

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

MICHELY DE SOUSA CARVALHO

**O CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DO
COMPARTILHAMENTO DE RISCOS DA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA - SOB
O ENFOQUE DA TEORIA DA IMPREVISÃO: HOSPITAL DO SUBÚRBIO**

BRASÍLIA-DF

2020

MICHELY DE SOUSA CARVALHO

**O CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DO
COMPARTILHAMENTO DE RISCOS DA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA - SOB
O ENFOQUE DA TEORIA DA IMPREVISÃO: HOSPITAL DO SUBÚRBIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de pesquisa (CEPES), da Escola de Direito e Administração Pública - EDAP/IDP, como requisito para conclusão do curso de Administração Pública e obtenção do título de Bacharel em Administração Pública.

Orientadora: Professora Débora Júnia Leone

BRASÍLIA-DF

2020

MICHELY DE SOUSA CARVALHO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Administração Pública e obtenção do título de bacharel em Administração Pública pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP

Brasília-DF, 17 de julho de 2020

BANCA EXAMINADORA:

DÉBORA JUNIA DE MORAIS LEONE

Professora Orientadora e Membro da Banca

Dr. LEANDRO DO NASCIMENTO RODRIGUES

Professor do IDP e Membro da Banca

CLAUDIOMAR MATIAS ROLIM FILHO

Professor do IDP e Membro da Banca

RESUMO

Esse estudo visa apresentar a importância da utilização de contratos de PPP, recorrendo a pontos importantes nos riscos relativos à teoria da imprevisão e a consequente execução do contrato de modo a evitar desperdícios de recursos orçamentários, colaborando com o desfazimento do mito de que concessões nas modalidades administrativas são frequentemente fracassadas. Para tanto foi apresentado o caso de sucesso internacional do Hospital de Subúrbio. Utilizou-se o método de pesquisa do tipo descritivo com a técnica de coleta de dados focada nos contratos, anexos, seminários e referência bibliográficas.

Palavras-chaves: Concessão Administrativa, Sucesso Internacional, Parceria Público Privada.

ABSTRACT

The aim of this study aims is to present the importance of the use of public private partnerships contracts, using important points in the risks related to the theory of unpredictability(rebus sic stantibus) and the consequent execution of the contract in order to avoid waste of budgetary resources, collaborating with the dispelling of the myth that concessions in administrative modalities(administrative decision grating) are often unsuccessful. For this, the international success case of the Hospital de Subúrbio was presented. The descriptive research method was used with the technique of data collection focused on contracts and annexes, seminars and bibliographical reference.

Keywords: Administrative Decision, Grating, International Success, Public Private Partnerships.

“Le secret du bonheur et le comble de l'art, c'est de vivre comme tout le monde, en n'étant comme personne.”

(Simone de Beauvoir)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	10
1.1 OS CONTRATOS E A NATUREZA JURÍDICA DAS PPPs.....	10
2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	12
2.1 MODALIDADE DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NOS CONTRATOS DE PPPs.....	17
3 RISCOS	20
3.1 CLASSIFICAÇÃO DOS RISCOS.....	22
4 TEORIA DA IMPREVISÃO	24
4.1 OS RISCOS CONTRATUAIS E A TEORIA DA IMPREVISÃO NAS PPPs.	25
5 METODOLOGIA DE PESQUISA	28
5.1 LOCAL DA PESQUISA.....	28
5.2 DA TÉCNICA DE COLETA DE DADOS.....	28
6 CASO PRÁTICO - CONTRATO PPP HOSPITAL DO SUBÚRBIO - RISCOS IMPREVISÍVEIS E EFICIÊNCIA NA EXECUÇÃO DO CONTRATO	29
6.1 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO	29
6.2 REPARTIÇÃO DE RISCOS DO CONTRATO - HOSPITAL DO SUBÚRBIO	35
7 RISCOS E EFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO: DAS GARANTIAS E SEGUROS - CASO HOSPITAL DO SUBÚRBIO. RISCOS DE EXPERTISE.	39
7.1 GARANTIAS	39
8 RISCOS RELACIONADOS A FORÇA MAIOR E INCERTEZAS	41
9 SITUAÇÃO ATUAL DE PANDEMIA COVID-19 - AÇÕES E ASPETOS CONTROVERSOS SOBRE A FORÇA MAIOR	42
10 RISCOS: PANDEMIA É CASO FORTUITO? COMO LIDOU O CONTRATO DO HOSPITAL DO SUBÚRBIO?	46
10.1 DA CLAUSULA MUITO EXTRAORDINÁRIA.....	47
11 PANDEMIA E ESTADO DE COISAS INCONTITUCIONAL	49
12 FATORES DE SUCESSO NO CONTRATO DE PPP DO HOSPITAL DO SUBÚRBIO	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55
ANEXO 1 - ALOCAÇÃO DE RISCOS	59
ANEXO 2 - FORÇA MAIOR E CASO FORTUITO	60
ANEXO 3 - INADIMPLENTO CONTRATUAL	61
ANEXO 4 - INDICADORES DE DESEMPENHO	62
ANEXO 5 - DOS SEGUROS E GARANTIAS	63

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial surge o Estado Social, no qual o Estado passa a atuar em diversas searas, sua ação no campo econômico e social serviriam para diminuir as desigualdades e proporcionar aos cidadãos acesso aos direitos básicos. O interesse público passava a contemplar o bem comum, isso faria o Estado assumir serviços públicos e criar meios para desempenhá-los¹.

Nessa época, com o crescimento desmesurado, o Estado tem suas atribuições aumentadas e a relação com os cidadãos são intensificadas, tornando-se complexas. A sociedade passa a exigir subvenção da máquina pública, acesso aos serviços de saúde, moradia, transporte e outros tipos de serviços essenciais. A fim de cumprir com essas exigências, e atender as demandas, o Estado necessitava descentralizar seus serviços, criando assim as estatais e fundações, ao passo que a iniciativa privada se preocuparia com outras atividades econômicas que poderiam ser reguladas pelo Estado, sendo também fomentadas por este sempre que necessário para se atingir o adequado e eficiente serviço público coletivo.

Transformações ocorridas na década de 80 mudariam as relações entre a Administração Pública e o Setor Privado, os Estados contemporâneos vivenciam crises financeiras e fiscais, neste período a celebração de parcerias e outros meios de colaboração surgem e marcam renovações no âmbito econômico e estatal, bem como os processos de globalização e avanço tecnológico que estimulariam a competitividade mundial. Nos Estados Unidos e Reino Unido, respectivamente governados por Reagan e Thatcher, políticas de privatização e desregulamentação reforçaram o papel do setor privado na economia; as parcerias público-privadas surgem como um novo modelo de desempenhar o serviço público.

No Brasil, o período que começou com a redemocratização de 1946 e antecedeu ao governo militar foi uma época em que os governantes se preocuparam bastante com o desenvolvimento nacional. Grandes multinacionais se instalaram no Brasil e ainda no governo JK foi construída Brasília.

Com o crescimento econômico, segundo o professor Rodrigo Rennó², houve a necessidade de uma descentralização do serviço público por meio da criação de entes estatais, autarquias e fundações públicas. Na mesma linha acerta o professor ao citar que o estilo JK de

¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração Pública**: concessão - permissão - franquia - parceria público privada. 12. ed. São Paulo: Gen, 2019.

² RENNÓ, Rodrigo e Colella, Thiago. *Evolução histórica da Máquina Administrativa no Brasil*. Ec. Curso. p. 5-8 Brasília, 2020.

governar priorizava evitar conflitos e ao invés disso criar outras estruturas governamentais, a chamada administração paralela³, evitando ter que lidar com práticas fracassadas de patrimonialismo e clientelismo⁴. Ilhas de excelência eram criadas para criar órgãos com funcionários e servidores mais capacitados, primando pela meritocracia⁵. Nessa perspectiva criava-se um ideal de que a administração burocrática deveria ser reformada.

A seguir, no Governo João Goulart, pós 1964, formou uma comissão na qual o principal objetivo era a reforma do modelo administrativo no Brasil. Assim nasceu o Decreto Lei 200/1967, por meio do plano econômico chamado de PAEG. Um dos pontos mais importantes seria buscar uma maior descentralização das ações governamentais. Criou-se a Administração Indireta, na qual os órgãos centrais passavam tarefas como planejar, controlar e coordenar as ações e programas governamentais, combatendo assim a engessada burocracia governamental.

Embora tenha solucionado o lado da Administração Indireta, a Administração Direta continuou burocrática, enfraquecendo-se seu núcleo estratégico. A autonomia dada à Administração Indireta levou a uma maior intervenção do Estado na economia.

Com o insucesso, várias outras ações foram criadas, como o Programa Nacional de Desburocratização em 1979, iniciou-se o processo de privatizações. A Constituição Brasileira de 1988 fixou vários parâmetros para a desburocratização e a eficiência no serviço público.

Em decorrência disso, e com a crise de 1990, o Estado Brasileiro se viu forçado a buscar outras formas de financiamentos públicos, ocasionados pelos gastos excessivos. Intensificaram-se as privatizações, surgiram as agências reguladoras e criou-se a Lei de Concessões, buscando estimular a participação privada no financiamento da infraestrutura pública. Ainda no Governo de Fernando Henrique Cardoso, cada vez mais se aprimorou a ideia de um contrato de concessão não só comum, mas especial, a chamada Parceria Público-Privada (PPP).

Atualmente, a expansão brasileira da associação com o setor privado vem crescendo na mesma velocidade que as demandas do setor público, tanto em nível nacional ou regional com a finalidade de satisfazer as necessidades sociais de infraestrutura e serviços que auxiliam no impulsionamento econômico e no desenvolvimento urbano⁶.

³ Martins, L. (1997). **Reforma da Administração Pública e cultura política no Brasil: uma visão geral**. Caderno ENAP.n.8

⁴ Junior, O. B. (Abr/Jun de 1998). **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos**. Revista.ENAP.n.8

⁵ Costa, F. L. (Set/Out de 2008). **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**. Revista de Administração Pública, 42(5), 829-874.

⁶ Disponível em: <https://pppawards.com.br/2019/07/>. Acesso: 14/02/2020

A essência desse trabalho está no estudo das Parcerias Público-Privadas, no caso do Hospital do Subúrbio, em relação aos riscos das cláusulas imprevistas/imprevisíveis e na consequente eficiência/efetividade da fase de execução contratual.

Neste contexto, o instrumento contratual para a realização da parceria tem importância significativa no desenvolvimento econômico e segurança jurídica. Contratos com regras claras e bem delineadas são ferramentas para estabelecer uma relação equilibrada entre as partes, gerando benefícios tanto para o ente público como para o parceiro privado, consequentemente, produzindo externalidades positivas para toda a sociedade.

Dessa forma, primeiramente, procurou-se entender o que seria essa Concessão de PPP, quais as suas vantagens, diferenças e adequação em relação aos outros tipos mais comuns de contratos de concessões comuns ou outros tipos de contratos públicos. Para tanto, analisou-se um caso de sucesso, obtido por meio de um contrato bem feito e delineado nos aspectos de riscos e execução efetiva.

Buscou-se focar em dois problemas atuais, quais sejam: imprevisão e execução contratual. Atualmente, é notório o problema das epidemias, pandemias e aliada a isso e outros fatores o desperdício de dinheiro, seja por desistência de uma das partes ou pela grande probabilidade de fracasso em contratos que chegam a quase meio século e volume de recursos envolvidos que não chamaria a atenção de licitantes. Os pontos do trabalho não procuram exaurir todos os problemas, mas levantar pontos importantes de sucesso que foram e continuam sendo aplicados no caso estudado.

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 OS CONTRATOS E A NATUREZA JURÍDICA DAS PPPs

As Parcerias Público-Privadas são realizadas por meio de contratos administrativos, todavia é interessante frisar os conceitos de contratos de um modo geral. Eliseu, no sítio ‘Origem das Palavras’ traz a denominação Contratos, conforme se dizia na Roma Antiga *contractus*, vem do particípio passado de *contrahere*, sendo o prefixo com significando “trazer junto”, mais *trahere*, “puxar, arrastar”.⁷ Com efeito, significa que as partes precisam puxar juntas a sua concordância.

Os contratos tanto podem ser de natureza privada (regidos predominantemente pelo Código Civil de 2002) ou pública (regidos predominantemente pelas normas de Direito Administrativo). O foco deste trabalho está nos contratos administrativos, de natureza jurídica de direito predominantemente público, em particular nas parcerias público-privadas, seus riscos imprevisíveis e a eficiência de sua execução.

A definição legal de contrato administrativos se encontra no parágrafo único, artigo segundo das disposições gerais da Lei 8.666/1993, como sendo o contrato administrativo todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.⁸

Carvalho Filho, define contrato administrativo como “o ajuste firmado entre a Administração Pública, e um particular, regulado basicamente pelo Direito Público e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.⁹

⁷ ELISEU. **Origem da Palavra**. 2011. Disponível em: <https://origemdapalavra.com.br/palavras/contrato/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁸ PLANALTO. **Lei Geral de Licitações**. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. P.181 .

No mesmo sentido, Bandeira de Mello define Contratos Administrativos, como:

A relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí dizer-se que o contrato administrativo, é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz Lei entre as partes.¹⁰

Dessa forma, podemos sintetizar contrato administrativo como um acordo de vontade entre a Administração Pública e um particular, com fins de se assegurar a prestação de um serviço ou obra pública, sempre primando pelo atingimento do interesse público, observando que o particular pode ser tanto pessoa jurídica ou física, sendo que quando a Administração firma um contrato regido pelo direito privado, a terminologia correta seria de Contrato da Administração, pois estes são horizontais, ou seja, sem supremacia, com interesses privados, como a contratação de seguros, financiamento e locação. Já os contratos administrativos são aqueles previstos em lei, na qual se persegue o interesse público, em regime de direito público, como as concessões comuns (Concessão, Permissão, Autorização, Permissão de Uso), as concessões especiais (PPPs), contratos de colaboração, consórcios e franquias.

Estes são conceitos básicos, importantes para adentrarmos nos contratos de parcerias público-privadas, já que estas são um tipo especial de contrato administrativo, dentre vários outros tipos de contratos que a administração pública firma tanto com entes privados como setores da Administração Pública em todos os seus âmbitos.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 620.

2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Parcerias Público-Privadas (PPPs), conforme art. 2º da Lei 11.079/2004 são contratos administrativos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, confira-se:

Art. 2º Parceria Público-Privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 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. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado¹¹.

Nesse ponto, importante ressaltar que as PPPs são contrato de concessão as quais não se confundem com os contratos de concessão comuns da Lei 8.987/1995, pois estas são regidas também por direito público, sendo também contratos administrativos, porém, comuns; todavia os contratos de concessão das PPPs são contratos administrativos especiais, com algumas diferenças que serão abordadas adiante, entre elas o repartimento de riscos e para parte da doutrina a contraprestação pecuniária do ente público ao ente privado.

Da mesma maneira, importante salientar que o contrato da PPP na modalidade administrativa, não se confunde com concessão administrativa. Importante destacar esse ponto, pois muitos ainda confundem os institutos e as terminologias, por terem designações linguísticas semelhantes, qual seja a palavra ‘administrativa’.

Conforme a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Parceria Público-Privada é:

O contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedido ou não de obra pública, remunerada por tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do serviço público ou prestação de serviço público de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público¹².

¹¹ PLANALTO. Art. 2º, Lei 11.079 de 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso: 03/07/2020

¹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração Pública**: concessão - permissão - franquia - parceria público privada. 12. ed. São Paulo: Gen, 2019.p191

Nesse contexto, podemos observar que o objetivo de se contratar por PPPs está no atingimento da finalidade pública visando buscar a maior eficiência e eficácia na prestação final do objeto do contrato, ou seja, o serviço e a obra pública; para tanto, utilizando-se de uma desestatização.

Historicamente, a prestação de serviços públicos de ordem constitucional como saúde e educação, começaram principalmente com Organizações Sociais e Autarquias, utilizando-se de contratações de servidores ou empregados públicos, nos quais todo o processo burocráticos de licitação, concursos públicos e processos seletivos, além da falta de autonomia gerencial dificultavam o bom andamento da prestação de serviço adequado e eficiente.¹³

Outrossim, com o passar do tempo, e com toda a dificuldade gerada pela burocracia e falta de dinamismo nas necessárias contratações, passou-se a contratar serviços de apoio de empresas privadas, tais como limpeza, segurança, laboratórios nos hospitais; fortificando um elo entre os setores públicos e privados.

Todavia, para Carreira, todo esse processo de contratação por meio da desestatização ordinária (concessão comum) ainda indicava falta de dinamismo, contribuindo para dificultar o gerenciamento do contrato e, por conseguinte, encontrando óbice na gestão de eficiência realizada pelo Estado¹⁴.

No ponto, estabeleceu-se debates sobre novos modelos de contratação, na qual a gerência e gestão do serviço público fosse um objetivo a ser alcançado para a prestação de serviços públicos transparentes, eficientes e que tivessem um menor grau de gastos financeiros.

Nesse diapasão, com uma administração saindo de burocrática para a gerencial, cresce o movimento das contratações de PPPs, com o fito de procurar um gerenciamento, gestão e centralização da fiscalização direta pela Administração Pública, com indicadores de desempenho, a fim de evitar também ações oportunistas de parceiros privados. Mais ainda, a criação de um *benchmark* nos serviços públicos, particularmente, na saúde pública.¹⁵

Nesse íterim, com a crescente ideia da utilização das PPPs como forma de desestatização e desburocratização para a busca da efetividade e transparência dos serviços públicos, o professor e consultor de PPPs, Maurício Portugal observa que há dois pontos na

¹³ CARREIRA, M. B. M. **Parceria Público Privada PPP: Análise do Mérito do projeto do setor de Saúde no Brasil**.p.88 2014.

¹⁴ CARREIRA, M. B. M. **Parceria Público Privada – Estudo de Caso do Hospital do Subúrbio de Salvador – BAHIA. 2016**

¹⁵ PEREIRA, Bresser. **Reforma Gerencial**. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uoagQM7ml7w>. Acesso em: 15 maio 2020& RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**.

desestatização, que, em um primeiro momento significa a transferência para o setor privado da operação de bens ou prestação de serviços em contratos de longo prazo. Desse modo, concessões e PPPs são desestatizações, e constam ambas entre as modalidades operacionais para a realização de desestatização previstas no artigo 4º, inc. VI, da Lei 9.491/1997, que estabelece o PND – Programa Nacional de Desestatizações. Contudo, em um segundo plano, muitas vezes a realização de concessões comuns ou PPPs, na prática, aumentam o controle do Poder Público sobre a prestação dos serviços públicos e sobre os ativos empregados para tanto, e, paradoxalmente, pode-se considerar que, muitas vezes, concessões e PPPs, neste sentido, “reestatizam” a prestação de serviços públicos.¹⁶

Nesse contexto é importante destacar uma das vantagens ao assinar um contrato de PPP com o parceiro privado, está no fato de que a remuneração particular será baseada na performance dos serviços entregues pelo particular e somente será paga quando o serviço for entregue.

Por outro lado, as escolhas pela modalidade de PPPs geralmente estão associadas ao incentivo para participação e recrutamento de particulares para obras de longo prazo (5 a 30 anos), com segurança jurídica, e prestação pecuniária pela Administração Pública. Seria difícil atrair interessados em obras caras e vultosas (mínimo 10 milhões de reais)¹⁷ pelo particular sem nenhum incentivo por parte do ente público. Percebe-se aí um equilíbrio de vantagens para ambas as partes.

Ainda, conforme Mauricio Ribeiro Portugal:

A razão econômica para a legislação permitir a longevidade do vínculo nos contratos de concessão é que geralmente tais contratos envolvem investimentos relevantes pelo parceiro privado na infraestrutura para a prestação dos serviços, e esses investimentos precisam de prazos longos para sua depreciação, amortização e remuneração, que é feita pela cobrança de tarifas ao usuário e/ou percepção de pagamento da Administração.¹⁸

Nesse aspecto, é possível ver algumas vantagens tanto para o ente público como para o parceiro privado, nas relações de parceria público-privada, tais como: contraprestação

¹⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/por-que-mauricio-portugal-ribeiro-resolveu-abrir-na-internet-o-livro-concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 22 maio 2020.

¹⁷ PLANALTO. Art. 2º, § 4º, **Lei 11.079 de 2004**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso: 22/04/2020

¹⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Equilíbrio Econômico-Financeiro de Concessões PPP**. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HYB9pi8eTvg&t=2986s>. Acesso em: 26 maio 2020.

pecuniária do ente público ao parceiro privado, inexistente em outros contratos administrativos; repartição de riscos decorrentes da Teoria da Imprevisão, Fato do Príncipe ou Fato da Administração – exclusivo também da PPP; garantias; Observância da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, que traz segurança para a Administração Pública em questões de finanças e orçamento e regras subsidiárias da Lei Geral de Licitações em Contratos (Lei 8.666/1992) – fazendo com que as partes delimitem bem as obrigações e deveres entre si.

Uma das desvantagens das PPPs em relação a outros tipos de contratação está na tributação das Sociedade de Propósito Específico (SPE), obrigatória nas leis de PPPs em relação, por exemplo, as Organizações Sociais, que são isentas de tributos. No contexto da Lei de Licitações, importante destacar o papel de fiscalização do contrato pelo parceiro público, no qual se persegue a efetividade na execução contratual. Nesse ponto segue acórdão do TCU:

Acórdão 265/2010 Plenário. Designe, em atenção à disposição legal contida no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, representantes da administração para acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços e mantenha essa designação atualizada.

Aperfeiçoe os mecanismos existentes tornando-os transparentes, seguros e rastreáveis de modo a permitir verificar quantidade e qualidade dos serviços prestados e somente pague os serviços prestados na totalidade, mediante evidência documental da realização dos serviços contratados, de acordo com a qualidade prevista no edital da licitação e após o efetivo controle dos fiscais do contrato, conforme disposto nos arts. 66 e 67 da Lei nº 8.666/1993. Exija formalmente das empresas contratadas a designação de preposto a ser mantido no local dos serviços, para representá-las durante a execução do contrato de prestação de serviços, em atenção à disposição contida no art. 68 da Lei nº 8.666/1993 e ao disposto no Decreto nº 2.271/1997, art. 4º, inciso IV¹⁹.

Nesse ínterim, encontramos nas parcerias público-privadas, os deveres do ente público e do parceiro privado, cabendo àquele a proposição de políticas públicas de longo prazo, a fiscalização da obra e serviço, a prestação de garantias, mediante vinculação de receitas, e fundo garantidor para que não haja imprevistos orçamentários na execução do contrato.

Para o concessionário (parceiro particular), cabe obrigações das execuções delineadas no contrato, dentre as quais, uma Sociedade de Propósitos Específicos, a fim de implementar o

¹⁹ Tribunal de Contas da União. Disponível em:

<<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao:plenario:acordao:2010-02-24;265>>. Acesso em 22/04/2020.

empreendimento. Por fim, com relação aos aspectos gerais das parcerias público-privadas, conforme explicitado acima, pode ser realizada na modalidade Patrocinada e na modalidade Administrativa.

Na modalidade de Concessão Patrocinada, a Administração transfere o serviço público para o parceiro privado. Contudo, o parceiro privado pode recuperar seu investimento por meio de tarifas, como usualmente ocorre nas concessões de rodovias, com uma diferença para as concessões comuns, qual seja: a prestação também da Administração Pública. Note-se que aqui a prestação pecuniária é obrigatória, diferente das concessões comuns Lei n. 8.987/1995²⁰.

Importante observar que o limite das tarifas recebidas pelo parceiro privado deve se limitar a 70% do que receber como contraprestação dos serviços públicos, primando-se pelo serviço adequado e pela modicidade das tarifas, segundo art. 6º da Lei 8.987 /1995 , segundo o qual “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Pela inteligência do art. 6º, da Lei 11.079/04, o contrato deve vincular o pagamento ao parceiro privado, de forma variável e de acordo com o cumprimento de metas e padrões de qualidade do serviço, primando pelo princípio da eficiência no serviço público. (art. 37, caput, da CRFB/1998).

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei.

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... § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços²¹.

²⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração pública**: concessão - permissão - franquia - parceria público privada. 12. ed. São Paulo: Gen, 2019.

²¹BRASIL, Constituição Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24/04/2020.

Importante salientar que não só as leis regem os contratos administrativos, já que as interpretações dos contratos podem, em caso suplementar, caso necessário e por questão de omissão ou dificuldade de interpretação, se utilizar dos princípios que regem a Administração Pública, entre os quais o da boa-fé objetiva nos tratos contratuais.

O princípio da boa-fé torna-se deveras relevante em épocas atuais, no que se refere ao reequilíbrio contratual por fatos inesperados, como as pandemias.

Menelick Netto & Scotti, em sua obra *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito*, citando Michel Rosenfeld, afirma que ‘o passado é tão aberto quanto o futuro’, sendo que cada geração só é capaz de revisitá-lo sobre sua ótica, sempre marcada pela vivência de gerações anteriores, conforme suas aflições, desejos, desafios e temores.²²

Segundo os mesmos autores, o consagrado jurista Ronald Dworkin, define princípio como “um padrão que deve ser observado, não porque irá alcançar ou assegurar uma situação econômica, política ou social supostamente desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade”.²³

Nesta conjuntura, a obediência aos princípios dos contratos na Administração Pública é um ponto basilar para a segurança jurídica nos contratos administrativos, conforme dito, e mais importante ainda nas cláusulas de imprevisibilidade.

2.1 MODALIDADE DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NOS CONTRATOS DE PPPs

Na modalidade de Concessão Administrativa diferente do que dispõe a Concessão Patrocinada, a concessão de serviço administrativa, à primeira vista, tem como propósito a prestação de serviço público, havendo uma certa aproximação ao contrato de serviços da Lei 8.666/1993 sob a forma de empreitada (art. 6, VIII, e 10)²⁴.

No entanto, para a doutrinadora, nas Concessões Especiais (Concessão Administrativa e Patrocinada) o parceiro privado sujeita-se a Lei 11.079/2004 enquanto nos contratos comuns são regidos pela Lei Geral de Licitações; a diferença é observada principalmente pelo

²² SCOTTI, Menelick de Carvalho Netto & Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito**: a produtiva das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Brasília, DF: Fórum, 2015. p.36.

²³ SCOTTI, Menelick de Carvalho Netto & Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito**: a produtiva das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Brasília, DF: Fórum, 2015. p.36.

²⁴ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. **Parcerias na Administração pública**: concessão - permissão - franquia - parceria público privada. 12. ed. São Paulo: Gen, 2019. p.197.

fato de que a concessão administrativa não está sujeita a regra de limitação de prazo que consta na Lei 8.666/1993²⁵.

Enfatiza Di Pietro, que não é permitida pela lei das PPPs a construção apenas de obras, sem o respectivo serviço atrelado, pois caso não fosse bastaria a Administração Pública utilizar dos contratos de serviços da Lei Geral de Licitações.²⁶

Outra diferença a se observar, agora restrita às concessões especiais, é que na Concessão Patrocinada, é restringido o objeto do contrato a serviços públicos econômicos, enquanto na Concessão Administrativa, os serviços podem ser sociais, como no caso da construção e serviços de hospitais, como no caso que foi realizado o contrato do Hospital do Subúrbio.

A contraprestação pecuniária pela Administração é exclusiva, mas variável, não podendo ser fixa, porquanto a concessionária deve entregar os produtos e serviços adequados e de qualidade durante a execução do contrato, sendo que a remuneração poderá ser direta ou indireta como ordem tributária, cessão de créditos não tributárias, outorga de bens públicos e outras formas admitidas em lei, tudo conforme estipulado no respectivo contrato.

Em síntese, os contratos de PPPs trazem benefícios para ambos os lados, pois para o particular funciona como um contrato vantajoso, por ser de grande vulto e com segurança jurídica e compartilhamento de riscos, além de garantia de financiamento justo e razoável, mais ainda da autonomia de trabalho; e para a Administração como um investimento privado amortizável ao longo prazo, trazendo desenvolvimento social e crescimento econômico, sendo que no caso da concessão administrativa, a própria administração é beneficiária direta e indireta da execução do objeto contratual.

Os contratos de PPPs, conforme dito acima, têm a particularidade da inserção de compartilhamento de riscos. O presente artigo tem como escopo justamente o compartilhamento de riscos entre o ente público e o parceiro privado nos contratos de concessão especial administrativa, particularmente nos riscos com relação a fatos imprevistos; dessa forma tentando estabelecer, a priori, uma maior segurança jurídica a ambos contratantes e a eficácia da sua execução.

Romiro Zinder, em palestra realizada no Tribunal de Contas de Santa Catarina, traz a informação de que muitos projetos acabam fracassados, por uma análise incipiente das cláusulas contratuais. Como os contratos de PPPs são longos, para Zinder, muitas vezes é até

²⁵ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários(...).Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm

²⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração Pública**: concessão - permissão - franquia - parceria público privada. 12. ed. São Paulo: Gen, 2019.p.198.

mais vantajoso parar a execução do que continuar em um contrato que não haja segurança jurídica e garantias bem delineadas²⁷.

Nesse mesmo sentido, Rogério Loggi, em seguida no mesmo evento, enfatiza que o edital de licitação deve buscar a eficiência comprovada, a fim de evitar meros aventureiros como ocorreram em algumas concessões de aeroportos no Brasil.²⁸

Dessa forma, a segurança jurídica persegue fortalecer as relações jurídicas e de confiança nas relações em sociedade, primando pela conferência de força jurídica a legítima expectativa de um direito estabelecido. Seria um absurdo tolher um direito já conquistado, como no exemplo de uma obrigação cumprida em um contrato, conforme estipulado em suas cláusulas. Nesse sentido, importante consignar uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na qual se observa que a Administração Pública deve se ater a boa-fé objetiva e cumprir o que foi estabelecido em edital de um concurso público. Embora seja um caso diferente de contratação, a importante decisão serve como norte para as relações entre um ente público e um particular. A Jurisprudência do STF nos ajuda a entender a definição do que seria segurança jurídica nas relações contratuais. Grifos.

A seguir um excerto da decisão tomada em RE 598.099, relator Min. Gilmar Mendes:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. [RE 598.099, rel. min. Gilmar Mendes, j. 10-8-2011, P, DJE de 3-10-2011, Tema 161²⁹.

²⁷ ZINDER, Romiro. **Seminário PPP e Concessões**: Tribunal de Contas de Santa Catarina . 2019. Disponível em: www.tce.sc.gov.br. Acesso em: 06 maio 2020.

²⁸ LOGGI, Rogério. **Seminário PPP e Concessões**: Tribunal de Contas de Santa Catarina . 2019. Disponível em: www.tce.sc.gov.br Acesso em: 06 maio 2020.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/> Acesso: 02/05/2020

3 RISCOS

O vocábulo risco advém do italiano *risico* ou *rischio* que tem relação árabe clássico *rizq* (“aquilo que se depara com a providência”). De acordo com a nota 4 da definição de riscos da ISO 31000 “O risco é muitas vezes expresso em termos de uma combinação de consequências de um evento (incluindo mudanças nas circunstâncias) e a probabilidade de ocorrência associada”³⁰.

Um dos grandes desafios nas relações contratuais que envolvem a Administração Pública nas suas relações contratuais está na alocação dos riscos e compartilhamentos desses riscos, e isso se torna mais evidente nos contratos de longo prazo, como é o caso da parcerias público-privadas, pois quanto mais tempo, maiores os riscos de ocorrer fatores imprevisíveis, foco desse trabalho - tendo em vista que existe uma gama enorme de classificação de riscos que será exposta, em síntese, adiante.

Dessa forma, o compartilhamento desses riscos é importante e necessário para que um contrato tenha sucesso em sua execução, levando em conta sempre a boa-fé entre as partes e o interesse público.

Conforme, Maurício Ribeiro Portugal, a alocação de riscos estabelece qual das partes é responsável por dar cabo de determinada atividade prevista no contrato, e, também, por lidar com as incertezas positivas e negativas – e os consequentes ganhos e ônus – que afetam tal atividade³¹.

Assim o mesmo autor exemplifica que a parte à qual é atribuído o risco de construção/implantação será responsável pela construção do empreendimento na qualidade, prazo e custo previsto, bem como lidar com todas as ocorrências, previstas ou não, que impactem positiva ou negativamente o cumprimento dessas obrigações.

Destarte Perez³², fazendo a referência à Hoffman sustenta não ser conveniente a transferência de grandes riscos ao concessionário, pois geraria desinteresse ao contratante concessionário na participação do processo, contrariando um dos objetivos principais da PPP, podendo afetar a execução do contrato. Segundo o autor, é preciso uma alocação harmônica de riscos, que não altere de maneira irresponsável os gastos públicos ou tarifas que tem relação

³⁰ 31000, ISO. **Conceito de Risco ISO 31000**. 2020. Disponível em: <http://www.iso31000qsp.org/2010/06/como-ficou-definicao-de-risco-na-nova.html>. Acesso em: 07 maio 2020.

³¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

³² PEREZ, 2017 apud HOFFMAN, 2017. **Direito Público em Evolução: estudos em homenagem a professora Odete Medeaure**. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2017. p.481

com as concessões, e que não encoraje o mercado arregar para si, de forma imprudente e incerta, riscos que vão além de sua capacidade, e não podem ser suportados pelo fluxo econômico gerado pelos contratos.

Nesse ínterim, Perez segue a mesma linha ao lembrar ensinamento de Guach, no qual indica que na repartição de riscos deve suportar o risco aquele que tem ou deva ter o maior controle sobre a eventual ocorrência e sua consequência, ou seja, a transferência deve ser alocada a parte que tem menor aversão ao risco, o qual possa controlá-lo ou mitigá-lo, bem como tenha capacidade financeira de suportá-lo.³³

Para Schirato, “historicamente, o que ocorre nas repartições de riscos das concessões não difere muito do que é praticado na Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, mesmo está não tendo alocação de risco, frise-se”³⁴. No ponto, este último, o contratado, é protegido de qualquer risco (art. 65 da Lei 8.666/1993). Nessa toada, para o autor, deve-se buscar um sistema de alocação de riscos que não seja único, o chamado de ‘por conta e risco’, pois as atividades concedidas são muito distintas e assumem riscos diferentes em sua exploração.

Com efeito, a busca pela razoabilidade, adequação e equilíbrio nos interesses contratuais é primordial para o sucesso dos contratos de concessão nas PPPs, sempre em consonância com a prestação de serviço de qualidade. Conforme Avila, os interesses públicos e privados estão de tal forma instituídos pela Constituição Federal Brasileira que não podem ser separadamente descritos das atividades estatais e de seus fins³⁵. O professor Virgílio Afonso da Silva³⁶ diz que que interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem. Tais interesses, antes, se harmonizam. A realização de um importa na realização do outro.

O serviço adequado, contudo, deve ser feito com qualidade. Conforme supracitado a qualidade deve ser sempre perseguida para o atingimento do interesse público.

Para Carvalho e Palladini, qualidade é a satisfação das necessidades daquele que a vai consumir, como adequação ao uso conforme suas especificações.³⁷

³³ PEREZ, Marcos Augusto. **Direito Público em Evolução**: estudos em homenagem a professora Odete Medeaure. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2017. p.482

³⁴ SCHIRATO. **Direito Público em Evolução**: estudos em homenagem a professora Odete Medeaure. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2017. p.581

³⁵ AVILA. **Direito Público em Evolução**: estudos em homenagem a professora Odete Medeaure. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2017. p.611.

³⁶ NETTO, Virgílio Afonso da Silva. **Direito Público em Evolução**: estudos em homenagem a professora Odete Medeaure. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2017. p.741.

³⁷ CARVALHO, M. M de.; PALADINI, E. P. **Gestão da Qualidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier: ABREPO, 2012. p.16

Um dos problemas de riscos imprevisíveis com relação a qualidade, está justamente relacionado a teoria da imprevisão que será explicitada a seguir. Como exemplo no setor hospitalar, podemos citar o risco de que o contratado não consiga manter o serviço atualizado tecnologicamente. Dessa forma, deve haver no contrato cláusula clara com relação a alocação desse risco.

Muito embora haja previsão no artigo sexto da Lei das PPPs com relação a prestação de um serviço adequado, ficaria vago em um contrato de repartição de riscos o que realmente seria o vocábulo adequado. Tomemos como exemplo a questão dos avanços tecnológicos. A qual parte seria mais viável a alocação de riscos tecnológicos? Certamente, como explicitado alhures, ao parceiro privado caberia a responsabilidade do risco tecnológico, providenciando este gerenciar todos os avanços tecnológicos - por exemplo no caso de um hospital, os trabalhadores da área de saúde deste estariam cientes de todo o processo de inovação tecnológica dos equipamentos, prestando o serviço de maneira adequada e necessária, como trocas, manutenção de qualidade, entre outros. Caso o parceiro público fosse o responsável, certamente não conseguiria acompanhar todo o processo, sendo ineficaz e gastando mais recursos financeiros sem uma devida contraprestação ao usuário final.

3.1 CLASSIFICAÇÃO DOS RISCOS

Ao estabelecer um contrato de parceria público-privada, ambas as partes contratantes, correm diversos riscos, não exaustivas, as quais podem afetar tanto o parceiro público como o privado ao mesmo tempo, ou atingir em níveis diferentes. Para o setor público, segundo Maurício Portugal³⁸, mais comumente pode se estabelecer os riscos de obtenção de licenças, como se perfaz nos casos de desapropriação, risco de que o parceiro privado não consiga título legal adequado para iniciar a implantação do projeto na área selecionada ou que ele não consiga a desocupação das áreas desapropriadas ou invadidas, assim como riscos ambientais, risco do local do projeto, ou o uso anterior que lhe tenha sido dado, como por exemplo, no caso de poluição aos terrenos adjacentes ou risco da agência reguladora ou outro órgão público regulador do contrato modificar o plano de investimento ou as especificações do serviço. Enfim,

³⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br>

ao parceiro público, caberia assumir os riscos de demandas, como no caso também de surtos epidemiológicos.

Ao parceiro privado, podemos citar os riscos relacionados a operação e manutenção, como no caso da prestação do serviço em níveis inadequados, ou com custos acima do estimado ou interrupção da prestação do serviço. Também podemos citar a mudança no controle do parceiro privado, como o risco de que uma mudança no controle do parceiro privado resulte em redução da sua capacidade financeira ou técnica de executar o contrato, nesse caso Portugal, enfatiza que: “O Poder Concedente é responsável pela análise das condições de mudança de controle de acordo com art. 27, da Lei 8.987/95 exige a aprovação do Poder Concedente para a mudança de controle da SPE.”³⁹

Todavia existem os riscos, ainda riscos legais, relativos a mudanças de legislação, riscos tributários, inflacionais, e supra contratuais, como o risco político, no qual para o professor Ribeiro, se perfaz no risco de ação oportunista do Poder Concedente com fins populistas, por exemplo, suspensão da cobrança de tarifas, suspensão imotivada, ou com falsa motivação, do pagamento público, incentivo a manifestações públicas contra cobrança de tarifas, tolerância oficial a condutas ilícitas que levem a utilização do serviço pelos usuários sem pagamento da tarifa.

De toda sorte, pelo fato do presente trabalho se tornar excessivamente extenso, procurou-se analisar o risco atualmente mais em evidência, que é o relativo aos riscos imprevisíveis, de força maior, ou de consequências incalculáveis.

Dessa forma, é mister trazer algumas teorias de Direito Administrativo, com relação a teoria da imprevisão.

³⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br>

4 TEORIA DA IMPREVISÃO

Para a professora Marinela, a teoria da imprevisão, antigamente conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevidos ou imprevisíveis pelas partes e a ela não imputados, alterem o equilíbrio econômico-financeiro, refletindo sobre a economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão para ajustá-lo à situação superveniente, equilibrando novamente a relação contratual.⁴⁰

Ainda conforme Marinela, são hipóteses de interferências imprevidas: fatos materiais imprevidos existentes ao tempo da celebração do contrato, mas só verificados ao tempo da sua execução. Como oneram demais o contrato para uma das partes, é imprescindível a revisão.⁴¹

Importante frisar que José dos Santos Carvalho Filho, define equação econômico-financeira do contrato como:

A relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente quando se define o ajuste. Na ocasião que é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente.⁴²

Nesse sentido, é importante observar que o equilíbrio econômico e financeiro deve ser mantido no contrato, a fim de assegurar a segurança jurídica ao contratado. De tal forma, o equilíbrio econômico e financeiro pode ser rompido por dois fenômenos explicitados com Fato do Príncipe e Fato da Administração. O Fato do Príncipe se caracteriza como a atuação estatal geral que não recai sobre sujeitos individualizados, que não tem relação direta com o contratado. Como exemplo podemos citar um aumento de carga tributária, a qual teria um reflexo no contrato de uma forma geral.

Por outro lado, temos o Fato da Administração, o qual se daria por uma ação ou omissão da Administração, a qual tem repercussão direta e específica sobre o contrato, e que retarda ou impede a sua execução. Por exemplo podemos citar a falta de entrega de equipamentos ou insumos para a prestação de serviço pelo contratado, no caso para um parceiro privado, dificultando a consecução de seus objetivos, não por culpa sua, mas por falta do parceiro público.

⁴⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 2013.

⁴¹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 2013.p.479-480.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p.183

Ainda com relação a teoria da imprevisão, podem ocorrer casos de força maior, acontecimento humano, que previsível ou não, afetam a execução do contrato - como o afastamento de algum trabalhador que seja essencial ao cumprimento do contrato - por um imprevisto ou mesmo casos fortuitos, relativos a força natural imprevisível, como as pandemias ou enchentes⁴³.

Observa-se que, a professora Marinela ainda ressalta que essa garantia, qual seja a recomposição para a manutenção do equilíbrio financeiro, não deve ser encarada como um benefício para o particular e sortilégio em detrimento do erário. Na verdade, segundo Marinela⁴⁴, essa proteção ao equilíbrio econômico-financeiro pode permitir que a Administração tenha o menor gasto possível com a contratação, pois dentro de uma lógica capitalista e econômica, a ausência dessa garantia implicaria em propostas cujo custos já embutidos no valor do certame, evitando custos incertos e permitindo que a proposta vencedora seja a de menor dispêndio e maior qualidade.

Para Torres o equilíbrio econômico-financeiro, além de um direito, portanto de cunho legal, ainda consta na vontade do Constituinte, ao resguardar as condições efetivas da proposta⁴⁵.

4.1 OS RISCOS CONTRATUAIS E A TEORIA DA IMPREVISÃO NAS PPPs

Seja qual for a modalidade de PPP, o compartilhamento de riscos deve ser muito bem analisado nos contratos, pelos fatores tempo prologado, alto custo e o fator social, o qual cada vez mais expõe ambas as partes a situações de imprevisibilidade. Nos casos em que a concessão seja feita na modalidade administrativa, como no caso do Hospital do Subúrbio, que analisaremos os aspectos de riscos com foco na imprevisão, ainda é mais dramática, pois qualquer erro poderá dificultar a execução do contrato e a prestação do serviço público.

⁴³ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:(...) d - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso:29/05/2020

⁴⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 2013.

⁴⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas comentadas**. Salvador. 4ed. Editora Juspodium, 2011.p.385.

Com relação ao equilíbrio econômico-financeiro, toma-se por parte que contratos complexos – a exemplo das Parcerias Público-Privadas – são genuinamente contratos que envolvem riscos. Assim, raramente há neles a previsão de benefícios e ônus estáveis, receitas e custos fixos. Desse modo, ao distribuir riscos o contrato indiretamente distribui benefícios e ônus, receitas e custos. Todavia de uma forma geral esses contratos são estáveis e fixos, eles dependem de ocorrências futuras e, sobretudo, da capacidade de gerenciamento por cada parte dos riscos que lhe são atribuídos. Daí que os ônus e custos do parceiro privado podem ser menores que o esperado, e seus benefícios e receitas podem ser maiores que o esperado, se houver sucesso no gerenciamento dos riscos que lhe são atribuídos. Ou inversamente, se o parceiro privado não tiver sucesso no gerenciamento dos riscos que lhe são atribuídos, benefícios e receitas podem ser menores, e custos e ônus podem ser maiores que o esperado.⁴⁶

Nesse sentido, Maurício Portugal, argumenta que esse equilíbrio não pode ser puramente aritmético, tendo em vista fatores imprevisíveis, tais como o risco de não cumprimento do concessionário em uma importante etapa da obra, o que de fato desequilibraria uma relação puramente matemática com base em fluxo de caixa, ou preservação taxa interna de retorno para o parceiro privado⁴⁷.

Para o mesmo autor, em consonância com as teorias administrativas, a alocação de riscos deve ser feita de acordo com a capacidade que cada qual tenha de suportá-la, todavia deve haver transferência dos riscos de quantitativos para o parceiro privado, ou seja: o contrato deveria funcionar de modo que o parceiro privado não possa alegar erro de quantitativos como fundamento para obtenção de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.⁴⁸

Diante de situações imprevisíveis, Portugal sugere que o contrato deva sempre ser estabelecido com seguros por parte do parceiro privado para efeitos de dificuldades imprevistas ou previstas, mas de difícil resolução. Além disso deve haver a condição de que se transfira ao parceiro privado obrigação de desempenho, com o cuidado de não deixar exclusivamente os custos de insumos informados pelo particular. Ao mesmo tempo como incentivo deve-se permitir a apropriação pelo parceiro privado da diferença entre os custos estimados dos insumos das obras e serviços, e os custos reais de tais insumos, quando há redução significativa dos preços decorrente da evolução técnica e tecnológica; e garantir uma rentabilidade mínima ao

⁴⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/p.III-5>

⁴⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/III-5>

⁴⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/III-5>

parceiro privado independentemente da sua eficiência operacional, tirando-lhe o incentivo para produzir ganhos de eficiência, e estabilizando tal rentabilidade ao longo do contrato, apesar das vicissitudes nas condições macroeconômicas.⁴⁹

Ainda segundo o Professor, deve-se assegurar que haja especificação das hipóteses em que o parceiro privado poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Essas hipóteses deverão corresponder aos riscos alocados à Administração Pública; atribuir exclusivamente à Administração Pública o poder de solicitar que seja alterado o objeto do contrato de forma qualitativa ou quantitativa, ao atribuir o risco dessas alterações. Além da definição do procedimento para solicitação, análise e decisão sobre o reequilíbrio do contrato - deve constar a previsão de que o reequilíbrio pode ser realizado de uma das diferentes maneiras, de modo a aumentar a flexibilidade do parceiro público na sua execução: flexibilização para compensação do desequilíbrio; disposição clara impedindo a alteração da matriz de riscos do contrato; aplicação de multas em casos de não cumprimento de garantias ou não contratação de seguros.⁵⁰

Importante observar dos estudos, que de uma forma geral os riscos nos contratos de PPPs relativos à imprevisão e reequilíbrio econômico se contextualizam indiretamente com os outros tipos de riscos supracitados.

O contrato de risco e a definição desses, devem ser realizados de forma que sejam bem estabelecidos por agências especializadas, assim sempre desencadeará em benefícios para ambas as partes, ou melhor: o poder público com o seu natural dever constitucional de prestar o serviço público para o cidadão pagador de impostos, fornecerá todo o aparato financeiro na concessão administrativa para o parceiro privado, e este será remunerado conforme seu desempenho, sendo incentivado a entregar um serviço de qualidade, com a segurança jurídica adequada.

⁴⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/>

⁵⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/>

5 METODOLOGIA DE PESQUISA

O presente trabalho utilizou como método para a compreensão do tema o conhecimento disponível sobre o assunto a pesquisa bibliográfica a partir de referências teóricas já analisadas e publicadas, investigando possibilidades que contribuem para o conhecimento científico, buscando uma análise qualitativa para os dados.

O método utilizado na pesquisa foi o do tipo descritivo. Nesse processo o objetivo é a identificação, registro e análise das características, fatores ou variáveis que se relacionam com o fenômeno ou processo. Esse tipo de pesquisa pode ser entendida como um estudo de caso onde, após a coleta de dados, é realizada uma análise das relações entre as variáveis para uma posterior determinação dos efeitos resultantes em um produto⁵¹.

Para Gil, o estudo de caso está relacionado com a busca por compreensão de fenômenos contemporâneos, examinando fenômenos da realidade, formulando hipóteses, desenvolvendo teorias esclarecendo as variáveis de um fenômeno ou situação⁵².

Utilizou-se como técnica de pesquisa a coleta de dados, tanto bibliográficos como dados extraídos dos contratos e seus anexos, referentes ao contrato de PPP na concessão administrativa.

5.1 LOCAL DA PESQUISA

A pesquisa foi feita em ambiente de rede, internet e bibliotecas, no qual procurou-se acessar sítios dos mais variados órgãos públicos e entes públicos. Buscou-se também coletar dados em publicações recentes com relação a notícias atuais sobre o Hospital do Subúrbio, principalmente com relação ao coronavírus Covid-19. Foram pesquisados artigos jurídicos, em sites e bibliotecas de tribunais, para entender definições e termos jurídicos aplicados a atual problemática da pandemia e da Teoria da Imprevisão.

5.2 DA TÉCNICA DE COLETA DE DADOS.

⁵¹ PEROVANO, Dalton Gean.. **Metodologia de Pesquisa**: tipos de pesquisas. Tipos de Pesquisas. 2016. Disponível em: <https://facmais.edu.br/portalmmais/pdf/ead/TIPOS%20DE%20PESQUISA.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

⁵² GIL, Antônio Carlos, 1946 – **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª edição- São Paulo: Atlas, 2002.

Dentre a técnica de coletas de dados, primeiramente, realizou-se a análise de conteúdo do contrato de PPP, seus anexos, e demais documentos relativos com o contrato, além de uma vasta pesquisa bibliográfica relativa ao tema, principalmente aos temas de Direito Administrativo, palestras presenciais e por meio do Youtube.

6 CASO PRÁTICO - CONTRATO PPP HOSPITAL DO SUBÚRBIO - RISCOS IMPREVISÍVEIS E EFICIÊNCIA NA EXECUÇÃO DO CONTRATO

6.1 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO

A concessão do Hospital do Subúrbio pelo Governo da Bahia teve o seu edital na modalidade concorrência no mês de dezembro do ano de 2009. O tipo de julgamento foi baseado em critérios econômico e melhor técnica. Os termos do edital e contrato foram precedidos de audiência pública. Conforme dita a lei, além da modalidade de licitação ser a da concorrência, também foi prevista a constituição de Sociedade de Propósito Específico SPE e optou-se por remuneração variável, bem como o fundo garantidor.

O contrato foi assinado em maio de 2010 com o consórcio Prodal Saúde S/A, iniciando o atendimento à população no mês de setembro do mesmo ano, tendo como objeto da concessão a operação e gestão da unidade hospitalar voltada para atendimentos gratuitos de urgência e emergência à população, bem como a aquisição, gestão e logística de suprimentos farmacêuticos e equipamentos hospitalares; a gestão, manutenção e conservação dos bens da concessão; contratação e gestão de profissionais nas unidades hospitalares; o desenvolvimento em conjunto com o poder concedente de programas de prevenção à enfermidades; a oferta e gestão de alimentos, higiene e segurança nas unidades hospitalares; gestão dos resíduos hospitalares e serviços de internação. A concessão se deu na modalidade administrativa, na qual a contraprestação é dada na totalidade pela Administração Pública com prazo de vigência de 10 anos, podendo ser prorrogado uma única vez, demonstrado o interesse público.

A construção do hospital, realizada pelo estado da Bahia custou cerca de R\$ 54 milhões de reais e o parceiro privado, a fim de dar azo aos inícios de atendimentos investiu cerca de 36 milhões de reais.

O contrato também previu indicadores de quantidade e qualidade como critério de remuneração do parceiro privado, baseado principalmente em internação e atendimento de

emergência no tocante a 70% desses serviços e os outros 30% distribuídos pelo critério qualidade, como incentivo à gestão.

No ponto, os contratos devem estabelecer minuciosamente os índices de desempenho a fim de que não fiquem obsoletos, como ocorreu em alguns contratos antigos, como do Estádio da Fonte Nova na Bahia, no qual os índices de desempenho é considerado hoje simplificado, expondo apenas duas variáveis, quais sejam, ‘atende’ ou ‘não atende’.⁵³

Com efeito, ainda no contrato da PPP Hospital do Subúrbio, fora estabelecida medidas de punição, tais como o desconto aplicado às parcelas de “Indicadores Quantitativos” e “Indicadores de Desempenho”, em função do não cumprimento das metas e indicadores estabelecidos.

Para os indicadores quantitativos de desempenho, a metodologia usada foi principalmente, baseada na prevenção do volume de produção. Estabeleceu-se um volume máximo de saída de 90% por área, já que uma saída maior do que essa poderia afetar sobremaneira a qualidade dos serviços. Para tanto, afirmou-se, como um exemplo do contrato, o seguinte:

Tabela 1- Indicador Quantitativo Trimestral de Especializações

<i>ÁREAS</i>	<i>META TRIMESTRAL</i>
<i>Clínica Médica</i>	2.364
<i>Clínica Cirúrgica</i>	1.578
<i>Pediatria</i>	1.752
<i>UTI Adulta</i>	300
<i>UTI Pediátrica</i>	102
<i>Semi Intensiva Adulta</i>	411
<i>Semi Intensiva Pediátrica</i>	204
<i>Internação Domiciliar</i>	351

Total 7.062

Fonte: Sefaz/BA – Edital de Concessão (adaptado pela autora).

⁵³ PRINCHACK, Rogério. Disp:<http://www.desenbahia.ba.gov.br/Noticias/noticia/8733?title=bahia-e-referencia-no-pais-em-projetos-de-ppp> Acesso em: 06 maio 2020.

A fim de se obter o número máximos de saídas, conforme estabelecido pela Secretaria de Saúde da Bahia, devemos levar em conta o número de pacientes por dia e dividir pelo tempo de permanência. O tempo de permanência também foi definido em tabela pela Secretaria do Estado da Bahia - SESAB.

Tabela 2- Indicador Quantitativo nº máximo de saídas

<i>UNIDADES</i>	<i>LEITOS</i>
<i>Internação Adulto</i>	86
<i>Internação Pediátrica</i>	64
<i>Semi Intensiva Adulto</i>	20
<i>Semi Intensiva Pediátrica</i>	10
<i>Internação Domiciliar</i>	30
<i>UTI Adulto</i>	20
<i>UTI Pediátrica</i>	10

Fonte: Sefaz/BA– Edital de Concessão (*adaptado pela autora*)

Já a meta para o tempo médio de permanência foi definida da seguinte maneira:

Tabela 3- Indicador Quantitativo Tempo Médio de Permanência

<i>TIPO DE LEITO</i>	<i>QUANTIDADE</i>
<i>Internação Adulto</i>	03
<i>Internação Pediátrica</i>	03
<i>UTI Adulto</i>	5.5
<i>UTI Pediátrica</i>	08
<i>Semi Intensiva Adulto</i>	08
<i>Semi Intensiva Pediátrica</i>	04
<i>Internação Domiciliar</i>	07

Fonte: Sefaz/ BA. Edital de Concessão- (*adaptado pela autora*)

Para os indicadores qualitativos de desempenho, temos como exemplo os indicadores de gestão de pessoas, dos quais podemos exemplificar critérios como especialização dos médicos, leitos/enfermeiros e acidentes de trabalho.

Tabela 4 - Indicador Qualitativo

INDICADOR	MEMÓRIA DE CÁLCULO	META	FONTE DE VERIFICAÇÃO
<i>Percentual de médicos com título em especialista</i>	Nº de médicos com título de especialista/nº de médicos x 100	Mínimo de 82%	Relatório da Área de Recursos Humanos e Currículos.
<i>Relação de enfermeiro e leitos</i>	Nº de enfermeiros/ nº de leitos	Mínimo de 0,40%	Relatório da Área de Recursos Humanos
<i>Taxa de acidente de trabalho</i>	Nº de acidentes de trabalho/ nº de colaboradores ativos no cadastro do hospital x 100	Máximo de 0,30%	Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT)

Fonte: SESAB - Relatório Técnico/ metas e indicadores (adaptado pela autora)

A título de exemplo, conforme Ficha Técnica n. 20 do Contrato, é exposto aqui o objeto do indicador Enfermeiro/ Leito:

Objetivo - Acompanhar o número de enfermeiros por leito. O atendimento de enfermagem ganha em qualidade quando a relação de enfermeiro/leito atinge uma proporção adequada

Definições:

Relação entre o número de enfermeiros e o número de leitos.

· Número de enfermeiros: É o número total de enfermeiros registrados no COREN, independente do vínculo empregatício e que estejam ligados a área assistencial.

· . Número de leitos:

É o número total de cama numerada e identificada destinada à internação de um paciente dentro do hospital, localizada em um quarto ou enfermaria, que se constitui no endereço exclusivo de um paciente durante sua estadia no hospital. Na prática, calcula-se pela média de leitos operacionais no período.

Meta:

Benchmark:

· Mediana trimestral de 88 hospitais avaliados e 17 selados, participantes do Programa Compromisso com a Qualidade Hospitalar. Avaliação de 2008.

Enfermeiros por leito (Mediana) 88 Hospitais=0,32

Mediana 17 Hospitais Selados=0,42

Entidades Mantenedoras:

Associação Paulista de Medicina; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

Entidades Apoiadoras

Programa de Estudos Avançados em Administração Hospitalar e de Sistemas de Saúde (PROAHSA - HCFMUSP/EAESP FGV);

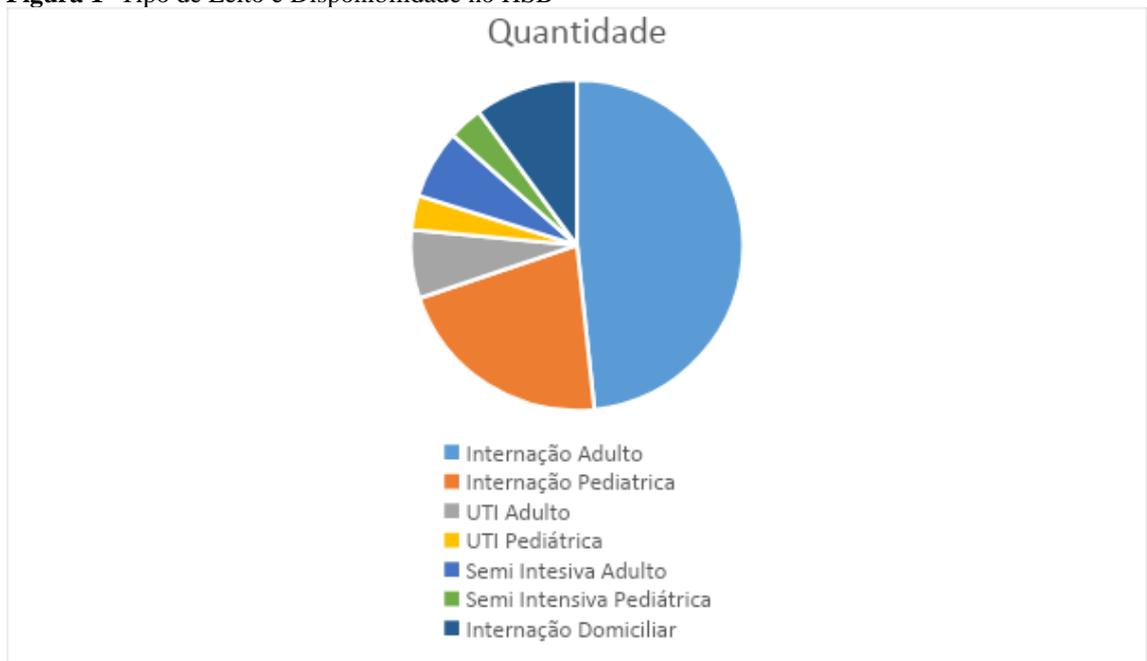
Sociedade Médica Brasileira de Administração em Saúde (SMBAS);

Fundação para o Prêmio Nacional da Qualidade (FPNQ).

Fonte: Sefaz/ BA. Edital de Concessão (*adaptado pela autora*)

A seguir, tem-se gráfico comparativo dos tipos de leitos e quantidade disponível no Hospital do Subúrbio, cujo total, sem contar os Hospitais de Campanha devido a Covid-19, chegam a 298.

Figura 1- Tipo de Leito e Disponibilidade no HSB



Fonte: Sefaz/ BA. Edital de Concessão (*adaptado pela autora*)

Nesta primeira análise, com referência aos aspectos gerais do contrato, observa-se que procurou-se primar pela eficiência no serviço público, com metas de quantidade e qualidade bem definidas no contrato. Nesse excerto acima, foi exposto apenas alguns dados, para exemplificar o cuidado tomado pelo poder concessionário, ao definir metas qualitativas e

quantitativas, a fim de minimizar riscos futuros e impor penalidades ao concessionário, caso não cumpra as metas estabelecidas.

Para o sucesso e eficiência nos contratos de PPPs, Zacks, em seminário realizado no Estado de Santa Catarina⁵⁴, disserta que deve-se tirar o foco da obra em seu aspecto político e sim focar no que essa obra ou serviço vai proporcionar à sociedade, como exemplo, nos hospitais teremos menos doentes e será proporcionado uma maior geração de valores.

No exemplo, com relação aos leitos, segundo a Secretaria de Fazenda da Bahia, foram impostas duas multas ao parceiro particular. Uma delas pelo fato de o concessionário não ter contratado um seguro de manutenção e outra por não ter comprado camas elétricas de acordo com o estipulado previamente nos anexos do contrato.

Conforme, Carlos Alexandre Nascimento⁵⁵, quanto mais bem modelado o projeto, melhor sua eficiência e desempenho. Quanto mais claros forem expostos os índices qualitativos e quantitativos no contrato, menor o risco e maior a segurança jurídica.

Outro ponto interessante exposto pelo professor e que consta no presente contrato de concessão em PPP, é a consulta pública. Devido a um maior envolvimento da população, ao ampliar a transparência, a *accountability* e, por conseguinte, redução da corrupção. Com a redução da corrupção, há uma tendência futura de maior credibilidade internacional, maiores investimentos, trocas de experiência, novas tecnologias e, simultaneamente, o atingimento gradual do interesse público. Outro ponto importante da consulta pública, é a diminuição de riscos políticos, pois, ao estabelecer um projeto de parceria público-privada acompanhada de audiência pública, dificilmente um próximo governante se arriscará a suspender ou extinguir o contrato que foi aprovado pela população local, sem ao menos expor motivos sólidos.

Quanto a análise dos aspectos gerais dos contratos, antes de entramos na repartição geral dos riscos propriamente dita, importante consignar que o Hospital do Subúrbio é um modelo para futuros contratos de concessão, principalmente em sua repartição de riscos, conforme será explanado, visto que: O Hospital do Subúrbio, sediado no Subúrbio Ferroviário do município da cidade de Salvador na Bahia, foi premiado no ano de 2015 como o segundo lugar entre os

⁵⁴ **Seminário PPP e Concessões: Zacks, Seminário PPP e Concessões:** Tribunal de Contas de Santa Catarina. 2019. Disponível em: www.tce.sc.gov.br. Acesso em: 06 maio 2020.

⁵⁵ **Seminário PPP e Concessões:** Nascimento, Carlos Alexandre, Tribunal de Contas de Santa Catarina Disponível em: www.tce.sc.gov.br. Acesso em: 06 maio 2020.

concorrentes da América Latina na categoria de “Melhorando a entrega de serviços públicos”. Premiação concedida pela Organização das Nações Unidas. (ONU 2014)⁵⁶

6.2 REPARTIÇÃO DE RISCOS DO CONTRATO - HOSPITAL DO SUBÚRBIO

A etapa de repartição de riscos é, sem dúvidas, uma das partes mais relevantes de um contrato de parceria público-privada, isso porque a alocação de riscos deve ser feita de tal forma que não traga desvantagem ao parceiro público, e que mantenha o equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado, pois ao contrário estaria desestimulando o particular a participar de todo o processo, seja na sua fase inicial ou na execução do contrato.

A repartição de riscos entre as partes em uma parceria pública-privada é regulada pela Lei n. 11.079/2004, todavia, em seus artigos não encontramos de forma direta como se fará essa repartição, cabendo aos contratantes defini-las no contrato.

Parte da doutrina, defende peculiaridades nessas repartições, que no caso poderá até incluir variações decorrentes do fato do príncipe e do fato da administração, podendo assim ser repartidos esses riscos, que no caso só seria estática no começo do contrato, podendo variar na execução, propriamente dita. Dessa forma, aponta Aragão, senão vejamos:

Admite, portanto, uma manutenção da equação econômico-financeira diferente da tradicionalmente aplicável aos contratos administrativos em geral, dita estática e referenciada apenas ao momento inicial do contrato. Em uma manutenção da equação econômico-financeira dinâmica e permanentemente atualizada poderão ser incluídos elementos como previsão de demanda e de variação dos custos ordinários com insumos e pessoal, que não poderiam ser considerados como fatos imprevisíveis para efeito de reequilíbrio de uma equação econômico-financeira estática⁵⁷.

Sob o mesmo ponto de vista, Aragão alerta que não pode ocorrer são critérios de repartição de riscos que descaracterize o próprio instituto das parcerias público-privadas

⁵⁶ ONU. 2014(EUA). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/hospital-do-suburbio-em-salvador-recebe-premio-das-nacoes-unidas/Acesso:04/04/2020>.

⁵⁷ ARAGAO, J.A Brasileiro. **Parcerias Público Privadas, Procedimento de Avaliação de Riscos**,2005.p.41

(PPPs), o que é razoável, já que divisão de riscos desproporcionais poderia dar ensejo a desistências, fazendo com que todo o trabalho fracassasse.

A matriz de riscos, segundo Guimarães, deve ser primar pela eficiência. Para o autor é impossível atingir um grau de detalhamento absoluto em um contrato, principalmente no que se diz respeito ao aspecto econômico, no sentido de que alguns estudos de níveis avançados de detalhamento e especificação podem incrementar bastante os custos de transação do contrato administrativo, que a torne ineficiente⁵⁸.

Ainda, conforme Ribeiro Portugal não adianta estudar e preparar-se, e depois lançar um edital e a licitação resultar deserta, sem haver assinatura do contrato. Essa fase de estudos, de mitigação dos riscos, de produção de todos os estudos econômicos, ambientais, legais, é um fator fundamental para garantir se o projeto vai ou não adiante. O mapeamento de riscos é outro ponto extremamente importante.⁵⁹

Com relação aos riscos assumidos no caso concreto, primou-se pela repartição de riscos de forma que o parceiro público seja capaz de assumir apenas os riscos por ele controláveis, procurando minimizar riscos de atrair licitantes com propostas mais caras desnecessariamente. Haja vista que ao adicionar riscos a concessionária na qual a mesma não conseguisse controlar - haveria o efeito de encarecimento da proposta.

Em casos como esse, em que o poder público repasse riscos não controláveis ao parceiro privado, como no caso de um financiamento, haverá a procura do próprio parceiro privado a bancos públicos como o Banco do Brasil S/A - dessa forma, melhor seria que o próprio parceiro público seja responsável por esses riscos, já que teria um melhor controle do equilíbrio econômico-financeiro.

Com efeito, foi estabelecido na matriz de riscos do contrato do Hospital do Subúrbio que, o parceiro privado assumiria exclusivamente riscos relativos a flutuações de taxas de câmbio, bem como o da inflação superior ou inferior ao índice utilizado para o reajuste da contraprestação anual máxima ou de valores futuros adicionados para o mesmo período, da mesma forma o aumento de custos de capital.

⁵⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**, 2018 p. 92-97.

⁵⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal, **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/por-que-mauricio-portugal-ribeiro-resolveu-abrir-na-internet-o-livro-concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 22 maio 2020.

No que se refere aos riscos transferidos ao parceiro público, estes suportariam riscos de decisões judiciais ou administrativas que impossibilitassem a concessionária de prestar o serviço ou que impedissem a devida contraprestação pecuniária, ressalvados casos em que a própria concessionária desse ensejo ao dano, tais como: não cumprimento do contrato, ações de má-fé que de alguma e qualquer forma descumprisse o regulamento imposto.

Da mesma forma, riscos assumidos por demora ou inexecuções por culpa exclusiva do Poder Público, sendo estes um incentivo para a contratações do parceiro privado, o qual muitas vezes teme assumir um contrato tão longo e extenso.

Além disso, o anexo 3 (três) das alocações de riscos, prevê prazos rígidos para o cumprimento de cronograma pelo ente público das unidades hospitalares, sendo assim, é dispensado o risco ao parceiro privado por qualquer omissão ou atraso relativo à entrega dessas unidades, não cabendo qualquer tipo de penalidade aplicada ao concessionário.

Cabe também a concessionária responsabilização por tecnologia empregada para a conclusão da execução contratual e seu objeto, a obtenção de licenças, permissões, autorizações, danos de qualquer espécie que atinjam terceiros ou aos bens da concessão que não sejam decorrentes de sua culpa ou decorrentes da fiscalização.

Na parte final dos anexos de riscos contratuais, o poder público estabelece que a concessionária não fará jus a cláusula de equilíbrio financeiro, em caso de concretização de risco assumido pela concessionária.

Do mesmo modo, nesse primeiro momento, percebe-se que a alocação de riscos estabelecidos na minuta de edital de concessão pelo Hospital do Subúrbio serve como referência para editais futuros. Conforme Portugal, a enumeração detalhada de riscos que cabe ao poder público e a transferência de todos os outros para o concessionário. Nesse aspecto, incluir a cláusula que abstém o poder público de pagar indenização por falha nas cláusulas de riscos, seria de suma importância, porém geralmente, conforme diz Maurício Portugal, só é viável em casos que haja boa aceitação do parceiro privado em relação a essa cláusula, sendo assim, é até mesmo mais interessante a não aceitação da parceria, caso ambas as partes não estejam inteiramente de acordo com os riscos assumidos.⁶⁰

⁶⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/por-que-mauricio-portugal-ribeiro-resolveu-abrir-na-internet-o-livro-concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 22 mai 2020.

Percebe-se que foi transferido também ao poder público os riscos com relação a fatores imprevisíveis, muitos deles riscos ambientais, tais como enchentes, pandemias e, em contrapartida os de fatores sociais, como greves, quarentenas; tais riscos são cobertos por seguro garantidor contratado pelo parceiro privado, obrigatório no contrato. Dessa maneira, o risco deve ser alocado conforme a parte tenha maior expertise para lidar com a situação.⁶¹

O professor Ribeiro Portugal acrescenta exemplo interessante aplicado na Inglaterra, referência em contratos de PPPs no mundo. No caso, Maurício Ribeiro Portugal cita que neste país do Reino Unido tem sido comum em contratos para fazer obras metroviárias, repassar o risco de interferências não previsíveis, desde que se trate de expertise tecnológica, para o parceiro privado, ou seja, o concessionário. Essas interferências, são relatadas como, por exemplo, nos casos os quais na execução do contrato, são encontrados de forma imprevisível cabos metroviários, dutos, ou mesmo canais existentes no subsolo de uma metrópole, os quais se encontram no caminho de um túnel de metrô em estágio de perfuração, ocasionando dificuldades na operação da obra. Nesse caso, ainda que se tenha um mapeamento bastante detalhado do subsolo e solos destas cidades, existirá sempre a possibilidade de haver cabos, dutos, ou outras infraestruturas que não estão nesses mapas, mas que fazem parte do caminho em que foram projetados esses túneis.

Para o autor, ainda que nem o poder público e nem o poder privado tenha como evitar as interferências imprevistas, somente a configuração dos mapas existentes do subsolo de forma bastante improvável poderá ser resolvida pela concessionária antes do início da perfuração do túnel do metrô. Outrossim, ambas as partes relacionadas no contrato de parceria público-privada, não tem como evitar que tal situação não desejável aconteça. No entanto, o parceiro privado, caso ocorra um rompimento de cabos que estavam no caminho da perfuração do túnel do metrô, estará em posição muito mais confortável para resolver o problema em comparação com a Administração Pública, dessa forma, no caso em questão, os britânicos alocaram esse risco ao particular, ou seja, à concessionária.⁶²

⁶¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/por-que-mauricio-portugal-ribeiro-resolveu-abrir-na-internet-o-livro-concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 22 mai 2020.

⁶² RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/por-que-mauricio-portugal-ribeiro-resolveu-abrir-na-internet-o-livro-concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 22 mai 2020.

7 RISCOS E EFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO: DAS GARANTIAS E SEGUROS - CASO HOSPITAL DO SUBÚRBIO. RISCOS DE EXPERTISE.

7.1 GARANTIAS

Um dos grandes desafios ao se constituir uma parceria público-privada é saber gerenciar os riscos, porquanto a principal dificuldade está no prazo de longa duração do contrato que necessariamente irá comprometer recursos públicos e orçamentários.

Ramiro Zinder, observa em evento⁶³ realizado que processos mal feitos costumam parar por análises equivocadas.

Diante disso é necessário que haja, conforme já foi dito, mitigação de riscos e garantias de execução do contrato. Ainda segundo Ribeiro⁶⁴, a garantia de cumprimento de um contrato tem duplo objetivo, quais sejam: reduzir o risco de crédito implicado no recebimento de multas aplicados à Administração Pública e tornar mais viável a execução de multas e demais penalidades financeiras aplicadas ao parceiro privado pelo descumprimento do contrato, fazendo assim que a concessionária tome mais cuidado e cumpra adequadamente o contrato, o chamado *'performance bond'* ou *'completion guarantee'* ou seja; garantia de término adequado das obras.

Para o autor, embora haja algumas diferenças peculiares entre os dois termos, sendo *completion guarantee* aplicado no início para garantia de aquisições de obras como em hidrelétricas e o *performance bond* sendo exigido mais na execução do contrato, não é incomum a mescla desses dois procedimentos de garantias, sendo louvável a consulta a especialistas da área securitária para uma melhor modelagem de contratos a fim de diminuir eventuais riscos.

Com relação ao contrato de PPP realizado para a construção do Hospital do Subúrbio, estabeleceu-se logo no início que a seguradora deveria ser de primeira linha. Nesse ponto Portugal explica que é importante prever no edital de licitação que a seguradora seja uma instituição de força financeira nacional com qualidade de rating na *posição Aa2.br ou brAA ou A(bra)* de acordo com a Moody's, Standard& Poors ou Ficht.⁶⁵

⁶³ Zinder, Romiro. **PPP e Concessões**: Tribunal de Contas de Santa Catarina **Seminário PPP e Concessões**: Tribunal de Contas de Santa Catarina . 2019. Disponível em: www.tce.sc.gov.br. Acesso em: 06 maio 2020.

⁶⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

⁶⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/por-que-mauricio-portugal-ribeiro-resolveu-abrir-na-internet-o-livro-concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 22 mai 2020.

Tais critérios foram utilizados no presente contrato de concessão administrativa do Hospital do Subúrbio, conforme cláusula 18 do contrato⁶⁶. Importante salientar que todo o processo de fiscalização de contrato foi feito pela SESAB, sendo estipulado que nenhum serviço ou obra poderia ser iniciada sem que a concessionária apresentasse apólices em vigor, válidas e em condições regulamentadas pelo agente fiscalizador competente.

Um outro ponto importante estipulado no contrato foi de se figurar como cossegurado do contrato, em sua cláusula 18.4. Segundo lição de Maurício Ribeiro Portugal:

É importante que o órgão ou entidade da Administração Pública contratante figure como cossegurado nas apólices de seguro, de modo a lhe garantir direitos semelhantes aos do segurado, e que haja obrigação do segurado e da seguradora (por meio da exigência ao parceiro privado de incluir tal cláusula no contrato de seguro) de informar a Administração Pública de qualquer alteração nos termos do seguro, ou seu cancelamento ou suspensão. Em vista das mudanças no contrato e no mercado securitário que podem ocorrer ao longo do contrato de concessão comum ou PPP, deve haver permissão no contrato para modificação das coberturas dos seguros pelo parceiro privado, desde que com prévia autorização da Administração Pública⁶⁷

Importante frisar que a exigência de garantia contratual é uma medida de auto executoriedade do Estado, não sendo passível de controle judicial, dessa forma na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A garantia, quando exigida do contratado, é devolvida após a execução do contrato; em caso de rescisão contratual, por ato atribuído ao contratado, a Administração pode reter a garantia para ressarcir-se dos prejuízos e dos valores das multas e indenizações a ela devidos (art. 80, III). Trata-se de medida auto executória, que independe de recurso ao Poder Judiciário⁶⁸.

Nesse sentido, consoante a obrigação de zelo dos bens reversíveis, a concessionária tem obrigação, segundo o art. 31 da Lei nº 8.987/1995, “zelar pela integridade dos bens, bem como segurá-los adequadamente”⁶⁹.

⁶⁶ Ver Anexos.

⁶⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/por-que-mauricio-portugal-ribeiro-resolveu-abrir-na-internet-o-livro-concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 22 mai 2020.

⁶⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração pública: concessão - permissão - franquia - parceria público privada**. 12. ed. São Paulo: Gen, 2019.

⁶⁹ PLANALTO, Lei n. 8.987/1995. Acesso em: 25/05/2020.

8 RISCOS RELACIONADOS A FORÇA MAIOR E INCERTEZAS

A definição de força maior tem suas origens do direito romano segundo qual força maior é aquela que a fraqueza humana não pode resistir. (*vis maior est cui humana infirmitas resistere non postest*). No mesmo sentido entende Orlando de Almeida Secco, segundo qual força maior seria algo externo que vai além das forças que o indivíduo possa contrapor.⁷⁰

O Professor José dos Santos Carvalho Filho ensina que: São fatos imprevisíveis eventos que constituem o que a doutrina tem denominado de força maior e de caso fortuito. Não distinguiremos estas categorias, visto que há grande divergência doutrinária na caracterização de cada um dos eventos.⁷¹

Embora não haja uma definição consensual no meio jurídico sobre o que seja força maior, de acordo com a Lei 10.406/2002, conhecido como Código Civil de 2002, em seu art.393, cabe a parte contratada apenas se responsabilizar por aquilo que foi expressamente contido como força maior em contrato.

Nesse contexto, nem todos os riscos de força maior são seguráveis, sendo cabível ao governo suportar os riscos não seguráveis, como o risco político, e ao parceiro privado suportar riscos seguráveis, para tanto deve o projeto antes de tudo observar o princípio do *Value For Money*.⁷²

Nesse ponto, o contrato de PPP realizado pelo Hospital do Subúrbio cuidou bem de suportar esses riscos ditos não seguráveis, primando pela responsabilidade de a contratada poderia ser extinto pelas partes caso os efeitos se perdurem por um período superior a 1 (um) ano e impeçam a regular prestação de serviço pela concessionária. No caso, atendendo ao princípio do *Value for Money* (VFM), a Concessionária seria indenizada pelo o que houver executado, bem como por outros prejuízos comprovados, todavia descontados quaisquer valores recebidos pela concessionária a título de coberturas de seguros. Esses dispositivos foram estabelecidos no clausula 31 do contrato. Estabelece também na clausulas 28.2, proibição de extinção por caducidade pelo poder concedente em caso de força maior ou caso fortuito.

⁷⁰ SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981, p. 125

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p.167.

⁷² **Value for Money** é a forma como se avalia quantitativamente a capacidade de um determinado projeto produzir ganhos econômico-financeiros, em geral de forma comparativa a uma hipótese alternativa de investimento. Revista Trevisan, 2019.

9 SITUAÇÃO ATUAL DE PANDEMIA COVID-19 - AÇÕES E ASPETOS CONTROVERSOS SOBRE A FORÇA MAIOR

O Hospital do Subúrbio, destaca-se não apenas pela organização, gestão de leitos e UTIs, conforme explicitado anteriormente.

Segundo o Dr. Rogério Palmeira, diretor técnico do hospital e professor da Escola Baiana de Medicina, os hospitalistas terão papel de liderança no enfrentamento à Covid-19, dentro da casa de saúde em que atuam. Hoje, a instituição conta com uma equipe voltada à Medicina Hospitalar com oito médicos e 12 residentes. Observa ainda, que, não há sistema de saúde com disponibilidade de médicos infectologistas ou intensivistas para enfrentar a crise. Desse modo, os hospitalistas que tenham qualificações técnico-científicas terão papel de destaque conduzindo a equipe e no atendimento aos pacientes graves⁷³.

Observa-se que o Hospital elaborou bem um plano de ação para casos imprevisíveis como o desenvolvimento de fluxo de atendimento, usos de UTIs, leitos e ventiladores mecânicos, o que facilita bastante o enfrentamento da crise relacionada a pandemia. Os indicativos de equipamentos foram cuidadosamente estabelecidos no Anexo 2, pg.68 do contrato de concessão, com todas as especificações técnicas distribuídas ao longo do contrato. Quanto a organização de leitos e fluxos de atendimentos, estes estão explicitados nas cláusulas 2.5 a 2.6 do contrato.

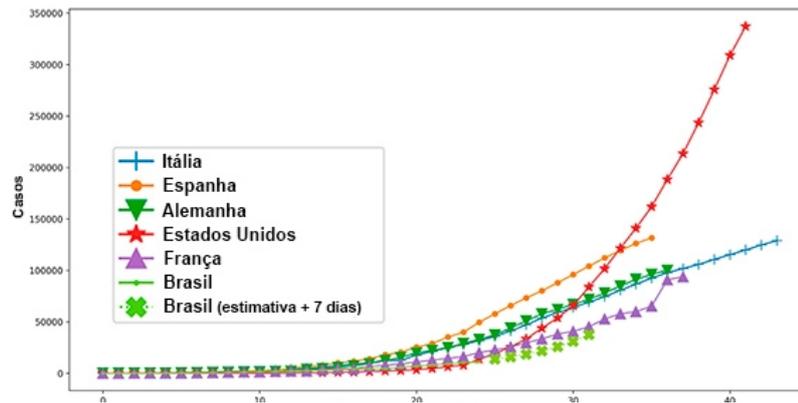
Recentemente, no mês de abril de 2020, o Hospital também passou a construir Hospitais de Campanhas (*lead hospitals*), para atender casos de emergência, que contou com a colaboração de mais de 60 trabalhadores, como forma de prevenção para que o sistema de saúde da Bahia não entre em colapso. A previsão seria de aproximadamente 118 leitos para os casos mais graves. Para o diretor técnico, Rogério Palmeira, o Brasil deve aprender com as experiências italianas e francesas, que não tiveram o tempo que tem os Hospitais Brasileiros para a prevenção da pandemia.

O Hospital do Subúrbio tem estudado formas de aprimorar seu conjunto de conhecimentos, utilizando de tecnologias avançadas para prevenção de doenças graves como é o caso do coronavírus. Observa-se que, países como Estados Unidos, Itália e França, até o presente momento, tiveram um crescimento alto em relação ao Brasil e a prevenção é uma forma de reduzir riscos. Vide Gráfico que mostra as curvas de evolução da pandemia em um

⁷³ PALMEIRA, Rogério. Disponível em <http://www.saude.ba.gov.br/2020/05/02/governo-do-estado-abre-20-leitos-de-uti-no-hospital-do-suburbio-para-pacientes-com-covid-19/> Acesso em: 01/06/2020.

período de 1(uma) semana mês abril 2020 em alguns países da Europa, Estados Unidos e uma estimativa no Brasil, com base em tecnologia de inteligência artificial, no qual são usados métodos estocásticos e estatísticos a fim principalmente de proporcionar uma prevenção aos riscos de contaminação em áreas geográficas desses países.

Figura 2 - Exemplicação da Tecnologia Utilizada na Prevenção



Fonte: Agência Fapesp – inteligência artificial rastreia notícias sobre Covid-19

O diretor tem razão em sua preocupação, e o Hospital do Subúrbio tem se lançado a frente nessa prevenção contra o colapso do sistema de saúde. Alguns hospitais já estão com 70% dos leitos ocupados e alguns outros já estudam até a utilização de sistema de inteligência artificial como medida de escolha de pacientes com maior chances de sobrevivência em UTIs, nos casos da Espanha e Itália, nos quais algoritmos auxiliaram médicos com os dados extraídos para cada paciente, fazendo cruzamento de dados para chances de vida. Importante salientar que medidas tomadas como prevenção poderá fazer com que o Brasil não chegue a esse ponto, poupando recursos financeiros e principalmente vidas.

A tabela seguinte faz referência ao número de leitos em UTIs nos Hospitais Brasileiros:

Tabela 5 - Disponibilidade de leitos no Brasil

<i>UTIs nos estados na crise do Coronavírus</i>			
<i>Proporção menor que 1 mostra despreparo</i>			
	Leitos em UTI por 10 mil hab.	Leitos de UTI do SUS por 10 mil hab.	Leitos de UTI não SUS por 10 mil hab.
Norte			
<i>Rondônia</i>	1,63	1,01	7,08
<i>Acre</i>	0,9	0,71	3,54
<i>Amazonas</i>	1,24	0,79	3,43
<i>Roraima</i>	0,92	0,57	6,29
<i>Pará</i>	1,18	0,57	6,42
<i>Amapá</i>	1,03	0,33	8,27
<i>Tocantins</i>	1,43	0,86	8,37
Nordeste			
<i>Maranhão</i>	1,12	0,59	8,18
<i>Piauí</i>	1,1	0,56	5,57
<i>Ceará</i>	1,33	0,76	4,01
<i>Rio Grande do Norte</i>	1,71	0,94	5,2
<i>Paraíba</i>	1,51	0,94	5,49
<i>Pernambuco</i>	1,96	1,09	6,31
<i>Alagoas</i>	1,45	0,86	5,18
<i>Sergipe</i>	1,48	1,01	3,47
<i>Bahia</i>	1,32	0,64	6,49
Sudeste			
<i>Minas Gerais</i>	2,06	1,3	3,14
<i>Espírito Santo</i>	2,72	1,19	5,6
<i>Rio de Janeiro</i>	3,79	0,97	8,7
<i>São Paulo</i>	2,63	1,19	3,8
Sul			
<i>Paraná</i>	2,52	1,54	3,93
<i>Santa Catarina</i>	1,58	1,03	2,61
<i>Rio Grande do sul</i>	2,1	1,33	3,31
Centro Oeste			
<i>Mato Grosso do Sul</i>	1,78	0,94	4,71
<i>Mato Grosso</i>	2,62	0,89	10,63
<i>Goiás</i>	2,8	1,11	5,92
<i>Distrito Federal</i>	3,39	0,89	8,78
Total	2,13	1,04	4,84

Fonte: Folha UOL (adaptado pela autora)

Importante evidenciar, no que concerne à alocação dos riscos que o contrato prevê em sua cláusula 16.1.4⁷⁴ que toda tecnologia que for empregada será de responsabilidade da concessionária, para a melhor execução do contrato, dessa forma também primando pelo princípio do *Value for Money*.

Observa-se então que quanto aos riscos imprevisíveis, a sistemática adotada foi que em se tratando de riscos de expertise e tecnológicos, como alhures demasiadamente explicitado, cabe ao concessionário suportá-los, pois, nesse sentido, estaria coerente com o princípio da eficiência, adequação pelo melhor gerenciamento e gestão e pelo *Value for Money*, evitando que o projeto se padeça e os recursos de milhões e bilhões de reais sejam desperdiçados.

Por outro lado, riscos imprevisíveis como as pandemias, desastres naturais, devem ser suportados pelo poder público, pois esse dispõe de maior capacidade financeira e recursos de toda ordem, ao contrário, se perderia mais dinheiro e tempo, porquanto certamente o parceiro privado não conseguiria suportar as obrigações do contrato.

⁷⁴ Ver Anexo

10 RISCOS: PANDEMIA É CASO FORTUITO? COMO LIDOU O CONTRATO DO HOSPITAL DO SUBÚRBIO?

Discute-se por fim, se a pandemia seria descrita como caso fortuito, pelo fato de sua imprevisibilidade, como no caso do coronavírus (Covid-19).

O caso teria de ser analisado, conforme dito acima, no contrato. No contrato de concessão da parceria público-privada do Hospital do Subúrbio, essa cláusula, estabeleceu como responsabilidade do poder público, porém o termo ficou vago, citando exemplo como forças naturais, dentre outros.

É preciso ter cuidado nesse aspecto, pois alguns países têm concepções diferentes sobre a imprevisão nos contratos públicos e privados, todavia as realidades são diferentes e as cláusulas são taxativas e observadas no caso concreto. Na legislação brasileira, o termo é aberto, embora não se tenha uma definição concreta no âmbito empresarial; no contexto público essa celeuma é resolvida justamente nos contratos de PPPs na álea de riscos, aniquilando qualquer dúvida quanto à segurança jurídica, tendo em vista que o contrato foi legítimo, garantido a parte mais fraca, toda a garantia estabelecida. Nesse ponto, não teria como ser diferente, pois ao contrário, a concessionária não suportaria tais riscos aos quais não deu causa.

Para o Ministro Sérgio Kukina do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o fato do príncipe será mola propulsora de várias ações judiciais com relação à pandemia. Então, nesse ponto, deveria ser sempre que questionado pelo particular o enquadramento da Covid-19 na teoria da imprevisão, mais relacionado ao fato do príncipe – pautado pela análise de razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto. Todavia, conforme dito, esse problema passa longe dos contratos de PPPs, já que o próprio poder público, assume a responsabilidade nos contratos de concessão administrativa, evitando brigas judiciais⁷⁵.

No entanto, é sempre bom enfatizar que o contrato deve ser interpretado pela boa-fé objetiva, observando o princípio do equilíbrio econômico – financeiro e função social.

Nesse diapasão, importante observar que o Estado, de toda forma, não pode se ausentar em cumprir a Constituição, assegurando os direitos fundamentais. Nesse ponto, importante e complexo artigo escrito recentemente pelo Ministro do STF e Professor Gilmar Ferreira Mendes, segundo o qual:

⁷⁵ Debate Virtual Juristas. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Em-debate-virtual--ministro-Kukina-fala-do-fato-do-principe-e-da-judicializacao-em-torno-do-coronavirus.aspx>

Como já destacado, a Constituição não pode ser vista como um obstáculo à implementação de medidas essenciais, que podem proteger vidas e diminuir o impacto da pandemia na nossa economia. Antes disso, é preciso enxergá-la como um caminho necessário a tais políticas públicas, buscando-se alternativas que contemplem os valores constitucionais, dentre os quais se destacam a função do Estado de proteger a vida e a saúde pública⁷⁶

10.1 DA CLAUSULA MUITO EXTRAORDINÁRIA

Por outro lado, em também recente artigo publicado em julho de 2020, Eduardo Jordão⁷⁷, alerta sobre uma tentativa de se implementar a denominada cláusula ‘muito extraordinária’ em contratos de PPPs. Tal medida seria um total retrocesso.

Segundo Jordão, essa cláusula é pensada para que a repartição de custos de eventos imprevisíveis seja partilhada entre o poder concedente e o concessionário. Para o professor, a solução seria inconveniente e certamente fora da pauta dos pensamentos jurídicos brasileiros, pois: “os licitantes precificam este risco que passariam a ser-lhes atribuído e incluiriam, provavelmente, em sua proposta margem para enfrenta-lo, passando para a sociedade os custos eventuais deste evento não apenas se ele se materializar, mas sempre”.⁷⁸

E ainda complementa Jordão que, se o risco não se materializar, a margem incluída na proposta para enfrentar o evento acabaria sendo assimilada pelo empresário como lucro adicional e, se não bastasse poderiam os licitantes ter dificuldades em precificar tal risco, o que resultaria em uma competição desigual entre licitantes que disputam, não no que seria essencial para a prestação de um serviço adequado, mas sim na capacidade que tais licitantes detêm para enfrentar prováveis incertezas, favorecendo o licitante aventureiro.⁷⁹

Dessa forma observa-se que o Estado não pode se imiscuir de cumprir sua obrigação constitucional de direito à saúde, por se tratar de um dos objetivos da República, um direito social e fundamental, no qual não pode retroagir e ser descumprido por soluções mágicas, vedado seu descumprimento, individualmente, até pelo princípio da reserva do possível. Embora muitos digam que despesas correntes não trazem resultados, aqui o pensamento é

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Artigo, 2020. Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-onstitucionais?>

⁷⁷ Professor da Graduação e do Mestrado em Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), desde 2013. Indicado ao prêmio Jabuti de Direito.

⁷⁸ JORDÃO, Eduardo. **Pandemia e Concessões a Criação de uma Alea Muito Extraordinária**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/pandemia-e-concessoes-a-criacao-de-uma-alea-muito-extraordinaria-21072020. Acesso em: 27 Jul. 2020.

⁷⁹ Idem.

inverso, pois as despesas correntes, como as de folhas, trazem para o Estado, investimento em profissionais como médicos, professores, e ao contrário, muitas vezes uma despesa de capital, mal aplicada, ou com fins eleitoreiros (risco político), podem resultar em obras faraônicas e desperdício de recursos públicos.

11 PANDEMIA E ESTADO DE COISAS INCONTITUCIONAL

Os problemas de saúde pública no Brasil decorrem muitas vezes de recursos financeiros que são corrompidos. A falta de fiscalização e má-fé nas contratações de serviços e obras públicas são origem desses problemas. Diariamente esses problemas são discutidos pela mídia. Porém, observa-se que a situação se repete, inclusive com recentíssimo caso apresentado nesse mês de julho do ano de 2020, no qual o Ministério Público de Minas Gerais investiga fraudes na execução dos contratos relacionados à Covid-19 na cidade de Varginha⁸⁰. Esses casos são vistos e debatidos quase que diariamente há décadas. Além da falta de planejamento e fiscalização dos contratos por falta de gestão central nos contratos comuns, o que não ocorre tanto nos contratos de PPPs, já que estas são centralizadas por uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), observa-se um estado de letargia dos poderes da União para combater essa disfunção.

Daniel Sarmiento, segundo o professor Thimotie Heeman, traz à baila o estudo dos processos estruturantes. Para o professor Heeman⁸¹, os processos estruturantes, que tiveram origem na Suprema Corte da Colômbia, sendo também bastantes utilizados na África do Sul, são trazidos pela doutrina como decorrentes de uma prolongada omissão em conjunto dos poderes públicos em geral sobre aspectos relacionadas a causas sociais que estão ligados aos direitos humanos, como nos casos das condições de cuidados dos presidiário brasileiros. Desse modo, o partido PSOL apresentou a ADPF 347, com sustentação Oral de Daniel Sarmiento.⁸²

Nessa Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental resultaram-se a implementação de Audiência de Custódia, Fundo Prisional e os direitos dos presos que são presos inocentemente aos danos morais.

Nesse ponto, surge a ideia de que o Sistema Único de Saúde e os hospitais em geral, assim como os presídios brasileiros, carecem de uma solução urgente pelos poderes públicos. Fazem parte de um processo estruturante e devem ser considerados como um Estado de Coisas Inconstitucional, conforme também expõe o professor Heeman⁸³. Nesse ínterim, observa-se

⁸⁰ Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/for%C3%A7a-tarefa-investiga-fraude-na-execu%C3%A7%C3%A3o-de-contratos-relacionados-%C3%A0-covid-19-em-varginha-1.796684>. Acesso: 23 Jul 2020.

⁸¹(Heeman, Thimotie,2020) Apud (Sarmiento, Daniel 2019).

⁸² Sarmiento, Daniel. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/veja-sustentacao-oral-daniel-sarmiento-sistema-carcerario-stf>. Acesso: 23 Jul 2020.

⁸³ (Heeman,Thimotie,2020) Apud (Sarmiento, Daniel 2019)

para mais que, os desgastes oriundos da atual crise relacionada a pandemia condenam a população a consequências resultantes da falta de equipamentos, atendimento e medicações.

Destarte, não é novidade que a saúde brasileira enfrenta problemas dos mais variados, os quais violam os direitos humanos, dos quais são irradiadores de todo o ordenamento jurídico. Porém, com a pandemia do coronavírus Covid-19, essa situação há tempos necessita de um direcionamento.

Resta aos poderes implementar e declarar o Estado de Coisas Inconstitucional para balizar alguns pontos ou políticas públicas para a solução do problema. Caso contrário, poderíamos estar retrocedendo na garantia dos direitos sociais e fundamentais à saúde, o que é vedado no ordenamento jurídico.

Pensar contrário poderia trazer consequências futuras a imagem do Brasil, inclusive em questões de investimentos públicos, por falta de segurança jurídica. Do mesmo modo podem trazer consequências indiretas, como as estabelecidas em norma chamada no direito internacional de *soft law*, as quais mesmo sem um caráter de obrigação, interfere no negócio político, fazendo que a parte (país) que descumpra certos ditames morais, ou de comprometimento com as suas resoluções, passam a ter uma imagem negativa perante os outros países participantes.⁸⁴

⁸⁴ Soft law. Expressão utilizada no âmbito do Direito Internacional Público que designa o texto internacional, sob diversas denominações, que são desprovidos de caráter jurídico em relação aos signatários. São, portanto, facultativas, ao contrário do que ocorre com o *jus cogens*, que são normas cogentes. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1042/Soft-law>. Acesso em: 27 jul 2020.

12 FATORES DE SUCESSO NO CONTRATO DE PPP DO HOSPITAL DO SUBÚRBIO

Devemos atentar alguns pontos que levou o Hospital do Subúrbio a ser premiado internacionalmente e continuar até os dias de hoje como referência nos atendimentos em saúde pública. O objetivo não é de que seja copiado o modelo por outros, mas sim servir de parâmetro em cada caso concreto.

Certamente o cuidado de todos envolvidos no complexo projeto de PPP foi determinante para o sucesso. Muitos debates, audiências e consultorias foram realizadas para o início do projeto. Primeiro foi estabelecido um estudo para saber se realmente as vantagens, o custo-benefício da implementação de PPPs fossem mais interessantes do que os contratos diferentes, comuns, com Organizações Sociais ou mesmo com Autarquias e Fundações; utilizando agências altamente especializadas e pautadas pelo princípio do *Value for Money*.

Um bom projeto pode ser caro em sua análise, mas ao final, certamente será muito mais barato e eficaz. Nesse ponto, a PPP prevaleceu justamente pela sua obrigatoriedade de matriz de riscos. O estabelecimento de metas, a gestão central, a fiscalização consistente fizeram com que o projeto não fracassasse no seu início.

A elaboração dos riscos foi feita com a mais alta técnica de gestão de riscos, sendo que cada risco foi alocado de maneira que caberia àquele que melhor pudessem suportar, surgindo assim uma sinergia e cooperação para ambos os lados se incentivassem a procurar chegar a um serviço adequado, afastando assim parceiros privados descompromissados ou corruptos. Essa é uma das grandes vantagens, pois se afastam aqueles que realmente não estão comprometidos com o projeto, evitando desperdício de recursos públicos, tempo e vidas.

No contrato, conforme particularizado no bojo dessa pesquisa, primou por garantir ao parceiro privado aquilo que ele não tinha capacidade de começar, com um aporte financeiro da concessão e ao mesmo tempo se cobrando resultado, com índices de desempenho avaliados e altamente implementados por agências especializadas, sendo que ao menor risco de não se conseguir cumprir o contrato, ao parceiro privado era obrigatória a constituição de um seguro garantidor.

Todavia, não há uma fórmula mágica. Problemas existiram também, como alto custo em projetos que poderiam ter sido dispensado, como um dispêndio grande na construção do Hospital que foi feita a parte pelo governo e não em conjunto com a PPP. Alguns imprevistos

certamente ocorreram, mas ao final de tudo, o projeto foi um sucesso, com resultados financeiros e em qualidade de atendimento, muito acima da média.

Destaca-se que os projetos de PPPs são complexos, demandam um alto investimento inicial para que apresente resultados concretos. Um comprometimento governamental, a maturidade institucional, a capacidade de organização estatal, tudo isso influencia muito o sucesso do projeto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou fazer uma análise da importância da implementação de parcerias público-privadas, na modalidade concessão administrativa, nas políticas públicas governamentais, particularmente na gestão de riscos e eficiência do projeto de implementação do Hospital do Subúrbio.

A escolha do tema foi baseada no sucesso internacional que obteve o projeto, tornando o Hospital referência internacional, bem como contextualizando com a atual realidade de pandemia no mundo, especialmente no Brasil. Controvérsias e tendências jurídicas foram abordadas.

Primeiro foi feita uma análise do termo contrato, e suas diferenças. Há uma confusão geral, até por muitos profissionais e estudantes com relação a esses termos. Dessa forma, foi feita uma análise com pesquisa em vários doutrinadores do direito administrativo, bem como profissionais e cientistas da gestão pública, para separar os diferentes termos, principalmente entre concessão comum e especial; e ainda mais nas diferenças da modalidade de concessão administrativa da concessão especial, qual seja a PPP.

A abordagem histórica de como se começou a necessidade de se pensar em descentralizar os serviços públicos foi necessária na introdução para se chegar a toda essa análise contratual.

Partindo-se de uma compreensão geral exposta no referencial teórico, passou-se a parte prática. A ênfase foi dada para o risco e as medidas de eficiência e eficácia contratual, haja vista que as duas abordagens se relacionam sinergicamente, não tendo como falar de uma sem a outra. O risco foi delimitado com relação a imprevisão contratual, por alguns motivos, dentre eles a atual situação de pandemia em que nos encontramos atualmente.

A divisão do risco foi determinada no aspecto da importância da sua alocação. O Hospital do Subúrbio, em suas cláusulas procurou tratar com muito cuidado, sendo que os riscos não poderiam ser repassados para aqueles que não o suportassem, pois se assim fosse, o projeto todo fracassaria, com um dispêndio bem maior de tempo, dinheiro, entre outros fatores que poderiam levar ao insucesso futuro.

Em suma, todo o risco do projeto foi estabelecido de forma cujo aquele que desse causa ao risco, seria o responsável, além de levar em conta a capacidade de gestão de cada risco e a solução para cada caso, como o caso de garantias em que o concessionário deveria suportar caso não alcançasse, por algum motivo, sua meta de desempenho, sendo possível até o desconto

da remuneração pelo ente público. Os custos imprevisíveis, embora haja hoje uma celeuma e seja objeto de futuras discussões no âmbito do direito privado, será do ente público. Observamos que de qualquer forma é dever do Estado providenciar a saúde pública, então seria uma incoerência passar esse risco para um parceiro privado, que certamente iria fracassar, levando todo o tempo e dinheiro a serem desperdiçados.

Dessa forma, foi pautada todo um estudo em debates, audiências e utilização de agências especializados em *Value for Money* (VFM), levando não só aspectos financeiros, mas de qualidade, mesmo que essas não fossem o lucro, já que o objeto é a prestação de serviço público, não se fala aqui de empresa. Então, o objeto é buscar a melhor forma de se fazer, a qual seria, claro, melhor com sobra de dinheiro, porém se não fosse, com o menor dispêndio possível e com maior qualidade, ou seja, a eficiência e eficácia.

Esse trabalho, teve como objetivo fornecer as diretrizes, sempre que possível passando algum detalhe, mas não caberia aqui falar de tudo, de todo tipo de risco e nem como na prática é feita toda a avaliação das agências, dos algoritmos, da metodologia do *Value for Money* (VFM), que poderá ser abordado em outro trabalho futuramente.

Nesse aspecto, tanto uma compreensão básica jurídica, administrativa e econômica fazem parte do começo para aqueles que querem implementar uma parceria público-privada. Todavia, o comprometimento governamental com o projeto, a maturidade institucional, a organização e paciência para a elaboração desde o edital de licitação até a execução do contrato são primordiais para o sucesso do projeto.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA, Fasep. **Inteligência artificial rastreia notícias sobre COVID-19**. Disponível em: <<http://agencia.fapesp.br/inteligenciaartificial>>.

AVILA. **Direito Público em Evolução**: estudos em homenagem a professora Odete Medeaur. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2017

ARAGÃO, J.A Brasileiro. **Parcerias Público Privadas, Procedimento de Avaliação de Riscos**,2005.

BEAUVIOR, Lucie-Ernestine-Marie Bertrand de Beauvoir, **Citações**. Existencialismo. Disponível em: <<https://www.pensador.com/autor/sione-de-beauvoir>>. Acesso em: 20 de junho 2020

BRASIL, **Constituição Federal (1988)**. Acesso em: 28/05/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 maio.2020

CARREIRA, M. B. M. **Parceria Público Privada PPP: Análise do Mérito do projeto do setor de Saúde no Brasil**. 2014

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

CARVALHO, M. M de.; PALADINI, E. P. **Gestão da Qualidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier: ABREPO, 2012. p.16

COSTA, F. L. (Set/Out de 2008). Brasil: **200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**. Revista de Administração Pública.

ELISEU. **Origem da Palavra**. 2011. Disponível em <<https://origemdapalavra.com.br/palavras/contrato/>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

GIL, Antônio Carlos, 1946 – **Como elaborar projetos de pesquisa**.4ª edição- São Paulo: Atlas, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**,2018. p.92-97

ISO, 31000. **Conceito de Risco ISO 31000**. 2020. Disponível em: <<http://www.iso31000qsp.org/2010/06/como-ficou-definicao-de-risco-na-nova.html>>. Acesso em: 07 maio 2020.

JUNIOR, O. B. (Abr/Jun de 1998). **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos**. Revista do Serviço Público, Ano 49(2).

JORDÃO, Eduardo. **Pandemia e concessões: a criação de uma álea ‘muito’ extraordinária** Disponível em <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/pandemia-e-concessoes-a-criacao-de-uma-alea-muito-extraordinaria-21072020>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

KUKINA, Sergio. **Debate Virtual Juristas**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Em-debate-virtual--ministro-Kukina-fala-do-fato-do-principe-e-da-judicializacao-em-torno-do-coronavirus.aspx>> Acesso em: 20 maio 2020

LOGGI, Rogério. **Seminário PPP e Concessões**: Tribunal de contas de Santa Catarina. 2019. Disponível em: www.tce.sc.gov.br. Acesso em: 06 maio 2020.

Seminário PPP e Concessões: Tribunal de Contas de Santa Catarina. 2019. Disponível em: www.tce.sc.gov.br. Acesso em: 06 maio 2020.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 2013.

MARTINS, L. (1997). **Reforma da Administração Pública e cultura política no Brasil: uma visão geral**. Caderno Enap, n. 8.

MENDES, Gilmar Ferreira **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Artigo, 2020. Filosofia do Direito e Direito Constitucional. CONJUR.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NETTO, Virgílio Afonso da Silva. **Direito Público em Evolução**: estudos em homenagem a professora Odete Medaur. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2017.

PALMEIRA, Rogério. Disponível em <http://www.saude.ba.gov.br/2020/05/02/governo-do-estado-abre-20-leitos-de-uti-no-hospital-do-suburbio-para-pacientes-com-covid-19/>> Acesso em: 01/06/2020.

PEREIRA, Bresser. **Reforma Gerencial**. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uoagQM7ml7w>. Acesso em: 15 maio 2020.

PEREZ, Marcos Augusto. **Direito Público em Evolução**: estudos em homenagem a professora Odete Medaur. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2017.

PEROVANNO, Dalton Gean. **Metodologias de Pesquisas**. Tipos de Pesquisas. 2016. Disponível em: chrome-extension://ohfgljdgelakfkefopgklcohadegdpjf/<https://facmais.edu.br/portalmmais/pdf/ead/TIPOS%20DE%20PESQUISA.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração pública: concessão - permissão - franquia - parceria público privada**. 12. ed. São Paulo: Gen, 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo I** Maria Sylvia Zanella Di Pietro. - 29.ed. Rev., atual. e ampliada. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PRINCHAK, Rogério. Disponível em: <http://www.desenbahia.ba.gov>. Acesso em: 06 Maio 2020.

PLANALTO, Governo. **Lei Geral de Licitações**. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/por-que-mauricio-portugal-ribeiro-resolveu-abrir-na-internet-o-livro-concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 22 mai 2020.

RENNÓ, Rodrigo e Colella, Thiago. **Evolução histórica da Máquina Administrativa no Brasil**. Ec. Curso. p. 5-8 Brasília,2020.

SARMENTO, DANIEL. NETO, Claudio Pereira de Sousa. **Direito Constitucional**. Ed. Forum.2020.

SCOTTI, Menelick de Carvalho Netto & Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: a produtiva das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Brasília,DF: Fórum 2014.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981.

SCHIRATO. **Direito Público em Evolução: estudos em homenagem a professora Odete Medeaur**. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2017

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas comentadas**. Salvador. 4ed. Editora. Juspodium, 2011.

SEFAZ, BAHIA. Disponível em: https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Edital_Concessao_0082009.pdf>Acesso: Maio, 2020,

SEMINÁRIO, PPP e Concessões: Tribunal de Contas de Santa Catarina **Seminário PPP e Concessões: Tribunal de Contas de Santa Catarina**. 2019. Disponível em: www.tce.sc.gov.br.

SESAB, BAHIA. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>>Acesso: 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>>Acesso:2020.
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em:
<https://www.portal.tcu.gov.br>>Acesso: 2020.

UNIDAS, NAÇÕES. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/hospital-do-suburbio-em-salvador-recebe-premio-das-nacoes-unidas/>>Acesso:04/04/2020.

ZINDER, Romiro. **PPP e Concessões: Seminário PPP e Concessões**: Tribunal de Contas de Santa Catarina. 2019. Disponível em: www.tce.sc.gov.br> Acesso em: 06 maio 2020.

ANEXO 1 - ALOCAÇÃO DE RISCOS

**Documentos Retirados no formato original, conforme disponibilizados no site:*

https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_hospitalsuburbio.htm

16. Alocação de Riscos

16.1. Com exceção das hipóteses da subcláusula 16.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

16.1.1. Obtenção de licenças, permissões e autorizações relativas à Concessão, ressalvada a hipótese das subcláusulas 5.2 e 5.3;

16.1.2. Custos excedentes relacionados aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 16.2 abaixo;

16.1.3. Atraso no cumprimento dos cronogramas previstos no Anexo 3 ou de outros prazos estabelecidos entre as Partes ao longo da vigência do Contrato, exceto nos casos previstos na subcláusula 16.2 abaixo;

16.1.4. Tecnologia empregada pela Concessionária nos serviços da Concessão;

16.1.5. Perecimento, destruição, roubo, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos Bens da Concessão, responsabilidade que não é reduzida ou excluída em virtude da fiscalização da SESAB;

16.1.6. Gastos resultantes de defeitos ocultos em Bens da Concessão, com exceção do edifício da Unidade Hospitalar e daqueles Bens da Concessão que lhes forem entregues pelo Poder Concedente;

16.1.7. Aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;

16.1.8. Variação das taxas de câmbio;

16.1.9. Modificações na legislação, exceto aquelas mencionadas na subcláusula 16.2.7 abaixo;

16.1.10. Fatores imprevisíveis, fatores previsíveis de consequências

ANEXO 2 - FORÇA MAIOR E CASO FORTUITO

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
Secretaria da Saúde do Estado da Bahia
Gabinete do Secretário - GASEC

31. Evento Continuado de Força Maior e Caso Fortuito

- 31.1. O Contrato poderá ser extinto em razão de força maior ou caso fortuito superveniente à Data de Assunção, regularmente comprovado, cujos efeitos perdurem por um período superior a 1 (um) ano e impeçam a regular execução do Contrato pela Concessionária.
- 31.2. Na hipótese descrita na subcláusula anterior, a Concessionária será indenizada pelo que houver executado até a data em que o Contrato for extinto e por outros prejuízos regularmente comprovados, descontados, todavia, quaisquer valores recebidos pela Concessionária a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos de força maior ou caso fortuito.

ANEXO 3 - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL



GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
Secretaria da Saúde do Estado da Bahia
Gabinete do Secretário – GASEC

- Ineficiência imputáveis ao Concessionário, durante 2 (dois) trimestres consecutivos;
- (v) operação da unidade hospitalar com desempenho inferior à 75% (setenta e cinco por cento) dos Indicadores Quantitativos ou 70% (setenta por cento) dos Indicadores de Desempenho, previstos no Anexo 4, por razões de ineficiência imputáveis ao Concessionário, por 5 (cinco) trimestres, independentemente da consecutividade; e
- (vi) descumprimento de obrigações contratuais, pela Concessionária, recorrente ou reincidente 2 (duas) vezes ou mais em período inferior a 3 (três) meses, após o envio da notificação mencionada na subcláusula 28.4 abaixo;
- 28.2. A SESAB não poderá declarar a caducidade da Concessão com relação ao inadimplemento da Concessionária (a) resultante dos eventos relativos aos riscos da Concessão cuja responsabilidade é do Poder Concedente ou (b) causado pela ocorrência de caso fortuito ou força maior.
- 28.3. A declaração de caducidade da Concessão deverá ser precedida da verificação do inadimplemento contratual da Concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.
- 28.4. Não será instaurado processo administrativo de caducidade sem prévia notificação à Concessionária, sendo-lhe dado, em cada caso, prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento nos termos contratuais.
- 28.5. Instaurado o processo administrativo e comprovado o inadimplemento, a caducidade será declarada pela SESAB, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo e de acordo com as subcláusulas 28.8 e 28.9 abaixo.
- 28.6. Declarada a caducidade e paga a respectiva indenização, não resultará para a SESAB qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da Concessionária.
- 28.7. A declaração de caducidade acarretará, ainda:
- (i) a execução da Garantia de Execução do Contrato, para ressarcimento de eventuais prejuízos causados ao Poder Concedente; e
- (ii) retenção de eventuais créditos decorrentes do Contrato, até o limite dos prejuízos causados ao Poder Concedente.
- 28.8. A indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados.
- 28.9. Do montante previsto na subcláusula anterior serão descontados:
- (i) os prejuízos causados pela Concessionária ao Poder Concedente e à sociedade;
- (ii) as multas contratuais aplicadas à Concessionária que não tenham sido pagas até a data do pagamento do montante previsto na subcláusula 28.8;
- e

ANEXO 4 - INDICADORES DE DESEMPENHO



GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA

Secretaria da Saúde do Estado da Bahia
Comissão Especial de Outorga

APÊNDICE 2 – INDICADORES DE DESEMPENHO

II – Indicadores de Desempenho

II.1. Variação da remuneração conforme os Indicadores de Desempenho (V_{ID})

II.1.1. A parcela da remuneração referente ao cumprimento dos Indicadores de Desempenho variará conforme as porcentagens discriminadas na Tabela 5 abaixo:

Tabela 5- Valor da remuneração relacionada aos Indicadores de Desempenho

Percentual de Cumprimento dos Indicadores de Desempenho	Valor a pagar
Entre 95% e 100%	100% x 30% x Contraprestação Mensal Máxima (R\$)
Entre 90% e 94,99%	98% x 30% x Contraprestação Mensal Máxima (R\$)
Entre 85% e 89,99%	95% x 30% x Contraprestação Mensal Máxima (R\$)
Entre 80% e 84,99%	85% x 30% x Contraprestação Mensal Máxima (R\$)
Entre 75% e 79,99%	80% x 30% x Contraprestação Mensal Máxima (R\$)
Entre 70% e 74,99%	75% x 30% x Contraprestação Mensal Máxima (R\$)
Até 70%	70% x 30% x Contraprestação Mensal Máxima (R\$)

Onde:

Percentual de Cumprimento dos Indicadores de Desempenho = percentual estabelecido por meio da soma das porcentagens referidas nas Tabelas 15 e 16, referentes ao peso de cada Indicador de Desempenho referido no Item II.2.

Contraprestação Mensal Máxima = R\$ [•] (• reais)

ANEXO 5 - DOS SEGUROS E GARANTIAS



GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
Secretaria da Saúde do Estado da Bahia
Gabinete do Secretário – GASEC

qualquer outra espécie de revisão das condições originalmente estabelecidas no Contrato.

CAPÍTULO V – DOS SEGUROS E GARANTIAS

18. Seguros

- 18.1. Durante o Prazo da Concessão, a Concessionária deverá contratar e manter em vigor no mínimo as apólices de seguro indicadas na subcláusula 18.7 abaixo, em condições estabelecidas pela SESAB, conforme regulamentação.
- 18.1.1. As apólices devem ser contratadas com seguradoras e resseguradoras de primeira linha, assim entendidas aquelas cuja classificação de força financeira em escala nacional seja superior ou igual a "Aa2.br", "brAA" ou A(bra), conforme divulgado pelas agências de risco Moody's, Standard & Pools ou Fitch, respectivamente.
- 18.2. Nenhum serviço poderá ter início ou prosseguir sem que a Concessionária apresente à SESAB comprovação de que as apólices dos seguros exigidos no Contrato encontram-se em vigor e observam as condições estabelecidas pela SESAB, conforme regulamentação.
- 18.2.1. Em até 15 (quinze) dias antes da assinatura do Contrato, a Concessionária deverá encaminhar à SESAB cópia autenticada das apólices de seguro de Risco de Engenharia para Instalação e Montagem conforme subcláusula 18.7.1.
- 18.3. A SESAB deverá figurar como um dos co-segurados nas apólices de seguros referidas no Contrato, devendo o cancelamento, suspensão, modificação ou substituição de quaisquer apólices ser previamente autorizado pela SESAB.
- 18.4. Os recursos provenientes da indenização deverão ser utilizados para garantir a continuidade da operação, exceto nos casos em que:
- (i) o evento segurado resulte em caducidade da Concessão; e
 - (ii) quando a SESAB vier a responder pelo sinistro, hipótese em que as apólices de seguros deverão prever a sua indenização direta.
- 18.5. As apólices de seguros poderão estabelecer como beneficiária da indenização instituição financeira credora da Concessionária.
- 18.6. Pelo descumprimento da obrigação de contratar ou manter atualizadas as apólices de seguro, a SESAB aplicará multa, conforme regulamentação, até apresentação das referidas apólices ou do respectivo endosso, sem prejuízo de outras medidas previstas no Contrato.
- 18.7. Durante o Prazo da Concessão, a Concessionária deverá contratar e manter em vigor os seguintes seguros:

- 18.7.2. Seguro de Riscos Operacionais e/ou Nomeados, incluindo no mínimo cobertura de danos materiais de Incêndio (inclusive em consequência de tumulto)/ Raio/ Explosão de Qualquer Natureza, Danos Elétricos e de Equipamentos Eletrônicos, e cobertura de Lucros Cessantes de (Despesas Fixas) decorrente de Incêndio (inclusive em consequência de tumulto)/ Raio/ Explosão de Qualquer Natureza com período indenitário mínimo de 6 (seis) meses;
- 18.7.3. Seguro de cascos da frota de veículos com cobertura compreensiva pelo valor de mercado; e
- 18.7.4. Seguro de responsabilidade civil, cobrindo a Concessionária e o Poder Concedente, bem como seus administradores, empregados, funcionários, subcontratados, prepostos ou delegados, pelos montantes com que possam ser responsabilizados a título de danos materiais, pessoais e morais, custas processuais e quaisquer outros encargos relacionados a danos materiais, pessoais ou morais, decorrentes das atividades abrangidas pela Concessão, inclusive, mas não se limitando, a danos involuntários pessoais, mortes, danos materiais causados a terceiros e seus veículos, devendo tal seguro ser contratado com limites de indenização compatíveis com os riscos assumidos para danos a terceiros nas seguintes modalidades:
- 18.7.4.1. instalação e Montagem, incluindo subcontratados (RC Cruzada), com cobertura extensiva a danos causados na obra civil com limite de indenização mínimo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) para danos pessoais e de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) para danos materiais;
- 18.7.4.2. operação, com limite de indenização mínimo de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais);
- 18.7.4.3. veículos, com limite de indenização mínimo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) para danos pessoais e R\$500.000 (quinhentos mil reais) para danos materiais;
- 18.7.4.4. responsabilidade Civil do Empregador, com limite de indenização mínimo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais);
- 18.7.4.5. responsabilidade Civil Profissional, desde que disponível no mercado segurador a preços acessíveis, e conforme determinado pela SESAB.
- 18.8. Os montantes cobertos pelos seguros indicados na subcláusula acima deverão ser suficientes para reposição a valores de novo ou a estado de novo, e seus respectivos cálculos deverão ser submetidos e comprovados à SESAB.
- 18.9. O seguro referido na subcláusula 18.7.4 deverá ser reajustado anualmente, de acordo com o IPCA.
- 18.10. A Concessionária deverá informar à SESAB todos os bens cobertos pelos seguros e a forma de cálculo do limite máximo de indenização de cada apólice de seguro.
- 18.11. A Concessionária assume toda a responsabilidade pela abrangência ou omissões decorrentes da realização dos seguros de que trata o Contrato.