentos e não são isentos de impressões e opiniões comerciais. A SPE não deve ser responsabilizada por % de atendimento, uma vez que é responsável única e exclusivamente pela disponibilidade dos ativos do hospital e serviços “bata cinza”. As metas pactuadas por serviço deverão ser cumpridas pela “bata branca” do hospital e a SPE deverá ser responsabilizada por isso apenas em situações em que a indisponibilidade dos equipamentos e/ou sistemas for comprovada. Recomenda-se a completa revisão dos indicadores para corrigir tais situações.”

Também suscitou questionamentos eventuais atrasos no início da operação dos serviços pela equipe bata-cinza por atrasos do poder concedente na organização ou contratação dos responsáveis pela equipe bata-cinza. Conforme anotado na seção 3.2, acima, o inciso I⁹⁶, art. 5º, da Lei nº 11.079/2004, o prazo de vigência do contrato será aquele necessário para garantir a amortização dos investimentos realizados pelo particular e garantir a margem de lucro prevista no plano de negócios; ou seja, a remuneração do particular é realizada levando em conta o período que a concessionária estará operando e, portanto, recebendo a contraprestação. Assim, qualquer aspecto que possa impactar neste período, deverá ser regulado no contrato de modo que o particular não tenha sua equação econômico-financeira prejudicada. A contribuição de nº 2.2.12, apresentada pela empresa designada como “ANSD-005-2013”, ilustra bem este aspecto:

“Deve constar do contrato cláusula expressa prevendo que a prestação dos serviços será considerada iniciada e a contraprestação devida mesmo na

⁹⁶ “I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;” BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

hipótese de os serviços assistenciais (bata branca) não serem iniciadas pelo Poder Concedente, por qualquer motivo. Com efeito, não pode a SPE ter o prazo de amortização de seus investimentos prejudicado caso cumpra suas obrigações e disponibilize os hospitais e o Poder Concedente ou o ente responsável pelos serviços “bata branca” não tenha condições de iniciar os serviços.”

Conforme já mencionado, foi apresentado um total de 23 contribuições na consulta pública sobre o tema da governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza, o que representava quase 20% sobre o total dos questionamentos apresentados. Este expressivo número é indicativo de que o tema em questão era efetivamente sensível para os particulares interessados na licitação. Na seção 4.2 será analisado como Poder Público estruturou a modelo final do contrato da PPP-Hospitalar, de modo a endereçar as questões aqui retratadas.

3.5 A posição dos estruturadores do projeto frente aos principais aspectos levantados pelo setor privado

Nesta seção será analisado como o Governo do Estado do São Paulo, por meio do Grupo de Trabalho especialmente formado, respondeu sobre as principais contribuições apresentadas pelos particulares mencionadas nas seções anteriores. Em síntese, as referidas sugestões e questionamentos tratam sobre:

- 1) As dúvidas sobre a governança e interdependência de serviços envolvendo as atividades da concessionária (bata-cinza) e a equipe médica (bata-branca);
- 2) A utilização do “verificador independente” para efeitos de medir os índices de desempenho da Concessionária exigidos no contrato;
- 3) A necessidade de complementação da garantia ofertado pelo Poder Concedente; de modo a garantir a liquidez da contraprestação e aporte;
- 4) A indicação prévia da Câmara Arbitral.

5) O marco para contagem do prazo de vigência da concessão.

O primeiro ponto de refere às dúvidas sobre a governança entre os serviços sob responsabilidade da concessionária (bata-cinza) e os serviços de atribuição da equipe médica (bata-branca). Conforme mencionado no item anterior, esta questão se apresentou como de grande incerteza para os particulares interessados no projeto, na medida em aproximadamente 20% das sugestões tratavam exclusivamente do tema em referência. Pela análise das sugestões, percebeu-se que o maior fator de preocupação dizia respeito a uma ausência de definição mais clara e detalhada acerca das atribuições de cada parte que teria que conviver no âmbito hospitalar.

Observar como este desafio foi enfrentado pelo Poder Público traz ricas contribuições para projetos modelados por meio do regime PPP nos quais exista a necessidade de interdependência entre os serviços; tais como ocorre em presídios e escolas. Dada à relevância, o assunto será analisado em seção própria no próximo capítulo (seção 4.2).

Por ora, convém destacar que o Grupo de Trabalho considerou apropriada maior parte das contribuições apresentadas pelos particulares, tendo sido procedido à revisão na modelagem final do projeto para fins de superar as incertezas sobre a interface dos serviços bata-cinza e bata-branca. Neste sentido, destacou a FIPE que a “estrutura de gestão foi modificada no Contrato, redistribuindo as competências da Comissão de Interface e do Comitê Gestor”⁹⁷.

O segundo ponto diz respeito ao “verificador independente”. Como dito, os particulares manifestaram preocupação com o fato de que a análise de desempenho da concessionária, cujo resultado impacta no valor da contraprestação mensal, fosse aferida pelo próprio Poder Concedente, circunstância que remete a um claro conflito de interesse, na medida em que ficaria concentrado no mesmo ente a aferição do desempenho e a responsabilidade pelo pagamento ao parceiro privado.

Este ponto foi readequado pelo Poder Público, por meio da redação da cláusula 26.2 do contrato, com seguinte teor:

“26.2 O desempenho do Parceiro Privado na execução do objeto contratual será avaliado mensalmente pelo Poder Concedente, que se valerá da contratação de Verificador Independente, que deverá apresentar Relatório de

⁹⁷ Relatório da FIPE de março de 2014. p. 13.

Avaliação de Desempenho, em até 10 (dez) dias antes da data em que o pagamento da Remuneração do Parceiro Privado, relativa ao mês referente à avaliação, se tornará devido.” (Grifo nosso)

O terceiro ponto trata sobre a garantia a ser prestada pelo ente público. Na primeira versão do edital a CPP, na condição de interveniente garantidor, assegurava o total de seis contraprestações mensais contra o risco de inadimplindo do Poder Concedente. Tal formato suscitou questionamento em função da ausência de uma garantia complementar, bem como de uma melhor regulação sobre a reserva dos valores garantidos e dos respectivos administradores.

Na modelagem final, o tema da garantia pública foi revisado, no qual a CPP passou a garantir o total de 05 (cinco) parcelas da contraprestação mensal. Em que pese a diminuição quantitativa do valor assegurado, foi instituído mecanismos de garantia contemplar, cujo modelo foi baseado em duas etapas. Primeiro, no dever do Poder Concedente de reestabelecer os valores em garantia que tenham sido levantados pela concessionária e, segundo, na instituição de outras garantias (Tipo I e Tipo II) elegíveis a critério do particular e a partir do esgotamento da Garantia Principal, sem a sua recomposição pelo Poder Concedente.

Outro elemento passível de caracterizar como uma espécie de garantia do poder público, na medida em que traz segurança ao particular sobre a liquidez da contrapartida pública, diz respeito à instituição de uma conta específica para gerir os recursos que serão utilizados para pagamento dos aportes de recursos. Para esta finalidade foi instituída as cláusulas 21.8 e 21.9, abaixo transcritas:

“21.8 Os recursos obtidos pelo Poder Concedente para o financiamento do projeto objeto deste Contrato serão depositados pela referida instituição financeira em Conta Vinculada ao projeto, destinada, exclusivamente, à liberação à Concessionária dos valores de Aporte de Recursos a que a mesma venha a fazer jus em face do cumprimento das obrigações previstas no presente Contrato, na forma disciplinada na Cláusula 21.2.

21.9 O Poder Concedente obriga-se, no prazo de até 30 (trinta) dias após a assinatura do contrato de financiamento celebrado com a instituição financeira, a firmar Contrato de Administração de Conta Vinculada, para disciplinar os direitos e obrigações das partes, assegurando que a totalidade

dos recursos provenientes do financiamento concedido pela instituição financeira seja utilizada para o pagamento do Aporte de Recursos, observadas as condições do presente Contrato.”

O quarto ponto se refere à instituição da câmara arbitral que, nos termos do edital apresentado na consulta pública, deveria ser decidido em comum acordo pelas partes no momento de resolução do conflito. Na visão dos particulares, diferir essa escolha para momento futuro acarreta grande potencial para eclosão de conflitos prévios a própria instituição da Câmara, sendo recomendável, portanto, que já conste no instrumento de contrato o nome da Câmara, bem como de um número mínimo de regras para fins de viabilizar a sua instalação.

Nos termos do Relatório da FIPE, este ponto não foi acatado por orientação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.⁹⁸

O quinto ponto trata sobre o marco para a contagem do prazo da concessão. Na versão inicial do edital a contagem do prazo da concessão começaria com a publicação do contrato no Diário Oficial, fato que constituía risco para concessionária em função da dificuldade para estimar o prazo efetivo da operação, no qual as receitas seriam obtidas. Isto ocorre porque alguns eventos, alheios a vontade da concessionária, podem impactar no início dos trabalhos para execução do empreendimento, como a liberação das áreas e dos licenciamentos a cargo do Poder Concedente.

Algumas contribuições⁹⁹ apresentadas indicaram que o melhor caminho seria a estipulação de condições precedentes como mecanismo para determinar a data de eficácia do contrato e, portanto, o início da contagem do prazo da concessão.

O Poder Público responsável pela modelagem acatou tais sugestões, determinando que a contagem do prazo da concessão teria início com a assinatura do “Termo de Transferência Inicial”¹⁰⁰, no qual foi estipulado o prazo de 6 (seis) meses para que os contratantes implementassem as medidas necessárias para o início da execução do contrato. Assim, a concessionária ficou responsável por apresentar o plano de financiamento e indicação formal da garantia complementar que deveria ser constituída pela CPP; por sua vez, o Poder

⁹⁸ Relatório FIPE de Março de 2014. P. 41.

⁹⁹ Neste sentido, a contribuição de nº 2.2.2, apresentada pela empresa Mendes Junior.

¹⁰⁰ Na definição do contrato: Documento contendo a relação dos Bens Reversíveis transferidos pelo Poder Concedente ao Parceiro Privado antes do Período de Investimento. Este documento formalizará o início da contagem do Prazo da Concessão e demais prazos contratuais, assim como a transferência dos imóveis, livres e desembaraçados, para implantação do Complexo Hospitalar pelo Parceiro Privado.

Concedente deveria comprovar a liberação das áreas para construção dos hospitais, a autorização legislativa para obtenção do financiamento dos aportes e instituição das garantias públicas em favor da concessionária. Este tema será retomado na seção 4.3 deste trabalho.

3.6 Breves apontamentos sobre o procedimento licitatório: os participantes, aspectos sobre a competitividade e o ganhador do certame

No dia 19 de dezembro de 2013, foi publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo o edital da Concorrência Internacional nº 01/2013 (Processo nº001/0001/003.899/2013) relativo à contratação do projeto da PPP-Hospitalar. Participaram da fase habilitação as seguintes empresas: (i) Consórcio Mendes Júnior-Planova-Gocil, composto pelas empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, Planova Planejamento e Construções S/A, e Gocil Serviços de Vigilância e Segurança LTDA; (ii) Construcap – CCPS Engenharia Comércio S/A; (iii) Odebrecht Participação e Investimentos S/A; e (iv) Consórcio IBT/Carimex.

Conforme anotado na seção 2.5, vinte e duas empresas se cadastraram após a publicação do edital do PMI com intenção de realizar os estudos de viabilidade. A diferença entre o número inicial de empresas interessadas no projeto e o número final de participantes do procedimento licitatório, indica que possíveis questões podem ter impactado na competitividade do projeto.

Para análise do tema da competitividade alguns fatores precisam ser considerados. Primeiro, é válido observar o perfil das empresas que demonstraram interesse em participar do PMI. No projeto da PPP-Hospitalar, seguindo a regra da maior parte dos editais de PMI já publicados, não se exige qualificação prévia para obter a autorização para realização dos estudos, tampouco o compromisso para que o autorizado apresente os estudos objeto do PMI; este fato viabiliza que qualquer empresa possa requerer autorização para realização de estudos, mesmo que não detenha condições (econômicas e técnicas) para isoladamente celebrar o contrato de PPP. Tal circunstância se mostrou presente no PMI da PPP-Hospitalar, onde foi observada a concessão de autorização para sete empresas sem experiência como contratadas em projetos de concessão¹⁰¹. Ou seja, desta primeira análise é possível subtrair

¹⁰¹ As referidas empresas tem área de atuação em projetos de engenharia e tecnologia da informação. Não foram localizados contratos de PPP, nos quais as ditas empresas constam como contratadas: Iplano Arquitetura e Engenharia Ltda; BBKO Consulting S/A; MPE – Montagens e Projetos Especiais S/A; Procomp Indústria Eletrônica Ltda; EGP – Empresa Global de Projetos Ltda; L3 Consultoria em Tecnologia Médica LTDA – ELOSS; Arquiteto Pedro Taddei e Associados Ltda – EPP.

sete particulares com baixo potencial para se tornarem competidores na Concorrência Internacional nº 01/2013.

Outro aspecto que também deve ser considerado com relação à análise da competitividade do certame diz respeito ao número das empresas autorizadas no PMI que efetivamente apresentaram estudos de viabilidade. Conforme mencionado na seção 2.5, três empresas apresentaram os estudos, foram elas: Mendes Junior Trading Engenharia S.A; Construtora Norberto Odebrecht S.A e Deloitte Touch Tohmatsu Consultores Ltda; sendo que duas destas empresas prosseguiram com interesse no projeto da PPP-Hospitalar e participaram no subsequente procedimento licitatório.

Deste fato decorre que o número de competidores numa dada licitação estaria mais associado ao número de empresas que efetivamente realizaram os estudos de viabilidade do que aquelas que simplesmente apresentaram interesse por meio do requerimento de autorização do PMI. Ou seja, faz sentido esperar que as empresas que apresentaram estudos de viabilidade no PMI também prossigam com o procedimento licitatório, uma vez que já conhecem o projeto e teriam, assim, real interesse e potencial vantagem competitiva sobre os demais concorrentes.

Em suma, pode se mostrar equivocado aferir a atratividade de um determinado projeto de concessão por meio da simples contagem de interessados no PMI.

Por outro lado, é possível considerar que projeto que tenha sido anteriormente estudado no âmbito do PMI produza menos incentivos para participação de outras empresas, que não participaram desta fase anterior. Isto porque, os particulares que participaram do PMI tiveram mais tempo (somando as fases do PMI e da licitação) para estudar o projeto com maior critério, o que remete à vantagem competitiva, acima mencionada.

A licitação no projeto da PPP-Hospitalar de certa forma reflete essa ideia, uma vez que do total de 04 (quatro) concorrentes, 02 (dois) não participaram da fase do PMI, o que sinaliza baixa participação do setor privado, provavelmente em função do desafio para competir com as empresas que tiveram maior tempo para estudar o projeto.

Confirma esse entendimento a entrevista especialmente realizada para o presente trabalho com o consultor Rodrigo Reis (que assessorou empresa que não participou do PMI). Segundo o referido consultor, participar em licitação contra empresas que entregaram estudos na fase do PMI “torna a análise do cenário competitivo um pouco mais delicado. Isso porque

é evidente que há, no contexto da posterior publicação do Edital de Licitação, uma assimetria informacional sobre o projeto”¹⁰².

Ainda sobre a competitividade na Concorrência Internacional nº 01/2013, é possível indicar que aspectos da própria modelagem podem ter refletido sobre o número de participantes, tais como: (i) exigências de qualificação técnica, com a inclusão da demonstração de experiência em serviços de engenharia e contratação do operador hospitalar; (ii) manutenção de determinados riscos sob responsabilidade do particular, em função de regras não ajustadas na consulta pública; e (iii) parâmetros econômico-financeiros pouco atrativo para o setor privado.

Questões externas à própria modelagem podem igualmente ter afetado a competitividade do certame, a saber: pouca experiência do setor privado em PPP do sistema hospitalar e custo de oportunidade das empresas interessadas em projetos de concessão, considerando o cenário de entusiasmo do setor de infraestrutura, ano em que o BNDES atingiu o ápice de valores desembolsados para financiamento¹⁰³.

Na sequência do procedimento licitatório, em 25 de abril de 2014, a Comissão Especial de Licitação (“CEL”) se reuniu para efetuar o julgamento da habilitação das licitantes a partir dos documentos contidos no “envelope B”. O resultado apresentado habilitou as três primeiras empresas, de modo a excluir o Consórcio IBT/Carimex por falta de atendimento das disposições do edital, em especial quanto aos atestados técnicos apresentados, por não atenderem a exigência de área edificada; a falta de identificação completa e clara de documentos; a divergências de dados e valores de âmbito técnico; a divergências entre a tradução juramentada e os documentos em língua espanhola; e aos documentos que não devidamente consularizados e sem qualquer indicação de sua autenticidade.

Na sequência, foram interpostos recursos administrativos pelas quatro empresas licitantes a respeito da decisão da CEL que inabilitou o Consórcio IBT/Carimex e habilitou as outras interessadas (acima indicadas), de modo que tanto a PGE/SP como a própria CEL emitiram parecer no sentido de conhecer dos recursos e, no mérito, julgar pelo provimento parcial dos recursos interpostos pelo Consórcio Mendes Júnior-Planova-Gocil e Construcap –

¹⁰² Anexo II – Entrevista 02 Rodrigo Reis – Advogado, administrador de empresas e consultor em projetos de concessão. Atuou como Gerente de Desenvolvimento de Negócios da empresa vencedora da concorrência referente ao projeto da PPP-Hospitalar.

¹⁰³ Nos anos de 2013 e 2014, o BNDES desembolsou 190,4 bilhões e 187,8 bilhões, respectivamente. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticas-desempenho/desempenho/desembolsos-nos-anos-anteriores>, acessado em 23 ago.2017.

CCPS Engenharia Comércio S/A, para inabilitar a licitante Odebrecht Participação e Investimentos S/A, e pelo não provimento dos demais recursos interpostos.

O entendimento apontado nos pareceres foi seguido pelo SES/SP, restando inabilitada a licitante Odebrecht Participação e Investimentos S/A da Concorrência Internacional nº 01/2013 e confirmando a habilitação das empresas Consórcio Mendes Júnior-Planova-Gocil e Construcap – CCPS Engenharia Comércio S/A.

Posteriormente, no dia 28 de maio de 2014 a CEL se reuniu para realizar a abertura dos “Envelopes C”, contendo as propostas de preços referente ao valor da contraprestação. A Comissão, após análise das propostas, decidiu pela seguinte classificação para o Lote 01: Construcap – CCPS Engenharia Comércio S/A em primeiro lugar, com a proposta de preço no valor de R\$ 5.917.366,18; e Consórcio Mendes Júnior-Planova-Gocil em segundo lugar, com a proposta de preço no valor de R\$ 6.969.342,37. Em seguida, deu-se a abertura da proposta de preços para o Lote 02, que teve exclusivamente como empresa habilitada a Construcap – CCPS Engenharia Comércio S/A, com o valor de R\$ 11.684.799,45.

Ainda, realizou-se a abertura dos envelopes referentes à análise da congruência (ou não) entre a contraprestação apresentada nas propostas de preços pela empresa vencedora e o plano de negócios dos Lotes 01 e 02. Nas duas ocasiões, confirmou-se o compasso entre as duas variáveis analisadas por parte da Construcap – CCPS Engenharia Comércio S/A, empresa classificada para os dois Lotes.

Deu-se então a interposição de recurso administrativo por parte do Consórcio Mendes Júnior-Planova-Gocil em face da decisão apresentada pela CEL acerca dos envelopes C. Ainda, ocorreu a apresentação de contrarrazões por parte da Construcap – CCPS Engenharia Comércio S/A, mediante impugnação ao mencionado recurso administrativo.

Tendo em vista o recurso e as contrarrazões, a CEL encaminhou o processo à PGE/SP recomendou o conhecimento do recurso interposto pelo Consórcio Mendes Júnior-Planova-Gocil para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo as decisões da CEL. Ato seguinte, o Secretário de Estado da Saúde validou o entendimento exposto pela PGE/SP confirmando o não provimento do recurso interposto pelo Consórcio Mendes Júnior-Planova-Gocil.

Em decorrência da decisão do recurso administrativo interposto, a CEL realizou Sessão Pública no dia 18 de junho de 2014 com o objetivo de abrir o envelope D, referente à proposta de desconto.

Procedeu-se então à abertura do Envelope D, para apuração e análise da proposta conjunta com desconto. A referida proposta de desconto diz respeito a possibilidade de

concessão de desconto pelo interessado na licitação com a finalidade de se sagrar vencedor nos dois lotes¹⁰⁴. Por meio deste mecanismo, o Poder Público busca internalizar parte do ganho de escala obtido pelo particular que ganha a licitação para dois ou mais lotes¹⁰⁵.

Após análise de conformidade do Envelope D1, a CEL declarou a empresa Construcap – CCPS Engenharia e Comércio S/A. vencedora da licitação para ambos os Lotes. Por fim, no dia 30 de junho de 2014, o Secretário de Estado da Saúde homologou o procedimento licitatório da concorrência internacional nº 01/2013 e adjudicou os Lotes 01 e 02 à referida empresa.

Importa destacar que a empresa vencedora da licitação não participou da fase do PMI, resultado que caminha em sentido oposto ao prognóstico apresentado no Estudo do BNDES, no sentido de que, num dado recorte de 19 projetos elaborados por empresas interessadas em participar da licitação, notou-se que em “80% dos casos a empresa ou grupo econômico responsável pelo desenvolvimento dos estudos foi o vencedor da licitação”¹⁰⁶.

Conforme indicado acima, projetos decorrentes do PMI produzem um natural desincentivo à participação de outras empresas que não participaram da fase anterior, aspecto que foi refletido pelos consultores que assessoram a empresa vencedora. Neste sentido, Rodrigo Reis (consultor da empresa vencedora) destaca certas precauções que foram adotadas com a finalidade de equalizar eventuais vantagens competitivas que pudessem beneficiar quem participou do PMI. Em suas palavras:

“[é] necessário que o competidor da licitação, que não participou da elaboração dos estudos de viabilidade, empregue recursos técnicos adequados e energia redobrada para compreender de maneira adequada as variáveis chave para competição da licitação PPP.

No caso específico, para que fosse dada a decisão de apresentação da proposta comercial na licitação, foram avaliados por uma equipe de mais de 30 profissionais especializados: (i) aspectos de engenharia e arquitetura (CAPEX); (ii) aspectos operacionais (OPEX e Nível de Serviço dos

¹⁰⁴ Vide item 14.2 do Edital: A Proposta de Desconto estabelecerá o desconto percentual que a Licitante ofertará à SES/SP e que deverá incidir sobre o valor da Soma das Contraprestações por ela ofertadas para cada um dos Lotes da Licitação, caso a Licitante saia vencedora de um dos dois Lotes objeto deste Edital e deseje sagrar-se vencedora de ambos, nos termos do regramento deste Edital.

¹⁰⁵ Método semelhante foi adotado na licitação das obras do trecho Norte do Rodoanel Mario Covas (SP-021), concluída em janeiro de 2013.

¹⁰⁶ PINHEIRO, Armando Castelar, et alii. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 19. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Indicadores de Desempenho); (iii) modelo de remuneração da Concessionária (vinculação ao Desempenho e Receitas Acessórias); (iv) avaliação de riscos (matriz de riscos); e (v) uma série de variáveis estratégicas de posicionamento de mercado, incluindo as parcerias em Consórcio para a licitação (como é o caso da Construcap, que se aproximou de uma OSS que, por sua natureza jurídica, possui custos de mão-de-obra mais baixos do que de outras empresas privadas).”¹⁰⁷

Este dado não nega a validade das informações apresentadas no Estudo do BNDES, em absoluto, porém sugere que há mecanismos que podem ser utilizados por interessado em específico projeto de concessão com o objeto de superar eventuais vantagens obtidas por quem teve mais tempo para estudar o projeto.

3.7 Síntese das principais questões jurídicas

Neste capítulo foi observado o desenrolar dos fatos desde a formação da primeira modelagem do projeto vislumbrada pela Administração, no qual foram utilizados os estudos apresentados na fase do PMI, passando pela realização da audiência e consulta pública até a definição do formato final de contratação desenvolvido para o projeto da PPP-Hospitalar.

Desta análise foi possível observar como determinadas disposições aplicadas as parceria público-privadas deixa o plano abstrato normativo para se materializar em uma específica contratação pública, no caso o projeto da PPP-Hospitalar. Entretanto, conforme anotado na seção 1.2, não é objetivo desta dissertação discorrer sobre todos os elementos que caracterizam o contrato de PPP, para tanto há vasta doutrina a respeito¹⁰⁸. Buscou-se discorrer sobre determinados aspectos notados na modelagem do projeto com base na legislação, na doutrina e na experiência de outros projetos de infraestrutura.

Assim, neste capítulo foram abordados os seguintes aspectos jurídicos, em síntese:

- Realização de audiência e consulta pública como fase necessariamente prévia nas licitações voltadas para a contratação de um projeto de concessão (comum ou PPP),

¹⁰⁷ Anexo II – Entrevista 02 Rodrigo Reis – Advogado, administrador de empresas e consultor em projetos de concessão. Atuou como Gerente de Desenvolvimento de Negócios da empresa vencedora da concorrência referente ao projeto da PPP-Hospitalar.

¹⁰⁸ Vide nota de rodapé nº 10.

nos termos do inc. VI¹⁰⁹, art. 10, da Lei de PPP. Esta exigência normativa é uma decorrência lógica do princípio de direito administrativo da publicidade dos atos públicos relacionados ao procedimento licitatório, conforme previsto no art. 3º¹¹⁰, da Lei nº 8.666/1993. Deve-se ressaltar que a fase da consulta pública propicia, no âmbito do procedimento licitatório, um efetivo intercâmbio de ideias e soluções entre o poder público e o setor privado com forte potencial para aprimorar a modelagem final do projeto, circunstância que pode elevar a competição e mitigar a eclosão de conflitos entre as partes contraentes.

- No projeto da PPP-Hospitalar foi observado que as receitas acessórias têm peso relevante na composição da remuneração da concessionária, aspecto que torna o projeto positivo para a Administração pública, na medida em que tende a diminuir o montante da contrapartida financeira a cargo do Poder Concedente. A possibilidade de uso das receitas acessórias decorre da disposição contida no art. 11¹¹¹ da Lei nº 8.987/1995, aplicada aos contratos de PPP por meio da previsão do art. 3º da Lei nº 11.079/2004. Salienta-se que em alguns projetos (e.g. aeroportos) as receitas acessórias têm papel predominante na formação da remuneração da concessionária,

¹⁰⁹ “Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: [...] 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”. BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹¹⁰ Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹¹¹ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei”. BRASIL. Lei n.º 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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

sendo aspecto fundamental, portanto, na análise de viabilidade econômico-financeira do projeto. Ademais, convêm reforçar que a remuneração da concessionária pode ser composta de aporte de recursos, contraprestação e receitas acessórias.

- De acordo com o art. 8º¹¹² da Lei das PPPs a Administração poderá oferecer garantias em favor da concessionária com o objetivo de assegurar o pagamento das obrigações pecuniárias sob responsabilidade do Poder Concedente. Ainda que a lei trate esta disposição como uma faculdade da Administração é certo que a viabilidade do projeto depende substancialmente da robustez e liquidez das garantias públicas. Isadora Chansky Cohen e Fernando S. Marcato destacam ainda que nos contratos de PPPs “o cuidado com as garantias envolve, além da liquidez (valores) e da certeza (rubrica orçamentaria) dos recursos durante todo o período em que as obrigações de pagamentos da Administração Pública sejam devidas, a possibilidade de *acionamento* da garantia e recebimento do recurso em tempo *razoável* pelo parceiro privado.”¹¹³.
- O prazo da concessão em projeto de PPP é limitado ao máximo de 35 (trinta e cinco) anos, nos termos do inciso I¹¹⁴, do art. 5º da Lei das PPPs. Convêm anotar que o mesmo limite não existe para os contratos de concessão comum regrados exclusivamente pela Lei nº 8987/95. A definição do prazo da concessão tem especial importância para a viabilidade do projeto, pois este terá que ser suficiente para que a concessionária possa amortizar os investimentos realizados e garantir o lucro projetado no plano de negócio. Neste sentido, tem merecido atenção do setor privado,

¹¹² Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no [inciso IV do art. 167 da Constituição Federal](#); II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei. BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹¹³ COHEN, Isadora Chansky; MARCATO, Fernando S. Garantias Públicas nos Contratos de Parceria Público-Privada. In: CARVALHO, André Castro; CASTRO, Leonardo Freitas (coords.). *Manual de Project Finance no Direito Brasileiro*. – São Paulo: Quartier Lantin, 2016. p. 468.

¹¹⁴ “Art. 5º. (...) I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação” BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

como foi no caso do projeto da PPP-Hospitalar, a cláusula que determina o marco para a contagem do prazo da concessão. As melhores práticas sugerem que sejam estabelecidas condições precedentes para o início da contagem do prazo da concessão, estipulando-se as obrigações de cada parte necessárias para o início de execução do projeto, tais como: liberação de áreas, constituição das garantias, licenciamento, etc.

- Em licitações públicas a qualificação técnica decorre exigência contida no inciso II¹¹⁵, do art. 30, da Lei nº 8.666/1993 e tem por objetivo assegurar que o objeto do contrato será executado por quem detém experiência comprovada na execução de projetos similares. Esta regra é comum em licitações para contratos firmados sob a égide da Lei nº 8.666/1993 e a justificativa, grosso modo, se apoia em dois fatores: na limitação para subcontratar, sendo vedada a subcontratação integral do objeto do contrato¹¹⁶, e na garantia de que o serviço será executado por quem dispõe de capacidade técnica para tanto. Esta lógica não é a mesma em contrato de concessão (comum e PPP), uma vez que a exigência de qualificação econômica, traduzida na capacidade do licitante para contrair empréstimos de longo prazo, passa a ter papel mais relevante. Não obstante, a exigência da qualificação operacional pode fazer sentido em determinados contextos, notadamente se tratando de projetos cuja experiência ainda precisa ser amadurecida no Brasil. Conforme analisado, no projeto da PPP-Hospitalar ser manteve a exigência para demonstração de experiência anterior na execução de obras de edificação.

¹¹⁵ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos. BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹¹⁶ De acordo com o inciso VI, art. 78, da Lei n.º 8.666/1993, constitui motivo para rescisão do contrato “a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato”. Ademais, constam entendimento no sentido de que a subcontratação nos contratos regidos pela Lei n.º 8666/1993 não pode incidir sobre as “parcelas principais” do objeto do contrato, posição que agrava à limitação para subcontratar em contratos desta natureza; neste sentido o Parecer 05/2013/CPLC/PEPCONSU/PGF/AGU: “Ementa: vedação de subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida a apresentação de atestados (...)”

- Por fim, resta falar acerca da arbitragem. A utilização do procedimento arbitral em contratos em contratos de parceria público privado tem fundamento no inciso III¹¹⁷, do art. 11, da Lei das PPPs. Mesmo diante da expressa previsão legal para o uso da arbitragem, foi possível observar certa resistência por parte de setores da sociedade em conceber que este método de solução de conflitos pudesse ser utilizado em contratos administrativos e o principal argumento para tanto residia na suposta indisponibilidade dos direitos patrimoniais do Estado; entretanto este entendimento resta superado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ nos autos do Recurso Especial (REsp) 1.297.974, na qual foi reconhecido que a Administração tutela direitos patrimoniais disponíveis passíveis de serem negociados e, portanto, submetidos à justiça privada¹¹⁸. No caso do Projeto da PPP-Hospitalar, a Administração acertadamente incluiu o procedimento arbitral como método de solução de conflitos, contudo o fez sem indicar qual seria a Câmara Arbitral por orientação PGE-SP.¹¹⁹ Deve-se ponderar que na visão do setor privado, identificada por meio das sugestões encaminhadas na consulta pública do Projeto PPP-Hospitalar, a ausência de indicação prévia da Câmara Arbitral tem potencial de gerar controvérsias sobre a própria instalação da Câmara que deverá decidir acerca de determinado litígio, fato que contribui para demora e incerteza no tocante as resoluções de conflitos entre Poder Concedente e Concessionária.

¹¹⁷ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹¹⁸ A este respeito, vale conferir a lição de Ricardo Medina Salla: “Neste tocante, parece haver uma confusão generalizada sobre o conceito de *direitos patrimoniais*, que podem ou não ser disponíveis, com o *interesse público*, que sempre é indisponível. De fato, o Administrador jamais poderia exercer qualquer ato em desfavor do interesse público – pois deste não se pode abrir mão – mas cabe ao Administrador se desfazer ou preservar certos bens, para que possa, a partir daí, fazer prevalecer o interesse público”. SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 55-56.

¹¹⁹ Este entendimento foi alterado recentemente pela PGE/SP, conforme Parecer ARTESP nº 424/2016, relacionado às concessões rodoviárias: 42.5. Sobre este tema, o posicionamento regular da Procuradoria Geral do Estado é pela não fixação de câmara arbitral, tendo em vista a longa vigência do contrato e a diversidade de situações que podem surgir, recomendando uma ou outra Câmara que possui regulamento e quadro de árbitros mais aptos a enfrentar a questão. Contudo, ante a demanda apresentada pela ARTESP, e a recomendação do IFC, com o objetivo de atrair licitantes estrangeiros, a Procuradoria informou uma lista de possíveis câmaras à Administração da ARTESP, que em reuniões indicou ter eleito a Câmara de Comércio Brasil-Canadá para resolver as controvérsias que possam ser submetidas à arbitragem, sem prejuízo da indicação de outra câmara por acordo das partes. Refletimos essas disposições na minuta contratual.

4. O CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO PROJETO DA PPP-HOSPITALAR: ANÁLISE SOBRE ASPECTOS DESTACADOS

4.1 Breve resumo das principais características do contrato da PPP-Hospitalar

Na sequência, breve resumo sobre as principais cláusulas do contrato da PPP-Hospitalar que foi assinado pela empresa vencedora da Concorrência Internacional de nº 001/2013 – SES/SP. Utilizou-se como referência o Contrato nº 01/2014 relativo ao Lote 01. Como mencionado na seção 3.6, a mesma empresa também se sagrou vencedora no Lote 02, cujas características jurídicas são semelhantes ao contrato do Lote 01, a seguir especificado:

Tabela 04: Quadro resumo do Contrato nº 01/2014.

Descrição	Modelagem (Ref. Contrato nº 01/2014 - Hospital Estadual de Sorocaba)
Objeto	- Serviços “Bata Cinza” no Complexo Hospitalar, - Realização das obras e investimentos para a construção, - Aquisição e instalação de equipamentos e mobiliário.
Prazo	20 anos
Valor do Contrato (Aporte + Contraprestações)	R\$ 1.367.061.247,53 (um bilhão, trezentos e sessenta e sete milhões, sessenta e um mil, duzentos e quarenta e sete reais e cinquenta e três centavos)
Governança da Concessionária	Matriz de responsabilidades Comissão de Interface: Comitê Gestor, responsável pela gestão do Complexo Hospitalar e fiscalização das atividades: 6 membros, sendo 2 indicados pelo Operador do Complexo Hospitalar, 2 pelo Parceiro Privado e 2 pela SES-SP.
Contraprestação	Parcela A: Parcela fixa, no valor de R\$ 2.238.539,63 (dois milhões, duzentos e trinta e oito mil, quinhentos e trinta e nove reais e sessenta e três centavos). Parcela B: Parcela variável, sujeita ao Coeficiente de Mensuração de Desempenho – CMD, no valor máximo de R\$ 3.501.305,57 (três milhões, quinhentos e um mil, trezentos e cinco reais e cinquenta e sete centavos)
Aporte	R\$ 161.693.757,63 (cento e sessenta e um milhões, seiscentos e noventa e três mil, setecentos e cinquenta e sete reais e sessenta e três centavos)

Receitas Acessórias	25% da receita bruta deve ser compartilhada com o Poder Concedente
Reajuste	Variação do IPC/FIPE e, a cada 3 anos, variação de mão de obra (índices apurados nas convenções coletivas).
Indicadores de Desempenho	Avaliação mensal, por meio de Verificador Independente.
Garantias do Poder Concedente	Garantias pela CPP, na qualidade de Interveniante Garantidora: Garantia Principal: 5 parcelas da contraprestação mensal, derivada de penhor sobre cotas do Fundos de Investimento Renda Fixa Longo Prazo, denominado “BB CPP PROJETOS”. Garantia Complementar: Parceiro Privado pôde optar por Tipo 1 ou Tipo 2, sendo: Tipo 1: Receitas do Fundo Estadual de Saúde – FUNDES, objeto de cessão fiduciária ou penhor, segregadas em conta corrente vinculada. Tipo 2: Antecipação parcial da indenização em face da rescisão contratual por iniciativa do privado, em uma única parcela.
Garantias do Parceiro Privado	Correspondentes a 5% do valor previsto para o investimento, ou seja: R\$ 11.179.850,00 (onze milhões, centos e setenta e nove mil, oitocentos e cinquenta reais).
Garantias aos Financiadores	Admitida pelo Contrato, devendo ser comunicada ao Poder Concedente.
Transferência de Controle	Vedada durante o período de Investimentos. Após este período, mediante anuência prévia e expressa do Poder Concedente.
Subcontratação e Terceirização	Admitida pelo Contrato, devendo ser comunicada ao Poder Concedente.
Reversão de Ativos	Gratuita e automática de bens vinculados à Concessão, bem como direitos e privilégios. Bens devem estar em condições adequadas de conservação e funcionamento, pelo prazo adicional mínimo de 3 (anos), salvo com vida útil menor.
Resolução de Conflitos	Divergências técnicas submetidas à Junta Técnica, composta por 3 membros, sendo 1 nomeado pela SES-SP, 1 pelo Parceiro Privado e 1 de comum acordo pelos demais técnicos. Resolução de controvérsias por meio de arbitragem quando não for cabível prévia submissão à Junta técnica, em Câmara Arbitral a ser indicada pelo Poder Concedente, constituída por 3 árbitros, sendo 1 nomeado pela SES-SP, 1 pelo Parceiro Privado e 1 de comum acordo pelos demais árbitros. Custos

	arbitrais pela parte vencida. Foro para direitos indisponíveis e medidas judiciais específicas nas Varas da Comarca de São Paulo.
--	--

4.2 Do objeto do contrato de concessão e os desafios de governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza

Na definição do §º 2, do artigo 2º, da Lei das PPPs, o contrato de concessão administrativa se refere ao “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.”. No caso do projeto da PPP-Hospitalar o usuário direto é a população que utiliza os serviços públicos de saúde, contudo, por se tratar de serviço oferecido de forma gratuita à população no âmbito do sistema público de saúde, cabe à Administração a responsabilidade pela disponibilidade do serviço, assumindo, assim, a condição de “usuária indireta”.

Foi nesta condição de “usuária indireta” que o Estado de São Paulo, representado por sua Secretária de Saúde, assumiu a posição de contratante (Poder Concedente) no contrato de concessão do projeto da PPP-Hospitalar, cujo objetivo foi estruturar um modelo de contratação no qual o setor privado ficaria responsável pela construção, montagem, comissionamento e operação de serviços específicos (bata-cinza) de um determinado número de hospitais; buscando, ao final, ampliar a oferta de serviços assistenciais de saúde prestados à população, por meio da implantação de soluções tecnológica e ambientalmente sustentáveis direcionadas à eficiência e aprimoramento dos sistemas hospitalares concedidos.

Deste modo, o objeto do contrato de concessão administrativa do projeto da PPP-Hospitalar foi definido nos seguintes termos:

“5.1 Constitui objeto do presente Contrato a Concessão Administrativa dos Serviços “Bata Cinza” no Complexo Hospitalar objeto deste Contrato, precedidos da realização das obras e investimentos para a construção, aquisição e instalação de equipamentos e mobiliário, nos termos das disposições deste Contrato.

5.2 Sem prejuízo do Conteúdo do Anexo II deste Contrato, inclui-se no objeto contratual, descrito na Cláusula 5.1 acima, o seguinte:

- (i) Elaboração de todos os projetos de engenharia e arquitetura necessários à construção e implantação do Complexo Hospitalar, objeto deste Contrato, sempre em consonância com as diretrizes do projeto de engenharia de referência disponibilizadas pelo Poder Concedente;
- (ii) Construção e implantação do Complexo Hospitalar;
- (iii) Fornecimento, instalação, comissionamento, atualização e manutenção dos equipamentos médico-hospitalares necessários ao Complexo Hospitalar objeto deste Contrato, sempre em consonância com as diretrizes apresentadas no Anexo II do Contrato e de acordo com a legislação vigente;
- (iv) Fornecimento, instalação, atualização e manutenção dos mobiliários necessários ao funcionamento do Complexo Hospitalar objeto deste Contrato;
- (v) Prestação dos Serviços “Bata Cinza”; e
- (vi) Obtenção, aplicação e gestão de todos os recursos financeiros necessários à execução do objeto deste Contrato.”

Percebe-se, assim, que o objeto do contrato de concessão engloba 5 (cinco) grandes categorias de atividades que deverão ser executadas pela concessionária.

A cerca da elaboração do projeto de engenharia e execução das obras para construção da unidade hospitalar (itens ‘i’ e ‘ii’, acima), o ponto digno de nota é que nos contratos de concessão (comum e PPPs) é possível concentrar no mesmo contratado a responsabilidade pela realização destas duas atividades, formato que, por sua vez, é vedado nas contratações realizadas sob a égide da Lei nº 8.666/1993, nos termos do inciso I¹²⁰, do art. 9º. Esta possibilidade de contratar simultaneamente a execução do projeto de engenharia e realização

¹²⁰ Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica. BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

da obra decorre de previsão contida no § 4º¹²¹, do art. 10 da Lei n. 11.079/2004, e o resultado é a produção de incentivos para execução de projetos de engenharia de melhor qualidade, vez que a concessionária ficará responsável pela manutenção e operação do ativo. Como já tivemos oportunidade de nos manifestar, “Tal circunstância exige do particular um maior comprometimento com a qualidade da infraestrutura que será disponibilizada, o que pode ser alcançado com a alocação do risco de elaboração do projeto de engenharia ao ente privado”¹²².

O item ‘iii’ trata do fornecimento, instalação, comissionamento, atualização e manutenção dos equipamentos médico-hospitalares; o item ‘iv’, por sua vez, refere-se ao fornecimento, instalação, atualização e manutenção dos mobiliários necessários ao funcionamento do Complexo Hospitalar; e o item ‘v’ atribui à concessionária a responsabilidade pela prestação dos serviços bata-cinza. Assim, por meio destes itens do objeto do contrato é possível perceber certa particularidade que é característica do contrato da PPP-Hospitalar. Trata-se da governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza, tema que será explorado ao longo desta seção.

Como foi observado na seção 3.4 desta pesquisa, umas das principais preocupações externadas pelos particulares na fase de consulta pública dizia respeito às regras de governança entre os serviços a cargo da concessionária (bata-cinza) e os serviços sob responsabilidade da equipe médica (bata-branca). Esta preocupação decorre da interdependência dos serviços, uma vez que a concessionária ficará responsável pela disponibilização e manutenção da infraestrutura que será utilizada pela equipe médica que, por sua vez, esta submetida a outro regime contratual.

Em outras palavras, a prestação dos serviços que chega ao usuário final, aquele que utilizará os serviços do hospital, depende da atuação harmônica entre sujeitos submetidos a

¹²¹ “Art. 10 [...] § 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.” BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹²² VALOIS TAFUR, Diego Jacome. *Desapropriação e Reassentamento em Projetos de Concessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 39

regimes jurídicos diferentes; a concessionária ao regime do contrato de PPP e a equipe médica ao regime do contrato de Organização Social.

Esta questão se torna ainda mais relevante quando determinadas obrigações da concessionária dependem de uma ação da equipe bata-branca; circunstância com potencial para impactar na própria receita da concessionária, uma vez que a composição da contraprestação é formada por indicadores de desempenho relacionados à qualidade dos serviços que são prestados pelo particular¹²³. Por exemplo, consta como indicador de desempenho a “Pesquisa de satisfação do cliente externo e interno, com níveis de satisfação entre bom e ótimo”¹²⁴; certamente que pode impactar no resultado desta pesquisa um eventual mau tratamento que o paciente venha a sofrer por parte de algum membro da equipe médica.

Importa dizer que o desafio da convivência entre os serviços bata-branca e bata-cinza foi percebido pela Administração desde o início da estruturação do projeto da PPP-Hospitalar. Em entrevista especialmente realizada para o presente trabalho, Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, anotou que:

“Este assunto foi amplamente debatido pelo Grupo de Trabalho. Já no início se tinha uma percepção de que a divisão dos serviços objeto do contrato em bata-branca e bata-cinza seria complexa e com alto potencial para gerar conflitos no âmbito da gestão contratual. As razões desta preocupação são várias. Primeiro, é sempre complexo cumprir o objeto contratual no ambiente compartilhado por vários agentes submetidos a contratos diferentes. Por exemplo, uma obra de metrô no qual existe o contrato da obra da via permanente, o contrato da automação e o contrato para construção da plataforma; é sempre problemático conciliar estas atividades simultaneamente. No caso da PPP dos hospitais, há um cenário parecido, no qual os serviços bata-branca serão regidos por contrato com Organizações Sociais - OS e os serviços bata-cinza estarão submetidos ao contrato de PPP, porém ambos os serviços atuando no mesmo ambiente com alto grau de interposição. Um exemplo claro refere-se ao uso de equipamento do

¹²³ Vide cláusula 26.1 do contrato da PPP-Hospitalar: O valor da Remuneração do Parceiro Privado variará de acordo com o cumprimento dos Indicadores de Desempenho que possam impactar na Contraprestação, descritos no Anexo IX deste Contrato, que poderão implicar na redução proporcional da Contraprestação Mensal. O cumprimento destes Indicadores de Desempenho será apurado automaticamente pela solução de TIC que deverá ser fornecida pelo Parceiro Privado.

¹²⁴ Item 18.10.1, do Anexo II – Caderno Técnico, do contrato da PPP-Hospitalar.

hospital, uma vez que a manutenção será realizada pela bata-cinza e o uso pela bata-branca; no caso de quebra do equipamento, como definir a responsabilidade? Ter-se-ia que averiguar neste caso se decorre de mau uso o falta de manutenção.”¹²⁵

Por meio da consulta pública, muitas outras questões foram apontadas pelos particulares referentes a problemas de governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza e eventual ausência de solução contratual para mitigar os ditos problemas. Dentre as principais questões apresentadas pelos particulares, vale destacar:

- Cumprimento pela concessionária dos requisitos exigidos para a Acreditação Hospitalar, vez que certas ações e qualificações (obtenção de certificados) dependem da equipe responsável pelos serviços “bata branca”;
- A disponibilização e manutenção dos equipamentos dos hospitais serão de responsabilidade da concessionária e o uso será realizado pela equipe médica. Este cenário enseja melhor regulação do contrato para fins de apurar responsabilidades para hipótese de quebra dos equipamentos.
- A contraprestação devida à concessionária é composta por um coeficiente relativo à taxa de ocupação hospitalar; porém esta taxa de ocupação (demanda) está relacionada com a gestão da equipe-bata, cabendo a esta equipe a decisão sobre a permanência ou transferência do paciente, bem como sobre a realização de exames e outros procedimentos clínicos.
- A contraprestação devida à concessionária também é composta por um coeficiente relativo aos indicadores de desempenho. Neste sentido, o cumprimento de algumas metas necessitava de ações de responsabilidade da equipe bata-branca, criando certa dependência da concessionária quanto à realização dos serviços nos parâmetros adequados.

¹²⁵ Anexo II - Entrevista 01 realizada com Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, que participou do Grupo de Trabalho formado para assessorar a SES/SP na modelagem do projeto da PPP-Hospitalar.

- Possibilidade de atraso para o início dos serviços sob responsabilidade da concessionária por demora do poder concedente na contratação e organização dos responsáveis pela equipe bata-branca, com risco de impacto no prazo de vigência do contrato.

Em que pese a extensa lista de dificuldades e problemas referentes à governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza, o Estado de São Paulo optou por esse modelo de segregação de serviços, mesmo diante de outras experiências nas quais o referido modelo não foi adotado. Conforme mencionado na introdução, no contrato de PPP do Hospital do Subúrbio, Localizado no Município de Salvador, não existe a distinção entre os serviços bata-branca e bata-cinza, ou seja, a concessionária também fica responsável pela contratação da equipe médica, pela aquisição dos equipamentos e dos insumos necessários para o atendimento hospitalar.

Segundo avaliação de Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, as razões para adoção do modelo de segregação entre os serviços bata-branca e bata-cinza deriva de uma questão jurídica, cultural e política. Jurídica, em função da disposição contida no §2º, art. 199, da Constituição Federal; cultural, pelo amadurecimento por parte da SES/SP no uso de contratos com OS; e política, pela resistência de setores da sociedade no que se refere à delegação de serviços públicos ao particular. Em suas palavras:

“Mesmo diante destes desafios, o Estado de São Paulo optou por esse modelo considerando alguns aspectos. Primeiro, em função da disposição contida no §2º, art. 199, da Constituição Federal, segundo esse dispositivo, no âmbito da assistência a saúde é ‘vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos’. Segundo, pela experiência da Secretaria de Saúde em contratos com OS, que vinham sendo considerada exitosa e, portanto, já tinha certo grau de amadurecimento. Também há um contexto político a ser considerado, pois é comum que o gestor público encontro grande resistência sempre que delega um serviço público ao particular, deste modo, uma eventual delegação dos

serviços bata-branca ensejaria um esforço ainda maior de convencimento tanto aos servidores da saúde como para sociedade.”¹²⁶

Para fins de superar estes desafios, foram estruturadas as seguintes soluções no contrato da PPP-Hospitalar:

A primeira solução adotada foi estabelecer que as partes responsáveis pelos serviços bata-branca e bata cinza desenvolvesse uma matriz de responsabilidades, denominada “Matriz de Interface”, com a finalidade de orientar as ações daquelas partes na consecução de suas respectivas atribuições, assim como servir de fundamento para solução de eventuais conflitos, quanto às respectivas obrigações.

Importa destacar que foi intencional a proposta de constituição das regras de governança após a assinatura do contrato, de modo que as partes responsáveis (concessionária e equipe médica) pudessem em conjunto estruturar as condições da Matriz de Interface, buscando, assim, assegurar maior eficácia a este regramento. Uma vez definida a Matriz de Interface, as regras aí contidas passam a valer como obrigação contratual das partes, conforme estabelecido no item “xvii”¹²⁷, da cláusula 23.1.

Outro aspecto relevante, diz respeito à possibilidade de alteração da Matriz de Interface sem a necessidade de realização de aditivo ao contrato de concessão, bastando que as partes em conjunto decidam por sua alteração, o que deve ser feito com a finalidade aprimorá-la ou suprir eventual lacuna. Esta flexibilidade visa a conferir maior dinamismo e agilidade na governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza.

A segunda solução refere-se à constituição de uma Comissão permanente, denominada “Comissão de Interface”, regulada pela cláusula décima sexta do contrato e formada por 04 (quatro) membros, sendo 02 (dois) representantes indicados pela concessionária e 02 (dois) indicados pelo Operador do Complexo Hospitalar, entidade responsável pela gestão dos serviços bata-branca.

Nos termos da cláusula 16.2 do contrato de concessão:

“Cabe à Comissão de Interface, nos termos das diretrizes conferidas pelo Anexo II [Matriz de Interface], a organização e coordenação da operação a

¹²⁶ Anexo II - Entrevista 01 realizada com Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, que participou do Grupo de Trabalho formado para assessorar a SES/SP na modelagem do projeto da PPP-Hospitalar.

¹²⁷ Incluem-se nos riscos assumidos pela concessionária: “(xvii) Descumprimento da Matriz de Interface, naquilo que estiver sob sua responsabilidade”.

ser desenvolvida no âmbito do Complexo Hospitalar que lhe for correspondente, de modo a tornar harmônica, eficaz e coordenada a atuação de cada um dos entes responsáveis pelos Serviços “Bata Cinza” e “Bata Branca”, assim como o acompanhamento das atividades realizadas no Complexo Hospitalar.”

Foi percebido que o regramento da Matriz de Interface, ainda que exaustivo, não seria suficiente por si só para eliminar possíveis pontos de conflitos decorrentes da governança entre dos serviços bata-branca e bata-cinza. Neste sentido, foi estabelecida a criação de órgão interno (Comissão de Interface) com a atribuição de formular a referida Matriz de Interface; atuar preventiva e corretivamente nos casos de precária coordenação das atividades; solucionar divergências; cumprir as cláusulas do contrato de concessão; e receber e analisar críticas relacionadas ao tema da governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza.

A terceira solução trata da implantação do Comitê Gestor, regulado pela cláusula trigésima oitava do contrato e formado por 06 (seis) membros, sendo 02 (dois) representantes da concessionária, 02 (dois) do Operador do Complexo Hospitalar e 02 (dois) do Poder Concedente; cuja finalidade é a gestão do Complexo Hospitalar, bem como da fiscalização de todas as atividades, sejam serviços bata-branca ou bata-cinza. O referido Comitê deveria ser instituído 30 (trinta) dias após a assinatura do contrato e funcionará em regime permanente pelo prazo contratual.

Cabe ressaltar que a fiscalização acima mencionada difere da fiscalização realizada pelo poder concedente, regulada pela cláusula 40 do contrato. Esta se refere à verificação do cumprimento das obrigações contratuais a cargo da concessionária. Aquela diz respeito à compatibilização de procedimentos, se estes estão suficientes calibrados para evitar o descumprimento de alguma cláusula do contrato, ou seja, trata-se de fiscalização preventiva sobre as atividades realizadas no âmbito do contrato.

Neste sentido, as competências do Comitê Gestor extrapolam as questões eminentemente relativas à governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza; tratando, por exemplo, do cronograma de implantação dos serviços (cláusula 38.1.9.3) ou da relação com os usuários (cláusula 38.1.9.5). Contudo, este modelo de gestão compartilhada, no qual todos os atores do projeto (concessionária, Operador Hospitalar e Poder Concedente) estão imerso desde o início do contrato, permite presumir que os dilemas referentes à governança do contrato serão substancialmente mitigados, seja pela possibilidade de ampliar e

coordenação e alinhamento entre partes, seja pela possibilidade de construir soluções preventivas antes mesmo do início da operação da unidade hospitalar.

Ademais, o Comitê Gestor assume a posição de instância superior na resolução de divergências técnicas não resolvidas pela Comissão de Interface¹²⁸; exercendo, desta maneira, relevante papel no que diz respeito à relação entre os serviços bata-branca e bata-cinza.

Resta, por fim, esclarecer que os órgãos aqui mencionados (Comissão de Interface e Comitê Gestor), embora tenham o dever de solucionar divergências nos limites das respectivas atribuições, não se confundem com as estruturas para composição de conflitos prevista no capítulo XI do Contrato e compostas pela Junta Técnica (cláusula 52) e arbitragem (cláusula 53).

A diferença crucial entre as estruturas aqui mencionadas é que nos primeiros as divergências são debatidas no âmbito das estruturas internas de governança do contrato, que recebem atribuições especiais, não comuns em outros contratos de concessão, com o objetivo de prevenir e enfrentar os problemas de interface entre os serviços bata-branca e bata-cinza. Nos segundos, por sua vez, tem-se uma divergência que não foi superada pela Comissão de Interface e nem, posteriormente, pelo Comitê Gestor; sendo necessário deste modo o recurso a entidades externas à governança do contrato para se obter uma decisão definitiva.

Percebe-se, assim, que as soluções desenvolvidas para lidar com o tema da governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza têm amparo nas seguintes premissas: (i) no consenso entre a concessionária e a equipe médica, vez que ficaram responsáveis pela formulação em conjunto das regras de governança que serão adotadas; (ii) na flexibilização destas regras, que deverão ser atualizadas e corrigidas sem a necessidade de elaboração de aditivo ao contrato de concessão; e (iii) na organização de estruturas internas do contrato, que ficaram responsáveis pelo acompanhamento próximo das atividades do contrato, trazendo soluções com maior velocidade.

Sobre estas soluções, válido transcrever trecho da entrevista realizada com Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, que sumariza este assunto nos seguintes termos:

¹²⁸ Vide cláusula 38.1.9.1 do contrato de concessão: Solucionar, de maneira subsidiária à Comissão de Interface, as divergências técnicas relacionadas à operação cotidiana do Complexo Hospitalar. Em não havendo consenso, a questão deverá ser submetida à Junta Técnica nos termos da Cláusula Quinquagésima Segunda, ou à Arbitragem, nos termos da Cláusula Quinquagésima Terceira, conforme for o caso.

“Assim, buscou-se mitigar os problemas de atuação conjunta entre os serviços bata-branca e bata-cinza por meio de uma divisão adequada de responsabilidades e por meio da criação de órgãos internos ao contrato formado por representantes de todos os sujeitos com atuação no ambiente hospitalar, ou seja, formada por representantes da OS, da concessionária e do Poder Concedente. Dentre as finalidades destes órgãos estaria a identificação de soluções para os casos de conflitos que venham a surgir, reestruturando as responsabilidades para mitigar conflitos futuros. Importante dizer que estas regras foram estruturadas com certo grau de abertura, na linha de diretrizes gerais, de modo que as partes que compõe estes órgãos pudessem adequar e aprimorar o modelo em conjunto. Tem-se aí uma aposta no diálogo para superar os desafios.¹²⁹”

Acredita-se que o tema da governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza recebeu análise cuidadosa e conservadora por parte dos desenvolvedores do projeto da PPP-Hospitalar, o que fica evidente a partir das soluções aqui mencionadas e do extenso número de cláusulas do contrato dedicadas a regular esta matéria.

4.3 O estabelecimento das “condições precedentes” no contrato da PPP-Hospitalar

De acordo com o inciso I¹³⁰, do art. 5º da Lei das PPPs, o prazo do contrato de parceria público privada será de no mínimo 5 (cinco) e no máximo 35 (trinta e cinco) anos, devendo compreender o período necessário para amortização dos investimentos realizados no projeto e obtenção do lucro previsto no plano de negócio do particular. Convém anotar, que não consta limite de prazo no contrato de concessão regido pela Lei nº 8987/95.

No contrato de concessão da PPP-Hospitalar foi determinado o prazo de 20 (vinte) anos, considerado adequado, de acordo com o estudo econômico-financeiro realizado pela

¹²⁹ Anexo II - Entrevista 01 realizada com Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, que participou do Grupo de Trabalho formado para assessorar a SES/SP na modelagem do projeto da PPP-Hospitalar.

¹³⁰ Art. 5º. (...) I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação. BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

FIPE, para efeitos de amortização dos investimentos a serem realizados e com margem para captura do retorno projetado pela concessionária.

Conforme analisado na seção 3.3 desta pesquisa, os particulares interessados no projeto manifestaram preocupação sobre uma melhor delimitação do marco para o início da contagem do prazo da concessão, uma vez que, na modelagem inicial, a regra era de que o prazo de vigência teria início após a publicação do extrato do contrato assinado no Diário Oficial, negligenciando, assim, que determinados fatores poderiam impedir a regular execução do contrato pela concessionária. Na seção 3.5 foi indicado que a Administração acatou os anseios dos particulares sobre a questão do prazo, estruturando, assim, uma cláusula mais robusta sobre o início da contagem do prazo e com a introdução da figura das “condições precedentes”; aspectos que serão abordados a seguir.

Assim, ficou determinado, para efeitos de estipular de forma precisa o marco para contagem do prazo da concessão, que o contrato teria seu início de vigência a partir da assinatura do “Termo de Transferência Inicial”, documento preliminar que deveria ser formalizado depois de concluído determinadas obrigações acessórias, a cargo tanto do Poder Concedente como da concessionária, tidas como necessárias para que o contrato de concessão pudesse efetivamente iniciar o seu período de vigência, com a execução das atribuições determinadas no contrato.

De acordo com a cláusula 6.1.1 do contrato de concessão, para assinatura do Termo de Transferência Inicial caberia à concessionária apresentar o plano de financiamento da concessão, no qual deverão ser indicadas as fontes de todos os recursos (próprios e/ou de terceiros) que serão utilizados na fase de investimentos e operações¹³¹, e a opção pelas formas de garantia complementar a serem instituídas pelo Interviente Garantidor. Por sua vez, o Poder Concedente deveria demonstrar a obtenção da autorização legislativa para a contratação do financiamento do Aporte de Recursos; a comprovação de enquadramento do financiamento do Aporte de Recursos junto a instituição financeira ou da disponibilidade orçamentária dos recursos necessários para o pagamento dos Aportes de Recursos; a instituição do penhor

¹³¹ A apresentação do Plano de Financiamento está prevista na alínea ‘a’, do artigo 6.1.1, nos seguintes termos: “apresentação de um Plano de Financiamento detalhado da Concessão, indicando as fontes de todos os recursos (recursos próprios e/ou de terceiros) que suportarão os investimentos nas obras civis, aquisição de equipamentos, mobiliário, sistemas e todo o necessário para a construção e implantação do Complexo Hospitalar. A demonstração poderá ser efetuada pela apresentação de documento(s) que demonstre(m) claramente a tomada de providências concretas, perante seus acionistas e/ou financiadores, no sentido de assegurar a execução das atividades previstas em consonância com o Cronograma de Implantação do Empreendimento e com o Cronograma do Fluxo de Aporte de Recursos, no caso do financiamento para suportar as atividades a serem realizadas no primeiro ano de vigência da Concessão.

prevista na cláusula 29.3¹³² do Contrato referente à garantia principal a ser prestada pelo Poder Concedente; e a instituição da Garantia Complementar.

Nos termos da cláusula 12.1.2 do contrato de concessão, outro requisito necessário para assinatura do Termo de Transferência é a disponibilidade dos imóveis onde serão implantadas as unidades hospitalares, cuja posse deverá ser transferida à concessionária, conforme itens ‘xiv’ e ‘xvii’, da cláusula 10.1, do contrato.

Importa notar que a existência de requisitos para o início de vigência do contrato, expressa uma acentuada aproximação com a “teoria das condições precedentes” própria do Direito Privado, porém aqui aplicadas ao contrato administrativo. A referida teoria tem forte tradição no direito do *common law*¹³³ e pode ser enunciada no Direito Brasileiro por meio da regra contida no art. 121 do Código Civil, segundo a qual “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”. Para Orlando Gomes ‘condição’ pode ser entendido como a “disposição acessória que subordina a eficácia, total ou parcial, do negócio jurídico a acontecimento futuro e incerto. (...) o vocábulo é empregado ora para designar a cláusula que contém a disposição, ora o próprio evento”¹³⁴.

Quanto aos elementos necessários para a caracterização da ‘condição’, Carlos Roberto Gonçalves destaca que “para que haja condição na acepção técnica são requisitos fundamentais: a voluntariedade, a futuridade e a incerteza. É necessário, portanto a) que a cláusula seja voluntária; b) que o acontecimento a que se subordina a eficácia ou a resolução do ato jurídico seja futuro; c) que também seja incerto”¹³⁵.

¹³² A Garantia Principal será assegurada mediante penhor, instituído nos termos do artigo 1.431 do Código Civil Brasileiro, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da assinatura do Contrato, sobre cotas do Fundo de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento Renda Fixa Longo Prazo, denominado “BB CPP PROJETOS”, da qual é cotista exclusiva, inscrito no CNPJ sob o nº 17.116.243/0001-92, doravante denominado “Fundo”, administrado pela BB DTVM.

¹³³ Ver trecho da decisão extraída do caso “952 F2d 403 Ponnappula v. Cbc Company Inc”: Under Tennessee law, “[a] party's obligation to perform a contract is relieved if that party in good faith is unable to complete conditions precedent by a closing deadline.” Davidson & Jones Dev. Co. v. Elmore Dev. Co., [921 F.2d 1343](#), 1350 (6th Cir.1991) (applying Tennessee law); see Guilbert v. Phillips Petroleum Co., [503 F.2d 587](#) (6th Cir.1974) (Tennessee law requires that condition precedent be performed for contract to come into existence). The event upon which the existence of the contract is conditioned must be expressly stated in the contract. Real Estate Management, Inc. v. Giles, 293 S.W.2d 596, 599 (Tenn.App.1956). Although the event must be expressly stated, it need not be expressly denominated a condition. Whether a particular provision constitutes a condition or a covenant is determined by the intention of the parties. Hyde v. Darden, 50 Tenn. 515 (1871); Buchanan v. Johnson, 595 S.W.2d 827, 830 (Tenn.Ct.App.1979); cf. Restatement (Second) of Contracts § 226 comment a (1979).

¹³⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 341.

¹³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume I : parte geral. 9. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. p. 378.

Outro aspecto fundamental é que a regra da condição precedente tutela o dever de agir de com boa-fé, de modo a mitigar situações na qual uma das partes, não querendo seguir com a avença, deixa de adotar as medidas cabíveis para implementação das condições estipuladas no contrato. Neste sentido é a disposição do art. 129 do Código Civil: “Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.”.¹³⁶

A bem da verdade, a doutrina brasileira carece de estudos mais específicos e aprofundados sobre a utilização das condições precedente (ou simplesmente ‘condição’, na linguagem do Código Civil) nos contratos empresariais e, especialmente, nos contratos administrativos; valendo destacar que o recurso às condições precedentes tem se tornado praxe nos contratos de concessão (comum ou PPP), tendo em vista a necessidade de regular os eventos – alguns deles, alheios à vontade das partes – que poderão impactar no início de vigência ou eficácia do contrato. Deste modo, urge que a academia e profissionais do Direito desloquem atenção para o estudo deste elemento jurídico, de reflexo relevante nas operações comerciais.

Resta dizer que, não obstante a ‘condição’ esteja disciplinada no Código Civil, não há obstáculo para sua plena utilização nos contratos administrativos, conforme previsão do art. 54, da Lei nº 8666/1993, que estabelece que “os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

4.4 A estrutura jurídica da SPE adotado no contrato da PPP-Hospitalar

No contrato de concessão do projeto da PPP-Hospitalar as regras relativas à estrutura jurídica da concessionária foram tratadas nas cláusulas 32 e 33. A primeira trata sobre as regras referentes à estrutura jurídica da SPE; a segunda sobre as condições para transferência

¹³⁶ Na lição de Carlos Roberto Gonçalves: “A lei estabelece, assim, a ficção do implemento da condição para o caso de o devedor do direito condicional descumprir o dever de agir com boa-fé, frustrando o implemento da condição ou provocando-o maliciosamente. Como exemplo pode ser mencionada a condição de pagar somente se as ações de determinada empresa alcançarem certo valor, e houver, maliciosamente, manipulação na Bolsa de Valores, pelo interessado, para evitar que o valor estipulado se verifique.” GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume I : parte geral. 9. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. p. 392.

do controle da SPE. Nas próximas linhas, serão apresentados de forma mais detalhada como o contrato versou sobre estes dois pontos.

Sobre a estrutura jurídica da SPE o ponto digno de nota diz respeito ao estabelecimento do capital social que deverá observar a proporção do volume de investimento para cada lote (vinte e seis milhões de reais para o Lote 01 e cinquenta e dois milhões de reais para o Lote 02) e o cronograma financeiro de recebimento dos aportes e desembolso para execução das obras. Neste sentido, foi estabelecido que a SPE deveria integralizar 10% do capital social no ato de sua constituição e integralizar os valores restantes de acordo com o Cronograma de Integralização do Capital Social constante do Anexo VIII do contrato.

A lógica deste modelo reside em elevar a exposição financeira do acionista e, portanto, sua responsabilidade pelo capital social da SPE, na proporção em que esta sociedade receba os aportes de recursos e realize os investimentos indicados no contrato de concessão. Exigir a integralização total do capital social no ato de constituição poderia impor um custo demasiado à SPE num período ainda inicial do contrato, cujos investimentos seriam de baixo volume; ressalte-se, aliás, que qualquer custo imposto ao particular será incluído em seu plano de negócio e, deste modo, refletirá no preço final da contrapartida pública.

Outra regra importante diz respeito à responsabilidade solidária dos acionistas pela integralização total do capital, nos termos da cláusula 32.1.3.2, que estabelece serem os acionistas da SPE solidariamente responsáveis, independentemente da proporção das ações subscritas por cada um, perante o Poder Concedente, até o limite do valor da parcela faltante para integralização do capital inicialmente subscrito. Via de regra, esta obrigação é garantida pelos acionistas por meio de um documento denominado Carta de Conforto (*“comfort letter”*), espécie de aval prestado em favor do Poder Concedente, sem o inconveniente de afetar o balanço do acionista.

Sobre a transferência de controle da SPE, a cláusula 33 segue formato relativamente padrão em contratos de concessão, indicando que salvo por eventual transferência de Controle para seus Financiadores, dependerá de prévia e expressa anuência do Poder Concedente a celebração de qualquer ato que implique na modificação do poder de controle da SPE, sob pena de declaração de caducidade da Concessão Administrativa. Dentre tais atos é possível citar: a celebração de acordo de acionistas, emissão de valores mobiliários conversíveis em ações e instituição de garantia para terceiros sobre ações da sociedade.

Na sequência, o contrato indica os requisitos para autorização para transferência do controle da SPE, a saber: explicação da operação societária almejada e da estrutura societária proposta; justificativa para a realização da Transferência de Controle; indicação e qualificação das sociedades que passarão a figurar como Controladoras; demonstração do quadro acionário da SPE após a operação de Transferência de Controle; demonstração da Habilitação das sociedades que passarão a figurar como Controladoras; compromisso expresso dos Controladores das sociedades que passarão a figurar como Controladoras indicando que cumprirão integralmente todas as obrigações deste Contrato; e compromisso de todos os envolvidos de que a operação de Transferência de Controle ficará suspensa até que obtida a aprovação nos órgãos competentes, inclusive o CADE.

4.5 O modelo de remuneração da concessionária: a taxa de ocupação e os indicadores de desempenho como elementos da contraprestação

A Lei das PPPs não trata de maneira compartimentada, é dizer, num único artigo, sobre a forma de composição da remuneração da concessionária, fator que demanda uma análise sistêmica de toda a norma. Por outro lado, com relação ao aspecto remuneratório, convém fazer uma diferença entre os regimes da concessão administrativa e da concessão patrocinada. A diferença determinante diz respeito à possibilidade de cobrança de tarifa dos usuários, que apenas será possível neste último regime. A este respeito, já nos manifestamos no seguinte sentido: “Como na concessão administrativa não existe um serviço que possa ser individualizado e prestado diretamente ao usuário, não há que se falar em tarifa como mecanismo de receita do particular; neste caso, a remuneração da concessionária será feita diretamente pelo ente público responsável pela concessão na forma de contraprestação pública”¹³⁷.

Deste modo, compreendido que não há tarifa como espécie de remuneração na concessão administrativa, resta informar quais foram os outros elementos que compõe a contraprestação da concessionária no projeto da PPP-Hospitalar. Assim, de acordo com a cláusula 19.1 do contrato de concessão, a remuneração do particular será obrigatoriamente composta por: (i) contraprestação, sujeita aos indicadores de desempenho e a taxa de

¹³⁷ VALOIS TAFUR, Diego Jacome. *Desapropriação e Reassentamento em Projetos de Concessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 p. 27.

ocupação da unidade hospitalar; e (ii) aportes de recursos, prevista no §2º, do art. 6º, da Lei das PPPs.

Foi permitido, ainda, inclusão das receitas acessórias a serem exploradas pela concessionária; porém estes serviços serão objeto de análise e regulação durante a vigência do contrato. Vale lembrar que o temas das receitas acessórias foi tratado na seção 3.2 desta pesquisa, quando se analisou os estudos apresentados pelos particulares na fase do PMI, tendo sido sugerido por tais estudos a inclusão das receitas acessórias na composição na remuneração do particular.

Nas próximas linhas serão indicadas as principais características determinadas no contrato de concessão para cada um dos elementos que compõe a remuneração do particular, a saber: contraprestação, receitas acessórias e aportes.

A contraprestação se refere ao valor que será pago mensalmente pelo Poder Concedente à concessionária e deverá ser necessariamente precedida da disponibilização dos serviços concedidos, significa dizer, que o pagamento da contraprestação será possível apenas após o início da fase de operação dos serviços, conforme estabelece o art. 7º¹³⁸, da Lei das PPPs.

O principal aspecto com relação à contraprestação no projeto da PPP-Hospitalar diz respeito à sua composição, no qual contará com uma parcela fixa (Parcela A) e outra variável (Parcela B), vinculada à produção dos serviços prestados nas unidades hospitalares. Por sua vez, a parcela variável é composta por uma referência de valor fixo e por dois índices relacionados aos serviços prestados. Um deles, denominado “CMD – Coeficiente de Mensuração de Desempenho”, trata da verificação do cumprimento pela concessionária dos índices de desempenho constantes do Anexo IX do Contrato; e o outro, denominado “Fator de Produção”, mede a taxa de ocupação da unidade hospitalar.

De forma pragmática, o CMD – Coeficiente de Mensuração de Desempenho tem por objetivo assegurar – ou criar incentivos – para que os serviços sejam prestados pela concessionária dentro de determinados parâmetros de qualidade, penalizando-a caso o índice apurado ao final do mês fique abaixo de um limite pré-estabelecido, ou bonificando-a caso o índice apurado fique acima do limite indicado no contrato. No caso do Fator de Produção, o objetivo deste índice é manter um equilíbrio entre a remuneração do particular e o a demanda

¹³⁸ Art. 7º-A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

de serviços decorrentes da taxa de ocupação da unidade hospitalar; de modo que haja um incremento na contraprestação da concessionária nos casos de superlotação (acima de 90%) ou um desconto no caso de baixa ocupação (menos que 70%).

A possibilidade da inclusão da remuneração variável encontra fundamento legal no §1^o¹³⁹, do art. 6^o, da Lei das PPPs, e tem sua justificativa na busca pela eficiência na realização dos serviços públicos. Na lição de Maurício Portugal Ribeiro:

“a mais importante ferramenta de produção de incentivos para que o parceiro privado preste o serviço com a qualidade estipulada do contrato é a definição adequada dos indicadores de desempenho (ou, se quiserem, indicadores de serviços, ou indicadores de resultados) e sua conexão com o sistema de pagamentos.”¹⁴⁰

Na mesma linha, Fernando Vernalha de Guimarães aponta que “a concessão administrativa poderá prever o pagamento ao parceiro privado se remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Estribados nesse dispositivo, alguns autores têm advogado a tese segundo a qual o sistema remuneratório da concessão administrativa deverá pressupor necessariamente remuneração vinculada a certas variantes de qualidade ou de quantidade previstas em contrato”¹⁴¹.

A figura do aporte de recursos, por sua vez, foi incluída na Lei das PPPs, quase 10 anos após a sua edição, por meio da conversão da MPV 575/2012, na Lei n^o 12.766/2012, na qual foram alterados alguns dispositivos da norma principal com o objetivo, dentre outros, de comportar o novo regime remuneratório da concessionária. Assim, o paragrafo 2^o, do artigo 6^o, incluído pela referida medida provisória, dispôs que “o contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei n^o 8.987/1995, desde que

¹³⁹ § 1^o O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹⁴⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

¹⁴¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203.

autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.”

A introdução da figura do aporte de recursos viabilizou, desta forma, que a concessionária pudesse receber recursos públicos durante a fase de construção, no qual esta concentrada a maior parte dos investimentos necessários. Outro aspecto almejado pelo aporte de recursos diz respeito à diminuição dos valores contraidos no âmbito do *project finance*, circunstância que tende a diminuir o custo total do empreendimento, uma vez que haverá menos exposição da concessionária aos juros bancários.

Outro aspecto relevante acerca do aporte de recursos se refere ao “modus” de desembolso. Nos termos do § 2º, do art. 7, da Lei das PPPs, o aporte de recursos “quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas”. Na prática os contratos de concessão costumam estabelecer marcos, relativos à execução das obras e serviços, que sejam objetivamente aferíveis para efeitos de pagamento dos aportes. No contrato do projeto da PPP-Hospitalar foi estabelecido por meio do Anexo XI (Fluxo de Desembolso de Parcelas do Aporte de Recursos) uma espécie de cronograma com o objetivo de fixar os eventos que, uma vez alcançados pela concessionária, ensejaria o direito ao devido recebimento da parcela do aporte.

Ainda sobre o aporte de recursos, existem ainda outros dois aspectos contratuais que merecem comentários.

O primeiro deles se refere à figura da certificadora independente. De acordo com a cláusula 21.3 “O Poder Concedente é responsável direto pela fiscalização e efetivo cumprimento, pelo Parceiro Privado, dos Eventos para o Desembolso de Aporte do Recurso (Anexo XII), devendo se valer da contratação de entidade certificadora.”. Trata-se da inclusão de terceiro independente que possa validar o efetivo cumprimento das metas contratuais, evitando uma eventual conduta oportunista do Poder Concedente que, não querendo pagar à concessionária, poderia em tese questionar o cumprimento das fases do contrato.

O segundo deles diz respeito aos mecanismos de garantia estruturados em favor da concessionária, especialmente direcionados para garantir o compromisso do Poder Concedente no adimplemento dos valores referentes aos aportes de recursos. Como foi mencionado na seção 3.3 desta pesquisa, na minuta de contrato apresentada na consulta pública não havia qualquer formato de garantia especificamente desenhada para o

compromisso do aporte; neste sentido, algumas proposições foram feitas pelos interessados na licitação com o objetivo de sanar este ponto.

Deste modo, acatando as sugestões da iniciativa privada, foi estruturado um modelo pelo qual os recursos provenientes do orçamento público relativos ao aporte seriam depositados numa conta vinculada (*escrow account*), que seria administrada por um terceiro independente, formato que traz maior conforto e segurança para o investidor, fomentando, assim, a atratividade e a competitividade para o projeto.¹⁴²

4.6 O modelo de reequilíbrio econômico-financeiro adotado no contrato da PPP-Hospitalar

O reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos decorre diretamente da aplicação do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual, nos contratos firmados com a Administração Pública serão “mantidas as condições efetivas da proposta”. O objetivo deste dispositivo constitucional é garantir que o particular que contrata com o poder público tenha garantida a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato face o advento de determinadas condições que lei, regulação setorial ou o próprio contrato classifiquem como fator capaz de romper a equação estabelecida no momento de assinatura do contrato público.

Nos contratos de concessão, o reequilíbrio econômico-financeiro encontra-se previsto no §4º, art. 9º, da Lei nº 8987/1995. Regra geral, dois fatores impactam na equação econômico-financeira do contrato: (i) materialização de algum fato indicado na matriz de risco do contrato como de responsabilidade do poder concedente; e (ii) alteração unilateral pelo poder concedente de cláusulas regulamentares (relacionadas à execução do serviço público) que impliquem a realização de novos investimentos.

O modelo do reequilíbrio econômico-financeiro no contrato da PPP-Hospitalar é tratado em sua cláusula 24 e foi estruturado de acordo com a seguinte sistemática: primeiro, com a indicação dos fatores que ensejam o direito ao reequilíbrio do contrato, seja em favor da concessionária seja em favor do Poder Concedente; segundo, com o estabelecimento das regras procedimentais para apresentação do requerimento para recomposição do reequilíbrio

¹⁴² Vide cláusula 21.8 do contrato: Os recursos obtidos pelo Poder Concedente para o financiamento do projeto objeto deste Contrato serão depositados pela referida instituição financeira em Conta Vinculada ao projeto, destinada, exclusivamente, à liberação à Concessionária dos valores de Aporte de Recursos a que a mesma venha a fazer jus em face do cumprimento das obrigações previstas no presente Contrato, na forma disciplinada na Cláusula 21.2.

econômico-financeiro; terceiro, com a exposição do método para apuração do valor necessário à recomposição do contrato; e, por fim, com a fixação dos mecanismos previstos para efeitos de reestabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. A seguir será observado com maior pormenor como o contrato da PPP-Hospitalar regulou estes quatro ângulos do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em rápida observação sobre a cláusula 24 é possível notar que o modelo do reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão é caracterizado por um elevado nível de complexidade, que transcende sobremaneira ao regime de reequilíbrio do contrato de regido pela Lei de Licitações, e avança em dimensões mais profundas daquelas descritas –em caráter meramente introdutório – nas seções anteriores. Deste modo, observando o caso concreto, buscar-se-á compreender outros aspectos de relevante influência na estruturação do regime do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Conforme mencionado, a concessionária terá direito à recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão, sempre que ocorrer (i) a materialização de algum fato indicado na matriz de risco do contrato como de responsabilidade do poder concedente, ou (ii) a alteração unilateral pelo Poder Concedente que implique a realização de novos investimentos.

Contudo, a tendência nos contratos de concessão, sobretudo nos mais atuais, é no sentido de esmiuçar de forma detalhada as causas suscetíveis para ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro no contrato, ainda que boa parte do resultado desta “decomposição” possa, grosso modo, se enquadrar nas hipóteses acima indicadas.

Assim, seguindo essa tendência, a cláusula 24 do contrato da PPP-Hospitalar descreveu 09 (nove) hipóteses que remeteriam ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, indicadas de forma resumida na sequência:

1. Modificação unilateral do Contrato, desde que, como resultado direto dessa modificação, verifique-se alteração substancial dos custos ou da receita/remuneração, para mais ou para menos.
2. Fato do Príncipe que onere a execução do Contrato.
3. Modificações promovidas pelo Poder Concedente nos Indicadores de Desempenho previstos no Anexo IX, que causem comprovado impacto nos encargos do Parceiro Privado.

4. Ocorrência de caso fortuito ou força maior: (i) Quando as consequências não forem seguráveis no Brasil; (ii) Quando as consequências forem seguráveis, nos termos da Cláusula 23.1 (xix), no que exceder ao valor da cobertura.
5. Redução de custos oriundos de ganhos de produtividade ou redução de encargos setoriais, gerados por fatores externos ao Parceiro Privado.
6. Criação, extinção ou alteração de tributos ou encargos legais, ressalvados os impostos e contribuições sobre a renda, que tenham impacto direto nas receitas/remuneração, exceto receitas acessórias, ou despesas do Parceiro Privado.
7. Impossibilidade de início à operação do Complexo Hospitalar, por qualquer razão externa à influência do Parceiro Privado, principalmente se o Operador do Complexo Hospitalar não tiver sido contratado ou não tenha condições de iniciar os serviços “Bata Branca” ou ainda, caso estejam pendentes quaisquer medidas para garantir o acesso ou o funcionamento do Complexo Hospitalar.
8. Oneração do Parceiro Privado em custos excessivos na prestação de serviços envolvendo a manutenção corretiva predial ou de equipamentos do Complexo Hospitalar, se tais custos excessivos decorrerem de mau uso das instalações e equipamentos pelo Operador do Complexo Hospitalar ou pelo Poder Concedente;
9. Quando ocorrer qualquer das hipóteses de riscos atribuídos ao Poder Concedente se, comprovadamente, afetar o regular cumprimento dos prazos estabelecidos na Cláusula 6.4 deste Contrato.

Merece atenção, na visão deste autor, as hipóteses descritas nos itens 4, 5, 7 e 8; por guardarem certa peculiaridade, como será demonstrado a seguir.

O item 4 destaca que dará ensejo ao reequilíbrio a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, cujo fato gerador não seja segurável no Brasil ou seja segurável nos termos da cláusula 23.1 (xix). A inclusão desta segunda parte, que remete à cláusula 23.1 (xix) do contrato, visa superar discussão que permeava os primeiros contratos de concessão, explica-se: Inicialmente, costumava-se indicar como de responsabilidade do Poder Concedente a superveniência de caso fortuito ou de força maior que caracterizasse fato não segurável no

Brasil; ocorre que, em tese, qualquer seguro pode ser feito no Brasil, inclusive seguro para terremotos; o problema reside, portanto, não na possibilidade de se ter o seguro, já que este pode ser customizado para qualquer hipótese de risco, mas no custo que este pode alcançar considerando a cobertura sobre fatos não propriamente comum de serem segurados no Brasil. Deste modo, a inclusão da referência à cláusula 23.1 (xix) foi salutar para fins de resolver o problema atinente a qual risco deveria ser ou não segurado. Segue redação da mencionada cláusula:

“Cláusula 23.1 (xix): Evento de força maior ou caso fortuito se, ao tempo de sua ocorrência, corresponder a um risco segurável no Brasil há pelo menos 2 (dois) anos, até o limite da média dos valores de apólices de complexidade semelhante normalmente praticados pelo mercado, por pelo menos duas empresas seguradoras.”

O item 5 foi estruturado de modo a capturar em favor do Poder Concedente eventuais ganhos de produtividade ou de redução de encargos que impactem na equação econômica do contrato, decorrente de fatores externos à ação da concessionária. O propósito deste dispositivo foi absorver em favor do poder público determinados ganhos de eficiência provenientes de alterações regulatórias, o que é comum na atividade hospitalar e pode gerar impacto significativo nas obrigações a cargo da concessionária. Como exemplo, é possível que norma setorial determine que o exame “x” deva ser realizado em espaço físico distinto do exame “y”; posteriormente e, embasado por novos estudos, altera-se a referida norma para indicar que ambos os exames podem ser feitos no mesmo espaço físico. Tal alteração gera um impacto positivo na produtividade e um ganho de escala que reflete na equação econômica do contrato. Uma vez que este ganho foi gerado por fator externo à iniciativa da concessionária, a modelagem do contrato entendeu por bem reverter este proveito em favor do Poder Concedente.

Por outro lado, importa dizer que a regra do item 5 não elimina importante característica dos contratos de concessão que é justamente se apropriar da expertise do setor privado para gerar mais eficiência na prestação de serviço, sendo certo que qualquer iniciativa da concessionária que acarrete um ganho de produtividade e diminuição de encargos deverá ser exclusivamente apropriado em seu favor.

Com relação aos itens 7 e 8 convém destacar que uma das principais preocupações externadas pelos particulares na fase de consulta pública do Projeto da PPP-Hospitalar dizia respeito às regras de governança ou interface entre os serviços a cargo da concessionária (bata-cinza) e os serviços sob responsabilidade da equipe médica (bata-branca).¹⁴³ Esta preocupação, como se percebe, decorre da interdependência entre estes serviços, uma vez que cabe aquele primeiro fornecer a infraestrutura adequada para a prestação dos serviços da equipe médica e estes, por sua vez, têm sua atividade intrinsecamente relacionada a determinadas metas desempenho que impactam na remuneração da concessionária.

A inclusão dos itens 7 e 8 vêm, deste modo, responder aos anseios do setor privado no sentido de que o contrato de concessão traduza regras mais clara sobre a interface entre os serviços bata-cinza e bata-branca estabelecendo, de acordo com os mencionados itens, o reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária caso a equipe responsável pelos serviços bata-branca não esteja em condições de iniciar os serviços na data de operação ou na hipótese de incremento nos custos de manutenção ou correção de equipamentos decorrente de mau uso pela equipe médica (bata-branca).

Assim, uma vez materializado o fato que enseja o reequilíbrio econômico-financeiro, caberá à parte que teve a sua equação desbalanceada iniciar o procedimento administrativo para avaliação do pedido de recomposição (cl. 24.5). De acordo com o contrato, serão diferentes os procedimentos a depender da parte, concessionária ou Poder Concedente, que venha a propor o pedido de reequilíbrio.

Caso o procedimento seja instaurado pela concessionária, a cláusula 24.6 do contrato determina que o pedido de reequilíbrio deva vir instruído das seguintes informações: (i) identificação do evento de desequilíbrio acompanhado de evidencia da responsabilidade do Poder Concedente; (ii) projeção do fluxo de caixa marginal decorrente do evento de desequilíbrio; (iii) comprovação dos gastos, diretos e indiretos, efetivamente incorridos pela concessionária; e (iv) quando diga respeito a desequilíbrios futuros, a demonstração circunstanciada dos pressupostos e parâmetros utilizados para as estimativas dos impactos do evento gerador do desequilíbrio.

O peculiar do dispositivo retro mencionado diz respeito à análise simultânea de dois métodos para aferição do desequilíbrio que, via de regra, são considerados separadamente. O

¹⁴³ Na pesquisa realizada por esse autor no âmbito da dissertação “Parceria Público-Privada no setor hospitalar: estudo de caso sobre o projeto dos ‘complexos hospitalares’ do Estado de São Paulo”, ainda em elaboração, foi notado que aproximadamente 15% das sugestões apresentadas durante a consulta pública versam sobre o tema da governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza.

primeiro se refere ao fluxo de caixa marginal, que será melhor explicitado adiante, e o segundo ao exame dos custos efetivos enfrentados pela concessionária decorrentes do desequilíbrio. A diferença crucial é que o primeiro se trata de um método matemático alicerçado em fórmulas paramétricas e referências de preço pré-estabelecidos; já o segundo se trata da investigação real das despesas, o que seria realizado por meio da verificação de notas fiscais, contratos e outros documentos.

Na visão deste autor, a utilização do método de cálculo que visa a apurar os custos efetivamente incorridos pela contratada, o que remeteria a uma verdadeira auditoria (ou “open book”, na linguagem financeira) sobre a gestão financeira do contratado, não encontra respaldo na lei e se reveste de característica eminentemente subjetiva e casuística com forte potencial para provocar resultados distorcidos no cálculo do desequilíbrio; eis algumas razões para tanto: (i) haverá situações em que os custos apurados para um determinado contrato será diverso dos custos apurados para outro contrato, e isto decorre do poder de barganha de cada empresa; (ii) a variação sobre o custo dos insumos é risco do contratado, aos se escrutinar tais custos, estar-se-ia, *a contrario sensu*, viabilizando que a concessionária também pudesse utilizar este método para alegar desequilíbrio quando pagou acima do preço de mercado; por fim, (iii) sabendo que o poder público pagaria conforme custos, o contratado não teria um incentivo para economizar na compra de equipamentos ou contratação dos serviços terceirizados, uma vez que os valores seriam repassados à Administração.

Em que pese à exigência de demonstração dos custos para efeitos de instrução do requerimento de reequilíbrio, a cláusula 24.7, que trata sobre o cálculo para recomposição do reequilíbrio, parece não considerar o exame dos custos efetivos como parâmetro de cálculo, o que a primeira vista seria uma contradição. Acredita-se que a melhor forma de interpretar estas disposições seria no sentido de que o requerimento deverá conter a comprovação dos custos, porém sua análise não será primordial para aferição do cálculo, que será medido pelo método do fluxo de caixa marginal, restando à opção do poder concedente de recorrer, apenas para efeitos de esclarecimentos, aos documentos relativos aos custos incorridos.

Assim, o método de cálculo para o reequilíbrio privilegiado no contrato da PPP-Hospitalar deverá levar em consideração o mecanismo conhecido como fluxo de caixa marginal. Foge ao escopo deste ensaio tratar de forma esmiuçada acerca do referido método, matéria afeta ao profissional que trabalha com a modelagem econômico-financeira, sendo relevante, entretanto, mencionar que o contrato aqui estudado seguiu a orientação estabelecida

no Acórdão nº 2759/2012 do Tribunal de Contas da União, já consolidado na Resolução nº 3.651/11 da ANTT.

Por fim, convém trazer algumas linhas para tratar sobre os mecanismos de reequilíbrio previsto no contrato de concessão.

A cláusula 24.14. do contrato da PPP-Hospitalar indica que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato poderá ser implementado pelos seguintes mecanismos: (i) prorrogação ou redução do prazo da concessão; (ii) revisão no valor da contraprestação mensal; e (iii) combinação das modalidades anteriores ou outros permitidos pela legislação, a critério do Poder Concedente.

Em se tratando de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão talvez um dos aspectos mais relevantes que não foi mencionado expressamente no contrato, mas que, dada sua importância, merece aqui alguns comentários, diz respeito ao reequilíbrio do contrato em função de novos investimentos. O ponto nodal talvez nem seja os métodos ou os mecanismos de reequilíbrio em si, mas sim o dilema sobre se o novo investimento pode ser abrangido pelo contrato de concessão ou se deveria ser objeto de licitação própria.

Para ilustrar, digamos que após assinado o contrato e antes do início da sua execução o Poder Concedente entenda por bem reduzir o setor de pediatria em detrimento de uma área maior para diagnóstico por imagem, após observar que na região onde será implantado o hospital há maior carência deste serviço e menos do outro. Esta alteração implicará em maior custo, vez o que os serviços de diagnóstico por imagens são substantivamente mais dispendiosos, logo materializando o direito de reequilíbrio em favor da concessionária. A questão é que terceiros e órgãos de controle podem alegar que a referida alteração viola a licitação, na medida em que se alteraram as regras de contratação, situação que, se prevista pelos adversários, poderia resultar em diferente vencedor do certame.

Esta controvérsia é enfrentada de forma salutar pelo professor Carlos Ari Sundfeld em artigo de referência sobre o tema. Inicialmente o professor destaca que:

“é necessário analisar se a alteração a alteração dos encargos da concessionária e as medidas compensatórias cogitadas implicam alguma violação ao regime da licitação. Caso esse regime seja respeitado pela proposta, então deve ser admitido o aditamento ao contrato em vigor.”

Em seguida, e após refletir sobre vários aspectos jurídicos que tangenciam o tema em análise, o professor conclui que:

“em suma: se a alteração que se pretende introduzir em um contrato administrativo não puder ser licitada de forma autônoma, por inviabilidade de licitação. Em qualquer caso, a alteração deve ser acompanhada de justificativa expressa por parte da autoridade administrativa, nos termos referidos acima.”¹⁴⁴

Deste modo, não seria possível afirmar de maneira categórica que o reequilíbrio do contrato em função de novos investimentos subverte a lógica da licitação, sobretudo quando se mostra insustentável do ponto de vista econômico fazer tal investimento de forma autônoma ao contrato de concessão já existente. Se o *value for money* do investimentos indicar que faz mais sentido que este seja incluído no contrato, então cabe ao gestor público assim proceder como forma de garantir a eficiência e a economicidade na disposição dos recursos do Estado.

¹⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. “Condições jurídicas para ampliação do contrato de concessão rodoviária”. Pareceres, vol. II, São Paulo, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013. p. 129-143.

5. SÍNTESE DOS ACHADOS E CONCLUSÕES RELEVANTES

5.1 Apontamentos sobre os principais achados

Conforme informado na parte introdutória desta dissertação, a intenção da presente pesquisa foi realizar um estudo de caso sobre o projeto da PPP-Hospitalar, valendo-se para tanto de uma análise cuidadosa sobre as várias etapas e nuances que marcaram o desenvolvimento do projeto, firmando, assim, a característica descritiva inerente ao método de pesquisa elegido por esse autor.

Todavia, o trabalho descritivo realizado não foi isento de reflexão crítica, ao revés, amparado nos dados colhidos no caso concreto se buscou, o tanto quanto possível, observar os principais aspectos jurídicos que tangenciavam o caso analisado, na perspectiva de sublinhar certas particularidades e apontar pontos que eventualmente pudessem ser objeto de aprimoramento.

Dentro desta concepção foi possível obter da presente pesquisa algumas proposições que podem servir de parâmetro para os estruturadores de projetos de infraestrutura sob o regime de concessão (comum ou PPP), notadamente para o gestor público que tem sua atuação contida nos limites da lei e na jurisprudência dos órgãos de controle.

Em outras palavras, quais são as opções disponíveis dentro dos limites legais e cuja experiência possa orientar o desenvolvimento do projeto para melhores resultados?

Esta conclusão, portanto, visa destacar alguns aspectos observados (“achados”) no estudo de caso do projeto da PPP-Hospitalar, ressaltando como as escolhas realizadas podem vir a ser replicadas pelo gestor público na modelagem de futuros projetos de infraestrutura, especialmente sob a modalidade de concessão comum ou PPP.

Achados no Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI.

O projeto da PPP-Hospitalar decorreu da MIP de iniciativa de três empresas que apresentaram pedidos para realizar estudos de viabilidade para o desenvolvimento de projeto de PPP para implantação e gestão de unidades hospitalares; esta possibilidade de iniciativa do particular decorria de previsão expressa no Decreto Estadual n.º 57.289/2011 do Estado de

São Paulo, revogado pelo Decreto Estadual nº 61.371/2015 (norma vigente acerca do PMI no âmbito do Estado de São Paulo).

No caso da PPP-Hospitalar a provocação simultânea de três grupos de empresas resultou na análise de três requerimentos com conteúdos diversos. Para que estes requerimentos se convertessem no PMI (fase subsequente com a realização do chamamento público) foi necessário que a SES/SP se manifestasse indicando que os requerimentos de MIP apresentados estavam de acordo com as prioridades estabelecidas pela Secretária; porém, não houve uma indicação precisa de como as referidas propostas se enquadravam nas diretrizes deste órgão.

Cabe mencionar que, de acordo com §2º, do art. 1º, do Decreto Estadual nº 57.289/2011, cabe a Secretaria de Estado responsável “proceder à análise e avaliação do caráter prioritário do projeto, segundo as diretrizes governamentais vigentes”. Porém, a SES/SP na manifestação que autoriza o prosseguimento da MIP em referência (Ofício GS nº 3029/2012) deixa de apresentar maiores dados que pudessem confrontar os requerimentos de MIP com os critérios governamentais observados pela Secretária. Neste sentido, a apresentação de requerimentos de MIP com conteúdos diversos e a ausência de justificativa amparada em programa governamental pré-estabelecido, leva a crer que não havia um planejamento adequado por parte da SES/SP sobre os problemas públicos que precisavam ser sanados, a ordem de prioridades com que estes problemas deveriam ser atacados e possíveis mecanismos para tanto. Disto se chega ao primeiro “achado”.

- Primeiro achado: A ausência do planejamento de médio ou longo prazo por parte das entidades do Poder Público pode gerar menos eficiência ao mecanismo da MIP, pelas seguintes razões. Primeiro, como observado no projeto da PPP-Hospitalar, a ausência de parâmetros definidos sobre as prioridades da Administração ensejou a apresentação de MIP com conteúdos diferentes. Segundo, com parâmetros pré-estabelecidos o gestor público lida com o desafio para justificar o enquadramento do projeto sem correr o risco de ser acusado de privilegiar determinado proponente da MIP¹⁴⁵.

Em atenção ao artigo 7º, do Decreto Estadual nº 57.289/2011, após manifestação da SES/SP, o Conselho Gestor encaminhou o processo administrativo do projeto da PPP-Hospitalar para pronunciamento da CPP e da UPPP. Conforme abordado na seção 2.3 do

¹⁴⁵ Este aspecto encontra-se devidamente fundamentado nas seções 2.2 e 2.3 da presente pesquisa.

presente trabalho, as referidas entidades tem por finalidade apoiar o Governo do Estado de São Paulo, sob diferentes aspectos, na estruturação de projetos de concessão (comum ou PPP).

Da manifestação da CPP e da UPPP foi possível observar, tal como no pronunciamento do SES/SP, dificuldade para cruzar dados concretos dos requerimentos com diretrizes governamentais pré-estabelecidas, circunstância que reforça o “primeiro achado”, acima referido. Por outro lado, notou-se relevante contribuição das referidas entidades sobre aspectos relativos à modelagem do projeto, como a necessidade de “Elaboração detalhada da matriz de risco do projeto e de interfaces (Bata Branca x Bata Cinza)”¹⁴⁶, tema que se tornou peculiar para o projeto da PPP-Hospitalar, conforme apresentado na presente pesquisa. Neste contexto se tem o segundo achado.

- Segundo achado: O Governo do Estado de São Paulo, seguindo modelo comum de países mais amadurecidos em projetos de concessão, adotou estrutura formada por entidades especificamente voltadas para estruturação de projetos de concessão (comum ou PPP), com a finalidade de centralizar a *expertise* e as informações relativas a tais projetos.

Após a publicação do Chamamento Público nº 007/2012, em 10 de outubro de 2012, um total de vinte e duas empresas apresentaram requerimento para realizar os estudos, fato que, a princípio, sinalizou o apetite do mercado com relação ao projeto da PPP-Hospitalar.

Conforme mencionado na seção 2.5, o edital de chamamento indicou parâmetros bem específicos para realização dos estudos de viabilidade, na linha do formato qualificado por Vera Monteiro como “modelagem completa em parceria”, no qual estão compreendidos dos os estudos necessários à estruturação do projeto de concessão, tais como: análise econômico-financeira, estudos de demanda, documentos jurídicos, estudos de impacto ambiental e social; etc. Destaca a referida autora que neste formato “o particular interage e dialoga profundamente com o estado, colaborando com subsídios sucessivos para que o estado vá fazendo cada uma das milhares de opções necessárias para chegar à modelagem por inteiro e à efetiva outorga da concessão.”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Manifestação Formal/MIP – GS/UPPP 010/2012. p. 12

¹⁴⁷ PINHEIRO, Armando Castelar, et alli. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. P.219. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

No cenário hipotético em que pelo menos metade das empresas cadastradas apresentassem estudos, ter-se-iam onze estudos para ser analisados pela Administração, circunstância que acarretaria demasiado custos de transação para avaliar e compatibilizar tais estudos com base nas expectativas do Poder Público. Por outro lado, o formato de interação sugerido por Vera Monteiro, pelo qual o particular passa a dialogar profundamente com a Administração, ficaria praticamente inviabilizado no contexto de participação de onze empresas, sendo fácil perceber a dificuldade para colocar onze sujeitos com interesses diversos para dialogar sobre um mesmo projeto.

No projeto em tela, do total de empresas autorizadas no PMI, apenas três apresentaram tempestivamente os estudos requeridos. Este fato permitiu que a Administração pudesse realizar análise mais próxima dos estudos apresentados. Em todo caso, foi utilizada a contratação de consultor externo para auxiliar neste trabalho, aspecto que será abordado a seguir.

Em síntese, a possibilidade de apresentação de estudos de viabilidade por diversos particulares, no âmbito do PMI, pode ensejar determinados inconvenientes para a Administração, notadamente pelos custos de transação para depurar os estudos apresentados, conforme já mencionado.

Neste sentido, alguns mecanismos podem ser utilizados para limitar o número de estudos a serem analisados pela Administração, com destaque para: (i) concessão de autorização exclusiva para que um único interessado possa realizar os estudos de viabilidade, ficando vedada sua participação no procedimento licitatório futuro¹⁴⁸; e (ii) procedimento de autorização mediante apresentação de proposta técnica pelos interessados em realizar os estudos de viabilidades, estipulando-se que apenas os melhores colocados recebam autorização para realizar os estudos.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Solução adotada pelo Decreto Estadual nº 61.371/2015, nos termos do seu §4º, do art. 17.

¹⁴⁹ Neste sentido o Edital de Chamamento Público nº 01/2017/CAGECE, lançado pelo Governo do Estado do Ceará, conforme item 5.8 do edital: “5.8. Será concedida Autorização para realização dos estudos de viabilidade para a estruturação de planta de dessalinização de água marinha com capacidade de 1 m³/s, para a Região Metropolitana de Fortaleza, sob modelagem de Parceria Público-Privada – PPP, apenas para os INTERESSADOS que obtiverem a primeira e a segunda colocação, de acordo com a pontuação estabelecida nos termos do item 5.5, doravante designadas como “AUTORIZADAS”. Disponível em <https://www.cagece.com.br/editais-e-licitacoes/category/228-procedimento-de-manifestacao-de-interesse>. Acesso: 28 ago. 2017.

- Terceiro achado: O número excessivo de pedidos de autorização no PMI pode acarretar excessivos custos de transação para Administração analisar e compatibilizar os estudos apresentados.

Achados no procedimento licitatório.

Na seção 3.1 foi apontada à contratação da FIPE para prestar assessoria técnica ao Grupo de Trabalho coordenado pelo Conselho Gestor e com representantes da SES/SP, da CPP, da UPPP e da PGE/SP, cuja missão era analisar os estudos encaminhados e propor a modelagem final do projeto da PPP-Hospitalar. Também foi mencionada na presente pesquisa (seção 2.1) que a Administração pode obter os ditos estudos por três vias, em síntese: (i) fazer o trabalho internamente com equipe própria; (ii) contratar consultores via procedimento licitatório da Lei nº 8.666/1993; e (iii) receber estudos via PMI, nos termos do art. 21 da Lei nº 8.987/1995.

Na entrevista especialmente realizada para o presente trabalho, o representante da PGE/SP no referido Grupo de Trabalho destacou algumas razões para contratação do consultor externo. Valendo mencionar:

“Ainda no âmbito da MIP, o volume extenso dos estudos apresentados pelos particulares inviabiliza que esta análise seja realizada por equipe interna da Administração, especialmente quando existem muitos projetos sendo estruturados ao mesmo tempo. Na época do projeto das PPP dos hospitais havia aproximadamente umas 40 MIPs em trâmite e aproximadamente uns 15 editais de chamamento publicados. O apoio externo foi importante para o avanço de determinados projetos. O consultor externo tem, ainda, relevante papel em projetos de concessão ou PPP cujo objeto seja inédito ou guarde alguma particularidade pouco experimentada, e nos casos em que o objeto está inserido em setores com alto nível de regulação. Nestes casos, a especialidade requerida dos consultores que serão contratados pode e deve auxiliar no aprimoramento e desenvolvimento do projeto.”¹⁵⁰

¹⁵⁰ Outros aspectos também foram abordados na referida entrevista; vide: Anexo II - Entrevista 01 realizada com Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, que participou do Grupo de Trabalho formado para assessorar a SES/SP na modelagem do projeto da PPP-Hospitalar.

No caso do projeto da PPP-Hospitalar a obtenção dos estudos de viabilidade não ocorreu de forma estanque, na linha das opções acima indicadas, mas a partir da combinação de algumas delas. Ou seja, utilizou-se o PMI para receber estudos nos termos do art. 21, da Lei nº 8.987/1995, e procedeu-se com a contratação da consultoria externa para atender algumas necessidades da Administração, conforme apontado pela representante da PGE/SP, em síntese: (i) escassez de recursos humanos tendo em vista o elevado número de projetos em trâmite ao mesmo tempo; e (ii) especialidade do consultor externo sobre determinadas matérias com alto nível de regulação ou de inovação.

Válido ainda mencionar que, mesmo contando com equipe interna especializada em estruturação de projetos, os denominados “países de referência”¹⁵¹ costumam utilizar consultores externos para apoiar o Poder Público na estruturação de projetos. Conforme Estudo do BNDES uma das razões para se utilizar do consultor externo é mitigar a assimetria informacional inerente ao particular que desenvolve os estudos e a entidade pública que os recebe.

- Quarto achado: A contratação de consultores externos pela Administração pode se mostrar uma alternativa adequada para avaliar os estudos apresentados no PMI, especialmente quando o projeto envolva matérias com alto nível de regulação ou inovação ainda pouco experimentada pelo Poder Público, bem como no cenário de limitação de recursos humanos para lidar com vários projetos simultaneamente.¹⁵²

Conforme abordado na seção 3.2, a exigência de qualificação técnica tem por objetivo averiguar se o interessado na licitação reúne determinadas condições de natureza técnica que possibilite executar o contrato público dentro dos padrões exigidos, na lição de Joel de Menezes Niebuhr, “a Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos

¹⁵¹ “caracterizados pela adoção de boas práticas na preparação de projetos e pela ênfase na atividade de planejamento público, dentre os quais podem ser citados Canadá, Austrália, Nova Zelândia e os países integrantes do Reino Unido e União Europeia” PINHEIRO, Armando Castelar, et alli. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. p. 15 Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁵² Sobre os desafios da Administração para contratação do consultor externo, remete-se ao Estudo do BNDES (*Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015)

licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo”¹⁵³.

Entretanto, no projeto da PPP-Hospitalar constava exigência de qualificação técnica referente à experiência em serviços de engenharia, especificamente para obras de edificação. Foi indicado que esta exigência não tem se repetido nos projetos de concessão recentemente publicados pelo Governo do Estado de São Paulo, cujos critérios de qualificação tem se centrado na qualificação econômica para contrair empréstimos de longo prazo (*Project Finance*) nos valores necessários para execução e operação do contrato.

Este formato viabiliza um maior número de interessados na licitação ao permitir que possam participar, isoladamente ou em conjunto com outra empresa, grupos econômicos associados ao setor de investimentos, como as empresas de participação (*holdings*) e fundos de *private equity* e *venture capital*. Prova disso é resultado Licitação Internacional nº 03/2016 promovida pela ARTESP, na qual sagrou-se vencedor o Fundo Pátria de Investimento.

Em função da exigência de qualificação técnica acima referida, a licitação do projeto da PPP-Hospitalar foi disputada predominantemente por empresas de construção.

- Quinto achado: Em contratos de concessão a inclusão de exigência de qualificação técnica, referente à experiência em serviços de engenharia, pode restringir a competitividade do certame, vez que empresas de investimentos que não detém a experiência indicada ficariam impossibilitadas de participar isoladamente desta licitação.

Achados no contrato firmado com o particular.

Conforme mencionado na parte introdutória deste trabalho, já existia a percepção por parte deste autor de que a estrutura da prestação dos serviços do contrato da PPP-Hospitalar, no qual subsistem duas categorias de agentes prestando serviços de forma concomitante e interdependente (serviços bata-branca e serviços bata-cinza), representaria verdadeiro desafio a ser enfrentado tanto pelo agente público como pelo agente privado. Esta percepção partiu de um racional óbvio no sentido de observar duas categorias de agentes alocando serviço para uma finalidade comum (os serviços hospitalares), porém submetidos a regimes contratuais

¹⁵³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 381

distintos. De um lado, os serviços bata-branca responsável pelas atividades assistências de responsabilidade médica, regidos via de regra por um contrato de gestão firmado entre o Governo do Estado e uma Organização Social - OS, do outro, os serviços bata-cinza responsável pela administração da unidade hospitalar e submetido ao contrato de parceria público-privada, objeto da presente pesquisa.

Ao analisar os documentos da fase de consulta pública, mostrou-se verdadeira a percepção acima mencionada, tendo sido constada a existência de 23 (vinte e três) sugestões apresentadas pelos particulares apontando diversas questões relacionadas à governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza.

As principais questões suscitadas pelos particulares encontram-se sumarizadas na seção 3.4. Por exemplo, uma das interessadas na licitação apresentou sugestão para indicar que a exigência para obtenção da Acreditação Hospitalar, a cargo da concessionária, estava condicionada a providências por parte dos serviços bata-branca, exigindo-se, neste sentido, uma cláusula melhor estruturada para evitar a penalização da concessionária, caso esta deixe de obter a referida Acreditação em função do descumprimento da outra parte.¹⁵⁴

Na entrevista realizada com o representante da PGE/SP¹⁵⁵ foi destacado que o GT constituído para auxiliar na estruturação do projeto da PPP-Hospitalar tinha conhecimento dos desafios da modelagem com relação ao tema da governança entre os serviços-bata branca e bata-cinza, fato que ensejou a realização de numerosas reuniões para debater sobre a estrutura contratual adequada pra mitigar os riscos de conflitos entre os representantes da concessionária e equipe médica.

Na referida entrevista, também foi apontado que a escolha por esse modelo de segregação entre os serviços bata-branca e bata-cinza decorre de razões jurídicas, culturais e políticas. Jurídica, em função da em função da disposição contida no §2º, art. 199, da CF/88; cultural, pelo uso comum de contratos com OS; e política, pela resistência de setores da sociedade no que se refere à delegação de serviços de públicos ao particular.

¹⁵⁴ “O cumprimento dos requisitos exigidos para a Acreditação Hospitalar depende de certas ações e qualificações (obtenção de certificados) que competem ao Operador do Complexo Hospitalar (“bata branca”), sendo impossível que o Parceiro Privado assuma o gerenciamento das atividades para obtenção da Acreditação. Tampouco nos parece possível segregar responsabilidade da Bata Branca e da Bata Cinza para esses fins; a atribuição ao parceiro privado do ônus de demonstrar a interdependência entre as atividades a cargo de cada um para eximir-se das responsabilidades da não obtenção da Acreditação gera grave desequilíbrio”. Sugestão de nº 2.7.14 apresentada pela empresa Construtora Norberto Odebrecht.

¹⁵⁵ Anexo II - Entrevista 01 realizada com Carlos Eduardo Teixeira Braga, Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, que participou do Grupo de Trabalho formado para assessorar a SES/SP na modelagem do projeto da PPP-Hospitalar.

Identificar a solução utilizada no Projeto da PPP-Hospitalar pode servir de referência para outros modelos de PPP, no qual se observa uma interdependência similar entre a atuação dos agentes públicos e privados, tais como os contratos de parceria público-privada no setor educacional e prisional.

O contratou da PPP-Hospitalar constituiu as seguintes soluções para fins de lidar com os desafios de governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza:

Primeira solução: Especificação detalhada das obrigações de responsabilidade da concessionária (bata-cinza) e da equipe médica (bata-branca), por meio da estruturação de uma extensa Matriz de Interface¹⁵⁶.

Segunda solução: Constituição de uma Comissão permanente, denominada “Comissão de Interface”, formada por 04 (quatro) membros, sendo 02 (dois) representantes indicados pela concessionária e 02 (dois) indicados pelo Operador do Complexo Hospitalar, entidade responsável pela gestão dos serviços bata-branca, e com a finalidade de refinar as obrigações contratuais, por meio da edição de normas e procedimentos; atuar preventiva e corretivamente nos casos de precária coordenação das atividades; solucionar divergências; fiscalizar e cumprir as cláusulas do contrato de concessão; receber e analisar críticas; e, por fim, elaborar uma Matriz de Interface do Contrato.

Terceira solução: Implantação do Comitê Gestor, formado por 06 (seis) membros, sendo 02 (dois) representantes da concessionária, 02 (dois) do Operador do Complexo Hospitalar e 02 (dois) do Poder Concedente; cuja finalidade é a gestão do Complexo Hospitalar, bem como da fiscalização de todas as atividades, sejam serviços bata-branca ou bata-cinza. O referido Comitê deveria ser instituído 30 (trinta) dias após a assinatura do contrato e funcionará em regime permanente pelo prazo contratual. Cabe ainda a este Comitê o papel de instância superior na resolução de divergências técnicas não resolvidas pela Comissão de Interface; exercendo, desta maneira, relevante papel no que diz respeito à relação entre os serviços bata-branca e bata-cinza.

- **Sexto achado:** Estruturas de contratos de concessão no qual esteja presente o modelo compartilhado para realização do serviço público, tal como no Projeto da PPP-Hospitalar,

¹⁵⁶ A referida matriz consta no Anexo II do Contrato (“Detalhamento do Objeto do Contrato”)

produz riscos adicionais ao particular, riscos estes pouco triviais em contratos de concessão. Necessário, portanto, que a modelagem contratual seja elaborada tendo em vista mitigar os efeitos adversos do risco aqui mencionado.

5.2 Quadro sintético dos principais achados e das conclusões relevantes

Principais Achados	Conclusões Relevantes
<p><u>Primeiro achado:</u> A ausência do planejamento governamental de médio ou longo prazo gera menos eficiência à MIP.</p>	<p>A ausência de planejamento pode ensejar a apresentação de MIP com conteúdos diferentes e dificultar a decisão do gestor para justificar o enquadramento do projeto nas diretrizes governamentais, ficando sujeito a fiscalização dos órgãos de controle.</p>
<p><u>Segundo achado:</u> O Governo do Estado de São Paulo adotou estrutura organizacional centralizada para estruturação de projetos de concessão (comum ou PPP).</p>	<p>O recurso à estruturas centralizadas viabiliza a concentração da <i>expertise</i> e as informações relativas aos projetos estruturados.</p>
<p><u>Terceiro achado:</u> O grande número de pedidos de autorização no PMI pode acarretar excessivos custos de transação para Administração analisar e compatibilizar os estudos apresentados.</p>	<p>A Administração pode se valer de terminados mecanismos para limitar o número de autorizados à realizar os estudos, em síntese: (i) concessão de autorização exclusiva para único interessado, com vedação para participar na licitação futura; e (ii) procedimento de competição entre os interessados em apresentar estudos, no qual a autorização é concedida aos melhores pontuados conforme termos do edital.</p>
<p><u>Quarto achado:</u> A contratação de consultores externos pode se mostrar uma alternativa adequada para auxiliar a Administração na análise dos estudos apresentados no PMI.</p>	<p>A contratação de consultores externos mostra-se especialmente relevante quando: (i) o projeto envolva matérias com alto nível de regulação ou inovação ainda pouco experimentada pelo Poder Público; (ii) quando houver limitação de recursos humanos pela Administração para lidar com</p>

	vários projetos simultaneamente.
<u>Quinto achado:</u> Em contratos de concessão a inclusão de exigência de qualificação técnica, referente à experiência em serviços de engenharia, pode restringir a competitividade do certame.	Licitações recentes promovidas pelo Estado de São Paulo tem dispensado a qualificação técnica referente aos serviços de engenharia, mantendo-se a qualificação econômica para contrair empréstimos de longo prazo e a qualificação operacional.
<u>Sexto achado:</u> Estruturas de contratos de concessão no qual esteja presente o modelo compartilhado para realização do serviço público, tal como no Projeto da PPP-Hospitalar, produz riscos adicionais ao particular, riscos estes pouco triviais em contratos de concessão. Necessário, portanto, que a modelagem contratual seja elaborada tendo em vista mitigar os efeitos adversos do risco aqui mencionado.	A constituição de modelagem contratual adequada pode mitigar riscos em relação a estruturas de serviços compartilhadas. Como orientação, sugere-se: (i) estabelecer regulação detalhada acerca das responsabilidades de cada ator envolvido no serviço compartilhado; e (ii) formar estruturas internas de governança formada por órgãos com competência para analisar e propor soluções para os problemas de interface que surjam na gestão contratual.

REFERÊNCIAS

BARROS MAIA, Livia Wanderley; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de manifestação de interesse (PMI) e de propostas não solicitadas (PNS) – os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul/dez, 2012.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier; FARIA, Viviana Cardoso de Sá e. *Project finance: considerações sobre a aplicação em infraestrutura no Brasil*. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 241-280, dez. 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

BRASIL. Medida Provisória 575, de 7 de agosto de 2012. Altera a 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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/575.htm>. Acessado em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012. Altera as Leis nºs 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, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.058, de 13 de outubro de 2009, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.420, de 10 de abril de 2002, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.602, de 12 de dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de novembro de 1998, e a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12766.htm#art1>. Acesso em 25 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em 25 ago. 2017.

CARVALHO, André Castro. Estudo jurídico sobre o Decreto nº 61.371/2015 (o “decreto dos PMIs”) do Estado de São Paulo. *Observatório das Parcerias Público-Privadas*. 2015. disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-estudo-jur%C3%ADdico-sobre-o-decreto-n%C2%BA-613712015-o-%E2%80%9Cdecreto-dos-pmis%E2%80%9D-do-estado-de-s%C3%A3o-pa>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

CARVALHO, André Castro; CASTRO, Leonardo Freitas (coords.). *Manual de Project Finance no Direito Brasileiro*. – São Paulo: Quartier Lantin, 2016.

CONEXÃO LOCAL. Parceria público-privada Hospital do Subúrbio. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/parceria_publico_privada_-_hospital_do_suburbio.pdf>. Acessado em: 08 de ago. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no estado constitucional de direito. *Revista da ESMESC*, v. 20, n. 26, 2013

DELMON, Jeffrey. *Private Sector Investment In Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk* - 2nd Edition. Kluwer Law International. 2009. p. 16.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

EXPERIÊNCIAS BRITÂNICAS E BRASILEIRAS EM PPP DE INFRAESTRUTURA SOCIAL. 2015, Salvador, BA. Panorama das PPPs em saúde no Brasil: contratos assinados, projetos em estruturação e perspectivas estaduais e municipais. Salvador, BA. 2015.

Disponível em: https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Panorama_das_PPPs_em_Saude_no_Brasil_Bruno_Pereira.pdf>. Acessado em: 15 ago. 2017.

FREITAS, Rafael Verás de. Algumas propostas para a interpretação das fontes de receitas alternativas nas concessões. *Revista de Contratações Públicas – RCP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, 2015.

GHIRARDI, José Garcez et alii. Posso fazer um trabalho inteiro sobre um caso específico. *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalho de conclusão de curso* – Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Mariana Feferbaum – coordenadores. São Paulo – Saraiva, 2012. (série GVlaw).

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume I : parte geral*. 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal; SHWIND, Rafel Wallbach (coordenadores). *Parcerias público-privadas: reflexões 10 anos da lei 11.079/2004*. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *As garantias nas parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MONTEIRO, Vera. Contratação de Serviço de Consultoria Para a Estruturação de Projetos de Infraestrutura: Qual o Melhor Caminho? In: *Parcerias público privadas: reflexões 10 anos da lei 11.079/2004* – Marçal Justen Filho, Rafel Wallbach Shwind, coord. – 1. Ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOBRE, Marcos et alii. *O que é Pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin. São Paulo.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar, et alii. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011

SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SÃO PAULO. Lei Estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas (PPP) e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=50875>. Acessado em 25 ago. 2017.

SÃO PAULO. Decreto Estadual nº 48.867 de 30 de agosto de 2011. Regulamenta a Lei nº 11.688, de 2004, que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas – PPP. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2004/decreto-48867-10.08.2004.html>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

SÃO PAULO. Decreto Estadual nº 57.289 de 30 de agosto de 2011. Altera o Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, para detalhar o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de Parcerias-Público Privadas - PPP, e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto-57289-30.08.2011.html>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

SÃO PAULO. Decreto 61.036, de 01 de janeiro de 2015. Organiza a Secretaria de Governo e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=173868>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

SÃO PAULO. Decreto Estadual nº 61.371 de 21 de julho de 2015. Institui procedimento alusivo à apresentação, à análise e ao aproveitamento de estudos, encaminhados pela iniciativa privada ou por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=175099>>. Acessado em: 25 ago. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Condições jurídicas para ampliação do contrato de concessão rodoviária”. *Pareceres*, vol. II, São Paulo, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013.

VALOIS TAFUR, Diego Jacome. *Desapropriação e Reassentamento em Projetos de Concessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contrato de parceria público-privado (PPP): riscos e incertezas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANEXO I

RELAÇÃO DE PROJETOS MENCIONADOS

1. Concessão administrativa para a realização de obras e serviços de engenharia e prestação de serviços de apoio, não pedagógicos, a Unidades de Ensino da Rede Municipal de Educação Básica do Município de Belo Horizonte/MG. Poder concedente: Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte. Publicação do Edital em 28.03.2012.
2. Concessão administrativa para a gestão e operação de Unidade Hospitalar (“Hospital do Subúrbio”) do Estado da Bahia. Poder concedente: Secretaria da Saúde do Estado da Bahia. Publicação do Edital em 05.12.2009.
3. Concessão administrativa para gestão e operação de Serviços de Apoio ao Diagnóstico por Imagem na rede pública de saúde do Estado da Bahia. Poder concedente: Secretaria da Saúde do Estado da Bahia. Publicação do Edital em 28.12.2013.
4. Concessão patrocinada para execução de obras civis e prestação de serviços para operação da Linha 6 – Laranja – do Metrô da cidade de São Paulo. Poder concedente: Secretaria dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo. Publicação do Edital em 05.10.2011.
5. Concessão patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo. Poder concedente: Secretaria dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo. Publicação do Edital em 21.12.2005.
6. Chamamento Público nº 1/2013/SMDU, que contempla a elaboração e apresentação de estudos de transformação urbana da área denominada “Arco Tietê” pertencente ao Município de São Paulo. Poder concedente: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano de São Paulo.

7. Concessão onerosa da prestação do serviço público de transporte de passageiros das Linhas 5-Lilás e 17-Ouro da rede metroviária de São Paulo. Poder concedente: Secretaria dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo. Publicação do Edital em 30.03.2017.
8. Concessão dos serviços públicos de operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do Sistema Rodoviário do Lote denominado "Rodovias do Centro-Oeste Paulista", que contempla trechos das rodovias estaduais SP 266, SP 294, SP 322, SP 328, SP 330, SP 333 e SP 351. Poder concedente: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP. Publicação do Edital 05.11.2016.
9. Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos de Porto Alegre - Salgado Filho, de Salvador - Deputado Luís Eduardo Magalhaes, de Florianópolis - Hercílio Luz e de Fortaleza - Pinto Martins. Poder concedente: Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Publicação do Edital em 01.12.2016.
10. Chamamento Público nº 01/2017, referente à elaboração dos estudos de uma Planta de Dessalinização de Água Marinha para a Região Metropolitana de Fortaleza com capacidade de 1 m³/s, a ser contratado em regime de Parceria Público-Privada – PPP. Poder concedente: Governo do Estado do Ceará. Publicação do Edital em 10.08.2017.

ANEXOS II

ENTREVISTA 01

INFORMAÇÕES INICIAIS:

Contexto: Realização de entrevista como método de pesquisa para a Dissertação elaborada por Diego Jacome Valois Tafur cujo tema se refere a um estudo de caso sobre o projeto de parceria público privada dos complexos hospitalares do Estado de São Paulo (“PPP-Hospitalar”).

Entrevistado: Carlos Eduardo Teixeira Braga – Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral da Procuradoria do Estado de São Paulo, participou do Grupo de Trabalho (“GT”) estruturado para acompanhar a modelagem do projeto da PPP-Hospitalar.

PERGUNTAS:

1. No caso da PPP-Hospitalar foi contratado consultor externo (FIPE) para auxiliar o Grupo de Trabalho formado por órgãos e entidades da Administração na estruturação da modelagem e na licitação do projeto da PPP-Hospitalar. Em sua opinião, como a participação do consultor externo pode auxiliar a Administração em modelagens de projetos?

R: Existem vários aspectos que podem justificar a contratação do consultor externo. Talvez uma das principais razões seja auxiliar as entidades da Administração com menor conhecimento em contratos de concessão e PPP. Neste sentido, é importante que neste tipo de contratação seja produzido o máximo de envolvimento entre o consultor externo e o Poder Público, de modo que este possa se apropriar de conhecimentos que possam ser utilizados em outros projetos.

Outro aspecto relevante da consultoria, especialmente no caso da MIP, diz respeito à possibilidade de alinhar as expectativas da Administração com os estudos apresentados; ou seja, o consultor acaba atuando como um filtro sobre as informações apresentadas pelos particulares, adequando determinados aspectos às premissas previamente estabelecidas pelo Estado. Sobre este ponto é válido apontar que antes do Decreto Estadual nº 61.371/2015, existia certa facilidade para proposição de projetos via MIP, esta circunstância gerava um

elevado número de propostas, sendo relevante o papel do consultor externo também nesse contexto para auxiliar a Administração na compatibilização entre propostas diferentes relacionadas ao mesmo objeto e sua adequação às expectativas do Poder Público.

Ainda no âmbito da MIP, o volume extenso dos estudos apresentados pelos particulares inviabiliza que esta análise seja realizada por equipe interna da Administração, especialmente quando existem muitos projetos sendo estruturados ao mesmo tempo. Na época do projeto das PPP dos hospitais havia aproximadamente umas 40 MIPs em trâmite e aproximadamente uns 15 editais de chamamento publicados. O apoio externo foi importante para o avanço de determinados projetos.

O consultor externo tem, ainda, relevante papel em projetos de concessão ou PPP cujo objeto seja inédito ou guarde alguma particularidade pouco experimentada, e nos casos em que o objeto está inserido em setores com alto nível de regulação. Nestes casos, a especialidade requerida dos consultores que serão contratados pode e deve auxiliar no aprimoramento e desenvolvimento do projeto.

Por fim, vale ressaltar que é de suma importância que os consultores e Poder Público atuem com proximidade, pelas razões já referidas.

2. No edital da PPP-Hospitalar havia como exigência de qualificação técnica a necessidade de demonstração de experiência prévia em serviços de engenharia (item 12.10 'iii' do da minuta do edital da consulta pública), especificamente para obras de edificação. Esta exigência foi considerada essencial à época? Houve deliberação do GT a respeito? Qual a razão para a mudança com relação às atuais concessões promovidas pelo Estado de São Paulo?

R: As exigências de qualificação técnicas nos editais são, via de regra, produzidas pelas áreas técnicas, que detém o conhecimento específico sobre os requisitos necessários à realização do objeto. Cabe à PGE recomendar que tais requisitos sejam os necessários para assegurar a execução do objeto sem comprometer a competitividade do certame. No caso específico da PPP dos hospitais, a Secretaria de Saúde por meio da sua equipe técnica entendeu que seria adequada a comprovação de qualificação técnica para obras de edificação com características similares ao do objeto do contrato da PPP. Acredita-se que a utilização desta exigência decorre de costume das entidades da Administração na utilização da Lei nº 8.666/1993; porém, não se pode afirmar isso de forma categórica.

O entendimento da PGE, inclusive refletido nas recentes concessões rodoviárias, é de que a exigência de qualificação leve em consideração apenas a capacidade da futura contratada em contrair empréstimos de longo prazo e a experiência em gestão de projetos de longo prazo.

3. Por fim, questão que suscitou bastantes questionamentos pelos particulares na consulta pública (23 questões) diz respeito à governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza. Porque o Estado de SP optou por esse modelo e não o modelo adotado no Hospital do Subúrbio na Bahia? Este tema foi objeto de deliberação no GT? Como a PGE enxerga esse os desafios e soluções deste tema?

R: Este assunto foi amplamente debatido pelo Grupo de Trabalho. Já no início se tinha uma percepção de que a divisão dos serviços objeto do contrato em bata-branca e bata-cinza seria complexa e com alto potencial para gerar conflitos no âmbito da gestão contratual.

As razões desta preocupação são várias. Primeiro, é sempre complexo cumprir o objeto contratual no ambiente compartilhado por vários agentes submetidos a contratos diferentes. Por exemplo, uma obra de metrô no qual existe o contrato da obra da via permanente, o contrato da automação e o contrato para construção da plataforma; é sempre problemático conciliar estas atividades simultaneamente. No caso da PPP dos hospitais, há um cenário parecido, no qual os serviços bata-branca serão regidos por contrato com Organizações Sociais - OS e os serviços bata-cinza estarão submetidos ao contrato de PPP, porém ambos os serviços atuando no mesmo ambiente com alto grau de interposição. Um exemplo claro refere-se ao uso de equipamento do hospital, uma vez que a manutenção será realizada pela bata-cinza e o uso pela bata-branca; no caso de quebra do equipamento, como definir a responsabilidade? Ter-se-ia que averiguar neste caso se decorre de mau uso o falta de manutenção.

Mesmo diante destes desafios, o Estado de São Paulo optou por esse modelo considerando alguns aspectos. Primeiro, em função da disposição contida no §2º, art. 199, da Constituição Federal, segundo esse dispositivo, no âmbito da assistência a saúde é “vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”. Segundo, pela experiência da Secretaria de Saúde em contratos com OS, que vinham sendo considerada exitosa e, portanto, já tinha certo grau de amadurecimento. Também há um contexto político a ser considerado, pois é comum que o gestor público encontro grande resistência sempre que delega um serviço público ao particular, deste modo,

uma eventual delegação dos serviços bata-branca ensejaria um esforço ainda maior de convencimento tanto aos servidores da saúde como para sociedade.

Assim, buscou-se mitigar os problemas de atuação conjunta entre os serviços bata-branca e bata-cinca por meio de uma divisão adequada de responsabilidades e por meio da criação de órgãos internos ao contrato formado por representantes de todos os sujeitos com atuação no ambiente hospitalar, ou seja, formada por representantes da OS, da concessionária e do Poder Concedente. Dentre as finalidades destes órgãos estaria a identificação de soluções para os casos de conflitos que venham a surgir, reestruturando as responsabilidades para mitigar conflitos futuros. Importante dizer que estas regras foram estruturadas com certo grau de abertura, na linha de diretrizes gerais, de modo que as partes que compõe estes órgãos pudessem adequar e aprimorar o modelo em conjunto. Tem-se aí uma aposta no diálogo para superar os desafios.

ENTREVISTA 02

INFORMAÇÕES INICIAIS:

Contexto: Realização de entrevista como método de pesquisa para a Dissertação elaborada por Diego Jacome Valois Tafur cujo tema se refere a um estudo de caso sobre o projeto de parceria público privada dos complexos hospitalares do Estado de São Paulo (“PPP-Hospitalar”).

Entrevistado: Rodrigo Reis – Advogado, administrador de empresas e consultor em projetos de concessão. Atuou como Gerente de Desenvolvimento de Negócios da empresa vencedora da concorrência referente ao projeto da PPP-Hospitalar. O profissional apesar de ocupar um cargo gerencial na licitante à época do certame, não respondia e nem responde pelas decisões empresariais tomadas pela empresa vencedora da concorrência. Portanto, as respostas aqui dadas por ele apenas indicam sua percepção pessoal dos critérios de tomada de decisão empresarial quando da licitação do projeto.

PERGUNTAS:

1. O projeto da PPP-Hospitalar decorreu da Manifestação de Interesse Privada – MIP apresentada por três empresas. Na sequência, foi publicado edital de chamamento para recebimento de estudos de viabilidade (fase do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI), tendo sido apresentados estudos por três empresas, a saber: Mendes Junior Trading Engenharia S.A; Construtora Norberto Odebrecht S.A e Deloitte Touch Tohmatsu Consultores Ltda. Duas destas empresas foram habilitadas para fase de licitação. Como a empresa vencedora da licitação avaliou a possibilidade de concorrer com empresas que supostamente teria uma vantagem competitiva, pode ter participado do PMI? Em sua visão, a participação na licitação das empresas que atuaram no PMI pode inibir a participação de outros concorrentes, que não atuaram naquela fase anterior?

R: Entendo que o fato de uma empresa ter elaborado uma MIP, em Poderes Públicos em que há uma governança robusta do Programa de PPP (como é o caso do Estado de São Paulo), não é fator determinante de competitividade para a licitação, principalmente quando o conteúdo desta não é exaustivamente robusto na perspectiva técnica. Esse seria um primeiro ponto da resposta.

Contudo, é importante considerar que, para além da proposição da MIP, estas empresas também atuaram na elaboração dos estudos de viabilidade no âmbito do PMI, o que torna a análise do cenário competitivo um pouco mais delicado. Isso porque é evidente que há, no contexto da posterior publicação do Edital de Licitação, uma assimetria informacional sobre o projeto, sendo claramente necessário que o competidor da licitação, que não participou da elaboração dos estudos de viabilidade, empregue recursos técnicos adequados e energia redobrada para compreender de maneira adequada as variáveis chave para competição da licitação PPP.

No caso específico, para que fosse dada a decisão de apresentação da proposta comercial na licitação, foram avaliados por uma equipe de mais de 30 profissionais especializados: (i) aspectos de engenharia e arquitetura (CAPEX); (ii) aspectos operacionais (OPEX e Nível de Serviço dos Indicadores de Desempenho); (iii) modelo de remuneração da Concessionária (vinculação ao Desempenho e Receitas Acessórias); (iv) avaliação de riscos (matriz de riscos); e (v) uma série de variáveis estratégicas de posicionamento de mercado, incluindo as parcerias em Consórcio para a licitação (como é o caso da Construcap, que se aproximou de uma OSS que, por sua natureza jurídica, possui custos de mão-de-obra mais baixos do que de outras empresas privadas).

Em resumo: a empresa avaliou o risco e decidiu empregar os recursos adequados para ter uma compreensão global do projeto. Se essa decisão é tomada de maneira séria, não há um desafio tão desproporcional para a estruturação da proposta na licitação. Portanto, considerando isso, eu não diria que há uma inibição de competitividade em certames de projetos elaborados pelo uso do PMI.

2. A respeito da modelagem da PPP, questão que suscitou bastantes questionamentos pelos particulares na consulta pública (23 questões) diz respeito à governança entre os serviços bata-branca e bata-cinza. Como a empresa vencedora da licitação enxergou esse risco? Quais foram as medidas mitigadoras vislumbradas pela concorrente?

R: Havia um risco inerente ao modelo, assim como haviam outras experiências brasileiras de PPPs já assinadas no setor de saúde que conviviam com dilemas parecidos. Refiro-me à PPP do Hospital Metropolitano de BH (assinada em 2012); das Unidades Básicas de Saúde da Família em Manaus (assinada em 2012); do Hospital da Zona Norte do Governo do Amazonas (assinada em 2013); do Instituto Couto Maia do Governo da Bahia (assinada em 2013)... ou seja, haviam experiências em que era possível se inspirar para que fosse possível construir um modelo de governança adequado para o projeto.

Não obstante, o Edital previa duas instâncias na Governança (o Conselho Gestor, a Junta Técnica e, principalmente, a Comissão de Interface) que mediriam os conflitos advindos da divisão do escopo da bata-cinza e da bata-branca. Um risco foi percebido, mas havia medidas mitigadoras para torna-lo suportável.

3. Também sobre a modelagem, apesar de amplo questionamento pelos particulares, não foi indicada expressamente no contrato de PPP a Câmara Arbitral responsável pelas soluções de litígios. Como a empresa vencedora da licitação enxergou esse risco? Quais foram as medidas mitigadoras vislumbradas pela concorrente?

R: A existência da previsão dos mecanismos de solução de controvérsias (já eram suficientes, àquele momento), para atender a demanda de entrada da empresa na licitação. Em outras palavras, a existência do procedimento arbitral foi suficiente para o conforto da então licitante. Nenhuma medida mitigadora se fez necessária.