

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO –
PUC/SP**

CINTIA BARUDI LOPES

**A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS
DE SAÚDE**

Orientador: Prof. Doutor Jacintho Arruda Câmara

Doutorado em Direito

São Paulo

2016

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO –
PUC/SP**

CINTIA BARUDI LOPES

**A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS
DE SAÚDE**

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito Administrativo, sob orientação do Professor Doutor Jacintho Arruda Câmara.

São Paulo

BANCA EXAMINADORA

A meu pai, José Lopes Ferreira (in memória), grande responsável pelo meu sucesso pessoal e profissional.

A minha mãe, Victória Barudi Lopes Ferreira, que me faz acreditar na realização dos meus sonhos, apesar das adversidades da vida.

A minha irmã, Claudia Barudi Lopes, que mesmo na espiritualidade continua torcendo sempre por mim.

Ao meu filho, Ulisses Barudi Morano, que com sensibilidade e ternura me ensina todos os dias o verdadeiro sentido do amor.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus pois Ele está sempre ao meu lado, iluminando meus passos e abençoando meus caminhos. Sem Ele não seria possível a concretização de mais uma conquista na minha vida.

Agradeço também minha querida mãe Victória Barudi Lopes Ferreira por todo o auxílio moral e financeiro e por não me deixar desistir nos momentos de maior dificuldade.

Agradeço toda minha família pelo apoio incondicional, em especial a minha irmã Mônica Barudi e aos meus sobrinhos, Ana Carolina, Nathalia, Lucas e Davi.

Agradeço imensamente ao meu orientador Professor Doutor Jacintho Arruda Câmara que, com seus vastos e precisos conhecimentos, orientou-me nessa jornada de maneira valiosa, demonstrando que a simplicidade ainda é a parte mais bela da sabedoria.

Agradeço também meus colegas da FMU – Faculdades Metropolitanas Unidas, em especial a professora Ana Elizabeth Lapa Wanderely Cavalcanti, os professores Roberto Senise Lisboa, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Flavio Alberto Gonçalves Galvão, por dividirmos por tantos anos as recompensas e as agruras da docência.

Finalmente, agradeço o professor Cauê Hagio Nogueira Lima pela revisão da minha tese e pela total disponibilidade em me auxiliar.

Resumo

O tema da presente tese é a concessão administrativa na área da saúde pública no Brasil. O que se busca nessa pesquisa é analisar se o modelo contratual das parcerias público-privadas da Lei federal nº 11.079 de 2.004 na modalidade de concessão administrativa pode ser compatível com as ações e os serviços do Sistema Único de Saúde e, por via de consequência, se essa contratação pode ser celebrada para a gestão dos serviços clínicos médicos hospitalares. Um dos grandes obstáculos para essa alternativa privada de oferecimento dos serviços de saúde pública está no fato de que se extrai do texto constitucional que a participação de entidades não estatais nas ações e nos serviços do SUS é complementar. Uma das premissas da pesquisa é estabelecer um diferencial entre as concessões administrativas realizadas no setor da saúde e os demais modelos de oferecimento privado desse serviço mediante o Sistema Único. A pesquisa pretende também enfrentar a questão da complementaridade da participação privada nas ações e serviços do SUS e, se essa característica, tem o condão de impedir a celebração de PPPs no setor. O enfrentamento do problema foi feito com base na doutrina específica e em decisões recentemente proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que permitiram extrair a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais sobre a matéria, bem como auxiliaram na identificação das efetivas vantagens jurídicas obtidas pelo Poder Público na adoção do modelo das parcerias público-privadas na área da saúde clínica. Finaliza-se a pesquisa elencando as conclusões que foram obtidas ao longo do estudo a respeito da participação privada via concessão administrativa no Sistema Único de Saúde.

Palavras-chave: Saúde. Sistema Único de Saúde. Participação Privada. Parcerias público-privadas. Concessão Administrativa. Serviços Clínicos.

Abstract

The theme of this thesis is the administrative concession in the field of public health in Brazil. The purpose of this research is to analyze whether the contractual model of public-private partnerships of Federal Law 11,079 of 2004 in the form of administrative concession can be compatible with the actions and services of the Unified Health System and, consequently, whether this hiring can be celebrated for the management of clinical medical hospital services. One of the great obstacles to this private alternative of offering public health services is the fact that it is extracted from the constitutional text that the participation of non-state entities in SUS actions and services is complementary. One of the assumptions of the research is to establish a differential between the administrative concessions made in the health sector and the other models of private offering of this service through the Unified System. The research also intends to address the issue of the complementarity of private participation in SUS actions and services and, if this characteristic, has the effect of preventing the conclusion of PPPs in the sector. The problem was tackled based on the specific doctrine and decisions recently issued by the Federal Supreme Court that allowed for the best interpretation of the constitutional provisions on the matter, as well as helping to identify the effective legal advantages obtained by the Government in the adoption of the model of public-private partnerships in clinical health. The research is finished listing the conclusions that were obtained during the study regarding the private participation through administrative concession in the Unified Health System.

Keywords: Health. Single Health System. Private Participation. Public-Private Partnerships. Administrative Grant. Clinical Services.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – MODELOS DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA	13
1.1. O Sistema Único de Saúde	13
1.2. O modelo de gestão da saúde pelo Estado	16
1.3. Participações de entidades privadas no Sistema Único de Saúde	18
1.4. Participações das Organizações Sociais na prestação dos serviços públicos de saúde	21
1.5. Peculiaridades da concessão administrativa em relação às demais formas de gestão privada da saúde	22
CAPÍTULO II – CARACTERÍSTICAS GERAIS DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA	27
2.1. Particularidades da Concessão Administrativa em face da concessão comum e da concessão patrocinada.....	27
2.2. Remuneração do Parceiro privado.....	31
2.3. Garantias do investidor	33
2.4. Modalidades de garantia legal	35
2.4.1. A vinculação de receitas	35
2.4.2. A instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei	36
2.4.3. O seguro-garantia	37
2.4.4. As garantias prestadas por Organismos Internacionais ou instituições financeiras	38
2.4.5. O Fundo garantidor e a garantia prestada por empresa estatal	39
2.5. Garantias do Financiador	41
CAPÍTULO III – A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE	44
3.1. Modelos possíveis de concessão administrativa.....	44
3.2. Modelos de concessão administrativa identificados no setor da saúde .	46
3.3. A transferência de atividade-fim da Administração Pública e a outorga de serviços clínicos na concessão administrativa	49
3.4. As concessões administrativas de serviços clínicos e o Sistema Único de Saúde.....	53
3.5. O Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da constitucionalidade da participação da iniciativa privada nas ações e serviços do SUS.....	58

3.6. A viabilidade jurídica das parcerias público-privadas na modalidade de concessões administrativas para prestação dos serviços públicos	63
3.7. As vantagens efetivas das concessões administrativas na gestão de serviços clínicos de saúde	69
3.8. Da possibilidade das concessões administrativas para a prestação de serviços públicos de saúde	82
CONCLUSÕES	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

INTRODUÇÃO

A presente tese de doutorado tem como objeto de estudo a Parceria Público-Privada – PPP, regida pela Lei federal nº 11.079 de 2004, com ênfase na modalidade de concessão administrativa.

Esses contratos de parceria público-privada se caracterizam, basicamente, por acordos de prestação de serviços, públicos ou não, com investimentos a cargo do parceiro privado e remuneração parcial ou integralmente paga pelo parceiro público, com vigência de longo prazo (no mínimo de 05 e no máximo de 35 anos) e de valor superior a R\$ 20 milhões de reais.

As parcerias público-privadas são contratações que surgiram da necessidade de grandes investimentos em obras de infraestrutura no Brasil numa fase em que a demanda por aeroportos mais modernos, rodovias mais seguras, hospitais mais equipados são solicitados todos os dias pela população brasileira, num momento em que, de outro lado, os recursos públicos se encontravam cada vez mais escassos.

Ressalte-se que essa carência do setor econômico no Brasil há tempos interfere no crescimento da infraestrutura e no desenvolvimento de setores sociais e carentes no país, assim como repercute diretamente na precariedade da prestação de serviços públicos considerados de natureza fundamental, como os de saneamento básico e os de saúde pública.

Surgem as parcerias público-privadas na modalidade de concessão administrativa como uma alternativa contratual para a gestão das ações e dos serviços de saúde oferecidos pelo SUS em que o parceiro privado se compromete a realizar as obras de construção ou de reforma de hospitais ou de unidades de atendimento e, após sua conclusão, a gerir os serviços de manutenção em geral dessas unidades hospitalares ou a prestar os serviços clínicos médicos aos usuários do sistema.

O objetivo geral da pesquisa é analisar se o modelo contratual da concessão administrativa pode ser compatível com as ações e os serviços do

Sistema Único de Saúde e, por consequência, empregado para a gestão de serviços clínicos.

Para tanto, a tese é organizada em três partes.

O primeiro capítulo traz as formas de prestação dos serviços públicos de saúde.

Inicialmente, abordam-se os princípios gerais do SUS – Sistema Único de Saúde. Em seguida, faz-se um levantamento sobre a atuação direta dos serviços de saúde pelo Estado, em especial pelos órgãos públicos, entes despersonalizados integrantes da chamada Administração Direta. Segue-se para análise da atuação dos serviços de saúde pelas autarquias estatais e fundações públicas, entidades descentralizadas e componentes da Administração indireta brasileira.

Posteriormente, destacam-se as participações de entidades não estatais no âmbito do Sistema Único. São levantadas as parcerias existentes com as entidades filantrópicas e com as fundações de apoio. Dá-se também destaque para a contribuição das organizações sociais nas ações e serviços do SUS, entidades integrantes do terceiro setor e atualmente consideradas gestoras de diversos modelos hospitalares públicos.

A abordagem sobre a participação privada nas ações e nos serviços do Sistema Único de Saúde se faz necessária para demonstrar as peculiaridades da concessão administrativa em comparação com os demais instrumentos de gestão não estatal de atendimento médico-hospitalar.

No segundo capítulo o foco está centrado nas características mais importantes da concessão administrativa, modelo contratual considerado adequado para a gestão de serviços sociais não sujeitos ao sistema tarifário, eis que o oferecimento ao cidadão está submetido ao regime de gratuidade.

Nessa parte da pesquisa destacam-se as principais características dessa nova modalidade contratual em face das outras modalidades de concessão existentes, quais sejam, a concessão comum e a concessão patrocinada, identificando-se: o sistema remuneratório do parceiro-privado, as garantias legais asseguradas ao investidor e as garantias concedidas por lei ao

financiador, considerados os traços diferenciadores da modalidade contratual em estudo.

No terceiro e último capítulo, conclui-se a pesquisa com análise da concessão administrativa nos serviços públicos de saúde.

Inicia-se o capítulo elencando-se os modelos contratuais possíveis (concessão de serviços não clínicos e de serviços clínicos) a partir de algumas experiências em funcionamento no setor da saúde, para analisar a compatibilidade do modelo contratual em pesquisa com as ações e serviços do Sistema Único e as vantagens efetivas que a concessão administrativa proporciona em decorrência de sua aplicação.

São examinados, como critérios metodológicos, além de doutrinas específicas e de artigos jurídicos relacionados com o tema, duas decisões de relevância proferidas recentemente pelo Supremo Tribunal Federal na área da saúde e que têm contribuído para um avanço no setor.

Esclareça-se, ainda, que o enfoque dado ao trabalho é meramente jurídico, não havendo qualquer pretensão de se fazer valorações a respeito de índices de qualidade e de eficiência que das concessões administrativas e dos demais modelos de gestão privada da saúde possam advir.

Não se terá como escopo a análise comentada de artigo por artigo da Legislação Federal das parcerias público-privadas, Lei nº 11.079/2004, nem mesmo dos requisitos formais indispensáveis à celebração dos contratos de concessão administrativa.

A tese limitar-se-á a uma visão técnica das modalidades de oferecimento dos serviços de saúde a fim de se verificar se há ou não compatibilidade das parcerias público-privadas com as ações e serviços do Sistema Único de Saúde, ou seja, se as concessões administrativas são instrumentos aptos a contribuir para a prestação de serviços clínicos de saúde de maneira pertinente com a interpretação que se deve extrair dos dispositivos constitucionais que dispõem sobre o direito fundamental à saúde.

CAPÍTULO I – MODELOS DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA

1.1. O Sistema Único de Saúde

A saúde é consagrada no âmbito constitucional como um direito fundamental do cidadão previsto no artigo 196¹ da Constituição Federal, consistindo num direito de todos e num dever do Estado. Cumpre, assim, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios programarem políticas públicas, mediante ações e serviços de saúde, direcionadas ao cumprimento dos princípios proclamados no referido dispositivo.

Gilmar Ferreira Mendes sobre o assunto esclarece que:

O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.²

O Sistema Único de Saúde é regido pelas Leis Federais nº 8.080/90 e nº 8.142/90 que regulamentam o artigo 200³ da Constituição Federal, que cuida de suas competências.

¹ Artigo 196 da CF. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

² MENDES, Gilmar Ferreira. O Direito à Saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17.

³ Artigo 200 da CF. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I-controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II-executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III-ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV-participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V-incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI-fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendendo o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para o consumo humano; VII-participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII-colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Do texto constitucional, mais propriamente do citado artigo 196, pode-se também extrair os princípios regentes do SUS, consubstanciados nas diretrizes da universalização e integralização das suas ações e dos seus serviços.

Por universalização deve-se entender que as ações e serviços de saúde do SUS estão dirigidos a todos os indivíduos, independente de condições econômicas, sociais, nacionalidade e outras circunstâncias. Diga-se que todas as pessoas são destinatárias desse direito fundamental prestado mediante o Sistema Único, incluindo-se nesse rol até mesmo aqueles que possuem condições financeiras de arcar com eventuais tratamentos médicos⁴.

Segundo o princípio da integralidade, exige-se do Poder Público que todos os recursos, tratamentos e procedimentos componham um sistema integrado a fim de se fornecer ao indivíduo condições necessárias de recuperação e de reestabelecimento de sua saúde física ou mental.

Conforme Fernando Aith, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos⁵.

A abrangência da diretriz, contudo, poderia nos conduzir a interpretação de que, segundo a integralização, ao Poder Público cabe conceder, mediante políticas públicas voltadas à concretização da saúde pelo SUS, tudo aquilo que fosse essencial para o bem-estar físico, mental e social do cidadão, o que não é correto.

Necessária, portanto, se faz uma delimitação da extensão das ações e dos serviços que o Poder Público está obrigado a fornecer para a promoção, recuperação e proteção da saúde do indivíduo, levando-se em conta suas

⁴ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; DE MATOS, Yolanda Alves Pinto. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e Tutela Coletiva, 2012, p. 25.

⁵ AITH, Fernando. Curso de Direito Sanitário. **A Proteção do Direito à Saúde no Brasil**. 1ª. Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 357.

limitações de ordem orçamentária, de crescente demanda social, de atendimento e de acesso⁶.

Importante ainda destacar o princípio da gratuidade dos serviços de saúde pública cuja previsão está expressa no artigo 222, inciso V da Constituição Federal. Cuida-se de um consectário da diretriz da universalização com o reconhecimento de que a saúde é um direito fundamental do cidadão e, por conta disso, não pode ficar condicionada a nenhuma forma de contraprestação por parte dos usuários desses serviços.

A regionalização e hierarquização dos serviços e ações do SUS, preconizados no artigo 198⁷ da Constituição Federal, também merecem destaque.

Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos explicam:

Em verdade, referida previsão constitucional decorreu da necessidade de tornar o sistema o mais amplo e acessível possível, sempre com ênfase nas necessidades específicas de cada localidade. Daí a necessidade de se organizar a prestação do serviço por meio de divisões territoriais, que abarquem todo o território nacional, viabilizando, assim, o atendimento a população de maneira integral.

A hierarquização do atendimento complementa a ideia da regionalização. Significa que a prestação do serviço deve ser dividida

⁶ Trata-se de um tema delicado e de certa polêmica. Diferentemente do acesso universal, não existe nenhum comando constitucional que imponha ao Estado o dever de fornecer todos esses recursos haja vista algumas restrições de ordem orçamentárias, de reserva do possível e de discricionariedade administrativa.

Nessas condições, resta ao Poder Judiciário, que tem o dever de resguardar e de aperfeiçoar a ordem jurídica – “*que deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados*” -, determinar quais as ações e os serviços que o Poder Público está obrigatoriamente incumbido de realizar para a promoção, proteção e recuperação da saúde, levando em conta as limitações decorrentes da carência de recursos públicos, a sempre crescente demanda social, a integralidade de atendimento e a universalidade de acesso. Não se trata de atribuir ao Poder Judiciário a função de legislador. Deve ele, entretanto, intervir para examinar *juridicamente* a questão. Num sistema político representativo como o nosso a função judiciária adquire um peso bastante intenso no equilíbrio constitucional. É ela a única capaz de tornar efetiva a supremacia da lei em sua dimensão material, isto é, que compreenda na apenas o direito positivado, mas também todos os valores e princípios abrigados pelo ordenamento jurídico vigente. SILVA, Beatrice Pedrosa da. O Sistema Único de Saúde: O descompasso entre a realidade normativa e a realidade fática. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC- 2007, p 63 e 64.

⁷ Artigo 198 da CF. As ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III- participação da comunidade.

em classes, de acordo com a complexidade. A referência a hierarquia é empregada, *in casu*, no sentido de série contínua de graus (do menos complexo ao mais complexo).⁸

Verifica-se que o Sistema Único de Saúde deve ser organizado de forma regionalizada de modo a atender as necessidades e prioridades de cada localidade do território nacional, bem como que as suas ações e serviços devem ser divididos em classes, estabelecendo-se uma segmentação do atendimento em unidades básicas, de média ou de alta complexidade médica.

Essas diretrizes também funcionam como parâmetro para racionalização dos recursos públicos empregados nas demandas e nas medidas a serem adotadas na prestação dos serviços públicos de saúde pelo Sistema Único, de modo que todos os procedimentos por ele implementados não de ser universais, integrais, regionalizados e hierarquizados.

Eis aí suas principais diretrizes no oferecimento de saúde pública.

1.2. O modelo de gestão da saúde pelo Estado

A prestação dos serviços de saúde pelo Sistema Único pode ser feita de maneira direta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio dos seus órgãos estruturados sob a forma hierarquizada e desconcentrada. Esses órgãos integrantes da Administração direta são destituídos de personalidade jurídica, porém dispõem de certa autonomia nos limites da lei.

Cita-se como exemplo a criação das AMAs – Unidade de Assistência Médica Ambulatorial, que são órgãos instituídos pela Secretaria Municipal da Saúde para racionalizar o atendimento básico, de menor e de média complexidade médica.

É possível também a prestação dos serviços de saúde pelo Sistema Único por entidades da Administração indireta, mais propriamente mediante a

⁸ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; DE MATOS, Yolanda Alves Pinto. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e Tutela Coletiva, 2012, p. 25.

criação de autarquias e fundações governamentais. Essas entidades são criadas por descentralização estatal e adquirem personalidade jurídica própria.

Quanto às autarquias, essas pessoas jurídicas são criadas por lei específica e adquirem personalidade de direito público. As autarquias são instituídas para exercer atividade tipicamente estatal e, portanto, submetem-se ao mesmo regime jurídico das entidades da Administração direta, com as mesmas prerrogativas e restrições destas.

Mariana Baleeiro Martins Carrera explica:

As autarquias atendem ao regime jurídico de gestão da administração direta: regime de pessoal estatutário (CF, art. 39 e Lei nº 8.112/90); finanças regidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF nº 101/2000); precatórios para pagamento de dívidas (CF, art. 100); imunidade tributária (CF, art. 150, VI, “a”); observa regras de licitação (Lei nº 8.666/93); controle interno e externo: fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, entre outros. As autarquias são controladas e fiscalizadas pelo Legislativo, Tribunal de Contas do Estado, Conselho de Saúde e Sistema Nacional de Auditoria do SUS.⁹

As fundações governamentais são entidades que também possuem personalidade jurídica própria e atuam sem fins lucrativos. Conforme Decreto-lei nº 200/67, as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado, embora possa haver fundação pública criada como pessoa jurídica de direito público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece:

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-las ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado

⁹ CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA SAÚDE NO BRASIL**: Estudo de caso do Hospital do Subúrbio de Salvador – Bahia. Dissertação Mestrado – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2012. Orientadora: Ana Maria Malik, p. 31.

para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.¹⁰

Dessa maneira, as fundações governamentais, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro poderão submeter-se a um regime jurídico mais ou menos publicístico, a depender da personalidade jurídica atribuída a essas entidades da Administração indireta, sofrendo maior influxo de normas de ordem pública quando adquirem personalidade de direito público e menor influxo quando adotarem personalidade de direito privado.

De qualquer forma, esse modelo de gestão de saúde pública feita pelo Estado, seja através dos seus órgãos, seja por meio de entidades descentralizadas, acaba apresentando certos traços característicos comuns do regime jurídico público, como a submissão ao princípio da obrigatoriedade de acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso de provas ou provas e títulos, salvo as exceções constitucionais (art. 37, inciso II), a contratações de obras, serviços, compras e alienações mediante processo licitatório, o pagamento dos débitos pelo processo especial de execução via precatórios e o controle fiscal e orçamentário pelos Tribunais de Contas.

1.3. Participações de entidades privadas no Sistema Único de Saúde

Ao lado das ações e serviços públicos de saúde e que compõem o objeto de atuação do Sistema Único, a Constituição Federal ainda cuida da chamada assistência à saúde, expressão utilizada no artigo 199¹¹ do texto constitucional.

Vê-se que a iniciativa privada também pode se destinar aos serviços públicos de saúde, seja como assistência à saúde (porque embora seja a saúde um dever do Estado, é um serviço não exclusivo dele), seja como partícipe do SUS, porém, neste último caso, de maneira complementar.

Nesse sentido é o disposto no parágrafo 1º do artigo 199, segundo o qual “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 495.

¹¹ Artigo 199 da CF. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

Beatrice Maria Pedroso da Silva, explica:

Dito de outro modo, os serviços de saúde a cargo do SUS são exclusivos do Estado, porque o Estado chamou para si o dever de prestá-los *diretamente*, por meio de seus agentes, facultada a participação da iniciativa privada de forma complementar, para suprir deficiências, quando existentes, e evitar desatendimentos das necessidades coletivas. No território do SUS, é importante reiterar, a iniciativa privada não pode participar, a não ser excepcionalmente, de forma subsidiária, isto é, naquelas situações em que o Poder Público socorre-se do setor privado porque sua *capacidade instalada*¹², nesse momento, não é suficiente para o integral atendimento da população¹³. Nessas circunstâncias, a prestação complementar dos serviços do SUS pela iniciativa privada em nada modifica o carácter exclusivamente público da prestação, uma vez que esta não atua em nome próprio, mas em nome do Estado, que a financia. O que é livre à iniciativa privada é a assistência à saúde apartada da esfera do SUS – isto é, executada por aqueles que podem fazê-lo de maneira desvinculada dos princípios que norteiam o SUS -, desempenhando, nesse caso, atividades em nome próprio.¹⁴

Dessa forma, ao que se extrai do texto constitucional, a participação da iniciativa privada nas ações e serviços do SUS deve ser feita ante a insuficiência de disponibilidade do ente estatal no atendimento à população e obedecendo aos critérios e orientações editados pelo Ministério da Saúde que, conforme se manifestou, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos têm preferência e, somente depois, as entidades privadas com fins lucrativos mediante pagamento feito pela Tabela SUS.

A filantropia é um dos modelos de participação da iniciativa privada que auxilia os serviços e as ações do SUS. Os hospitais filantrópicos são entidades sem fins lucrativos, de natureza privada, cuja parte de seus atendimentos é

¹² Isto é, a capacidade de atendimento que cada Município possui, tendo em conta os equipamentos, instalações e recursos humanos que têm disponíveis.

¹³ Parte significativa dos serviços do Sistema público é prestada por meio de provedores privados, em especial os de maior complexidade tecnológica (OPAS – Organização Pan-americana da Saúde. *Brasil: o perfil do sistema de serviços de saúde*. Brasília, mar. 2005. Disponível em: www.opas.org.br/servico/arquivos/Sala5515.doc. Acesso em: 15 ago. 2006).

¹⁴ SILVA, Beatrice Pedroso da. **O Sistema Único de Saúde: O descompasso entre a realidade normativa e a realidade fática**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC- 2007, p 100.

destinada aos usuários do Sistema Único de Saúde e, outra parte, é dirigida ao atendimento privado.

Conforme a Lei nº 12.101/2009, essas entidades beneficentes devem destinar, por exigência do Ministério da Saúde, 60% (sessenta por cento) dos seus leitos e seus serviços aos usuários do SUS e, em contrapartida, depois de preenchidas as condições legais e com a emissão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEAS), poderão obter isenções fiscais e tributárias.

Outro modelo de participação da iniciativa privada nas ações e serviços do SUS é a atuação das fundações de apoio. As fundações de apoio são pessoas jurídicas de direito privado regidas pelo Código Civil, que não integram a Administração Pública indireta e que atuam contribuindo tradicionalmente na área do ensino superior. Essas fundações de apoio também atuam na área da saúde, mas em menor número se comparado com a área do ensino.

Cita-se como exemplo a Fundação Ary Frauzino para Pesquisa e Controle do Câncer – FAF, atualmente conhecida como Fundação do Câncer. Esta entidade apoia o Instituto Nacional de Câncer (INCA) e todas as atividades do Programa Nacional de Controle do Câncer e presta consultoria para estados e municípios do país para melhoria de processos no tratamento de câncer (Plano de Atenção Oncológica)¹⁵.

A Fundação do Câncer, portanto, é uma instituição que foi criada com o principal objetivo de ampliar os atendimentos realizados junto ao INCA, auxiliando-o também no desenvolvimento da pesquisa e da tecnologia.

Percebe-se, assim, que a função dessas entidades privadas na gestão das ações e serviços da saúde é complementar e se destina a suprir a insuficiência do atendimento, das instalações, dos equipamentos e dos recursos humanos ofertados diretamente pelo Poder Público, tendo como principal fonte de custeio receitas provenientes de recursos orçamentários com pagamentos realizados com base no preço constante da tabela do Sistema Único de Saúde.

¹⁵ Disponível em <http://cancer.org.br/a-fundacao/quem-somos/a-fundacao/>, acesso em 03/03/2016.

1.4. Participações das Organizações Sociais na prestação dos serviços públicos de saúde

Conforme a Lei nº 9.637/98, a Administração Pública poderá qualificar uma entidade privada sem fins lucrativos como organização social, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, a preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, podendo, a partir de então e desde que celebre contrato de gestão com o respectivo Ministério, receber recursos de verbas públicas.

Dessa forma, as Organizações Sociais de Saúde (OSS) são instituições do setor privado, sem fins econômicos, que atuam em parceria com o Estado e colaboram, de forma complementar, para a consolidação do Sistema Único de Saúde, conforme previsto em sua lei orgânica (Lei nº 8.080/90)¹⁶.

Cuida-se, assim, de mais um modelo de participação da iniciativa privada sem fins lucrativos na gestão das ações e serviços do SUS. Essas entidades são qualificadas por ato do Poder Executivo, depois de preenchidas as condições legais, cujas regras de participação estão definidas em contrato de gestão celebrado com o respectivo Ministério da área de atuação.

Verifica-se que as organizações Sociais da saúde atuam em hospitais, centros ambulatoriais e unidades de diagnósticos que não são privados, já que todo o patrimônio continua pertencendo ao Poder Público, desde prédios, edificações, equipamentos e mobílias, cabendo a elas apenas a gestão dos atendimentos.

São remuneradas mediante verbas repassadas pelo Estado, que leva em consideração a quantidade e qualidade do serviço prestado. Os servidores podem ser contratados sem processo seletivo e há possibilidade de o Estado ceder funcionário público para a Organização Social (art.16). Importa acrescentar que a OS que não cumprir as metas estabelecidas no contrato de gestão será

¹⁶ TABORDA, Wladimir; GOMES, Marcio Cidade; PASCHOA, Nilson Ferraz; BARATA, Luiz Roberto Barradas. Organizações sociais de saúde no Estado de São Paulo: fundamentos e resultados. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 141.

desqualificada, sendo que seus dirigentes podem ser responsabilizados civilmente por eventual enriquecimento ilícito ou dano praticado ao patrimônio público, sem prejuízo da ação penal cabível.¹⁷

Nesse modelo de gestão, o Poder Público constrói o hospital, a unidade de atendimento ou de diagnóstico. Fica, também, a cargo da Administração Pública planejar o serviço a ser executado pela Organização Social, definir as metas a serem alcançadas por ela e reservar os recursos orçamentários necessários ao custeio dos serviços prestados e definidos no contrato de gestão.

A responsabilidade direta pela administração da unidade é das Organizações Sociais, entidades que devem ser de reconhecida competência gerencial em sua área de atuação.¹⁸ Os resultados e metas alcançados pelas OS devem ser acompanhados pelo Poder Público e anualmente os hospitais administrados por essas entidades devem divulgar suas contas no diário oficial a fim de submetê-las a controle pelo Tribunal de Contas.

1.5. Peculiaridades da concessão administrativa em relação às demais formas de gestão privada da saúde

A concessão administrativa também é um modelo de participação da iniciativa privada nas ações e serviços do Sistema Único de Saúde. Contudo, esse modelo de gestão da saúde não se confunde e apresenta peculiaridades em relação aos demais instrumentos de participação de entidades não estatais no SUS que foram abordados nesse capítulo.

¹⁷ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; DE MATOS, Yolanda Alves Pinto. **Direito Sanitário**. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e Tutela Coletiva, 2012, p. 154.

¹⁸ TABORDA, Wladimir; GOMES, Marcio Cidade; PASCHOA, Nilson Ferraz; BARATA, Luiz Roberto Barradas. Organizações sociais de saúde no Estado de São Paulo: fundamentos e resultados. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 142.

Vê-se, portanto, que estabelecer os traços diferenciadores entre esses modelos privados de oferecimento de saúde é uma das premissas da presente tese.

Pois bem. A concessão administrativa não se trata de prestação da saúde realizada diretamente pelo Estado por meios de seus órgãos ou por intermédio de pessoas jurídicas especialmente criadas pela Administração direta para esse fim.

Verificar-se-á adiante que a concessão administrativa é um contrato pelo qual a Administração Pública escolhe, mediante procedimento licitatório, parceiro privado para a prestação de um serviço que, no caso presente, será necessariamente público (gestão da saúde).

Destaca-se que a concessão administrativa é um modelo contratual que o Poder Público irá celebrar com pessoa jurídica de direito privado ou consórcio de empresas cujo objetivo primordial dessas entidades é a obtenção de lucro. Se, de um lado, o parceiro público objetiva a prestação do serviço nos moldes e padrões predefinidos contratualmente, de outro, a participação da iniciativa privada ocorre em razão da lucratividade que da exploração do serviço nesses contratos possa advir para o particular.

Lembre-se que as entidades filantrópicas, as fundações de apoio e as organizações sociais representam participação da iniciativa privada nas ações e nos serviços do Sistema Único de Saúde sem quaisquer fins lucrativos.

Além disso, ainda é possível identificar algumas diferenças no que tange à estrutura material e aos investimentos empregados nas ações e serviços de saúde no modelo das concessões administrativas em comparação com os demais instrumentos.

Um hospital que participe do Sistema Único de Saúde, por exemplo, através de filantropia, normalmente é construído com recursos financeiros próprios da iniciativa privada. A remuneração desses hospitais privados que atuam mediante filantropia dá-se por cada procedimento médico hospitalar realizado e por valores previamente estipulados na tabela de preços do SUS.

Na participação da iniciativa privada no Sistema Único mediante as organizações sociais, essas gestoras não fazem nenhuma espécie de investimento de infraestrutura em obras de construção, de reforma ou de manutenção dos edifícios ou prédios públicos. Ao contrário, a iniciativa privada nesses modelos recebe o hospital ou a unidade de atendimento pronta para a gestão dos serviços de saúde.

Nesses modelos de gestão por organizações sociais as obras de infraestrutura já foram realizadas pela Administração Pública por meio de contrato de empreitada regido pela Lei federal nº 8.666/93, com pagamento por preço global (quando o pagamento é total, abrangendo toda a obra) ou por preço unitário (quando o pagamento é feito por unidade de execução da obra, por exemplo, por metro quadrado).

Nas concessões administrativas constatar-se-á que esses contratos, em regra, envolvem a execução de uma obra ou o fornecimento de um bem ou de um equipamento pelo parceiro privado antecipadamente à prestação do serviço contratado. O que significa dizer que o parceiro privado normalmente é contratado para construir ou reformar o hospital ou a unidade de atendimento com recursos próprios, salvo possibilidade legal de aportes de recursos públicos durante a fase de investimento.

Assim, nas concessões administrativas o parceiro privado será contratado para investir num empreendimento público de alto vulto, tendo, por isso, prazos contratuais mais dilatados para amortização do capital e garantias remuneratórias legais que asseguram o sucesso dessas contratações, como melhor se verá no capítulo seguinte.

Ressalte-se que a precariedade do vínculo das parcerias existentes entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor ainda é considerado o principal diferencial em relação às parcerias público-privadas regidas pela Lei federal nº 11.079/04.

É de suma importância esclarecer que a legislação específica que regula as organizações sociais, Lei federal nº 9.637/98, não dispõe sobre a responsabilização do parceiro público no caso de descumprimento de seus

deveres assumidos no contrato de gestão, fator este que gera essa instabilidade do vínculo.

Fernando Borges Mânica relata que:

Uma questão, no entanto, não foi satisfatoriamente disciplinada e interpretada no contrato de gestão e no termo de parceria quando celebrados para a prestação de serviços de saúde. Trata-se da precariedade dos vínculos e a falta de responsabilização do parceiro público no cumprimento de seus deveres. Isso decorre tanto da ausência de previsão legal específica na lei dos Contratos de Gestão e dos Termos de Parceria, quanto da inadequada interpretação de tais textos legais. Ante a ausência de disposição legal expressa, é costume aplicar-se por analogia ao Contrato de Gestão e ao Termo de Parceria, a disciplina dos Convênios.¹⁹

Essa precariedade, contudo, não existe nas concessões administrativas. As parcerias público-privadas não geram inseguranças para a prestação dos serviços públicos em especial aqueles ditos como direitos fundamentais dos cidadãos, como o direito à saúde.

Ao contrário, ver-se-á que as concessões administrativas contemplam cláusulas contratuais que asseguram o parceiro privado diante do descumprimento das obrigações assumidas pelo parceiro público, principalmente no que diz respeito ao dever de pagamento da concessionária, prevendo-se legalmente todo um sistema de garantias remuneratórias.

Ocorre que nas parcerias para a prestação de serviços públicos sociais em que o agente privado é desprovido de finalidade lucrativa, não há previsão dessa responsabilidade. Tanto nos convênios (agora substituídos pelos termos de colaboração e termos de fomento), quanto nos Contratos de Gestão com Organizações Sociais e nos Termos de Parceria com OSCIPs, a regra é a precariedade do vínculo e a possibilidade de desrespeito estatal às cláusulas regulamentares e financeiras da avença²⁰.

Não é incomum, pois, que se depare com situações de rompimentos de vínculos de contratos de gestão ou de termos de parceria por administradores, diminuindo o repasse de verbas públicas e alterando as regras regulamentares

¹⁹ MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: viabilidade econômica e estabilidade jurídica. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 9-42, jan.-jun. 2014. Disponível em <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/12/Artigo-PPPs-na-Sa%C3%BAde.pdf>. Acesso em 13/11/2016.

²⁰ Idem.

das parcerias ao seu livre arbítrio, prejudicando em demasia a sociedade que depende dos serviços públicos decorrentes dessas parcerias.

Não bastasse isso, ainda é possível perceber em relação à essas parcerias em geral na saúde um desprestígio remuneratório do Poder Público, violando-se a regra contratual que se conhece por equilíbrio econômico-financeiro que deve existir em todas as avenças entabuladas entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Em todos os casos, o vínculo a ser firmado com o ente privado implica a necessária manutenção do que em Direito se conhece por equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, nos termos do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, e da própria Lei Orgânica da Saúde, o que resulta no reconhecimento do direito dos prestadores privados à manutenção e eventual recomposição pela insuficiente remuneração paga pelo Estado, nos termos das tabelas de procedimentos do SUS. Vínculos seguros, fiscalização séria e pagamento em valores adequados são requisitos indispensáveis ao funcionamento do sistema público de saúde brasileiro. Se uma concessionária de serviços de conservação de estradas tem direito (legítimo) de receber valores compatíveis com seus custos, como admitir que a maioria das unidades de saúde, como Santas Casas e Hospitais Beneficentes, permaneçam sob o regime precário dos vínculos hoje existentes e sejam submetidas à remuneração pautada pelas sempre defasadas tabelas SUS?²¹

Dessa forma, as parcerias na área da saúde com entidades sem fins lucrativos possuem relevância no setor da saúde, mas ainda necessitam de um olhar mais atento no que tange à questão da estabilidade do vínculo existente com o Poder Público e do equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes.

E, exatamente por isso, por apresentarem vínculos seguros e garantias remuneratórias, parece-nos que o modelo das concessões administrativas é o instrumento mais adequado para a prestação de serviços na área da saúde.

Passamos, então, a analisar suas principais características contratuais.

²¹ MÂNICA, Fernando B. Levando a Sério Entidades Privadas Prestadoras de Serviços Públicos. **Jornal VOZ Saúde**, Curitiba-PR, p. 7, 01 set. 2010.

CAPÍTULO II – CARACTERÍSTICAS GERAIS DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

2.1. Particularidades da Concessão Administrativa em face da concessão comum e da concessão patrocinada

A concessão de serviço público é uma modalidade contratual disciplinada pela Lei federal nº 8.987/95.

Trata-se de contrato administrativo pelo qual o Poder Público Concedente transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a exploração de um serviço público para que o faça por sua conta e risco, de maneira que o investimento da concessionária será remunerado basicamente por meio de tarifas pagas pelos usuários.

A forma tradicional de remuneração do particular prestador de serviços públicos é a cobrança de *tarifa* dos usuários²².

Pois bem. Com a edição da Lei federal nº 11.079/04 e o surgimento das parcerias público-privadas essa modalidade tradicional de concessão de serviço público (regida pela Lei federal nº 8.987/95) passou a ser denominada de *concessão comum*, coexistindo com mais dois modelos de gestão de serviços, quais sejam, concessão patrocinada e concessão administrativa.

Quanto à *concessão patrocinada*, primeira modalidade de parceria público-privada da Lei federal nº 11.079/04, tem-se verdadeiro contrato de concessão de serviço público da Lei nº 8.987/95, com uma nova roupagem.

Trata-se de um novo regime jurídico para uma contratação já existente no direito administrativo brasileiro. Carlos Ari Sundfeld explica a respeito:

É verdade que no regime da Lei de Concessões já era viável que, além das tarifas cobradas dos usuários, o concessionário tivesse outras fontes de receita, inclusive adicionais pagos pela Administração. Mas, se esses contratos já eram juridicamente possíveis, sua viabilidade prática estava dependendo da criação de

²² MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **A Remuneração do particular na execução de atividades públicas**. 1ª. Edição. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 35.

um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente. Pois bem, para criar esse sistema, a Lei das PPPs deu um nome próprio – o de “concessões patrocinadas” – às concessões de serviço público (incluindo as de exploração de obra pública) que envolvam o pagamento de adicional de tarifa pela Administração. As concessões patrocinadas não são algo novo, pois já existiam juridicamente. Novo é o nome, criado só para facilitar a comunicação. Assim, em virtude da Lei das PPPs, as já conhecidas “concessões de serviço” da Lei de Concessões foram divididas em dois grupos: as *patrocinadas*, em que há adicional de tarifa; e as *comuns*, em que não há. Por certo, além do nome, há regras novas aplicáveis à espécie “concessão patrocinada”, sobretudo para viabilizar as garantias, como veremos adiante.²³

Destaque-se que no que diz respeito às concessões patrocinadas há verdadeiro contrato de concessão de serviço público da Lei federal nº 8.987/95, com a diferença de que além das tarifas pagas pelos usuários, o parceiro privado ainda recebe uma contraprestação pecuniária paga diretamente pelo parceiro público.

A concessão patrocinada passa a disciplinar situação em que a remuneração da concessionária feita somente por tarifas pagas pelos usuários é insuficiente, tendo em vista o montante do investimento aplicado na obra ou no serviço público.

Jacinto Arruda Câmara esclarece:

As PPPs serão úteis para viabilizar a delegação à iniciativa privada de empreendimentos que, sob prisma técnico ou econômico, não tenham como se viabilizar mediante remuneração provinda exclusivamente de tarifas cobradas de usuários. São casos em que, pela baixa capacidade contributiva dos usuários ou pela insuficiente demanda prevista para determinado serviço, não se tenha como remunerar o investimento necessário à oferta do serviço com base exclusivamente na receita derivada de tarifas. Os novos modelos contratuais permitem que mesmo em situações como essas – em que empreendimentos não seriam autossustentáveis economicamente – a concessão venha a ser implementada, pois o próprio Poder Público assume o pagamento ao investidor privado.²⁴

E mais. Ressalte-se que essa remuneração adicional paga diretamente pela Administração Pública ao parceiro privado nas concessões patrocinadas

²³ SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

²⁴ Idem, p. 176.

há de ser de natureza pecuniária, mesmo que a Lei das PPPs preveja outras formas não pecuniárias de remunerar as concessionárias.

A Lei federal nº 11.079/04 prevê em seu artigo 6º outras formas alternativas, portanto, não pecuniárias, de remunerar o parceiro privado. Cite-se, por exemplo, a outorga de direitos sobre bens dominicais (inciso IV). Porém, o fato do contrato prevê-las como receita alternativa em favor do concessionário, ao lado das tarifas recebidas diretamente dos usuários, não transforma a relação contratual em concessão patrocinada, uma vez que a remuneração paga pela Administração há de ser pecuniária.

Quanto à *concessão administrativa*, segunda modalidade de parceria público-privada da Lei federal nº 11.079/04, é contrato de prestação de serviço, público ou não, ainda que envolva a execução de uma obra, ou o fornecimento de mão de obra e instalação de um bem, de que a Administração seja usuária direta ou indiretamente, recebendo o parceiro privado remuneração paga pela própria Administração em razão do serviço prestado.

Mais que isto. Não se trata de um simples contrato de prestação de serviços, porque a concessão administrativa envolve situações em que a Administração necessitará de investimento por parte da concessionária para a criação, manutenção ou recuperação em alguma infraestrutura, com amortização a longo prazo e montante acima de vinte milhões de reais.

Jacinto Arruda Câmara assevera que:

Também é possível vislumbrar a outorga de *concessão administrativa* de serviços públicos. Essa espécie pode ser adotada, por exemplo, quando houver dificuldade para estabelecer uma relação individualizada com os destinatários finais dos serviços, o que inviabilizaria a cobrança por meio de tarifa. Seria o caso dos serviços de iluminação pública ou de limpeza urbana. Em tais serviços a dificuldade para caracterizar a singular fruição do serviço pelos usuários finais, na prática, acabou se tornando uma barreira à outorga dos serviços mediante concessão. Sem a individualização, que seria pressuposto para a cobrança, o único remédio seria a Administração pagar pelos serviços – e, nesse caso, ter-se-ia afastado, em princípio, o regime de concessão²⁵. Com a concessão

²⁵ O Município de São Paulo, antes mesmo da edição da Lei das PPPs, buscou com criatividade superar esta barreira em relação aos serviços de limpeza urbana. A concessão desse serviço estaria viabilizada com base na legislação local, que considerou a própria Administração Municipal usuária única de parcela dos serviços (como o de limpeza de ruas e calçadas, por exemplo). Referida solução tem base na Lei 13.478, de 30.12.2002, do Município

administrativa esse problema resta superado, uma vez que seria plenamente possível considerar a Administração como beneficiária indireta do serviço a ser delegado, arcando, assim, com a obrigação de remunerar o concessionário.²⁶

Diga-se, ainda, que a concessão administrativa, ao contrário da concessão patrocinada, é considerada um novo modelo contratual. Entende-se que a concessão administrativa não é uma repetição de tipos contratuais já existentes no direito brasileiro.

Cuida-se de uma nova modalidade contratual pelo qual a Administração Pública contrata um serviço, da qual seja usuária, direta ou indireta, que padece de alto investimento de infraestrutura, num montante acima de vinte milhões de reais e de longo prazo, com remuneração integralmente paga pelo parceiro público, pecuniária ou não.

Antes do advento da Lei federal nº 11.079/2004, essas situações eram contratados pelas regras previstas na Lei federal nº 8.666/1993 (Lei Geral das Licitações) por meio de um contrato de serviço, porém sem nenhuma previsão de investimento por parte do contratado em projetos de infraestrutura, com pagamento mensal pela Administração em razão da execução do serviço prestado e por prazo contratual adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários, salvo quanto à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderiam ser prorrogados por iguais e sucessivos períodos até o máximo de 60 meses. (Art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93).

Na concessão administrativa da Lei federal das PPPs, o parceiro privado é contratado pelo parceiro público para prestar um serviço no qual o contratado investe na criação, manutenção ou recuperação de infraestrutura num montante de pelo menos vinte milhões de reais ao longo de um prazo de no mínimo 05 e no máximo 35 anos, incluindo eventuais prorrogações.

de São Paulo, que cria o Sistema de Limpeza Urbana do Município de São Paulo e, entre outras disposições, autoriza o Poder Público a delegar a execução dos serviços públicos mediante concessão ou permissão. Como instrumento de viabilização da outorga do serviço a particulares, mediante concessão, a Prefeitura também é arrolada como usuária do Sistema de Limpeza Urbana, na condição de representante da coletividade ou parte dela (art. 8º, III).

²⁶ Idem, p. 178 e 179.

Ressalte-se também que essa modalidade de concessão não se destina apenas à construção de uma obra pública, nem ao fornecimento de mão de obra e instalação de um bem, devendo envolver obrigatoriamente a prestação de um serviço pelo contratado. Assim dispõe o artigo 2º, § 4º, inciso III da Lei federal nº 11.079/04 que “é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamento ou a execução de obra pública”.

Tem-se, aqui, outra particularidade da concessão administrativa. Esse modelo contratual envolve um serviço que poderá não ser necessariamente público. É um contrato de prestação de serviço, público ou não, sendo vedado que seu objeto envolve unicamente a execução de uma obra, o fornecimento de um bem ou de mão de obra.

Nesse aspecto, a concessão administrativa se difere das demais modalidades de concessão, seja da comum, seja da patrocinada, uma vez que nesses dois últimos modelos contratuais exige-se, obrigatoriamente, a prestação de um serviço sempre público.

Colocadas essas diferenças gerais, passa-se a abordar as regras referentes ao sistema remuneratório da concessão administrativa.

2.2. Remuneração do Parceiro privado

Quanto ao sistema remuneratório da concessão administrativa, destaca-se que essa modalidade contratual envolve uma remuneração paga diretamente pela Administração ao parceiro privado e, ao contrário da concessão patrocinada, a Lei federal nº 11.079/04 não exigiu que a contraprestação fosse de natureza pecuniária, podendo o parceiro público adotar quaisquer das formas alternativas previstas no artigo 6º da referida legislação.

A única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa é o recebimento pelo concessionário de tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços²⁷.

Fernando Vernalha Guimarães observa que:

O tipo da concessão administrativa, pois, diversamente do que se verifica a propósito da concessão patrocinada, não exige que a via remuneratória do contrato (como meio de pagamento ao parceiro privado) seja necessariamente integrada por contraprestações pecuniárias providas pelo parceiro público. Uma pluralidade de meio jurídicos poderá vestir as contraprestações do parceiro público, inclusive as obrigações pecuniárias. No entanto, a eliminação destas não descaracteriza a concessão administrativa. O relevante, em relação ao seu sistema remuneratório, está em fixar a responsabilidade da Administração aos pagamentos pelas obrigações executadas pelo parceiro privado, que poderá proceder-se pelas formas relacionadas no art. 6º. da Lei n. 11.079/2004 ou por qualquer outro meio admitido em lei.²⁸

Ressalte-se ainda que nas concessões patrocinadas a contraprestação alcançará qualquer percentual remuneratório, menos sua totalidade.²⁹ Lembre-se que o sistema de remuneração nessa modalidade é misto: tarifário e pecuniário.

Ademais, o artigo 10, § 3º da Lei federal nº 11.079/04 exige que haja autorização legislativa específica nas concessões patrocinadas se a remuneração pecuniária do parceiro privado ultrapassar o percentual de 70% (setenta por cento). Já nas concessões administrativas o que teremos é exatamente o oposto: 100% (cem por cento) da remuneração do parceiro privado advirá de contraprestação do parceiro público.³⁰

Percebe-se, então, que a grande diferença entre as duas modalidades de parceria público-privada reside no sistema remuneratório: na concessão patrocinada a remuneração é composta por tarifas paga pelos usuários dos serviços e por uma contraprestação de natureza pecuniária paga diretamente

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35.

²⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207 e 208.

²⁹ MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **A Remuneração do particular na execução de atividades públicas**. 1ª. Edição. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 79.

³⁰ Idem, p. 79 e 80.

pela Administração; na concessão administrativa a remuneração não pode envolver sistema tarifário, sendo que o parceiro privado é remunerado pela Administração por meio de uma contraprestação pecuniária ou não.

2.3. Garantias do investidor

As garantias previstas na Lei federal nº 11.079/04 representam um verdadeiro incentivo à iniciativa privada para investir em obras e infraestruturas de natureza pública. Pode-se dizer que sem esse sistema legal de garantias criado em favor do parceiro privado as parcerias público-privadas estariam sujeitas ao fracasso, ainda mais num ambiente de crise econômica em que o país se encontra.

Não bastasse isso, a morosidade da justiça brasileira, a despeito de alguns instrumentos minimizadores, como, por exemplo, a arbitragem, também gera uma sensação de insegurança aos investidores privados que, numa eventual inadimplência da Administração Pública, terão que enfrentar anos de litígios judiciais, sem falar que, ao final, estar-se-iam submetidos ao recebimento dos seus créditos por meio de precatórios públicos.

Esses fatores com certeza contribuiriam para um desincentivo da iniciativa privada em investir em serviços e obras públicas de tamanha complexidade. A Lei das PPPs, ciente dessa situação, criou um sistema de garantias ao parceiro privado e também aos financiadores do projeto, garantindo-se, assim, a própria efetividade das suas contratações.

Diga-se, contudo, que a expressão garantia pode ser empregada em dois sentidos. Num sentido mais amplo, garantia é qualquer meio jurídico capaz de assegurar ao credor o cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor. Há ainda um sentido mais restrito de garantia. Entende-se, nesse último sentido civilista, que o pagamento de uma dívida pode ser assegurado por duas modalidades de garantia: garantia pessoal e garantia real.

Assim é para Carlos Roberto Gonçalves:

A garantia *fidejussória* ou *pessoal* é aquela em que terceiro se responsabiliza pela solução da dívida, caso o devedor deixe de cumprir a obrigação. Decorre do contrato de *fiança* (CC, art. 818). É uma garantia relativa, porque pode acontecer que o fiador se torne insolvente por ocasião do vencimento da dívida. A garantia *real* é mais eficaz, visto que vincula determinado bem do devedor ao pagamento da dívida. Em vez de ter-se, como garantia, o patrimônio do devedor, no estado em que se acha ao se iniciar a execução, obtém-se, como garantia, uma coisa, que fica vinculada à satisfação do crédito. E pouco importa, daí por diante, o estado em que se venha encontrar o patrimônio do devedor, uma vez que a coisa está ligada ao cumprimento daquela obrigação. Se o devedor perder toda a sua fortuna, inclusive a coisa que escolheu para responder pelo seu compromisso, tal fato em nada atingirá a segurança, porque a coisa, saindo do patrimônio do devedor, terá ido para outro patrimônio. E, onde quer que se encontre, poder-se-á transformá-la no seu valor, e com esse valor satisfazer o cumprimento da obrigação.³¹

Colocadas essas considerações sobre o significado de garantia, observa-se que referida expressão é utilizada no capítulo III da Lei federal nº 11.079/04 - Das Garantias, no sentido mais amplo do termo, como bem pondera Luiz Felipe Hadlich Miguel. O termo está empregado, neste caso, em sentido amplo, pois os incisos do art. 8º tratam de mecanismos diversos que poderão ser previstos nos contratos de PPPs para satisfação de créditos³².

De outro lado, o mesmo autor alerta que o artigo 18, § 1º da Lei federal nº 11.079/04, que elenca as garantias que poderão ser concedidas pelo FGP – Fundo Garantidor de Parcerias, utiliza-se da referida expressão agora em seu sentido restrito, indicando quais as modalidades de garantia real e pessoal que poderão ser prestadas pelo aludido fundo.

Abaixo se expõe as garantias conferidas ao parceiro privado e que estão previstas na Lei nº 11.079/04:

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;

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 5: direito das coisas. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 523 e 524.

³² MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **A Remuneração do particular na execução de atividades públicas**. 1ª. Edição. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 62.

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.

Enfim, essas garantias existem para fornecer ao parceiro privado maior segurança na contratação quanto ao cumprimento da contraprestação paga pelo parceiro público. Vejamos, então, cada uma dessas garantias legais.

2.4. Modalidades de garantia legal

2.4.1. A vinculação de receitas

A primeira dessas garantias prevista em lei é a vinculação de receitas. Não se trata propriamente de uma garantia no sentido civilista do termo. Cuida-se, na verdade, de uma garantia orçamentária, ou seja, garantia que determinada receita pública será destinada ao pagamento de obrigações assumidas contratualmente pela Administração.

Há garantia numa acepção lata (ou leiga) do termo, mas não se verifica na hipótese uma obrigação (acessória) garantidora. É um meio de pagamento a partir de receitas previamente afetadas àquele fim³³.

Receitas é um conceito amplo na Lei, utilizado como qualquer recurso financeiro arrecadado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios que poderá ficar diretamente vinculado ao cumprimento das obrigações assumidas numa contratação de PPP, desde que não se trate de receita oriunda de imposto, haja vista expressa vedação prevista na primeira parte do art. 167, inciso IV, da Constituição Federal, que institui o princípio da não vinculação de receitas de impostos.

³³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 367.

Logo, a favor do parceiro privado não pode ser vinculada qualquer receita decorrente de impostos e, se eventualmente isso for permitido por lei, esta, indubitavelmente, será inconstitucional³⁴.

Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado³⁵ explanam que existe até a possibilidade de vinculação de receitas oriundas de arrendamentos ou de *royalties*.

2.4.2. A instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei

Da mesma forma como ocorre com a vinculação de receitas, a instituição ou utilização de fundos especiais não é bem uma garantia como aquelas existentes e reguladas pelo direito civil.

Trata-se de um conceito amplo bem parecido com a própria vinculação de receitas. Porém, nesta hipótese a Administração Pública, por lei, destina um patrimônio ou uma determinada receita a cumprimento de uma determinada finalidade.

A isto se dá o nome de fundos especiais, que podem ser criados ou utilizados os já existentes legalmente. Não são dotados de personalidade jurídica. Seu objetivo é o de cumprir com a finalidade de sua lei de criação. Nada mais são do que vinculações de receitas orçamentárias, destinadas a determinadas finalidades³⁶.

Luiz Felipe Hadlich Miguel ainda explica sobre tais fundos:

Uma vez criado o fundo (com finalidade própria – a prestação de garantia, seja para contratos diversos, seja para um único contrato), integrará o ente que o criou. Não sendo dotado de personalidade jurídica, a contratação da garantia será realizada em este ente, e não com o fundo. Quem presta a garantia, em última análise, é a pessoa jurídica da Administração, seja direta ou indireta.

Aqui reside o grande empecilho para o oferecimento desta modalidade de garantia: por ter sido contratada com o ente público, eventual execução desta garantia terá no polo passivo este ente, e

³⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 485.

³⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 220.

³⁶ MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **As garantias nas parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 77 e 78.

não o fundo (por não ter personalidade, nem jurídica nem judiciária). Eventual execução não afastará o martírio dos precatórios, o que cremos torna a utilização destes fundos, como garantia, pouco atrativa aos particulares.³⁷

Acredita-se também que, assim como ocorre na vinculação de receitas, a credibilidade desta garantia vai variar conforme o grau de seriedade com o qual a Administração contratante cumpre com suas obrigações contratuais, pois quanto maiores forem as hipóteses de cumprimento das obrigações pecuniárias pelo parceiro público, maior é a segurança ao parceiro privado em aceitar essa modalidade de garantia, já que tal modalidade representa simples garantia orçamentária e não garantia na acepção civilista do termo.

2.4.3. O seguro-garantia

O seguro-garantia é um verdadeiro contrato de seguro instituído em favor do parceiro privado e regido nos exatos termos do art. 757 do Código Civil. Ressalte-se que se admite, entretanto, que o seguro seja firmado apenas com companhia seguradora não controlada pelo Poder Público.

Destaca-se, contudo, como claramente consta do art. 757 do Código Civil, o segurado será ressarcido apenas dos eventos/riscos predeterminados. A apólice preverá as situações nas quais haverá o dever de indenizar³⁸.

É importante dizer que o seguro assegurará, como regra, os riscos oriundos do descumprimento das obrigações pecuniárias que foram contratadas pelo parceiro público, apesar de que atualmente nada obsta que se preveja a cobertura de riscos de diversas outras naturezas.

A respeito disso Fernando Vernalha Guimarães destaca:

Mas o seguro-garantia, que poderá recobrir diversas configurações, prestando-se a cobrir riscos variados, será uma técnica teoricamente possível de ser utilizada pelo parceiro público no objetivo de acautelar os riscos de inexecução de suas obrigações pecuniárias assumidas em face do parceiro privado. É de se referir, aliás, que algumas

³⁷ Idem, p. 78 e 79.

³⁸ Ibidem, p. 81.

poucas instituições internacionais, como o MIGA – *Multilateral Investment Guarantee Agency* e o OPIC – *Overseas Private Investment Corporation*, especializaram-se numa modalidade de concessão de seguro contra *risco político (political risk insurance)*, que tem como beneficiários financiadores em *Project finance* no Brasil. Sob esse tipo de seguro põe-se, inclusive, cobertura contra risco de quebra contratual (*breach of contract frustration*).³⁹

Enfim, a tendência é que o seguro-garantia seja utilizado para resguardar o parceiro privado de uma gama de riscos que poderão incorrer destas tipologias contratuais complexas, a exemplo das PPPs.

Infelizmente são bem raras no mercado ofertas de seguros destinados a assegurar práticas de inadimplemento pecuniário do Poder Público diante do risco elevado da contratação, motivo porque a instituição de fundo garantidor acaba ganhando papel de destaque no sistema de garantias, como adiante se verá.

2.4.4. As garantias prestadas por Organismos Internacionais ou instituições financeiras

Tem-se nesse caso em especial que o art. 8º, inciso IV prevê duas garantias diferentes: a garantia prestada por um Organismo Internacional e a garantia prestada por uma Instituição Financeira.

Pois bem. Quanto à primeira, a garantia prestada por um Organismo Internacional, é nítida a intenção do legislador em incentivar a parceria público-privada com investidores estrangeiros que poderão se sentir mais atraídos e seguros em contratar com a Administração Pública Brasileira quando garantidos por organismos internacionais de seu conhecimento.

³⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 375 e 376.

A garantia prestada por organismo internacional é modalidade que certamente atrairá empresas estrangeiras, que às vezes não conhecem ou têm receio das instituições brasileiras.⁴⁰

Podemos citar como exemplo a garantia prestada pelo Banco Mundial ou pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, dois grandes e conhecidos organismos internacionais.

Luiz Felipe Hadlich Miguel alerta que:

Portanto, a grande vantagem desta garantia é a liquidez e o fato de atrair investidores que atuem no mercado internacional. Desvantagens: dificuldade de algumas Administrações obterem tal garantia, e o custo deste capital (certamente estes organismos internacionais não irão “emprestar” valores sem nenhuma contraprestação do governo tomador).⁴¹

Quanto à segunda, é uma garantia que pode ser contratada pelo parceiro público e prestada por uma instituição financeira, desde que esta não seja controlada pelo Poder Público, valendo a mesma restrição para as companhias de seguro.

2.4.5. O Fundo garantidor e a garantia prestada por empresa estatal

O FGP – Fundo Garantidor de Parceria está previsto nos artigos 16 a 21 da Lei federal 11.079/04 e é um ente dotado de personalidade jurídica de direito privado, distinta, portanto, de seus cotistas. Consoante art. 16, caput, parte final, o objetivo do fundo garantidor é oferecer garantia de pagamento de obrigações pecuniárias federais em concessões patrocinadas ou administrativas.

Cuida-se de uma pessoa jurídica a qual é atribuída a personalidade de direito privado com todas as consequências que daí decorrem, inclusive a penhora de bens e de direitos, excluindo os credores fazendários de se

⁴⁰ MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **As garantias nas parceiras público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82.

⁴¹ Idem.

submeterem ao sistema de precatórios diante de eventual descumprimento das obrigações assumidas contratualmente pelo Poder Público.

Aliás, o fundo garantidor, regulado nos artigos 16 a 21 da Lei nº 11.079/04 e instituído para o modelo federal de PPP, é considerado uma das principais e mais eficientes garantias consagradas aos parceiros privados. Outros entes, como o Estado de São Paulo, optaram pela solução de empresa estatal garantidora dos compromissos financeiros do parceiro público.⁴²⁴³

Assim, é lícito oferecimento de garantia a certa classe de contrato, buscando-se soluções mais econômicas à Administração, sem que isso retrate uma infração ao art. 100 da Constituição.⁴⁴

Diferente dos fundos especiais vinculados a receitas, este fundo é dotado de personalidade jurídica própria, com aptidão, portanto, de ser sujeito de direito e obrigações. Ele é uma pessoa jurídica de direito privado e isso afasta sua submissão ao sistema dos precatórios.

A Lei nº 11.079/04 é omissa quanto a forma dessa pessoa jurídica de direito privado que se criará pelo fundo garantidor. A respeito da forma do Fundo garantidor, Gustavo Binjenbojm esclarece:

O que há de esdrúxulo na Lei nº 11.079/2004 é o fato de não haver menção expressa ao tipo de entidade sob cuja forma seria constituído o fundo garantidor. Embora o art. 16, § 1º afirme ter ele natureza privada e patrimônio próprio, distinto daquele de seus cotistas, além de direitos e obrigações próprios, não há na Lei a definição sobre sua forma jurídica. Ora, a falta de definição legal transfere para a Administração Pública tal escolha. O que importa é que o fundo terá personalidade jurídica de direito privado, sujeitando-se, assim, ao regime próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal.⁴⁵

⁴² Conforme Lei estadual nº 11.688/2004 e Decreto nº 48.867/2004 que disciplinaram a Companhia Paulista de Parcerias – CPP. Idêntica solução adotou o Estado de Santa Catarina, mediante a Lei nº 13.335/2005, que regula a SC-Parcerias S/A.

⁴³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 377.

⁴⁴ Idem, p. 405.

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 159-176, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43332>>. Acesso em: 10 Jul. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43332>.

Para Diógenes Gasparini⁴⁶ é espécie de empresa pública. Entende-se que uma das diferenças entre o fundo garantidor e as demais empresas estatais estaria no fato de que o FGP é administrado por um gerente externo, que será necessariamente uma instituição financeira federal. Os bens que o compõem devem ser desafetados (dominicais) e podem ser livremente dispostos pelo Administrador, que tem liberdade na aquisição e alienação dos ativos do fundo.

Carlos Ari Sundfeld observa:

A execução contra o FGP será privada, porque privada é sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP aos concessionários. Aliás, tais desafetação e transferência são justamente o que ocorre em toda criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas.⁴⁷

Lembre-se que os contratos de PPP possuem prazos bastante dilatados, de no máximo 35 anos e, conforme as obrigações pecuniárias assumidas contratualmente pelo parceiro público vão se cumprindo, os bens do fundo garantidor vão sendo liberados para que ele possa contrair novas obrigações.

Descumpridas as obrigações pelo parceiro público, caberá ao fundo garantidor pagar os prejuízos pecuniários do parceiro privado e, uma vez quitado o débito, a Lei nº 11.079/04 prevê o fenômeno da sub-rogação (art. 18, §6º), vale dizer, o fundo garantidor passa a assumir a posição de credor.

Quanto à dissolução do FGP, esta não poderá ocorrer enquanto existirem contratos de PPPs garantidos por ele (art. 20, Lei nº 11.079/04).⁴⁸

2.5. Garantias do Financiador

⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 489.

⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45 e 46.

⁴⁸ MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **As garantias nas parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 105.

A Lei federal nº 11.079/04 também prevê algumas garantias asseguradas aos financiadores da parceria público-privada.

Podem-se identificar as seguintes espécies de garantias a favor do financiador: transferência do controle acionário da sociedade de propósito específico, emissão de nota de empenho e pagamentos de valores decorrentes de fundos e de empresas estatais, bem como de indenizações advindas de extinção antecipada do contrato.

Passa-se a analisar a transferência do controle acionário da sociedade de propósito específico ao financiador. Destaca-se que a legislação federal das parcerias público-privadas determina que, antes da celebração do contrato, o vencedor da licitação constitua uma sociedade de propósito específico – SPE, com o fim de implantar e gerir os objetivos da parceira. (Art. 9º, *caput*).

A previsão de criação de sociedade de propósito específico já havia sido feita pela Lei das concessões comuns, Lei federal nº 8.987/95, com a diferença de que nessa legislação foi facultada ao Poder Público fazer constar do edital da licitação essa exigência.

Pela Lei das PPPs não há faculdade. É obrigatória que se constitua, antes da celebração do contrato, a sociedade de propósito específico, que, como regra geral, a Administração Pública não poderá ser titular da maioria das ações com direito a voto.

Pois bem. O § 1º do citado artigo 9º permite que haja a transferência, mediante autorização da Administração Pública, do controle acionário da sociedade de propósito específico aos financiadores em decorrência de inadimplementos dos tomadores do financiamento e nas condições previstas no contrato.

Além disso, a Lei federal nº 11.079/04 ainda estabelece a possibilidade de se emitir nota de empenho em nome do financiador do projeto. Lembre-se que

nota de empenho é o documento que possibilita o pagamento das obrigações da Administração.⁴⁹

Vê-se que o artigo 5º, § 2º, inciso II da Lei das PPPs possibilita que o parceiro público emita a nota de empenho em nome do financiador do projeto, desde que haja expressa previsão no edital da licitação e no contrato, passando este terceiro a ser o credor do crédito que lhe foi empenhado.

Finalmente, a última garantia concedida ao financiador consiste em pagamento de indenização decorrente de extinção antecipada do contrato de concessão, toda vez que em razão dessa extinção antecipada não tiver havido a amortização do montante investido pela concessionária.

Paga-se diretamente ao financiador do projeto, conforme explica Luiz Felipe Hadlich Miguel, excluindo-se da relação o concessionário, diminuindo assim o risco de este receber a reparação do Estado e não repassá-la àquele que efetivamente despendeu os recursos⁵⁰.

É possível também que sejam pagos diretamente aos financiadores valores a serem recebidos em decorrências dos fundos e de empresas estatais instituídos como garantidores dos contratos de parcerias público-privadas, como forma de diminuição dos riscos advindos desses modelos de contratação.

⁴⁹ Idem, p. 115.

⁵⁰ Ibidem, p. 118.

CAPÍTULO III – A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

3.1. Modelos possíveis de concessão administrativa

A concessão administrativa tem por objeto a prestação de um serviço de que seja a Administração Pública usuária, direta ou indireta, ainda que envolva a execução de uma obra pública, o fornecimento de mão de obra ou a instalação de um bem.⁵¹

Pode-se dizer que a concessão administrativa envolve a execução de um serviço, seja ele público ou não. Esclareça-se que normalmente antecede à execução desse serviço a construção de obras, a entrega de equipamentos ou o fornecimento de mão-de-obra.

Seguindo este entendimento, tem-se identificado como um dos objetos contratuais da concessão administrativa a prestação de **serviços administrativos** e de **serviços públicos de natureza não econômica** (ou também chamados de **serviços sociais**), executados pelo parceiro privado após a construção da infraestrutura ou do fornecimento do equipamento ou da mão-de-obra a que ficou obrigado no contrato.

Na primeira hipótese, concessão administrativa de serviços administrativos, verificam-se situações em que a Administração passa a ser a usuária direta das atividades prestadas pelo parceiro privado, de modo que a coletividade assume a figura de usuários indiretos desses serviços.

Cita-se como exemplo desse tipo de contratação, a concessão administrativa celebrada para a construção de presídios aliada aos serviços de administração em geral dessas unidades, como a gestão da alimentação, hotelaria e limpeza do recinto dos presos.

⁵¹Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Fernando Vernalha Guimarães a respeito explica:

Figura-se o exemplo da concessão administrativa para a construção e manutenção de estabelecimento prisional, associada à exploração de serviços administrativos gerais, como a gestão da *hotelaria*, envolvendo atividades de restaurante, lavanderia, limpeza, manutenção da estrutura etc. Tais serviços não podem ser considerados fruíveis pelos administrados, os presidiários, *in casu*, que se põem na condição de custodiados do Estado. Há atividade prestada diretamente à Administração. Outro exemplo está na concessão administrativa para a construção de estabelecimento de educação (e/ou seu aparelhamento), associada à exploração de serviços de restaurante e de manutenção da infraestrutura. São, por igual, atividades prestadas diretamente à Administração, pressupondo-se gestão pelo parceiro privado de certas atividades-meio.⁵²

Percebe-se que a delegação de atividades-meio da Administração configurar-se-á uma concessão administrativa de serviços administrativos cujo parceiro público será o usuário direto dessas atividades.

Por outro lado, a delegação de atividades-fim da Administração configurar-se-á uma concessão administrativa de serviços públicos em que, ao contrário, o parceiro público passa a ser o usuário indireto dos serviços e a coletividade assume a posição de usuário direto dessas atividades.

A concessão administrativa de serviços públicos compreende em geral a delegação de **serviços públicos não econômicos** (ou também conhecidos como sociais), uma vez que os serviços públicos tidos por econômicos são, normalmente, objeto de concessões no modelo tradicional ou patrocinado. Explica-se.

A delegação de serviços públicos econômicos são aqueles explorados mediante sistema tarifário, por isso mesmo que no ordenamento jurídico brasileiro esses serviços acabam sendo contratados ou pela concessão comum da Lei federal nº 8.987/95 ou pela concessão patrocinada da Lei federal nº 11.079/04, neste último caso com a remuneração pecuniária adicional paga diretamente pela Administração.

⁵² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 180.

Por sua vez, à concessão administrativa é atribuída a delegação de serviços públicos não econômicos ou também chamados de sociais. Não são serviços de natureza tarifária o objeto da delegação ao parceiro privado, até porque são atividades submetidas constitucionalmente a **regime de gratuidade**.

Referimo-nos, por exemplo, às atividades educacionais e de saúde. Não somente quando a Administração delega ao parceiro privado a mera administração geral e a manutenção de infraestrutura ligada a tais serviços, mas também quando a concessão administrativa envolve a execução da própria atividade-fim, como nos casos da saúde, a gestão dos próprios serviços clínicos médico-hospitalares.

3.2. Modelos de concessão administrativa identificados no setor da saúde

No setor da saúde, tomando-se como parâmetro algumas experiências brasileiras, é possível identificar quatro espécies de concessão administrativa a depender de seu objeto.

O primeiro modelo que se destaca é a concessão administrativa cujo objeto é a construção da obra e a gestão da infraestrutura em que o parceiro privado se compromete não apenas a construir o hospital ou a unidade de atendimento, mas também a gerir a infraestrutura necessária a seu funcionamento, tais como, manutenção dos equipamentos, da rede de oxigênio e da rede de água, enfim, de todas as operações necessárias ao funcionamento adequado do hospital.

São serviços de infraestrutura que já eram contratados com a iniciativa privada por meio de diversos contratos autônomos de empreitada. É uma concessão administrativa de serviços administrativos.

O segundo modelo de concessão administrativa no setor da saúde é aquele cujo objeto é o funcionamento da estrutura hospitalar em que o parceiro público contrata todos os serviços não clínicos necessários à operação do

hospital, tais como alimentação do doente, rouparia, lavanderia, limpeza e segurança. Esses serviços todos já vinham sendo contratados com a iniciativa privada por diversos contratos de prestação de serviços. Trata-se também de uma concessão administrativa de serviços administrativos.

Essas contratações na área da saúde são também conhecidas como concessões de **serviços não clínicos**.

Pois bem. Exemplo desses dois primeiros modelos de concessão administrativa pode-se encontrar no caso do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte, na região do Barreiro, cujo contrato foi assinado em 2012, entre o consórcio vencedor Novo Metropolitano S/A e a Secretaria Municipal de Saúde do Município de Belo Horizonte para a prestação de serviços não clínicos durante um prazo de 20 anos, com um investimento de mais de quarenta milhões de reais⁵³.

Ainda é interessante ressaltar outro caso de concessão administrativa de serviços não clínicos que se refere ao projeto de parceria público-privada em andamento no Estado de São Paulo.

Mariana Baleeiro Martins Carrera esclarece:

O terceiro projeto do Estado de São Paulo é referente a Complexos Hospitalares. Essa PPP prevê o planejamento arquitetônico funcional dos hospitais, a construção, compra e instalação completa dos equipamentos hospitalares, mobiliários, tecnologia de informação e comunicação, e da gestão da área não assistencial. São três Complexos Hospitalares: Hospital Estadual de São José dos Campos, Hospital Centro de Referência da Saúde da Mulher – HCRSM e Hospital Estadual de Sorocaba. Nos hospitais de Sorocaba e São José dos Campos, a gestão assistencial será realizada por Organizações Sociais.⁵⁴

Como acontece com o Hospital Metropolitano de Belo Horizonte, a concessão administrativa de São Paulo não inclui a outorga de serviços clínicos.

⁵³ Disponível em <http://novometropolitano.com.br/hospital-dr-celio-de-castro-entrara-na-segunda-fase-de-obras/>. Acesso em 26/05/2016.

⁵⁴ CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. *Parceria Público-Privada (PPP): Análise do Mérito de Projetos do Setor Saúde no Brasil* / São Paulo, 2014. Tese Doutorado – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Orientadora: Ana Maria Malik, p. 65 e 66.

No caso dos Hospitais de Sorocaba e de São José dos Campos a gestão dos serviços clínicos ficará a cargo de Organizações Sociais de Saúde e, no caso da nova unidade do Hospital Pérola Byington, a gestão clínica continuará nas mãos do Sistema Único, por meio da Secretaria de Saúde.

Identifica-se ainda um terceiro modelo contratual, a concessão administrativa cujo objeto é a prestação de serviços de apoio a diagnósticos mediante o fornecimento e operação de maquinários e de serviços de apoio a exames laboratoriais, envolvendo a gestão de suprimentos, de medicamentos, de insumos hospitalares, de maneira que a concessão administrativa nesse caso também é considerada de serviços não clínicos.

Por fim, destaca-se como último modelo a concessão administrativa cujo objeto é à prestação de **serviços clínicos**, atribuindo-se ao parceiro privado não apenas eventuais obras e serviços de infraestrutura e de operação das unidades de saúde, como também a responsabilidade pelos serviços médicos, com a contratação dos profissionais da área e sua fiscalização e controle.

É o caso típico que ocorreu na contratação do Hospital do Subúrbio em Salvador, cuja concessão foi **considerada integral**, ao abranger também os serviços clínicos. É a concessão administrativa típica de serviços públicos não econômicos ou sociais.

Trata-se de um projeto inovador na área da saúde cujo complexo hospitalar foi construído pelo governo baiano, porém, é administrado e operacionalizado pela iniciativa privada, responsável por gerir, inclusive, serviços clínicos de assistência à saúde, com a contratação de médicos e profissionais da área administrativa, tudo a cargo do consórcio vencedor e não do Poder Público.

Floriano de Azevedo Marques Neto comenta:

No caso do modelo do hospital da Bahia, o Hospital Subúrbio, a infraestrutura mais pesada de obra já estava executada. Ela havia sido contratada e executada em regime de empreitada, mas foram transferidos para o parceiro privado a complementação dessas instalações, a gestão dessa infraestrutura, a compra e instalação de mobiliário, todo aquele recheio que o hospital precisa, e os serviços não clínicos e clínicos, de modo que o parceiro privado entrou no esqueleto de obra concluída. Já se estava com a infraestrutura

praticamente pronta, e o parceiro privado teve por incumbência equipar, comissionar e, ao longo do tempo, fazer a operação, inclusive provendo os médicos, os enfermeiros, o atendimento clínico. Lá na Bahia, o modelo de remuneração é um modelo de remuneração variável, que captura o desempenho a partir de índices objetivamente estabelecidos no edital quanto ao desempenho do parceiro privado na prestação do serviço, aí sim para a população, na medida em que o serviço, a atividade-fim também integra a parceira.

55

Essa concessão administrativa com a outorga de serviços clínicos é exceção. Tais contratações também são conhecidas no setor como *bata branca*. Todas as demais concessões administrativas em tratativas no país são consideradas **concessões parciais**, ou chamadas de *bata cinza* uma vez que não envolvem a outorga de serviços clínicos, mas se limitam a transferir à iniciativa privada a gestão de infraestrutura em geral, portanto, a prestação de serviços não clínicos.

3.3. A transferência de atividade-fim da Administração Pública e a outorga de serviços clínicos na concessão administrativa

Conforme explanado no item acima, o objeto da concessão administrativa pode envolver a prestação de serviço público ou de serviço tido como social submetido a regime de gratuidade na sua prestação por exigência constitucional. É o que ocorre tipicamente com os serviços de educação (art. 206, inciso IV) e de saúde (art. 198, § 1º).

Destaca-se, porém, que é comum a oposição à outorga dessas atividades por concessão administrativa aos particulares, tanto que nos projetos de parceria público-privada existentes no país identifica-se apenas um deles nesses moldes.

Essa oposição ocorre porque, conforme explica Flavio Amaral Garcia, atividades-fim do Estado devem ser executadas por entidades e pessoas estruturalmente vinculadas à Administração Pública direta ou indireta, sob pena

⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias público-privadas nos serviços de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 65 e 66.

de se caracterizar afronta ao princípio da obrigatoriedade do concurso público, previsto no artigo 37, inciso II da CF.

O autor ainda enfatiza que a esmagadora maioria da doutrina, seja no campo do Direito Administrativo, ou no Direito do Trabalho, encampa esse critério como adequado para fixar os limites das terceirizações.⁵⁶

Não obstante essa oposição acredita-se que a premissa segundo a qual atividades-fim devem ser preferencialmente executadas pelo Estado não se aplica às concessões administrativas. Vejamos.

A diferença entre atividade-meio e atividade-fim é de origem trabalhista e não encontra um propósito útil para as contratações administrativas. Trata-se de um critério adotado para responsabilizar o tomador de serviços quando a contratação de trabalhadores é feita por intermediação de mão de obra e para fraudar a proteção trabalhista.

Fernando Vernalha Guimarães explica:

A dicotomia atividade-meio/atividade-fim retrata taxonomia de nenhuma utilidade para o direito administrativo das contratações públicas. Em primeiro lugar, o uso deste critério não tem raiz no ordenamento jurídico brasileiro. Não há nada no texto constitucional ou no plano legal que imponha sua observância para a disciplina das transferências administrativas. Este critério foi originariamente desenvolvido na esfera da Justiça do Trabalho com vistas a tratar da intermediação de mão de obra, nos termos do Enunciado n. 331 do TST.⁵⁷

Além disso, a Constituição Federal de 1988 não tratou do tema, não se identificando de nenhum dos seus dispositivos qualquer limite para as terceirizações envolvendo a natureza da atividade – se meio ou fim⁵⁸.

⁵⁶ GARCIA, Flavio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 19, setembro, outubro, novembro, 2009. Disponível na internet: < <http://www.direitoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>>. Acesso em 28/11/2016.

⁵⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

⁵⁸ GARCIA, Flavio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 19, setembro, outubro, novembro, 2009. Disponível na internet: < <http://www.direitoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>>. Acesso em 28/11/2016.

Ressalte-se ainda que esse critério diferenciador de atividades entre meio e fim não é preciso. Muitas vezes não é possível estabelecer uma distinção segura entre atividade-meio e atividade-fim, ainda mais diante das avançadas tecnologias adotadas nos dias atuais. É bastante complexo, especialmente no universo das atividades estatais, exercer essa diferenciação. Nesse sentido, Flavio Amaral Garcia pontua:

Alguns exemplos concretos permitirão demonstrar a existência de uma zona cinzenta entre o que é atividade-meio e atividade-fim no âmbito da Administração Pública.

No caso de prestação de serviços públicos, por exemplo, poderia uma concessionária de serviço público de energia terceirizar a “construção e reforma de rede e subestações de energia elétrica, manutenção de rotina e de emergência”? Isso seria atividade-fim da empresa?⁵⁹

Veja-se que tal critério é por vezes inconsistente para estabelecer qualquer distinção entre as atividades realizadas pela Administração Pública, de modo que a linha diferenciadora entre atividade-meio e atividade-fim é tênue demais para se consagrar esse critério como absoluto.

Até porque não se pode olvidar que a própria legislação federal, Lei nº 8.987/95, em relação às concessionárias de serviços públicos, permite expressamente em seu artigo 25, § 1º, que a “concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de **atividades inerentes**, acessórias ou complementares ao serviço concedido”. Assim fazendo, a Lei das Concessões Comuns está, sem dúvida, consagrando a legitimidade de terceirização das atividades inerentes ao serviço concedido, vale dizer, das atividades-fim das concessionárias.

Quanto à regra da obrigatoriedade de concurso público, entende-se que a transferência de atividades-fim da Administração Pública, tal como a gestão de serviços clínicos de saúde e de educação, não representa violação ao comando constitucional.

⁵⁹ Idem.

A exigência de concurso público existente no artigo 37, inciso II⁶⁰ da Constituição Federal tem por finalidade o preenchimento de um lugar na estrutura organizacional administrativa numa ótica vigente de subordinação e de hierarquia com o estabelecimento de vínculo institucional. O objetivo da norma constitucional é impor à Administração que ao contratar alguém para preencher cargo ou emprego público o faça mediante concurso de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as hipóteses previstas no próprio dispositivo da Lei Maior.

Outra realidade totalmente diferente é a das contratações públicas regidas pelo artigo 37, inciso XXI⁶¹ da CF. Por tal dispositivo constitucional, a figura das contratações públicas deve ser precedida de licitação, como regra, com vistas a atingir a execução de serviços temporários e estabelecendo vínculos de origem contratual e não institucionais. Pretende-se a realização de uma atividade e não o provimento de um cargo.

As concessões administrativas que tenham por objeto atividades-fim do Estado não podem ser consideradas violadoras de regras dessa natureza, já que elas ingressam na regra inserta no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, não buscam uma relação individual e hierarquizada, não possuem como objetivo a contratação de alguém, mas de um serviço em si que, para cuja celebração, houve respeito a princípios de competitividade e de igualdade, já que se formalizaram pela via de licitação pública.

Não se percebe da leitura do disposto no artigo 37, inciso XXI qualquer ressalva quanto à transferência de atividades-fim da Administração Pública ou vedação nesse sentido. Não se vê qualquer censura do ordenamento jurídico

⁶⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁶¹ 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;

brasileiro quanto a essa possibilidade de delegação. Até porque os institutos são bem distintos quanto à finalidade específica buscada pela Administração.

A rigor, não há como comparar os fins buscados pelo artigo 37, inciso II e os almejados pelo artigo 37, inciso XXI. Nada obsta que o administrador, no exercício de sua competência discricionária, entenda que determinada atividade – ainda que finalística – será melhor desempenhada por meio de contrato de prestação de serviços do que por meio de servidores ocupantes de cargo efetivo⁶².

Pensa-se, assim, que é possível a concessão administrativa de serviços não apenas de infraestrutura precedidos de construção da unidade hospitalar, mas, inclusive, do desempenho dos serviços médicos em si.

Logo, parece-nos constitucionalmente autorizada a delegação da gestão de serviços clínicos de saúde estabelecidos em contratos de concessão administrativa, sem qualquer violação de regra de contratação por concurso público, eis que o artigo 37, inciso II da CF a elas não se aplica, estando tais ajustes submetidos ao regime jurídico previsto no artigo 37, inciso XXI do texto constitucional.

3.4. As concessões administrativas de serviços clínicos e o Sistema Único de Saúde

Outro ponto de enfrentamento da tese é saber se o Sistema Único de Saúde, conforme estabelecido constitucionalmente, constitui ou não impedimento à contratação de concessões administrativas para os serviços clínicos nessa área.

Explica-se o questionamento colocado, pois, como levantado no capítulo primeiro, a participação da iniciativa privada nas ações e nos serviços do SUS tem *caráter complementar*, destinada a suprir insuficiências da capacidade pública instalada, dando-se preferência para a atuação das entidades

⁶² Ibidem.

filantrópicas e das entidades sem fins lucrativos e, somente depois, daquelas entidades com fins lucrativos desde que mediante contrato de direito público.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

(...)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1.º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Assim, a participação da iniciativa privada nas ações e serviços do Sistema Único de Saúde dar-se-á ante a insuficiência da rede pública em determinado setor, uma vez que cabe ao Estado, por leitura do texto da Constituição Federal, alcançar diretamente a capacidade prestacional e, o socorro à iniciativa privada deve ser, portanto, eventual.

Não obstante tais dispositivos constitucionais, entendemos ser possível a contratação de parceiros privados para a prestação de serviços médico-hospitalares nas ações do Sistema Único de Saúde, de modo que essa participação pode ocorrer pela via de delegação estatal.

Pois bem. O fato de a Constituição Federal estabelecer que a participação da iniciativa privada no SUS é complementar não significa dizer que o Estado assume o dever de prestar diretamente os serviços públicos de saúde. Esse entendimento é decorrência lógica do disposto no artigo 175⁶³ da Carta Constitucional segundo o qual a prestação de serviços públicos dar-se-á direta ou indiretamente pelo Estado, sendo que nesse último caso, por meio de concessão, permissão ou autorização.

Dessa forma, é perceptível que o texto constitucional não acolheu a necessidade de concentração dos serviços públicos de saúde nas mãos diretas do Estado, mas permitiu que as atividades estatais fossem prestadas de forma descentralizada a critério discricionário da Administração.

Fernando Borges Mânica explica:

⁶³ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A previsão constitucional da participação complementar da iniciativa privada no SUS não significa a atribuição de dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde. Não raro são encontradas nos tribunais brasileiros decisões que impedem a celebração de parcerias com a iniciativa privada com fundamento em suposto descumprimento da complementaridade da participação privada nos serviços públicos de saúde. Os efeitos jurídicos de tais decisões nos respectivos casos concretos e seu efeito reflexo na segurança jurídica acabam por prejudicar a evolução do direito, a modernização da Administração Pública e a efetivação do direito à saúde. A suposta vedação constitucional à transferência da gestão de uma unidade hospitalar para a iniciativa privada, em regra, decorre do seguinte entendimento:

(i) apenas atividades de saúde complementares seriam aptas a sofrer tal transferência;

(ii) a gestão de um hospital público municipal pela iniciativa privada desrespeita o caráter complementar de tal participação, a qual, supostamente, deve ser exercida integral e diretamente pela própria Administração Pública municipal.⁶⁴

Logo, o autor esclarece que, por conta de ideais do antigo movimento sanitário brasileiro do século passado, mas cujas origens se estendem até hoje, há forte tendência de se considerar que os serviços públicos de saúde devem ser executados por redes próprias dos entes estatais, de modo que a Administração deve prestar o atendimento à saúde diretamente, sendo que a participação privada no SUS deve constituir exceção ou se limitar às atividades acessórias e operacionais do setor.

Fernando Borges Mânica pondera ainda que essas premissas estão desconectadas da *ideologia constitucional*, uma vez que os antigos ideais sanitários não influenciaram a Constituição Federal de 1.988 quando da redação do Título VIII, da seção II do seu texto destinado à proteção ao direito fundamental à saúde.

O certo é que os dispositivos constitucionais destinados ao direito à saúde formam um conjunto normativo complexo e de difícil interpretação e, por isso, necessitam de uma operação hermenêutica mais cuidadosa e que se preocupe em buscar a efetivação desse direito fundamental.

Assim, a previsão do artigo 199, parágrafo 1º da Constituição Federal, ao estatuir que a participação da iniciativa privada nas ações e nos serviços do

⁶⁴ MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**. v. 2. (jan./jul. 2012). Brasília: CMB, 2012, p. 34-54.

SUS é complementar, não significa que a prestação desses serviços deve ser feita diretamente pelo Estado.

Em apoio ao entendimento ora apresentado, parece razoável sustentar que a previsão constitucional constante do parágrafo primeiro do artigo 199, em que pese tratar da assistência à saúde, expressa a possibilidade de participação complementar da iniciativa privada em relação **a todo o sistema público de saúde**⁶⁵. **(Grifo nosso)**.

Entenda-se, portanto, que a previsão da complementaridade da iniciativa privada no SUS se refere a todas as ações e serviços do Sistema, nos exatos termos do artigo 200 da Constituição Federal que prevê as competências do SUS, de modo que o particular poderá atuar no Sistema Único desde atividades operacionais (limpeza, hotelaria, manutenção de equipamentos, etc.) até aquelas voltadas à prevenção, recuperação e proteção da saúde (serviços clínicos propriamente ditos).

Nesse diapasão, entende-se plenamente possível sustentar que da forma complementar de participação privada nos serviços públicos de saúde, prevista no parágrafo primeiro do texto constitucional, não é possível extrair qualquer limitação à esfera de atuação estatal direta e à esfera passível de atuação privada contratada ou conveniada. Trata a previsão apenas da possibilidade de prestação tanto de uma forma (direta) quanto de outra (indireta)⁶⁶.

A iniciativa privada, portanto, pode atuar em todas as ações e serviços do Sistema Único de Saúde, no desenvolvimento de uma série de atividades que compõem suas competências, previstas no art. 200 da CF e nos arts. 5º e 6º da Lei federal nº 8.080/90, cabendo à Administração Pública definir em cada caso qual o melhor modelo de prestação desses serviços na prática, mediante aparato estatal ou por meio de colaboração de terceiros, neste último caso com sujeição à legislação, fiscalização e controle do Estado.

Outra observação a ser pontuada é que tanto o artigo 199, parágrafo único, como o artigo 24⁶⁷ da Lei federal nº 8.080/90 estabelecem que a

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

participação da iniciativa privada no SUS deve ocorrer ante a insuficiência da capacidade instalada do Poder Público. Reconhecida, portanto, a incapacidade da rede pública para o atendimento dos serviços de saúde, à iniciativa privada é permitida a contribuição nesse setor.

Vê-se, contudo, que a contribuição dos particulares no setor da saúde tem se tornado uma constante e assumido caráter de permanência, já que a capacidade instalada dos entes públicos se apresenta cada vez mais deficitária, isso porque, o Brasil não investe o volume de recursos suficiente para sustentar um sistema público, gratuito e universal⁶⁸.

Na verdade, em um cenário no qual a prestação de serviços de saúde tende a ser infinita, a insuficiência da cobertura assistencial em determinada área tende a ser permanente. Assim, tal critério perde em grande parte sua utilidade⁶⁹.

Além disso, esse critério não pode ser considerado absoluto. Realmente, os diversos modelos de prestação de serviços de saúde que podem ser extraídos dos dispositivos constitucionais que regulam a matéria, seja pela via direta, indireta por convênio ou por contrato, tem que refletir a melhor escolha do Administrador Público para o atendimento do setor e que mais eficientemente concretizem o direito fundamental no caso concreto.

E diante desse raciocínio, o que mais pesará nessa escolha não é a capacidade instalada da rede pública de atendimento, mas o princípio da eficiência na prestação dos serviços de saúde que poderá ser melhor concretizado pela participação da iniciativa privada nas ações e serviços do SUS. Isso também é uma premissa constitucional decorrente do artigo 37, *caput*, da CF.

Assim, às vezes, mesmo diante da capacidade instalada da rede pública, acredita-se que a Administração pode escolher por gerir a prestação do serviço de saúde através da participação da iniciativa privada se, no caso concreto, esse modelo privado de gestão se mostrar mais viável para a concretização do

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem, p. 17.

direito fundamental à saúde e, por isso, essa escolha tem que ser considerada legítima pelos valores constitucionais.

Essa discussão da capacidade instalada é pertinente em relação à entrada de hospitais privados no SUS. Numa contratação por PPP a infraestrutura (hospital ou unidades de atendimento) tende a ser pública. O particular, pelo menos no modelo que está sendo exposto, executa obras, fornece equipamentos e presta serviços, mas o hospital será público, isto é, a infraestrutura (que se refere à capacidade instalada) é pública. Logo, essa discussão perde o sentido nos modelos de parceria público-privadas de concessões administrativas.

A nosso ver as concessões administrativas de serviços clínicos estão em perfeita consonância com os dispositivos constitucionais do direito à saúde e encontram fundamento de validade no artigo 199, parágrafo único e no artigo 200, ambos da Constituição Federal, desde que elas se mostrem no caso concreto como o instrumento contratual mais viável para a concretização do direito social que se pretende alcançar.

3.5. O Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da constitucionalidade da participação da iniciativa privada nas ações e serviços do SUS

Diante das divergências interpretativas apontadas no item 3.4 dessa pesquisa sobre os dispositivos constitucionais que dispõem a respeito da participação da iniciativa privada nas ações e serviços do Sistema Único de Saúde e sua complementaridade, o Supremo Tribunal Federal no ano de 2015 proferiu duas decisões de suma importância no setor, firmando entendimento a favor da constitucionalidade das parcerias privadas na área da saúde pública. Vejamos.

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal que merece destaque é a **ADI nº 1923** cujo acórdão foi publicado em 17 de dezembro de 2015, tendo Luiz Fux como Ministro do voto condutor seguido pela maioria dos julgadores e

que, naquela ocasião, apreciou questão referente ao modelo de gestão da saúde executado por Organizações Sociais, analisando mais precisamente sobre a constitucionalidade da Lei federal nº 9.637/98 (Marco Legal das Organizações Sociais).

A despeito do citado acórdão não se referir às concessões administrativas na área da saúde, já que a matéria de fundo contida na ADI nº 1923 aborda as parcerias com o terceiro setor, o certo é que da fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal é possível constatar que a corte afasta a tese de que os serviços da saúde devam ser prestados diretamente pelo Estado e por meio da sua estrutura organizacional.

(...) Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a contrario sensu – “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”) e educação (...), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais⁷⁰.

A Corte Suprema ainda deixa explícito o entendimento no referido acórdão que a escolha entre a atuação direta e indireta a respeito da prestação dos serviços sociais é uma opção discricionária do Estado, sendo legítima para a Constituição Federal se a opção estatal foi feita com vistas à atuação indireta no setor da saúde.

(...) cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

(...)

Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma direta ou indireta, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu

⁷⁰ ADI 1.923/DF. Ministro Relator Ayres Brito.

instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários⁷¹.

Quanto à controvérsia em relação à exigência dos concursos públicos (artigo 37, inciso II, da CF) e o argumento de que as parcerias na saúde afrontam tal imposição constitucional, o voto do Ministro Luiz Fux enfatiza:

O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, 33, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados⁷².

Vê-se, pois, que a decisão da Corte constitucional afasta esse argumento já que a escolha por uma ou outra atuação estatal (se pela criação de cargos ou pela submissão a regime de plano de trabalho) também depende da melhor viabilidade jurídica de atendimento do serviço prestado. Conforme já se demonstrou, a finalidade nessas parcerias com o setor privado, em especial nas concessões administrativas na saúde, é a contratação de um serviço, e não a contratação de um agente para o provimento de um cargo na estrutura organizacional da Administração.

No mesmo sentido, Fernando Borges Mânica completa:

A decisão do STF afasta o clássico argumento de que as parcerias afrontam a exigência de concurso público, prevista no artigo 37, II da Constituição Federal. Tal argumento, como bem ressaltou Luiz FUX é falso na medida em que cabe aos poderes constituídos definir o melhor modelo de atuação estatal em cada momento histórico. Nesse passo, é possível a opção pela criação de cargos públicos para o exercício de todas as funções envolvidas em um hospital – da portaria à UTI. Mas é possível também a celebração de parcerias para que o parceiro privado gerencie todas essas funções, em estrito cumprimento do Plano de Trabalho da parceria. A exigência de concurso público, como bem diz a letra constitucional aplica-se à primeira hipótese; não se aplica à segunda hipótese...⁷³

⁷¹ Idem.

⁷² Ibidem.

⁷³ MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**. v. 2. (jan./jul. 2012). Brasília: CMB, 2012, p. 34-54.

No mesmo ano de 2015, em 03 de dezembro, outra decisão do Supremo Tribunal Federal ganha destaque na área da saúde, qual seja, **RE – Recurso Extraordinário nº 581.488/RS**, agora tendo como Relator o Ministro Dias Toffoli cujo voto condutor foi acompanhado pelo Plenário da Corte e apresentou como o objeto de discussão a diferença de classe dentro do Sistema Único de Saúde.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, considerou inconstitucional o fato de um paciente do SUS pagar para ter acesso a acomodações melhores em um hospital público ou para ser atendido por médico de sua preferência.

Verifica-se que o tema de discussão não compreende propriamente a questão das concessões administrativas de serviços clínicos. Porém, em vários trechos desse acórdão é possível perceber a preocupação da Corte Suprema em demonstrar que as ações e serviços do SUS podem ser executados pela iniciativa privada e que, o caráter de complementaridade previsto no artigo 199, parágrafo único do texto Constitucional, compreende toda e qualquer atividade relacionada às competências do Sistema Único, desde aquelas que tenham um viés operacional, até mesmo os serviços médicos especializados.

A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde. Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina.

Isso não implica que haja supremacia da Administração sobre o particular, que pode atuar, em parceria com o setor público, obedecendo sempre, como mencionado, os critérios da consensualidade e da aderência às regras públicas. Como se constata pelas exitosas experiências em países como Alemanha, Canadá, Espanha, França, Holanda, Portugal e Reino Unido, dentre outros, na área da saúde, importantes requisitos das parcerias, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação,

consensualismo, eficiência e colaboração são fundamentais para que os serviços possam ser prestados de forma ao menos satisfatória.⁷⁴

Dessa perspectiva, como já escreveu Mânica:

Pode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe o artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização” (Fernando Borges Mânica, op. cit., p. 7).

Entretanto, essa complementariedade não autoriza que se desconfigure a premissa maior na qual se assenta o serviço de saúde pública fixada pela Carta Maior: o Sistema Único de Saúde orientase, sempre, pela equanimidade de acesso e de tratamento; a introdução de medidas diferenciadoras, salvo em casos extremos e justificáveis, é absolutamente inadmissível⁷⁵.

Dessa forma, nítido é o reconhecimento da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da participação da iniciativa privada nas ações e serviços do Sistema Único de Saúde, de modo que a opção pela celebração de uma parceria no setor também deve ser considerada válida, desde que a gestão privada de unidades de saúde se mostre como instrumento mais eficaz para a viabilidade financeira dos investimentos públicos na área.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a saúde é dever do Estado; mas não é só isso. É também dever do Estado adotar os modelos administrativos mais eficientes para a prestação de serviços de saúde. Caminha-se, assim, do reconhecimento da constitucionalidade das parcerias na saúde para a exigência de sua celebração (e devida execução) como forma de garantir direitos fundamentais tão caros à população nacional. Assim como o Poder Judiciário impõe ao Estado o dever de fornecer medicamentos, em um futuro próximo, o Poder Judiciário imporá ao Estado a adoção de formas eficientes e adequadas para a prestação de serviços complexos, caros e sensíveis, como são os serviços de saúde⁷⁶.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ RE – Recurso Extraordinário nº 581.488/RS.

⁷⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. In: AVANZA, Clenir Sani; et ali (Org.).

Enfim, é perceptível pela leitura dos trechos dos acórdãos citados que a concessão administrativa na saúde para a prestação de serviços clínicos passa a ser reconhecida como mecanismo válido no direito administrativo brasileiro, conforme entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.

A Corte Suprema reconhece, portanto, que o Estado não precisa prestar as ações e serviços da saúde diretamente, podendo escolher a melhor forma de sua gestão, de modo que a opção pelas parcerias privadas no SUS, a respeito da previsão constitucional de sua complementaridade, é viável não apenas para atividades operacionais, mas também para serviços médico-hospitalares.

3.6. A viabilidade jurídica das parcerias público-privadas na modalidade de concessões administrativas para prestação dos serviços públicos

Ultrapassadas as discussões a respeito da constitucionalidade das parcerias privadas no Sistema Único de Saúde, faz-se agora uma análise das vantagens jurídicas na adoção pelo Estado de uma parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa para a prestação de serviços públicos, em especial os serviços sociais.

Sabe-se que a Administração Pública tem o poder discricionário de escolher qual o melhor modelo de prestação dos serviços sociais, sob a forma direta ou indireta. E as concessões administrativas podem apresentar algumas vantagens para a gestão e a manutenção de infraestruturas públicas ainda mais nos setores sociais, como os da saúde que demandam investimentos de monta considerável.

Já se demonstrou que, tradicionalmente e antes da vigência da Lei federal nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas), os serviços de manutenção das infraestruturas públicas sempre foram contratados por ajustes regulados

pela Lei Geral das Licitações (Lei federal nº 8.666/93), que em seu artigo 57, inciso II, prevê que os serviços prestados de forma contínua à Administração poderão ter o prazo de vigência prorrogado por iguais e sucessivos períodos até o máximo de 60 meses (05 anos).

Dessa maneira, ao final do prazo máximo de prorrogação que a legislação federal permite, qual seja, 60 meses, cabe à Administração Pública dar início à licitação para escolha de nova contratada, tendo que, muitas vezes, romper vantagens econômicas e ganhos de eficiência que daquela contratação decorreu ao interesse público.

As concessões administrativas apresentam vantagens em relação a essas contratações tradicionais. Por serem contratos mais duradouros, cujo prazo de vigência legal é de no mínimo 05 (cinco) e no máximo 35 (trinta e cinco) anos, asseguram a manutenção da relação contratual mais prolongada e, portanto, ganhos mais permanentes ao objeto do ajuste.

Destaca-se que as parcerias público-privadas garantem a manutenção de infraestrutura pública por períodos mais dilatados e de forma mais estável. Assim, essas contratações possibilitam a Administração um planejamento das suas ações e políticas públicas uma vez que os ajustes não se sujeitam a interrupções constantes e a procedimentos licitatórios periódicos.

As concessões administrativas têm o potencial para assegurar a manutenção de infraestrutura por longos períodos não trazendo apenas benefícios à população em geral por meio da garantia de continuidade das políticas públicas voltadas a determinados setores sociais, como também beneficiando os próprios gestores públicos, que poderão planejar suas ações no tempo. Ressalte-se, ainda, que o planejamento estratégico da Administração poderá resultar num dispêndio menor de gastos públicos, favorecendo a economicidade e a vantajosidade nas contratações.

Uma das grandes vantagens das parcerias público-privadas é o ganho na melhoria da gestão num país não acostumado a planejar empreendimentos e obras públicas. As concessões administrativas, portanto, contribuem para uma previsibilidade das decisões administrativas.

Trata-se de importante instrumento contratual em que podem sair ganhando o Poder Público, a sociedade e a iniciativa privada.

Pode-se dizer que as parcerias público-privadas representam para o Poder Público um modelo contratual mais bem estruturado de gestão, caracterizado pelo planejamento, estabilidade do vínculo e previsibilidade de suas decisões.

Por sua vez, as PPPs representam para a sociedade uma oportunidade de se desfrutar de serviços públicos melhor estruturados e planejados pela Administração mediante monitoramento estatal de desempenho dos resultados. A tendência é, pois, de melhoria na prestação dos serviços públicos geridos pela iniciativa privada.

Cuida-se também de relação contratual interessante para a iniciativa privada já que as concessões administrativas estabelecem estabilidade jurídica maior do vínculo com compartilhamento dos riscos e das responsabilidades com o Estado. Fora o sistema de garantia remuneratória assegurado ao parceiro privado.

Por outro lado, a vantajosidade dessas contratações está intimamente ligada à ampla e detalhada discussão que a relação contratual de uma parceria público-privada deve ser submetida antes da sua efetiva celebração.

Para evitar contratos malfeitos, Fernando Borges Mânica afirma que o procedimento prévio à relação contratual deve ser o mais detalhado e discutido possível⁷⁷.

Então, as cláusulas contratuais das concessões administrativas devem ser claras e precisas quanto às metas a serem atingidas pelo parceiro privado, quanto à remuneração paga à concessionária, quanto ao compartilhamento dos riscos e responsabilidade de cada parte.

Além disso, é importante que se destaque outro ponto de relevância. A opção pelas parcerias público-privadas na prestação de serviços públicos, em

⁷⁷ MÂNICA, Fernando B. PPP: Desafio e Oportunidade. **Revista Brasileira de Administração**, 05.08.2013, p. 32-36. Disponível em http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/09/ppp_desafio_e_oportunidade.pdf. Acesso em 13/11/2016.

especial os de natureza social, jamais poderá representar um mecanismo de afastamento das responsabilidades estatais.

Não se pode olvidar, ainda mais quando se envolve a delegação de serviços sociais, como os de saúde e de educação, que o Estado se encontra diante de deveres e de direitos constitucionalmente previstos e reconhecidos como fundamentais à dignidade humana.

Logo, a opção pela celebração de parcerias com a iniciativa privada regidas pela Lei federal nº 11.079/04 deve sempre fortalecer o cumprimento desses direitos sociais e somente por isso elas se justificam. E aí os critérios de controle contratual das parcerias público-privadas farão toda diferença nessas contratações.

A legislação federal das PPPs não previu nenhuma disposição em específico sobre o controle contratual das parcerias. Aplica-se, porém, às concessões administrativas as mesmas regras de poder de controle e de direção que a Administração Pública tem em relação às concessões comuns regidas pela Lei federal nº 8.987/95.

Em linhas gerais, a Lei nº 8.987/95 previu o poder do Estado concedente de fiscalizar a concessão com a cooperação dos usuários (art. 3º), a competência do poder concedente para fiscalizar permanentemente a prestação do serviço (art. 29, I), o direito de acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária (art. 30) e de zelar pela boa qualidade do serviço (art. 29, VII).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica

O exercício desse poder de direção e controle constitui um poder-dever da Administração, ao qual não pode furtar-se sob pena de responsabilidade por omissão. Mas deve ser exercido dentro de limites razoáveis, não podendo a fiscalização fazer-se de tal modo que substitua a gestão da empresa. A Administração apenas fiscaliza; ela não administra a execução do serviço.⁷⁸

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 169.

Ademais, o controle social decorrente das parcerias público-privadas na prestação de serviços públicos representa um incremento ou um avanço em relação aos demais modelos tradicionais de concessão.

Nos moldes da Lei federal nº 8.666/93 é bem mais difícil o exercício do controle social a respeito dos resultados advindos dos contratos regidos por tal legislação.

Esse fato se explica porque os instrumentos jurídicos de participação popular no controle de serviços públicos foram previstos somente para ajustes mais complexos a fim de que se possam incentivar os usuários do serviço a participarem mais ativamente do controle do desempenho apresentado pela concessionária.

Constata-se que nos contratos em geral de prestação de serviços terceirizados regidos pela Lei federal nº 8.666/93 esses mecanismos de controle social basicamente não existem. No âmbito da execução desses contratos, ademais, os meios de participação popular são quase nulos⁷⁹.

No modelo das parcerias público-privadas, além das regras referentes ao controle do Poder Público quanto à fiscalização das concessões e da qualidade dos serviços, previstas na Lei federal nº 8.987/95 - legislação das concessões comuns, que lhes são incorporadas, também são asseguradas **consultas públicas** de modo a favorecer a participação da comunidade no controle mais efetivo do desempenho na prestação dos serviços sociais.

Fernando Vernalha Guimarães esclarece:

No modelo das PPPs, estão asseguradas em todos os casos as consultas públicas como precedentes obrigatórios (condição de validade) à conformação dos ajustes, além de admitir-se a participação dos usuários (individual ou coletivamente) no âmbito da execução do contrato (nos atos de instabilização do contrato etc.). Ademais disso, evidencia-se nas PPPs o reforço das amarras fiscais e a tonificação da transparência nos procedimentos de gestão do ajuste de PPP. Com isso, permite-se um controle mais efetivo acerca da destinação dos recursos e quanto ao comprometimento do orçamento com o custeio dos serviços. Parece inegável, por isso, que o uso do sistema das PPPs em substituição à prestação de alguns serviços sociais diretamente pelo

⁷⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

Estado poderá traduzir o incremento do controle social e financeiro acerca de sua prestação.⁸⁰

Evidencia-se que nesse aspecto andou bem a legislação federal em comento (Lei nº 11.079/04) de modo que a consulta pública é considerada condição de validade para a realização de licitação nas parcerias público-privadas e, sem ela, o procedimento licitatório deve ser declarado nulo.

Benedicto Porto Neto completa

A Lei 8.666/1993, ao tratar da audiência pública para os casos que especifica (art. 39), prescreve que nela as autoridades devam fornecer todas as informações pertinentes, sem fazer referência, contudo, à obrigatoriedade de divulgação da minuta do edital e da minuta do contrato. A Lei das PPPs adotou solução mais adequada, impondo que as minutas sejam submetidas a consulta pública, o que permite controle mais eficiente da atuação administrativa. A lei fixa o prazo mínimo de 30 dias para que qualquer pessoa apresente sugestões, cujo termo final deve dar-se pelo menos 7 dias antes da data prevista para publicação do edital. O direito de manifestação pelos interessados já decorre do art. 5º, inciso XXXIV, “a”, da CF (direito de petição), que abrange o de obter resposta, embora esta não seja condição para prosseguimento da licitação.⁸¹

Ressalte-se que pela Lei nº 8.666/93, o art. 39 somente exige audiência pública para as licitações cujo objeto contratual envolva valor estimado superior a 150 (cento e cinquenta) milhões de reais.

Diferentemente da Lei nº 8.666/93, que em seu art. 39 prevê a necessidade de audiência pública apenas para as licitações que envolvam valor superior a 150 milhões, a Lei nº 11.079/04 optou por exigir para todas as contratações a submissão à consulta pública, como decorrência direta do princípio da publicidade e transparência das ações estatais.

O expediente da consulta pública pode ser um instrumento relevante para a interlocução entre o setor público e a sociedade, com vistas à legitimação e ao aperfeiçoamento de projetos de interesse coletivo⁸².

⁸⁰ Idem, p. 198.

⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 147 e 148.

⁸² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 425.

Enfim, muitas são as vantagens na opção pela celebração de uma parceria público-privada, em especial a concessão administrativa para a prestação de serviços sociais, foco da presente tese.

É imperioso, contudo, reconhecer que a celebração de parcerias, ainda mais em setores sociais como nos de saúde, representa uma responsabilidade estatal muito maior, de modo que a PPP deve ser marcada pela transparência dos projetos e pela participação social por meio de consultas públicas que possibilitem um controle de desempenho dos serviços prestados e dos gastos públicos envolvidos.

As concessões administrativas devem funcionar como instrumento de efetivação dos direitos sociais e, portanto, contribuir tanto quanto possível para a solução dos problemas estruturais e de gestão operacional dos quais o Sistema Único de Saúde padece.

3.7. As vantagens efetivas das concessões administrativas na gestão de serviços clínicos de saúde

A previsão constitucional do direito à saúde e o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da viabilidade jurídica da participação privada em todas as ações que compõem as competências do Sistema Único de Saúde, leva-nos a pensar que a defesa do direito à saúde implica na prestação desse serviço público por entidades estatais ou por entidades privadas, sendo que, neste último caso, a melhor maneira se dá mediante contratos formalmente celebrados com o Poder Público em que se assegure transparência na gestão, garantais remuneratórias ao contratado e regras de controle social.

Surgem, assim, as concessões administrativas como um dos mais importantes mecanismos para a gestão de serviços clínicos de saúde.

Fernando Borges Mânica observa com propriedade que defender o direito constitucional à saúde não implica em defender a estatização e a privatização

dos serviços; implica em defender mecanismos que privilegiem melhores modelos⁸³.

Entende-se, nessa linha, que a concessão administrativa é um modelo que se destaca dentre os demais levantados nessa pesquisa para a gestão de serviços de saúde, inclusive os clínicos, vez que apresenta vínculo estável, com garantia remuneratória conferida ao parceiro privado e aos seus financiadores, bem como a previsão de instrumentos de controle.

Pois bem. Reconhecidas as precariedades dos demais modelos de parcerias e consagrada a parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa como o modelo contratual seguro e apto à prestação dos serviços de saúde, passa-se a indicar as efetivas vantagens jurídicas de sua adoção nas ações médico-hospitalares.

Pode-se indicar como uma das primeiras vantagens na contratação de uma concessão administrativa na área da saúde clínica a **não submissão da concessionária ao limite de gastos com a folha de pagamento**. Explica-se.

A Constituição Federal no artigo 169⁸⁴ estabelece que os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, terão que respeitar um limite de despesa com pessoal, seja ativo ou inativo, em um prazo de adequação previsto em lei complementar.

Atualmente, o diploma legal responsável para estipular os limites de gastos e o prazo de adequação é a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/00. O art. 19 dessa legislação estatui como parâmetro para a União o limite de 50% (cinquenta por cento) da receita corrente líquida e, para os demais entes federados, o limite é fixado em 60% (sessenta por cento).

⁸³ MÂNICA, Fernando B. Levando a Sério Entidades Privadas Prestadoras de Serviços Públicos. **Jornal VOZ Saúde**, Curitiba-PR, p. 7, 01 set. 2010.

⁸⁴ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Dita Lei Complementar 101, no art. 70, estabelece um prazo de até dois exercícios para que seja gradualmente eliminado o excesso de despesa de pessoal, à razão de 50% ao ano⁸⁵.

Ressalte-se que o não cumprimento do prazo de adequação com a consequente continuidade de excesso das despesas acarreta aos entes federados consequências previstas no § 2º do artigo 169 da Constituição Federal. Por tal dispositivo, ter-se-á a suspensão de todos os repasses de verbas federais e estaduais aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, quando os limites não forem respeitados.

Fernanda Marinela esclarece que a suspensão só pode envolver as transferências voluntárias, não atingindo as constitucionalmente obrigatórias para não ferir a autonomia dos entes e a forma federativa, o que é cláusula pétrea, não podendo ser objeto de emenda⁸⁶.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a regra inserta no § 2º do citado art. 169 será flagrantemente inconstitucional caso atinja as transferências de natureza obrigatória já fixadas no texto Maior, por violação do poder de emendas à Constituição.

O nobre autor comenta

Sempre de acordo com o art. 169 da Constituição, na conformidade de seu § 2º, introduzido pela Emenda em apreço, decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida, se o teto continuar excedido, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Deve-se entender, entretanto, que dita proibição só envolve as transferências voluntárias, e não as *constitucionalmente previstas como obrigatórias*, pena de ser inconstitucional o dispositivo, por ultrapassar os limites do poder de emenda à Constituição. É que, a entender-se de modo diferente, por via de tal providência estaria afetada a autonomia das entidades em questão e, destarte, violada a cláusula pétrea constante do art. 60, § 4º, I, da Lei Maior, de acordo com a qual não será objeto de deliberação proposta de emenda “tendente a abolir” a forma federativa⁸⁷.

⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 267.

⁸⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª Edição. Niterói: Impetus, 2012, p. 739.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 269.

Pois bem. Não obstante tais discussões, o próprio artigo 169 da C.F. ainda estabelece em ordem de preferência algumas medidas que os entes federativos deverão adotar para a adequação dos gastos quando se encontrarem acima dos limites previstos na legislação complementar, que são os seguintes: reduzir pelo menos 20% (vinte por cento) as despesas com cargos em comissão e funções de confiança; exonerar servidores não estáveis; e exonerar servidores estáveis, caso as medidas anteriores não sejam suficientes.

Percebe-se, assim, que a questão do limite de gastos com pessoal está intimamente ligada a ideia de uma administração responsável e também eficiente no aspecto orçamentário. As consequências para um gestor público violador da Lei de Responsabilidade Fiscal pode gerar, além de sanções previstas na própria Lei Complementar nº 101/00, penalidades de natureza penal. Ademais, nada impede o eventual enquadramento do administrador em atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.294/92) e até em crimes de responsabilidade com aplicação das legislações específicas (Lei nº 1.079/50 e Decreto-lei nº 201/67).

Surgem, então, as concessões administrativas como opção bem interessante e vantajosa nesse aspecto orçamentário para os entes federativos contratantes. Esse limite de gasto com pessoal previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal impede a Administração de contratar novos servidores públicos para trabalhar na área da saúde. Essa proibição não alcança as parcerias público-privadas eis que as concessionárias não estão sujeitas a esses limites de gastos com pessoal.

Pelo contrário, a contratação de pessoal da saúde pelo parceiro privado dar-se-á pelo regime celetista, não somente quando a concessão administrativa é do tipo *bata cinza*, quer dizer, quando os contratos visam apenas os serviços de gestão da infraestrutura da unidade de saúde. Mesmo quando a concessão administrativa é do tipo *bata branca*, que além dos serviços de infraestrutura, ainda envolvem os serviços clínicos em si, adota-se o regime da celetista, vale dizer, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Eis, pois, a vantajosidade para a Administração Pública na adoção de uma concessão administrativa na prestação de serviços clínicos de saúde. O parceiro privado não está sujeito ao limite de gasto com pessoal em suas contratações, podendo suprir as demandas e deficiências de trabalhadores da área da saúde sem qualquer óbice constitucional.

Outra vantagem que pode ser destacada na adoção das concessões administrativas no setor clínico da saúde é a **economia de recursos públicos**. Tal vantagem decorre de um estudo que deve ser realizado nas parcerias público-privadas e que se denomina “*value for Money*”.

O setor público deve demonstrar, em cada caso concreto, que a escolha pela PPP é efetivamente necessária porque traduz ganhos globais de eficiência à Administração, seja no aspecto quantitativo, qualitativo, técnico, jurídico, econômico, financeiro, social, de alocação de riscos, de competição e de inovação.

Todas essas premissas devem ser analisadas mediante criteriosas ponderações de conveniência e oportunidade para a escolha de um modelo de parceria público-privada na implantação de um projeto de empreendimento estatal. A essa análise sobre a adequada destinação dos recursos públicos dá-se o nome de *value for Money*.

Mariana Baleeiro Martins Carrera pondera

Segundo Aragão (2004), Value for Money poderia ser traduzido como “vantagem monetária”, significa que a execução de um serviço público pela iniciativa privada resulta em uma rede de benefícios à instituição pública, definida em termos de custo, preço, qualidade, quantidade ou transferência de risco, ou ainda, de uma combinação destes. O VFM deve ser condição necessária para a escolha por um contrato de PPP, pois ela se centra na obtenção do “Melhor Valor” na prestação e provisionamento de serviços (BELLI, ET AL 2001).⁸⁸

A opção por uma parceria público-privada deve ser feita toda vez que o Poder Público puder demonstrar uma valorização dos seus recursos quando

⁸⁸ CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. *Parceria Público-Privada (PPP): Análise do Mérito de Projetos do Setor Saúde no Brasil* / São Paulo, 2014. Tese Doutorado – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Orientadora: Ana Maria Malik, p. 69.

geridos pela iniciativa privada. Há, assim, de se fazer uma comparação entre a PPP e as demais formas alternativas de contratação para concluir-se que a parceria na modalidade de concessão administrativa é a melhor e mais adequada modalidade de valorização dos recursos públicos de modo a prestar os serviços de saúde mais eficiente a custo mais acessível.

Dessa forma, é possível verificar, por meio do *value for Money*, que com a gestão privada os resultados obtidos no setor apresentarão desempenhos mais expressivos em termos de atendimento com muito menos de investimento estatal, contribuindo-se, assim, para geração de economia nos gastos públicos. Essa economia faz toda diferença quando se fala em gestão de serviços clínicos de saúde, setor de extremo déficit orçamentário.

Outro incremento que se pode destacar dessas contratações é o **compartilhamento na alocação dos riscos contratuais**.

Sabe-se que a sistemática dos contratos administrativos está sujeita ao equilíbrio econômico-financeiro, vale dizer, à equação de custo e benefício que se estabelece no início da contratação e que deve se manter presente durante toda a execução contratual.

Ressalte-se, porém, que aqueles que contratam com a Administração Pública têm ciência que vários são os riscos extraordinários⁸⁹ que podem enfraquecer essa equação contratual e, exatamente por isso, a doutrina administrativista criou a teoria dos riscos para socorrer o contratado.

Trata-se do princípio da intangibilidade da equação econômico financeira. A Lei nº 8.666/93 encerrou uma configuração desse princípio intensamente generosa à esfera de direitos do particular⁹⁰.

Assim, pela teoria geral dos contratos administrativos, diante dos riscos extraordinários, a Administração Pública contratante é chamada a assumir os efeitos econômicos maléficos produzidos pelo evento imprevisível, seja indenizando os prejuízos comprovados do contratado, seja revendo o preço

⁸⁹ Riscos Extraordinários são fatores inevitáveis e imprevisíveis que podem incidir num contrato administrativo e romper o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual existente entre o Poder Público e o contratado.

⁹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 303.

inicialmente contratado, seja revisando uma cláusula contratual com a aplicação da teoria da imprevisão e da cláusula “rebus sic stantibus”.

Os contratos de parceria público-privada adotaram estratégia bastante diferente quanto aos riscos. O art. 5º, inciso III da Lei nº 11.079/04 estabelece a distribuição objetiva de risco entre as partes, inclusive no que tange aos ditos extraordinários.

Trata-se de associar certos riscos à parte que detém maior controle sobre sua gestão ou sobre as consequências de sua materialização⁹¹.

É, sem dúvida, uma maneira de tornar a contratação mais eficiente.

Logo, a técnica da alocação racional dos riscos pressupõe transferir ao parceiro público (resumidamente) somente os riscos que seriam geridos de modo ineficiente pelo parceiro privado⁹².

Fernando Borges Mânica explica

As PPPs permitem uma melhor e mais eficiente alocação de riscos econômicos, transferindo significativamente os riscos do Estado para o setor privado em questões-chave que podem ser por ele melhor absorvidos. A estruturação de um projeto de PPP conta, em regra, com a participação dos agentes privados interessados no projeto. Com isso, via procedimento de manifestação de interesse (PMI) ou proposta não solicitada (PNS), o privado colabora com o poder público na definição do modelo mais adequado para o atendimento da necessidade pública. Assim, a expertise técnica, econômico-financeira e jurídica do agente privado é usada como subsídio para que o Estado defina a melhor forma de garantir o funcionamento de uma unidade de saúde. Esse modelo, se bem conduzido, tende a evitar episódios lamentáveis e comuns na nossa sociedade, como construções mal dimensionadas e abandonadas, equipamentos subutilizados e sem manutenção e quadro de pessoal deficitário ou despreparado. A estruturação de uma PPP envolve o comprometimento público e privado com a viabilidade a longo prazo de um serviço público, o que representa uma garantia fantástica para a população dependente dos serviços públicos de saúde.⁹³

Assim, a alocação de riscos conforme melhor possam ser assumidos no contrato é mais um estímulo para contratação de PPP pelo parceiro privado

⁹¹ Idem, p. 300.

⁹² Ibidem, p. 301.

⁹³ MÂNICA, Fernando B. **Parcerias Público-Privadas (PPP) na Saúde**: Quais as vantagens desse instrumento jurídico para a Saúde Pública Brasileira? Como está o Paraná em relação a este assunto? *Voz Saúde*, Setembro/Outubro, 2015.

que, dependendo de uma adequada distribuição das áleas, pode inclusive reduzir custos de projeto.

Dessa forma, o que importa é que os riscos sejam alocados de maneira detalhada no instrumento contratual de modo a gerar uma repartição proporcional para aquela parte que mais estiver apta a geri-lo.

Além disso, outra vantagem identificável para a gestão dos serviços clínicos de saúde na contratação de concessões administrativas é **a melhoria na qualidade dos serviços prestados**.

Sabe-se que no Brasil a única experiência em gestão de serviços clínicos de saúde é a do Hospital do Subúrbio da Bahia que, conforme já dito, em meados de 2012, foi eleito como uma das 100 iniciativas mais inovadoras do mundo pela KPMG, uma das principais empresas internacionais de consultoria e auditoria⁹⁴.

A explicação para tais vantagens de qualidade pode ser encontrada no disposto no artigo 6º, § 1º da Lei federal 11.079/04. Por tal dispositivo legal, os contratos de parceria público-privada 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.

Por força deste dispositivo legal, pode-se dizer que um dos elementos do sistema remuneratório das concessões administrativas é a variação da remuneração do parceiro privado vinculado ao seu desempenho.

Fernando Borges Mânica observa

As PPPs aumentam o acesso da população ao sistema de saúde e trazem eficiência para a prestação do serviço público de saúde. Um contrato de PPP devidamente elaborado prevê critérios variáveis de remuneração do agente privado, que apenas vai ter o retorno esperado por seu investimento caso atinja metas predeterminadas de quantidade e qualidade nos atendimentos. Deve haver, nesse aspecto, rígido controle de qualidade da atuação do parceiro privado, por intermédio de plano de metas quantitativas e qualitativas de

⁹⁴ Disponível em <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/04/em-salvador-um-bhospital-publicob-que-parece-privado.html>. Acesso em 22/05/2016.

gestão, que vão desde o número de atendimentos até o nível de satisfação da população usuária do SUS.⁹⁵

Assim, o sistema remuneratório das concessões administrativas estar-se-ia sujeito a uma variante de riscos de qualidade e de resultados previstos antecipadamente no ajuste. E essa variante é, sem dúvida, mais uma contribuição para a busca da eficiência nessas contratações. Quanto mais eficiente, maior a remuneração do parceiro privado.

Penso que, de um ponto de vista de economicidade e eficiência administrativas, seja conveniente a estruturação do sistema remuneratório da concessão administrativa a partir de variantes de risco de qualidade (e mesmo de risco de utilização nos casos em que isso seja materialmente possível)⁹⁶.

Esse sistema de remuneração variável não é algo novo no direito administrativo. Apesar de não existir disposição expressa nesse sentido, a Lei federal nº 8.987/95, que regula as concessões comuns, prevê em seus dispositivos a necessidade de se fazer constar em suas contratações cláusulas referentes a critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço prestado (art. 23, inciso III).

Também foi acolhido expressamente pela Lei federal nº 12.462/11, do RDC – Regime Diferenciado de Contratação, em seu artigo 10, este sistema de remuneração variável conforme o desempenho do contratado.

Rafael Wallbach Schwind⁹⁷, em relação a remuneração variável e aos contratos de eficiência adotados no regime do RDC manifestou-se

Dentro dessa ideia, a Lei 12.462 previu dois mecanismos de remuneração do contratado que são bastante interessantes: (i) *remuneração variável vinculada ao desempenho* – artigo 10, e (ii) a celebração de *contratos de eficiência* em que a remuneração do

⁹⁵ MÂNICA, Fernando B. **Parcerias Público-Privadas (PPP) na Saúde**: Quais as vantagens desse instrumento jurídico para a Saúde Pública Brasileira? Como está o Paraná em relação a este assunto? *Voz Saúde*, Setembro/Octubro, 2015.

⁹⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209.

⁹⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração Variável e Contratos de Eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/2011). **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, nº 56, outubro de 2011. Disponível em <http://www.justen.com.br/informtivo>, acesso em 16/07/2016.

contratado será proporcional à economia gerada à Administração Pública – artigo 23.

Em linhas gerais, a remuneração variável e os contratos de eficiência constituem mecanismos pelos quais se pretende subordinar a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro pré-determinado acerca do qual não se tem certeza sobre sua ocorrência. Adota-se uma sistemática de *contratos de risco*, em que o contratado assume o risco de ter ao menos parte de sua remuneração diretamente vinculada à obtenção de certos resultados. A vantagem para a Administração Pública, por outro lado, é evidente, uma vez que o dever de remunerar o contratado surgirá, pelo menos em parte, apenas se for obtido o resultado esperado que gera benefícios ao contratante.

Logo, a vinculação da remuneração do contratado a índices de desempenho, ainda que em parte, é benéfico ao interesse público. Claro que não se pode adotar a regra da remuneração variável como algo absoluto nas concessões administrativas.

Inegavelmente, a adoção de um sistema variável conforme o desempenho do parceiro privado é bastante proveito à eficiência contratual e à busca de resultados de qualidade.

Destaca-se, contudo, que o sucesso das concessões administrativas na área de serviços clínicos de saúde dependerá de uma aferição correta e contínua dos critérios de desempenho do parceiro privado, ainda mais quando o ajuste envolve serviços de atendimento médico-hospitalar à população.

Fernando Borges Mânica pondera

(...) é imperioso que os contratos tragam de modo detalhado, além do objeto da avença e dos direitos e deveres das partes, os critérios de avaliação de desempenho, com meio de metas de eficiência e qualidade acompanhadas de ferramentas de acompanhamento da execução do contrato. Esse acompanhamento deve ser realizado, como preveem alguns contratos de concessão administrativa, por empresas contratadas especificamente para essa finalidade, denominadas no caso de 'verificadores independentes'. Essa previsão aplica-se a todas as concessões, mas ganha importância ainda maior no caso dos serviços clínicos, que possuem alto nível de imprevisibilidade quanto à demanda e aos procedimentos a serem disponibilizados a cada paciente. Esse ponto talvez seja o mais relevante para o aprimoramento de todas as parcerias na saúde: independente da natureza do ajuste é essencial a estruturação específica e detalhada do modelo de aferição de desempenho da prestação privada. Tal modelo tanto mais tem chance de sucesso

quanto mais de perto for seguido pelas partes envolvidas e aferido por uma empresa independente.⁹⁸

Dessa forma, nada impede até que os critérios de desempenhos sejam aferidos por empresas especializadas na área da parceria, a fim de que haja uma contribuição para uma melhor análise da eficiência e dos resultados de qualidade dos serviços prestados, ainda mais quando se envolvem serviços clínicos de saúde.

Outra vantajosidade na contratação de concessões administrativas na área da saúde clínica pode ser encontrada na **garantia de ajustes rápidos e com melhores preços.**

Já se mostrou no item anterior dessa pesquisa (item 3.6) que as parcerias público-privadas, por serem contratos de longo prazo, apresentam estabilidade contratual em relação aos ajustes celebrados sob a vigência da Lei federal nº 8.666/93, que submete suas contratações a constantes processos licitatórios, nem sempre úteis e muitas vezes demorados.

Esse fator prejudica em demorado as contratações públicas ainda mais quando o setor que está em jogo é o da saúde.

Fernando Borges Mânica explica

(...) ao contrário do que costumamos ver em estruturas públicas de saúde, uma PPP bem estruturada permite constante manutenção predial, bem como conservação e reposição dos equipamentos. Ao invés do poder público ter de realizar dezenas de milhares de licitações para comprar do esparadrapo aos equipamentos de ressonância magnética, na PPP tudo isso é previsto em um único contrato, o contrato de PPP. Todas as contratações decorrentes são realizadas de modo mais rápido e econômico pelo agente privado. Esse ganho é enorme, pois todos sabem que os processos de licitação são demorados, não evitam fraudes e não garantem a melhor contratação. É mais adequado, portanto, que haja uma grande licitação para a contratação de um agente privado parceiro do que a realização de um infindável número de pequenas licitações.⁹⁹

⁹⁸ MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. In: AVANZA, Clenir Sani; et ali (Org.). **Direito da saúde em perspectiva: Judicialização, gestão e acesso.** Vitória: Editora Emescam, 2016. p.215-252.

⁹⁹ Idem, p.253.

Vê-se então que com as concessões administrativas é possível, mediante um único procedimento licitatório, contratar desde os equipamentos de infraestrutura, insumos, até os serviços de atendimento aos pacientes, com a previsão de gestão em longo prazo.

Identifica-se, ainda, como outra vantagem das concessões administrativas **o aumento da capacidade de investimento em infraestrutura de qualidade.**

Ao contrário do que ocorre com as parcerias celebradas entre o Poder Público e as organizações sociais de saúde em que as entidades sem fins lucrativos já recebem a unidade de atendimento pronta para gerir, um contrato de parceria público-privada exige do parceiro privado que haja investimento do capital privado em obras de infraestrutura e de serviços públicos no Brasil, especialmente os mais deficitários como ocorre com o setor da saúde, funcionando a PPP como instrumento de efetivação de políticas públicas no país.

Dessa forma, a concessão administrativa não se trata de mero contrato de gestão de serviços, devendo necessariamente envolver situações em que o Poder Público dependerá de aplicação de capital por parte do parceiro privado para a criação, manutenção ou recuperação em alguma infraestrutura de hospital ou unidade de saúde, contribuindo para ampliar a capacidade de investimento no setor e melhorar os índices de qualidade do serviço.

Fernando Borges Mânica¹⁰⁰ completa

(...) as parcerias público-privadas consistem em importante mecanismo de financiamento de infraestruturas públicas, angariando capital para financiar construção e equipamento de bens públicos. Ao contrário dos contratos de gestão com organizações sociais, que também configuram importante instrumento de gestão de serviços de saúde, um contrato de PPP exige que o agente privado faça investimentos em construção, reforma e/ou equipamento de uma unidade de saúde para depois poder prestar os serviços. Essa exigência permite o desenvolvimento de infraestrutura e, ao mesmo tempo, garante a utilização de insumos de excelente qualidade, pois ele será usado pelo próprio agente privado na prestação dos serviços.

¹⁰⁰ Ibidem.

Nesse ponto, não há dúvida que as concessões administrativas contribuirão para a ampliação dos investimentos na infraestrutura do país.

Essas são, portanto, as efetivas vantagens que podem ser identificadas quando a escolha do administrador público pela gestão da saúde for feita pelo modelo da parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa.

Acredita-se que a concessão administrativa é um caminho que se abre para ser trilhado na área clínica da saúde. Sabe-se que não é o único modelo existente. Tanto é verdade que a decisão do Poder Público pelo modelo de parceria público-privada deve ser motivada em cada caso concreto, de modo que essa demonstração implica comprovar os ganhos efetivos dessa contratação escolhida.

Atualmente, a tendência é considerar que a Administração Pública, mais do que garantir o direito constitucional à saúde, diretamente, tem o dever de escolher o melhor modelo para que esse direito fundamental seja prestado da melhor forma possível, com critérios de qualidade e de eficiência.

Mais que isso. A Administração Pública deve ser criativa nessa escolha do modelo sem perder, contudo, a responsabilidade. Um contrato de parceria público-privada, dada à complexidade da avença, depende de ampla discussão entre os parceiros, público e privado, durante todo o processo de elaboração da avença, de consultas públicas, de garantias remuneratórias, de critérios de desempenho transparentes, tudo conduzido por uma equipe verdadeiramente comprometida.

Somente assim entende-se que as concessões administrativas possam trazer efetivos ganhos aos serviços clínicos de saúde.

Com certeza, um grande passo foi dado, principalmente diante da superação do pensamento jurídico segundo o qual é negada à iniciativa privada a prestação de serviços públicos de saúde e que o Estado deve sempre prestá-los diretamente. A decisão do Supremo Tribunal Federal que consagrou a constitucionalidade de parcerias na saúde com o terceiro setor foi determinante para esse avanço.

Sabe-se, porém, que é preciso avançar mais. É preciso, assim, aperfeiçoar os modelos de concessões administrativas de prestação de serviços públicos na saúde existentes. Entender, assim, que esses instrumentos são imprescindíveis ao desenvolvimento da dignidade humana e que, portanto, devem ser aptos a prever de forma clara todos os deveres dos parceiros privados e, da mesma forma, todas as garantias de equilíbrio econômico-financeiro, de controle do vínculo e de estabilidade contratual.

Afinal, não é admissível que as parcerias público-privadas voltadas ao desenvolvimento humano não tenham a mesma estabilidade e segurança daquelas voltadas ao desenvolvimento econômico¹⁰¹.

3.8. Da possibilidade das concessões administrativas para a prestação de serviços públicos de saúde

Conclui-se a pesquisa a favor da possibilidade da celebração de contratos de concessão administrativa no setor da saúde pública.

Essa conclusão é firmada partindo-se do entendimento segundo o qual a previsão constitucional de um Sistema Único de Saúde (art.198, da CF) não importa numa prestação sempre direta desse serviço pelos entes estatais.

Permite-se a participação de entidades não estatais nas ações e nos serviços do SUS, de maneira complementar, o que também não significa que a iniciativa privada não possa participar de todas as competências do Sistema Único, tendo que se limitar às atividades meramente administrativas ou operacionais.

Essa premissa legitima a existência das concessões administrativas na gestão de serviços clínicos, ou tidos como de atividade-fim da Administração, uma vez que o parceiro privado pode ser contratado para gerir desde os

¹⁰¹ MÂNICA, Fernando B. Serviços públicos e desenvolvimento: uma crítica ao modelo de Parcerias Público-Privadas no setor social. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). (Org.). **Estado, direito e políticas públicas – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**: Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2014, p. 63-82.

serviços de manutenção das unidades hospitalares, até mesmo os serviços médicos, entendimento este que se extrai do exame das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Acredita-se, contudo, que a conclusão mais importante que se pode obter dessa pesquisa é que a exigência constitucional de um Sistema Único de Saúde para o oferecimento gratuito desse serviço à população não importa uma unicidade de regime jurídico e de tratamento entre as parcerias firmadas no setor com a iniciativa privada.

Explica-se. Escolhida a forma pela qual o Poder Público fará a parceria com a iniciativa privada para o oferecimento das ações e serviços do SUS, há de se observar que não existirá obrigatoriamente um regime jurídico único aplicado a todas as gestões privadas de saúde pública. O tratamento único entre as entidades não estatais de gestão do SUS não é exigência constitucional.

Floriano de Azevedo Marques Neto pondera

Dentro deste universo das ações e serviços de saúde no Direito brasileiro, abrem-se três distintas possibilidades de prestações. Primeiro, há as ações e serviços de saúde prestados diretamente pelo Poder Público, nas três esferas da federação, por seus órgãos da Administração Direta (secretarias da saúde) ou pelos seus entes da Administração Indireta (autarquias, fundações, etc.). Em segundo lugar, ainda no que podemos chamar de serviços público de saúde, temos a prestação por entes não públicos (empresas privadas ou entidades do terceiro setor) por delegação e em nome do Poder Público que, neste campo, segue exercendo o seu dever irrenunciável de prover a todo cidadão brasileiro independente de condição socioeconômica, atividades e serviços de saúde. Aqui estamos diante da prestação em caráter complementar, pois se trata de uma forma de execução pelo *não-estado*, a empresa privada ou a entidade assistencial sem fins lucrativos etc., mas complementando aquela parcela que cabe ao Estado. Em terceiro, e por fim, há as ações e serviços de saúde prestadas pela iniciativa privada, que são definidas como as ações assistenciais à saúde, assistência à saúde prestada em caráter suplementar. Neste plano temos tais prestações sendo executados a partir da iniciativa dos privados, em seu nome e no seu interesse (saúde suplementar).¹⁰²

¹⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias público-privadas nos serviços de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 61.

Cada uma dessas possibilidades de prestação de saúde possui um regime jurídico específico e ganha um tratamento diferenciado do Poder Público a variar de acordo com suas particularidades e condições da parceria, de modo que à Administração também são atribuídos diferentes papéis a depender de uma ou outra opção. Não haverá unicidade de tratamento ainda que a opção do Estado seja a prestação de serviços de maneira complementar. Cada gestão complementar da saúde terá sua própria forma de oferecimento e de regramento.

Assim é que a prestação dos serviços de saúde realizada diretamente pelo Estado por meio de seus órgãos e autarquias ou fundações governamentais caracteriza-se por utilizar investimentos e recursos públicos, mão-de-obra composta em sua maioria por servidores públicos e possuir um regime jurídico necessariamente público, com a incidência de todas as prerrogativas e restrições estatais.

E mesmo nesse caso de prestação direta de saúde pelo Estado, muitas vezes o concurso da iniciativa privada se faz presente, por meio de contratos de prestação de serviços. Dificilmente a saúde pública será prestada de maneira integral pelo Poder Público sem qualquer intervenção da iniciativa privada. Impossível imaginar que o Estado preste 100% (cem por cento) dos serviços de saúde pública, uma vez que teríamos que idealizar um hospital público em que a lavagem das roupas dos pacientes fosse feita diretamente por servidores estatais, por exemplo.

É possível ter um Município em que toda rede hospitalar é operada pelo Estado diretamente e, não obstante, o tomógrafo ter sido adquirido junto ao fabricante privado, por compra e venda ou por meio de contrato de *leasing*¹⁰³.

Pois bem. A prestação das ações e serviços do SUS pode se socorrer da participação de entes não estatais. Nesse caso temos um privado que, às vezes pode prestar os serviços de saúde pública em seu próprio nome, mas para um usuário do Sistema Único. É o caso das entidades filantrópicas que representam hospitais privados que se dispõem a aceitar as demandas de

¹⁰³ Idem, p. 62.

clientes do Poder Público, remunerando-se de pagamento preestabelecido pela tabela de preços do SUS.

O hospital privado não se torna parte da infraestrutura do Poder Público gerida por servidores estatais. É apenas um hospital privado prestando um atendimento complementar à rede pública.

Diferentemente é a situação da participação das organizações sociais de saúde. São entidades privadas e sem fins lucrativos. O oferecimento de saúde por uma OS demandará um contrato de gestão estabelecendo as regras pelas quais a entidade não estatal fará a prestação do serviço de saúde de hospitais públicos em nome do Estado. A organização social passa a gerir os serviços de saúde em nome do Poder Público, valendo-se também da estrutura organizacional estatal, sem qualquer contribuição de investimentos privados.

Por serem entidades submetidas a fomento do Estado, as organizações sociais normalmente recebem repasses de verbas públicas mediante previsão expressa no contrato de gestão. A remuneração dessas entidades não está submetida ao equilíbrio econômico-financeiro típico dos contratos administrativos, como já se demonstrou.

Fernando Borges Mânica esclarece

No caso dos contratos de gestão com Organizações Sociais, a atividade de fomento materializa-se por meio da própria contratação: a entidade qualificada como OS terá a oportunidade de desenvolver atividades de interesse público, por meio de um vínculo contratual que disciplina o repasse de recursos, bem como a cessão de bens e servidores públicos para a execução de tal mister.¹⁰⁴

Os repasses de verbas públicas previstos nos contratos de gestão representam o pagamento pela contraprestação dos serviços executados pelas organizações sociais em parceria com o Poder Público e consoante a Lei federal nº 13.019/2014 (alterada recentemente pela Lei nº 13.204/2015) afasta-se a necessidade de procedimento licitatório para escolha dessas entidades.

¹⁰⁴ MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas. **Revista de Contratos Públicos**. n. 3. (mar./ago. 2013). Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 47-72.

Adota-se pela recente legislação processo simplificado denominado *chamamento público* para a escolha das entidades do terceiro setor, assim como não se exige propriamente licitação para a contratação de bens e serviços feita pelas organizações da sociedade civil, exigindo-se por Lei regulamento próprio de compras a ser elaborado antes do objeto da parceria.

Finalmente, uma nova alternativa se abre para a prestação dos serviços públicos de saúde por entes não estatais. Trata-se das concessões administrativas regidas pela Lei federal. 11.079/04 com regime jurídico totalmente diverso da demais modalidades de oferecimento privado de saúde.

Floriano de Azevedo Marques Neto explica

(...) a Lei nº 11.079/04 trouxe a possibilidade de usarmos o instrumento de concessão no modelo que ela chama de concessão administrativa, pela qual há uma delegação para que o particular preste uma atividade, execute um serviço público em nome do Poder Público como é próprio da concessão – a atividade não passa a ser da iniciativa privada, continua a ser do Poder Público. O particular (concessionário) porém é remunerado pelo Poder Público que paga para que o particular preste em seu nome esta atividade. E aí, efetivamente, ampliaram-se enormemente as possibilidades de ajustes contratuais para o Estado oferecer à população a saúde pública. O que não esgotou a discussão, mas tornou um pouco mais fácil de enfrentarmos as parcerias no setor.¹⁰⁵

As concessões administrativas apresentam peculiaridades no regime jurídico em relação as demais entidades não estatais de oferecimento de saúde. Esse modelo transfere ao particular uma série de responsabilidades e, em contrapartida, o parceiro privado passa a ser remunerado pelo Poder Público com todas as garantias do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

O parceiro privado sempre é contratado por licitação na modalidade concorrência, respeitando-se os princípios constitucionais de impessoalidade, isonomia e moralidade administrativa em sua escolha.

As concessões administrativas são contratos que, em regra, obrigarão o parceiro privado a fazer obras de infraestrutura para o setor público, a investir num empreendimento estatal e, por outro lado, a concessionária recebe

¹⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias público-privadas nos serviços de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 64.

remuneração paga diretamente pela Administração comumente sujeita a variantes de desempenho.

Nessas modalidades contratuais de PPP o privado realiza a gestão dos serviços em nome do Poder Público e como se ele fosse. Exatamente por isso não pode interromper os serviços de saúde que lhe foram delegados contratualmente sob pena de se submeter a penalidades previstas em lei. Caso fosse um serviço de saúde oferecido por hospitais privados, por exemplo, essa interrupção aconteceria sem maiores consequências jurídicas ao prestador do serviço, a não ser os prejuízos eventualmente decorrentes aos usuários do serviço interrompido.

Vê-se que são regimes jurídicos bastante diversos em cada forma de oferecimento das ações e serviços do SUS quando consideradas de natureza complementar. Por isso que não se pode falar em um único regime ou tratamento jurídico igual para todas as entidades da rede pública que atuam em complementaridade.

Importante esclarecer que, independentemente do regime jurídico adotado na prestação dos serviços do SUS, a saúde é considerada uma atividade de relevância pública. Logo, o Estado deverá sempre adotar as medidas de políticas públicas indispensáveis ao sucesso dessas parcerias. Necessário, portanto, que o Estado esteja no comando e que a entidade não estatal exerça a atividade de relevância sob fiscalização do Poder Público.

Dadas as particularidades do regime jurídico das parcerias público-privadas e que foram desenvolvidas ao longo da pesquisa, é fácil chegar-se a conclusão a favor da relevância e da viabilidade jurídica das concessões administrativas no setor da saúde. Adotar tese contrária é contribuir para uma insegurança do setor e aumentar a precariedade dos serviços públicos de saúde, que ainda são tratados como atividades secundárias, improvisadas e instáveis.

Finaliza-se a presente pesquisa citando um trecho da obra de Floriano de Azevedo Marques Neto.

O autor manifesta-se de forma precisa no seguinte sentido

Não se pode interpretar o mandamento Constituição por um viés dogmático, como se houvessem valores nele implícitos, que impedissem qualquer evolução na forma de organizar tais serviços, mesmo se e quando os modelos hoje disponíveis se revelem ineficientes ou insuficientes¹⁰⁶.

Assiste ao autor inteira razão ao nos incentivar a romper velhos paradigmas e a aceitar novos modelos de gestão da saúde pública, ainda mais quando essas alternativas de prestação de serviços de saúde se mostram em consonância com os parâmetros constitucionais e em sintonia com as diretrizes do SUS, como ocorre com as parcerias público-privadas na modalidade de concessão administrativa de Lei federal nº 11.079/2004.

¹⁰⁶ Idem, p. 59.

CONCLUSÕES

A saúde é consagrada no âmbito da Constituição Federal como uma atividade de cunho fundamental oferecida ao cidadão por meio de um Sistema Único de Saúde – SUS, consistente num conjunto de ações e de serviços organizado pelas entidades estatais das esferas federal, estadual e municipal e regido por diretrizes de universalidade, integralidade e gratuidade.

A prestação desse serviço público de saúde pode ser feita dentro de um leque de possibilidades de oferecimento à escolha do Estado. Pode ser realizada de maneira direta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio dos seus órgãos estruturados sob a forma hierarquizada e desconcentrada. É possível também a prestação dos serviços de saúde por entidades da Administração indireta, mais propriamente mediante a criação de autarquias e fundações governamentais.

Ao lado das ações e serviços públicos de saúde e que compõem o objeto de atuação do SUS, a Constituição Federal ainda cuida da chamada assistência à saúde, expressão utilizada no artigo 199 do texto constitucional, prestada em **caráter suplementar**. Nesse caso, tem-se que os serviços de saúde são executados a partir da iniciativa dos particulares, em seu nome e no seu interesse.

A iniciativa privada também pode se destinar aos serviços públicos de saúde como partícipe do Sistema Único de Saúde, porém, neste último caso, de **maneira complementar**, ante a insuficiência da rede pública, uma vez que por leitura do texto da Constituição Federal, ao Estado caberia alcançar diretamente a capacidade prestacional dos serviços de saúde de modo que o socorro à iniciativa privada deveria ser eventual.

Ponto fundamental de enfrentamento da tese focou-se em verificar se o Sistema Único de Saúde, conforme estabelecido constitucionalmente, constitui impedimento à contratação de concessões administrativas para os serviços clínicos nessa área.

Chega-se à conclusão de que a previsão do artigo 199, parágrafo 1º da Constituição Federal, ao estatuir que a participação da iniciativa privada nas ações e nos serviços do SUS é complementar, não significa que a prestação dos serviços de saúde deve ser feita diretamente pelo Estado.

Mais que isto. Entende-se que a previsão da complementaridade da iniciativa privada no SUS se refere a todas as ações e serviços do Sistema, de modo que o particular poderá atuar no Sistema Único desde atividades operacionais (limpeza, hotelaria, manutenção de equipamentos, etc.) até aquelas voltadas à prevenção, recuperação e proteção da saúde (serviços clínicos propriamente ditos).

As decisões proferidas na ADI nº 1.923/DF e no RE nº 581.488/RS pelo Supremo Tribunal Federal dão conta de que a participação de entidades não estatais nas ações e serviços do Sistema Único de Saúde representa uma opção de parceria no setor que deve ser considerada válida, desde que a gestão privada de unidades de saúde se mostre como instrumento mais eficaz para a viabilidade financeira dos investimentos públicos na área.

Outra conclusão a que se pôde chegar nessa pesquisa é a de que a exigência constitucional de um Sistema Único de Saúde para o oferecimento gratuito desse serviço à população **não importa uma unicidade de regime jurídico** entre as parcerias firmadas no setor com a iniciativa privada. Não haverá unicidade de tratamento ainda que a opção do Estado seja a prestação de serviços de maneira complementar.

Assim é que as concessões administrativas apresentam várias peculiaridades no seu regime jurídico em relação as demais entidades não estatais de oferecimento de saúde. Esses contratos apresentam vantagens também em relação às outras contratações de serviços conhecidas como tradicionais.

Por serem contratos mais duradouros, cujo prazo de vigência legal é de no mínimo 05 (cinco) e no máximo 35 (trinta e cinco) anos, as concessões administrativas asseguram a manutenção da relação contratual mais prolongada e ganhos mais permanentes ao interesse público.

Nessa linha, a concessão administrativa é um modelo que se destaca dentre os demais levantados nessa pesquisa para a gestão de serviços de saúde, inclusive os clínicos, vez que apresenta vínculo estável, com garantia remuneratória conferida ao parceiro privado e aos seus financiadores, bem como a previsão de instrumentos de controle social.

Sem dúvidas, as concessões administrativas funcionam como opção bem interessante e vantajosa para o aspecto orçamentário dos entes federativos contratantes.

O limite de gasto com pessoal previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal que impede à Administração de contratar novos servidores públicos para trabalhar no setor da saúde não alcança as parcerias público-privadas, eis que as concessionárias não estão sujeitas aos limites de gastos com pessoal.

O sistema remuneratório das concessões administrativas também contribui para vantajosidade dessas contratações. A remuneração do parceiro privado sujeito a uma variante de riscos de qualidade e de resultados previstos antecipadamente no ajuste é mais uma contribuição para a busca da eficiência na prestação dos serviços clínicos de saúde.

Essas contratações não correspondem a mero contrato de gestão de serviços de saúde, por isso mesmo que contribuem para ampliação da capacidade de investimento no setor e para melhoria dos índices de qualidade, vez que as concessões administrativas envolvem situações em que o Poder Público dependerá de aplicação de capital por parte do parceiro privado para a criação, manutenção ou recuperação de alguma infraestrutura de hospital ou unidade de atendimento.

Por esses motivos, acredita-se que a concessão administrativa é um caminho que se abre para ser trilhado na área da saúde clínica, a despeito dos demais modelos de gestão em funcionamento. Ao Estado caberá adotar medidas de políticas públicas indispensáveis ao sucesso dessas parcerias, visando sempre aperfeiçoá-las.

Dadas todas essas particularidades do regime jurídico das parcerias público-privadas e que foram desenvolvidas ao longo da pesquisa, chega-se a

conclusão a favor da relevância e da viabilidade jurídica das concessões administrativas da Lei federal nº 11.079/04 no setor da saúde pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. A Proteção do Direito à Saúde no Brasil. 1ª. Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 159-176, jan. 2015.

CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA SAÚDE NO BRASIL**: Estudo de caso do Hospital do Subúrbio de Salvador – Bahia. Dissertação Mestrado – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Flavio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, setembro, outubro, novembro, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 5: direito das coisas. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÂNICA, Fernando B. Levando a Sério Entidades Privadas Prestadoras de Serviços Públicos. **Jornal VOZ Saúde**, Curitiba-PR, p. 7, 01 set. 2010.

MÂNICA, Fernando B. **Parcerias Público-Privadas (PPP) na Saúde**: Quais as vantagens desse instrumento jurídico para a Saúde Pública Brasileira? Como está o Paraná em relação a este assunto? *Voz Saúde*, Setembro/Outubro, 2015.

MÂNICA, Fernando B. PPP: Desafio e Oportunidade. **Revista Brasileira de Administração**, 05.08.2013, p. 32-36. Disponível em <http://fernandomanica.com.br/site/wp->

content/uploads/2015/09/ppp_desafio_e_oportunidade.pdf. Acesso em 13/11/2016.

MÂNICA, Fernando B. Serviços públicos e desenvolvimento: uma crítica ao modelo de Parcerias Público-Privadas no setor social. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). (Org.). **Estado, direito e políticas públicas – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**: Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2014, p. 63-82.

MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**. v. 2. (jan./jul. 2012). Brasília: CMB, 2012, p. 34-54.

MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. In: AVANZA, Clenir Sani; et ali (Org.). **Direito da saúde em perspectiva: Judicialização, gestão e acesso**. Vitória: Editora Emescam, 2016. p.215-252.

MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: viabilidade econômica e estabilidade jurídica. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 9-42, jan.-jun. 2014.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas. **Revista de Contratos Públicos**. n. 3. (mar./ago. 2013). Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 47-72.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; DE MATOS, Yolanda Alves Pinto. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e Tutela Coletiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª Edição. Niterói: Impetus, 2012, p. 739.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **A Remuneração do particular na execução de atividades públicas**. 1ª. Edição. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

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

MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Luvas Navarro. **Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 220.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração Variável e Contratos de Eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei**

12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 56, outubro de 2011.

SILVA, Beatrice Pedroso da. **O Sistema Único de Saúde: O descompasso entre a realidade normativa e a realidade fática**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC- 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.