

NOVOS PARADIGMAS PARA COMBATE E CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

Rodrigo Abreu Ferreira¹
Fernando Boarato Meneguini²

Resumo: O Poder Público é constantemente demandado para que planeje e execute obras públicas, em especial, no setor de infraestrutura, e o cenário pós-pandemia provavelmente o exigirá ainda mais. Em razão disso, as Parcerias Público-Privadas (PPP) têm ganhado espaço em meio às contratações públicas. Isso significa que a execução das obras pode tornar-se possível a partir da contratação de um parceiro privado para contribuir com a capacidade técnica e a disponibilidade de recursos das quais carece o Estado, de modo a gerar bem-estar social e compartilhamento dos lucros na exploração econômica. As PPPs são desenvolvidas mediante o modelo de governança de resultado. Este envolve um complexo de modelagem desde o pré-projeto até a escolha do parceiro ideal, sem olvidar a burocracia administrativa e o dispêndio considerável de recursos públicos. A construção de um arcabouço contratual e jurídico é imprescindível para evitar a prática de corrupção, porque os interesses em pauta envolvem significativa contraprestação pública. Visando ao cumprimento de um contrato destinado a produzir infraestrutura por menor custo, a despesa realizada pelo Estado destina-se a ressarcir a concessionária por seus investimentos. Nesse contexto, as PPPs têm sido investigadas no âmbito acadêmico, jurídico e administrativo quanto à possibilidade de serem terreno fértil à corrupção. No intuito de contribuir com tal investigação, este artigo toma como objeto o contrato de parceria celebrado pelo Estado de Minas Gerais para a consecução das adequações recomendadas ao Estádio Magalhães Pinto (Mineirão) com vistas aos eventos da Copa do Mundo FIFA 2014. Pelo arcabouço teórico da Análise Econômica do Direito e dos instrumentos legais e contratuais utilizados, verificam-se instrumentos de controle para refrear as práticas corruptas nessa modalidade de contratação. Consubstancialmente, propõem-se alternativas ao seu recrudescimento e indica-se o uso de outras ferramentas para obstar o desvio financeiro e de finalidade das Parcerias Público-Privadas.

Palavras-chave: contratações públicas; parceria público-privada; corrupção; Mineirão.

1. INTRODUÇÃO

O instituto das Parcerias Público-Privadas (PPPs) advém de um modelo internacional, surgido na Inglaterra por meio das *Public Private Partnerships*, cujo objeto era a transferência de diversos serviços públicos à iniciativa privada. No Brasil, esse novo paradigma de relacionamento entre os poderes público e privado foi a forma encontrada para suprir a crise financeira do Estado, que teve início na década de 1980.

¹ Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

² Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

NOVOS PARADIGMAS PARA COMBATE E CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

Esse relacionamento objetivava que obras de infraestrutura e serviços públicos fossem implementadas pelos programas de políticas públicas dos Governos Federal, Estadual e dos Municípios. Assim, a carência de recursos públicos dotou as PPPs de protagonismo na consolidação de investimento público em infraestrutura, possibilitando melhorias em áreas como transporte, saúde, segurança e lazer.

Em uma conjugação de esforços, as PPPs têm tomado corpo e garantido uma forma de prestação de serviço público que, na visão de seus entusiastas, se sobrepõe às ideologias institucionais e políticas para oferecer novas possibilidades de lucro à iniciativa privada.

Lazzarini e Thamer (2015) entendem que, por meio da repartição dos riscos e dos custos da atividade e da melhor gestão de orçamentos, prazos e inovação tecnológica, o Estado modernizar-se-ia e tornaria o serviço mais eficiente ao usuário.

Foi por meio dessas parcerias, regulamentadas pela Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que o Brasil passou por grandes transformações na última década, também relacionadas à energia, ao saneamento e à mobilidade (BRASIL, 2004). Essas mudanças se refletiram na estruturação da Copa do Mundo, em 2014, e nas Olimpíadas, em 2016.

Contudo, há quem critique a administração pública por essa modalidade de contratação. Lazzarini e Thamer (2015) argumentam que, vez ou outra, fica a cargo do usuário o pagamento de uma tarifa, em cujo valor seriam incluídos os investimentos privados iniciais, os possíveis prejuízos e sua expectativa de lucro pela exploração da atividade, em razão do que, ao final, poderia não se mostrar tão vantajosa como prometido.

Todavia, isso não tem impedido que a Administração venha a incentivar cada vez mais as concessões, em particular, as concessões patrocinadas. Fala-se a respeito de concessão na educação, no sistema prisional, na saúde (contratação com o Terceiro Setor), e isso tem colaborado para um debate acalorado a respeito da melhoria da qualidade do serviço e da gestão de recursos, que atualmente se mostram escassos para a maioria dos entes federados.

A celebração de alianças com a iniciativa privada é sempre alvo de muitas críticas. Contudo, em um cenário de governança sucateada e insolvente, mostra-se valioso poder contar com recursos e com o compartilhamento de riscos a que a iniciativa privada se dispõe, por meio das quais se oferecerá ao administrado um serviço de qualidade, deixando a cargo do Estado apenas a contraprestação devida ao parceiro, sobre a qual deve incidir uma fiscalização pungente.

Ademais, a pandemia do Covid-19, que vem assolando o país, impôs a paralisação às principais atividades econômicas, uma vez que os Estados têm recomendado o isolamento da população. O cenário econômico pós-pandemia certamente exigirá do Estado uma atuação mais incisiva sobre os efeitos desta estagnação das atividades econômicas, o que diminuirá a sua capacidade financeira e tornará o parceiro privado ainda mais necessário.

Assim, o objeto deste estudo concentra-se em duas frentes. Em um primeiro momento, a análise foca no incentivo deste tipo de contratação, que visa à constituição de ativos por menor custo, aprimorando a eficiência da política pública e o bem-estar dos usuários. A partir de um estudo dos mecanismos de combate à corrupção nos contratos de PPP, em especial, no que se refere à remuneração, com base no referencial da Análise Econômica do Direito (AED), a suficiência desses mecanismos será investigada, usando-se de um estudo de caso relacionado à concessão do Estádio Magalhães Pinto (Mineirão).

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CORRUPÇÃO

Cumprir tratar do referencial teórico que servirá como norte à análise pretendida: a Análise Econômica do Direito, que fornece o conceito de corrupção adotado por esse artigo. A Análise Econômica do Direito (AED) é um movimento de ressignificação da interpretação dos institutos jurídicos e de sua aplicação, a partir de um viés econômico, focando o consequencialismo do Direito. Cooter e Ulen (2010, p. 23) afirmam que a expansão da AED na década de 1960 trouxe, para a análise do método econômico, institutos jurídicos até então imaculados: “[...] a propriedade, os contratos, os delitos civis e até mesmo o direito material e processual penais”.

Esta forma de exame do Direito também se mostra útil às políticas públicas. Tabak (2015, p. 323) ensina que “[...] o objetivo do direito, na ótica da Análise Econômica do Direito, é o de analisar as normas legais de modo a promover a eficiência por um menor custo, o que implica a maximização do bem-estar social”. Por meio dessa maximização, se evitaria a elaboração de más políticas e, conseqüentemente, a insegurança jurídica.

Quanto a esse aspecto da AED, Tabak acrescenta ainda:

Ao analisar determinado projeto de lei, por exemplo, a questão, na ótica da AED, é se essa norma é mais eficiente do que a situação no status quo. Caso a norma seja eficiente, então ela deve ser introduzida, uma vez que é possível aumentar o bem-estar da sociedade. (TABAK, 2015, p. 325).

NOVOS PARADIGMAS PARA COMBATE E CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

Desse modo, a AED fornece ao Direito uma forma de abordagem comportamental, por meio da qual é possível antever os efeitos de uma lei, seus desdobramentos, custos e benefícios. Trata-se de uma leitura da legislação que abdica um pouco do objetivo redistributivo de renda – para o qual o pobre, a minoria ou o consumidor sempre serão hipossuficientes – a fim de tornar a aplicação e a interpretação da lei sujeitas à eficiência econômica, na qual o agente pondera os riscos, as perdas e os ganhos que delas poderão advir.

A partir do método matemático e pouco relativista associado à Economia, Cooter e Ulen (2010) afirmam que seria possível beneficiar as minorias, sem provocar distorções econômicas:

A ‘eficiência social’ de uma transação comercial diz respeito a todos os afetados por ela, e não apenas as suas partes. Um bom sistema jurídico mantém a lucratividade das empresas e o bem-estar do povo alinhados, de modo que as pessoas que buscam lucros também beneficiem o público. (COOTER; ULEN, 2010, p. 25-26).

Esta conjugação, defendida principalmente por juízes federais americanos inclinados a este raciocínio econômico (COOTER; ULEN, 2010, p. 25), proporcionou uma análise das sanções a partir do mesmo raciocínio empregado no tocante aos preços, e à aferição e avaliação do Direito e das políticas públicas a partir de novo critério: o da utilidade.

Além da teoria científica do comportamento, a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes. Para conhecer os efeitos das leis sobre estes objetivos, os juízes e outros legisladores precisam ter um método para avaliar os efeitos das leis sobre valores sociais importantes. A economia prevê os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência (COOTER; ULEN, 2010, p. 26).

Assim, a AED procura responder perguntas essenciais: como as regras afetam as decisões dos agentes? Como é possível criar as políticas, as leis e os incentivos mais adequados aos agentes econômicos? (TABAK, 2015, p. 321).

Esta aceção econômica de eficiência pode ser aplicada ao Direito por meio de duas perspectivas distintas: a positiva e a normativa, conforme ensina Silveira (2009). Segundo Meneguín (2012), a primeira se dá a partir de uma conjugação da metodologia econômica com as leis e as instituições jurídicas, no intuito de avaliar seus efeitos na sociedade. Já a segunda possui um intento propositivo, por meio do qual se busca a criação e a readequação das normas já existentes.

Esta abordagem tem como premissa o pensamento de três escolas, não necessariamente excludentes entre si: Escola de Chicago (*Chicago Law and Economics*), Escola das Escolhas Públicas (*Public Choice Theory*) e Escola da Nova Economia Institucionalista (*Institutional Law and Economics*) (SILVEIRA, 2009).

A Escola de Chicago originou-se dos estudos do norte-americano Ronald Coase, em especial, de sua obra “*The Nature Of The Firm*” (A Natureza da Parceria), publicada em 1937. Nela, Coase ([1937] 2009) nota que a principal razão para que o estabelecimento de uma parceria seja lucrativo parece ser a de que há um custo de utilização do mecanismo de mercado e a necessidade de levar em consideração o custo de negociação e de conclusão de cada transação comercial³.

Seguindo esta noção, o autor critica os parâmetros simplistas de análise de custo utilizados pela microeconomia, que apenas contabilizam os custos de produção e transporte, pois se esquecem de incluir nos gastos do investimento aqueles contraídos na celebração e na manutenção de um contrato, além do valor dispendido na administração da própria parceria.

Logo, ponderar o que Coase (2009, p. 87) denomina custos de transação (“*cost of organizing the transactions*”) seria tão importante quanto estimar o valor do produto ou serviço posto no mercado, uma vez que aqueles representariam o custo do exercício do próprio comércio.

Um dos méritos desta escola da AED reside nisso: em justificar nesses custos a criação de todos os arranjos e formulações existentes no mercado financeiro, desde formas societárias até tipos contratuais específicos. É por estimar essas despesas operacionais e concluí-las importantes à análise da possibilidade econômica do negócio, que surgem estas coligações – contratuais e empresariais – as quais reduzem a complexidade da atividade e a tornam convidativa (SILVEIRA, 2009).

Alvarez (2006), para além de indicar os reais fatores a serem incluídos na análise da viabilidade econômica do negócio, ensina que Coase⁴ ainda critica o intervencionismo extremo do Estado.

³ *The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. [...] The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs; but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced.* (COASE, [1937] 2009, p.83).

⁴ Nota 14, em Coase (2009, p. 82): “*It is easy to see when the State takes over the direction of an industry that, in planning it, it is doing something which was previously done by the price mechanism. [...] In a competitive system, there is an ‘optimum’ amount of planning!*”

NOVOS PARADIGMAS PARA COMBATE E CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

Silveira (2009) aduz sobre o cerne desta teoria dos custos de transação, cujo ensinamento muito serve ao objetivo deste trabalho:

A teoria dos custos de transação tem com (sic) pressupostos teóricos a ideia de racionalidade limitada, complexidade e incerteza, oportunismo e especificidade de ativos. A teoria parte do pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, porém não detém todas (sic) os elementos para uma decisão racional. Não há como um agente prever todas as contingências futuras decorrentes de um contrato. Outro pressuposto é que não há como o mercado evitar a presença de comportamentos antiéticos em uma negociação, o que foi denominado de oportunismo (SILVEIRA, 2009, p. 193).

Silveira (2009) acrescenta que o maior mérito da abordagem da Escola de Chicago reside na relativização da suficiência da racionalidade econômica de mercado. Por sua vez, Coase ([1937] 2009) enfatiza que a fase inicial de qualquer contratação não informa os reais riscos⁵, assim como os desdobramentos futuros daquela contratação. Dessa maneira, fica claro que a operação de mercado tem um custo, assim como a formação de parceria pode implicar uma economia de custo ao autorizar um empreendedor a direcionar os recursos⁶. Na interpretação de Silveira (2009), a fase inicial de qualquer contratação não cogita sequer de eventual assimetria de informações que colocaria os contratantes em posições desproporcionais e poderia até ameaçar o equilíbrio financeiro do empreendimento. Dentro desta perspectiva, Silveira (2009) frisa a opinião de Richard Posner, para quem a *eficiência* é a verdadeira medida do Direito. Isto é, uma análise mais voltada à viabilidade econômica dos institutos jurídicos, ínsita à Análise Econômica do Direito, retira a utilidade do ordenamento jurídico da observância do formalismo para condicioná-la a uma realidade econômica, na qual a efetividade da norma é o atendimento de seus fins ao menor custo. Para Alvarez (2006), a interdisciplinaridade exigida à Análise Econômica implica:

[...] erigir a perspectiva e a ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico, com o que se abre o discurso jurídico à realidade social e se realiza a integração entre ciência econômica e ciência jurídica superando os limites do formalismo e estabelecendo novo tipo de relação implicando: (i) que a interpretação e avaliação de uma norma realiza-se desde os pressupostos da teoria econômica; (ii) que a racionalidade de que se dota às normas e ao sistema jurídico em seu conjunto, é uma racionalidade do tipo econômico. Ainda, implica (c) colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, ao custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou das consequências econômicas das Intervenções jurídicas; bem como a (d) tentativa de reconstrução do discurso jurídico através de uma linguagem tecnocrática: (i) porque os destinatários

⁵ “The service which is being provided is expressed in general terms, the exact details being left until a later date” (COASE, [1937] 2009, p. 82).

⁶ “The operation of a market costs something and by forming an organization and allowing some authority (an ‘entrepreneur’) to direct the resources, certain marketing costs are saved” (COASE, [1937] 2009, p. 82).

desse discurso não são tanto os indivíduos e/ou grupos, mas os operadores jurídicos que partem de uma visão funcional e operacional do direito; (ii) porque a utilização das técnicas de análise custo-benefício e a reformulação das categorias tradicionais em categorias econômicas levam a priorizar o caráter tecnocrático do discurso; e (iii) porque o direito passa a ser compreendido como meio para atingir fins ou objetivos sociais, razão do instrumentalismo, resultante do movimento do realismo jurídico e do movimento do pragmatismo filosófico, bem como do movimento progressista (ALVAREZ, 2006, p. 52-53).

Pereira (1997) auxilia quanto a outras duas escolas da Análise Econômica do Direito. A Escola das Escolhas Públicas (*Public Choice Theory*) remonta à década de 1950 e sua finalidade precípua é a utilização dos pressupostos econômicos a categorias e entes associados à ciência política, como partidos políticos e grupos de interesses, bem como aos processos da mesma categoria, como eleições e outros procedimentos congêneres.

Com expressão entre os italianos De Viti de Marco e Pantaleoni (pertencentes à chamada Escola Italiana de Finanças Públicas) e entre os suecos Wicksell e Lindhal, este filtro da AED se utiliza dos parâmetros democráticos, associados à visão contratualista de Estado, para sobrelevar a necessidade de se oferecer aos impostos pagos pelo contribuinte a justa retribuição por meio da eficiência dos serviços custeados por esses impostos. Nesse raciocínio, Pereira (1997) insere a noção de que os custos destes serviços devem ser menores que os benefícios que proporcionam.

Na lição de Pereira (1997), essa corrente de pensamento observa o funcionamento das instituições democráticas, em especial, o Parlamento – já que essa é uma teoria difundida em países europeus parlamentaristas – para afastar o individualismo metodológico, que praticamente ignora a vontade dos entes coletivos, e buscar que as deliberações do Parlamento (ou de qualquer órgão representativo da vontade do povo) sejam construídas a partir de ampla participação, na qual se leva em conta o interesse de todos.

Por último, cumpre enfocar a Escola da Nova Economia Institucionalista (*Institutional Law and Economics*), vertente da Análise Econômica do Direito projetada por Oliver Williamson, mas também influenciada diretamente por Ronald Coase e por Douglass North.

Segundo Pereira (1997), a Nova Escola Institucionalista tem dois pressupostos: “*institutions do matter*” (instituições importam) e “*the determinants of institutions are susceptible to analysis by the tools of economic theory*” (os determinantes das instituições são suscetíveis de análise por meio das ferramentas da teoria econômica).

NOVOS PARADIGMAS PARA COMBATE E CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

Os esforços de vários autores quanto à interpretação dessa visão, alguns deles distintos no que agregam à Análise Econômica, convergiram, segundo Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira, para a elaboração de pontos comuns dentro desta Escola. Quais sejam: I) uso do individualismo metodológico para explicar fenômenos econômicos e sociais; II) foco na explicação da ação coletiva; III) preferência por um enfoque evolucionário (evolutionary) do que mecanicista (mechanistic approach to the economy) e IV) ênfase na observação empírica, em oposição ao método dedutivo (SILVEIRA, 2009, p. 195).

Em razão disso, utiliza-se a AED como referencial teórico à análise da forma de remuneração instituída para a concessão do Estádio Magalhães Pinto (Mineirão). Essa análise se dá especialmente quanto à medida de sua eficiência para a consecução do serviço público a ela associado e visa conjugar esta leitura econômica ao reforço dos mecanismos de controle e combate à corrupção.

Utiliza-se esta visão econômica, pois se acredita que por meio dela seja possível continuar a incentivar a Parceria Público-Privada (PPP) como importante forma de contratação a serviço do Poder Público, inclinada a minimizar custos e a dificultar a corrupção. A Análise Econômica do Direito se revela importante ferramenta de observação da PPP em razão do seu potencial de ativos em infraestrutura e dos efeitos positivos sobre bem-estar social, e mostra-se uma ferramenta necessária a incentivar a retomada econômica que certamente se exigirá após a pandemia do Covid-19.

Sendo esse o referencial teórico a ser utilizado, também vem da Análise Econômica do Direito o sentido de corrupção adotado por este artigo.

Segundo Tabak (2015, p. 333), a AED “[...] parte da premissa de que os agentes econômicos se comportam de forma racional, maximizando seus benefícios líquidos e utilizando toda informação disponível em seu processo de tomada de decisão.” Entretanto, as condutas destes agentes podem sofrer interferência de vieses cognitivos⁷.

Existem vários fatores que podem interferir nestas decisões, desde influências sociais até uma distorcida ponderação de custos e benefícios, por meio da qual se prioriza um ou outro, gerando condutas desvirtuadas (TABAK, 2015, p. 334).

Essa análise de custos e benefícios é importante para o conceito de corrupção, segundo a Análise Econômica, porque é por meio deste exame que o agir desviante se mostrará evidente ou não. Assim, a corrupção vista pela ótica da AED, é conduta que carrega razão própria, ainda que se deixe interferir por impulsos e estímulos externos

⁷ Prova disso é a chamada Economia Comportamental (ou, do inglês, *Behavioral Economics*), teoria que nasce com a necessidade de conhecer os motivos por detrás da ação econômica, cuja subjetividade poderia ser mais bem explicada pela Psicologia.

(políticos, psicológicos, sociais etc.), e será estudada essencialmente pelo resultado da ponderação de seus custos e do benefício que ela eventualmente poderá acarretar.

Mauricio Bugarin e Laercio Vieira (2008 apud TABAK, 2015, p. 327) esboçam uma hipótese que é empregada por Tabak para exemplificar este raciocínio:

Suponha que uma pessoa precisa decidir se denuncia ou não um caso de corrupção de que teve conhecimento. A teoria econômica prediz que ela vai analisar os custos e benefícios de fazê-lo. O benefício de denunciar é da sociedade, pois essa ganha quando a corrupção diminui e os recursos públicos são alocados de forma eficiente. Assim, embora o benefício social possa ser grande, o benefício privado para essa pessoa tende a ser pequeno. O problema é que, ao denunciar, a pessoa incorre em custos privados, que podem ser altos. Por exemplo, ela precisa reunir evidências de corrupção, muitas vezes tem de se expor, o que pode gerar represálias dos envolvidos direta e indiretamente. Caso os custos privados excedam os benefícios privados, o melhor a fazer para qualquer pessoa é esquecer o assunto e não fazer a denúncia. Contudo, a sociedade perde nesse caso, pois os custos sociais são elevados pela prática da corrupção. A corrupção afeta negativamente tanto os custos diretos quanto os indiretos. Uma lei que beneficie os denunciadores mediante recompensa pode aumentar os benefícios privados, induzindo os agentes a denunciarem sempre que tiverem conhecimento de casos de corrupção. (TABAK, 2015, p. 327).

Dentro dos inúmeros campos de atuação da corrupção – em que esse raciocínio de custos e benefícios assume um caráter social para além da economicidade de qualquer vantagem – localizam-se as contratações. Neste tipo de relação jurídica, lida-se diretamente com orçamentos, receitas e preços. Monetiza-se e quantifica-se o interesse público, dotando o ente de poder para contratar. No desempenho desta atividade, o agir desviante surge como um raciocínio da própria lei, o qual permite, por vezes, que os corruptores mantenham a aparência de legalidade do ato administrativo, orientando-o à consecução de outros interesses. Em que pese ser o Brasil uma das maiores economias do mundo, ainda está mal posicionado em rankings que elencam os países que mais investem em infraestrutura. Relatórios emitidos pela Transparência Internacional (2018) dão conta de que a corrupção contribui diretamente com estes resultados negativos, já que “[...] além de ser uma das causas da deficiência dos serviços públicos, os quais devem ser prestados de forma eficaz aos cidadãos, constitui barreira para a superação destas deficiências” (MOURA, 2011, p. 23). Rosa (2004) alerta a respeito da nocividade do fenômeno, que, segundo ele, pode ocasionar o desperdício de recursos e a ineficiência dos serviços para os quais seriam destinados, o que comprometeria a qualidade de vida de seus usuários.

Por isso é preciso atribuir efetividade aos mecanismos de controle e combate à corrupção, especialmente os que venham a ser utilizados nesta modalidade de contratação com o Poder Público. A motivação para tanto é evitar o superfaturamento ou qualquer

outro tipo de inconsistência capaz de causar prejuízo aos cofres públicos, bem como às agências e aos órgãos incumbidos desse controle.

A fim de aproximar os conceitos apresentados à realidade da contratação com o poder público no Brasil, esse artigo se orienta por um estudo de caso em que avalia a contratação, na forma de PPP, para a reforma do Estádio Magalhães Pinto (Mineirão). Esse contrato decorre de ter sido a capital mineira eleita como uma das sedes para a realização dos jogos da Copa do Mundo 2014.

Tal contratação previu aportes financeiros significativos por parte da iniciativa privada, que, em contrapartida, exigiu do Estado muito comprometimento na devolução destes recursos. Por isso, convencionou-se que a remuneração da concessionária se comporia de uma parcela fixa de retorno do investimento e outra parcela variável, referente à exploração da concessão. Determinou-se que o cálculo da parcela variável levaria em conta a lucratividade mínima sobre a qual incidiria um fator multiplicador de desempenho. O recorte desta análise é a forma de cômputo da remuneração da concessionária, em específico, quanto a essa parcela variável estabelecida na Cláusula 19ª do contrato, e seus Anexos V e VI.

3. ESTUDO DE CASO: REMUNERAÇÃO PREVISTA PARA A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO ESTÁDIO MAGALHÃES PINTO (MINEIRÃO) E SUAS INCONSISTÊNCIAS

O Governo do Estado de Minas Gerais optou por celebrar contrato de parceria público privada. No entender da Secretaria de Estado Extraordinária sobre a Copa (SECOPA-MG) – pasta criada pelo Executivo estadual para gerenciar o evento esportivo no Estado de Minas – o fator determinante da escolha da PPP como instrumento a viabilizar a reforma do Mineirão foi a insuficiência financeira do Estado para promovê-la com recursos próprios, conforme declararam o Secretário Extraordinário da Copa e o Chefe de Gabinete da SECOPA-MG, citados por Jardim (2013, p. 79).

O contrato de parceria público-privada para a adequação do Estádio Magalhães Pinto (Mineirão) foi celebrado em 21 de dezembro de 2010 entre o Estado de Minas Gerais, por meio de sua Secretaria de Planejamento e Gestão – SEPLAG, o Núcleo Gestor das Copas, instituído pelo Estado de Minas Gerais por meio dos Decretos nº 45.112, de 2 de junho de 2009 e nº 45.345, de 19 de abril de 2010, e o consórcio MINAS ARENA – Gestão de Instalações Esportivas S.A. Não obstante os R\$771.739.248,13

estipulados no edital como custo estimado da obra, o valor estimado no contrato de parceria foi de R\$677.353.021,85, nos termos da cláusula 18 do instrumento.

Ainda que a concessão do Estádio Magalhães Pinto tenha assumido contornos peculiares – que a aproxima das concessões administrativas e patrocinada em certos aspectos – foi-lhe prevista uma espécie de remuneração complexa, basicamente composta por duas parcelas: uma, de natureza fixa e outra, variável (MINAS GERAIS, 2010a).

A parcela pecuniária mensal devida à concessionária é calculada através da fórmula $PM = Pa + (Pb \cdot i)$, na qual (Pa) representa uma parcela limitada, condicionada à disponibilidade da infraestrutura para a exploração e ao cumprimento efetivo do contrato. O Anexo V a conceitua como “[...] parcela limitada [que] equivale à remuneração pela parte dos investimentos realizados pela concessionária que não foram considerados no cálculo da parcela complementar” (MINAS GERAIS, 2010c). A (Pb) que integra a fórmula de cálculo diz respeito a uma parcela complementar, que tem o objetivo de “[...] remunerar o capital adicional investido pela Concessionária durante todo o período de concessão” (MINAS GERAIS, 2010c).

O coeficiente (V) corresponde à margem operacional desejada pela concessionária, selecionada a partir do critério de menor valor adotado pelo contrato, que pode resultar em valor positivo ou negativo. Por seu turno, (MO) se traduz na margem operacional efetivamente

realizada, ou seja, a receita bruta obtida, livre dos custos operacionais e dos investimentos realizados, apurada mensalmente. A margem operacional de referência (MR) é aquela obtida a partir da aplicação do percentual de 70% sobre o valor da proposta vencedora, contratualmente estabelecido na forma do Anexo V, mas que só terá incidência sobre o pagamento a partir do segundo ano de exploração comercial do Mineirão (MINAS GERAIS, 2010c).

Quando (MO) for igual a (MR), a remuneração complementar se baseará na diferença entre (V) e (MO), ou seja, “[...] é a situação base do modelo em que a Margem Operacional até o limite estabelecido pela Margem de Referência é utilizada para reduzir a contraprestação pública” (MINAS GERAIS, 2010c).

Quando a Margem Operacional for menor que a Margem de Referência ($MO < MR$), o Estado terá que complementar o valor da remuneração, utilizando-se de um cálculo da diferença entre o realmente desempenhado e (V). Isto significa que o rendimento não obtido pela concessionária, mas contratualmente prospectado, será reembolsado pelo poder público.

NOVOS PARADIGMAS PARA COMBATE E CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

O apêndice do Anexo V explica que, para evitar a inércia operacional da concessionária – sobre a qual ela poderia eventualmente se acomodar pela perspectiva de compensação do Estado –, o instrumento contratual previu o desempenho financeiro como um dos medidores do desempenho da concessionária, o qual, se mal avaliado, pode reduzir sua contraprestação em até 60% (MINAS GERAIS, 2010d).

A fórmula de cômputo da remuneração da concessionária prevê a incidência de um fator multiplicador (i) sobre esta parcela complementar, correspondente ao desempenho da concessionária. Este fator é obtido através dos indicadores de desempenho por meio dos quais se avalia o exercício da concessionária, que podem ser sintetizados em três grupos: “[...] o nível do serviço prestado, a performance financeira e a conformidade às normas” (MINAS GERAIS, 2010a).

Este índice é obtido mediante a fórmula $i = (0,6 \times ID + 0,4)$, na qual 0,4 corresponde ainda ao investimento da concessionária, e 0,6 corresponde ao seu desempenho. Assim, o desempenho negativo da concessionária pode reduzir a parcela variável de sua remuneração em 60% (MINAS GERAIS, 2010a). O (ID) presente na fórmula do cálculo do fator multiplicador, chamado Índice de Desempenho, é obtido através de outra fórmula matemática: $ID = (IC) \cdot (IF) \cdot [0,6 \cdot (IQ) + 0,4 \cdot (IDI)]$, por meio da qual são contabilizados os resultados obtidos pela concessionária nos seguintes subfatores: Índice de Conformidade (IC), Índice Financeiro (IF), Índice de Qualidade (IQ) e Índice de Disponibilidade (IDI), que podem variar entre 0 e 1 (MINAS GERAIS, 2010a). Estes fatores são mensurados com base em avaliações elaboradas por uma empresa especializada, que é contratualmente denominada Verificador Independente, cujo laudo de desempenho possui cláusula de sigilo e serve para o Estado como um norte ao cômputo da remuneração do parceiro privado.

Entretanto, a remuneração da concessionária vem sendo objeto de críticas desde a sua modulação, ainda na fase contratual. Um dos aspectos mais criticados foi o congelamento dos índices que compõem a avaliação do desempenho da concessionária nos 36 primeiros meses de exploração do Complexo do Mineirão. Em 2013, pouco antes do grande evento esportivo que exigiu a sua adaptação, e na oportunidade do concerto do músico Paul McCartney, a imprensa noticiava um vazamento de esgoto que jorrava dos banheiros localizados em um setor de cadeiras inferiores e saía na parte do gramado, onde se reservou a Pista Premium do evento (CARNEIRO, 2013).

Esses problemas caóticos de manutenção e organização foram coincidentemente reportados durante o congelamento de suas notas de desempenho, o que denota que a

concessionária assumiu o risco de entregar a reforma com todos os defeitos e precariedades apontadas, uma vez que, naquela altura do contrato, os eventuais problemas de infraestrutura e organização não interfeririam no valor de sua remuneração.

Com o fim do congelamento, a concessionária passou a ser avaliada de acordo com o seu real desempenho, e, desde então, os descontos em sua remuneração têm revelado uma administração ineficiente. Em 2019, a acessibilidade do estádio foi objeto de audiência pública na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, na qual as propostas de melhoria elaboradas pela Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência foram debatidas. Na oportunidade, ouviu-se o Presidente da torcida “Cruzeiro Eficiente”, representante dos torcedores deficientes do clube, que relatou impeditivos que nunca foram sanados pelo Consórcio (MARTINS, 2019). Ademais, após o fim do período de congelamento, seu índice de desempenho financeiro sempre foi zero. O consórcio só obteve (MO) positiva em raríssimas exceções. A (MR) nunca foi alcançada e muito menos superada (JARDIM, 2020).

Outro ponto a ser frisado é o controle da transparência das informações passadas pela concessionária e aquelas coletadas pelo Verificador Independente. Não foi possível saber se há fiscalização mais incisiva sobre a veracidade das informações declaradas ou acerca de qualquer eventual troca de informações entre a concessionária e a empresa Ernest & Young, que figura como o Verificador. O Estado se limita a dizer que confia serem essas informações verídicas, além de assegurar a idoneidade do procedimento de análise do Verificador. Entretanto, pensa-se ser preciso mais do que a simples relação baseada na confiança recíproca para atestar que tais informações são corretas, mesmo porque o vulto e o alcance dos interesses envolvidos nessa contratação exigem isso.

A esta altura, é de se perguntar o que o Estado de Minas fez para controlar estes cenários, que possivelmente poderiam dar azo à corrupção. A única previsão contratual de combate à corrupção somente se deu no Edital 002/2010. Ainda que inseridas no corpo do edital de convocação, a redação do item 23.1 demonstra que a cláusula deve ter sua aplicação estendida à fase de execução do objeto concedido.

23.1 O PODER CONCEDENTE exige dos concorrentes fornecedores e contratados que observem o mais alto padrão de ética durante a licitação e execução de tais contratos. [...] (MINAS GERAIS, 2010).

Dentre as práticas que são delimitadas no referido item, tem-se o estabelecimento do que contratualmente se entenderia como “prática corrupta”:

NOVOS PARADIGMAS PARA COMBATE E CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

[...] a oferta, a doação, o recebimento ou a solicitação de qualquer coisa de valor para influenciar a ação de um funcionário público no processo de licitação ou na execução do contrato. (MINAS GERAIS, 2010).

Essas disposições encontram-se incluídas no edital, mas não são sequer replicadas no texto do contrato. E, em razão do vulto da contratação, seria necessário que o contrato trouxesse um esquema contratual de combate à corrupção próprio, com especificidades atinentes ao pagamento do parceiro privado e a atuação do Verificador Independente.

O item 22 do instrumento, que trata da fiscalização do poder concedente, se mostra mais voltado à consecução das obras para a entrega do Mineirão à FIFA no prazo assinalado, do que a impedir qualquer ato de desvio de conduta da concessionária (MINAS GERAIS, 2010). Assim sendo, a análise do pagamento do parceiro privado conta somente com o Verificador Independente e com as fiscalizações feitas pela Controladoria do Estado (a que não se teve acesso), para os quais não foram estabelecidas quaisquer normas referentes ao combate à corrupção.

O Estado confia no Verificador Independente para se certificar de que o pagamento será feito no patamar correto. Entretanto, não se obteve acesso ou notícia de qualquer fiscalização sobre o Verificador ou sobre as informações ou notas apresentadas pela concessionária (que eventualmente pudessem dar ensejo a superfaturamento), para que se pudesse aferir que essa relação de confiança do Estado na atuação do Verificador não decorre de uma postura inocente – para não dizer leviana.

Ademais, os dados acerca dessa contratação não são objeto da transparência que lhes é constitucionalmente imposta. Não é possível vislumbrar o detalhamento das notas obtidas nos índices, nem mesmo a sua discriminação na remuneração da concessionária, no Portal da Transparência do Estado.

Por fim, o cenário contratual de penalidades e sanções, estabelecido no instrumento, diz respeito ao cumprimento de obrigações contratuais de caráter administrativo – observância de prazos e condições, no geral – sem pormenorizar a que penalidade estariam sujeitos os integrantes da concessionária e/ou os agentes do Estado que fossem pegos em atos de corrupção. A única disposição contratual que faz alusão a algo próximo à prática de corrupção é aquela constante da cláusula 35.5.7:

35.5.7 Verificada a má-fé, os administradores e controladores da CONCESSIONÁRIA serão igualmente punidos com a sanção de multa, observados os critérios desta cláusula 35ª. (MINAS GERAIS, 2010).

Assim, percebe-se que a preocupação com eventuais atos de corrupção ficou no campo da formalidade da convocação dos parceiros privados e na dependência de uma postura mais proativa do Estado na busca pela sanção de seus funcionários, via procedimento administrativo disciplinar. O Verificador Independente permanece ileso a qualquer controle mais incisivo, e uma eventual troca de informações entre a concessionária e a empresa de verificação poderia dar azo a superfaturamento ou a qualquer irregularidade posteriormente referendada no Relatório, que passaria em branco aos olhos do Estado.

O contrato traz falhas que podem proporcionar um ambiente sadio à corrupção: a precariedade da publicidade dos atos e pagamentos e a falta de fiscalização mais incisiva sobre os dados oferecidos pela concessionária e sobre aqueles declarados pelo Verificador Independente, que se somam à falta de previsões contratuais direcionadas ao combate da corrupção, especialmente quanto à atuação dos agentes do Estado.

Feito o presente detalhamento acerca da remuneração do parceiro privado e de algumas inconsistências para seu cálculo e dos mecanismos para se evitar desvios, tem-se, na próxima seção, uma análise sobre ações que poderiam ser adotadas para se aperfeiçoar o controle e o combate à corrupção.

4. SUGESTÕES PARA O RECRUDESCIMENTO DO COMBATE À CORRUPÇÃO EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Antes que as inovações sejam propostas, é preciso referendar que o conceito de corrupção conforme a Escola de Chicago, conjugado com a noção de corrupção como a deturpação de um interesse público em patrocínio de objetivos privados, autoriza a adotar um conceito mais abrangente de corrupção, no qual seriam inseridos não só o funcionário público, mas também os particulares, em especial, os dirigentes de empresa privada que desempenham serviços públicos por meio de contratação pública.

A partir do momento em que uma empresa privada passa a desempenhar serviço público, ou a gerir e conservar bens públicos, ela se torna *longa manus* do Estado na consecução de serviços para os quais ele foi incumbido. Todos os aspectos contratuais e financeiros da contratação só podem ser oponíveis a ambos os envolvidos, restando ao administrado usufruir do serviço ou bem público concedidos como se o Estado os conservasse ou fornecesse pessoalmente.

NOVOS PARADIGMAS PARA COMBATE E CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

Em razão disso é que as recomendações às quais se dedicará este tópico têm como enfoque possíveis condutas perpetradas não só pelo agente público ligado ao Estado, como também ao agente pertencente à concessionária.

As primeiras prescrições devem ser direcionadas ao instrumento que institui a concessão. Seria de suma importância para a moralidade da contratação, e para a sua economicidade, que o Estado esmiuçasse a forma pela qual se viria a apurar a veracidade das informações inseridas no Relatório de Desempenho e, principalmente, a ausência de troca de informações entre o Verificador e a concessionária. Tudo isso para assegurar que o desempenho computado não venha a esconder uma gestão ineficaz, a qual proporcionaria enriquecimento ilícito à concessionária.

O controle do relacionamento entre o Verificador Independente e a concessionária, e dessas para com o Estado, é baseado em uma confiança que beira a negligência. Uma vez que a contratação envolve interesse público e o comprometimento de expressiva receita do Estado, não é possível que o mecanismo de aferição de pagamento – em especial, no tocante à suficiência do serviço desempenhado pela concessionária – seja alvo de qualquer presunção.

Em 2019 foram reportados problemas graves de acessibilidade do estádio para deficientes físicos, bem como a precariedade da venda dos ingressos a eles destinados, que serviram de pauta a uma audiência pública na Assembleia do Estado. No mesmo ano, o Índice de Qualidade recebeu nota 1 nos 4 trimestres em que foi avaliado, tendo-se que um de seus critérios de avaliação é exatamente a satisfação dos frequentadores do Mineirão para com a acessibilidade proporcionada no local, sendo a referida nota alta condizente com um desempenho satisfatório.

Por isso, uma das primeiras sugestões de aperfeiçoamento das disposições contratuais das Parcerias Público- Privadas, em prol do combate à corrupção, reside no monitoramento eletrônico dos índices de desempenho.

Se, pela Escola de Chicago, o comportamento racional dos agentes visa à maximização de suas riquezas, é preciso cercá-lo e controlar esse impulso ganancioso por meio da fiscalização. Ademais, o caráter sociológico do fenômeno – que se vale dos valores, cultura e dados do ambiente em que os agentes estão inseridos – indica que as avaliações humanas devem ser substituídas àquelas informatizadas e facilmente monitoráveis, já que a corrupção pode ser alternativa inclusive àquele agente público ou contratado que tem o dever de fiscalizar o contrato (RIBEIRO, 2011, p. 69).

Essa informatização serviria a vários intentos: atribuiria transparência às notas, para que pudessem ser questionadas, inclusive, pelos usuários dos serviços; se constituiria em fonte de fiscalização sobre a atuação do Verificador Independente e seu relacionamento com a concessionária, em especial, quando o resultado de sua aferição fosse confrontado com a opinião ou pelo controle de populares.

Pensa-se que o fenômeno da corrupção deveria ser objeto de tratativa própria, diferentemente daquelas dispensadas pelo edital, já que elas não foram acompanhadas de uma disciplina de repressão suficiente, capaz de retirá-las do campo da formalidade e torná-las alvo da vigilância constante das partes.

Outra importante recomendação a ser dirigida às PPPs é a de que o Poder Público imponha ao parceiro privado o dever de estruturação e execução de *compliance* e de um programa de integridade. Castro e Ziliotto (2019, p. 29) ensinam uma visão mais abrangente do que seria uma contratação pública sustentável – ou seja, do ponto de vista econômico, social e ambiental:

[...] para garantir a sustentabilidade da economia, da própria evolução da sociedade, inclusive do meio ambiente, é extremamente necessário que o mercado e o Estado possuam compromisso com mecanismos aptos a combater a corrupção, que afeta todas as camadas sociais, mas, especialmente, aquelas que mais dependem de serviços públicos essenciais, de um meio ambiente saudável e de uma economia em desenvolvimento (CASTRO; ZILIOOTTO, 2019, p. 29).

A contratação pública sustentável, pontuada por CASTRO e ZILIOOTTO (2019), é preocupação constante dos agentes e tem na corrupção seu principal impeditivo. Entretanto, essa preocupação precisa ser compartilhada com aqueles que contratam com o poder público, o que, pelo aspecto comportamental da Escola de Chicago, não ocorreria de modo tão natural, senão pela criação de um cenário que obrigasse o parceiro privado a isso.

Impõe-se que a cultura da integridade não se traduza apenas em missão empresarial. Exige-se a sua atualização na medida em que se alterar o quadro gerencial da pessoa jurídica ou o cenário de atribuição de riscos, a fim de garantir a sua efetividade. Ademais, é preciso concretizá-la a partir da criação de estruturas, procedimentos ou comissões para que o objetivo de erradicar a corrupção não fique apenas no papel.

Portanto, sugere-se que os entes públicos passem a exigir que os parceiros privados possuam ou apresentem um programa de integridade eficiente para que possam participar do certame licitatório. O Estado de Minas poderia ter exigido não só que o consórcio vencedor se constituísse em Sociedade de Fins Específicos (SPE), mas que o

obrigasse a promover a estruturação e a implementação de um programa de *compliance*, inclusive com a elaboração de código de conduta direcionado a essa finalidade, mesmo que a edição da Lei 12.846 de 2013 tenha se dado em momento posterior à assinatura do contrato.

Nesse sentido, Shramm (2019, p. 32) pondera que: “Como corolário da racionalidade, presume-se que os agentes racionais tendem a concordar apenas com as regras que entendam logicamente como obrigatórias” (SHRAMM, 2019, p. 32).

Ainda mais: pensa-se que a avaliação da efetividade desse programa poderia ser feita através de indicadores de desempenho (CASTRO; ZILLOTTO, 2019, p. 137) que seriam capazes de impactar de maneira semelhante em sua remuneração.

Os indicadores de desempenho de *compliance*, somados aos reportes recebidos das demais áreas da empresa, são ferramentas valiosas de monitoramento contínuo do programa de integridade que viabilizam uma divisão holística da empresa e de suas demandas (CASTRO; ZILLOTTO, 2019, p. 137).

Inclusive, seria igualmente vantajoso que se dessa ampla publicidade ao programa de integridade dos parceiros privados: denúncias e as respectivas providências, procedimentos administrativos e as eventuais correções dele decorrentes, tudo deve ser divulgado a fim de que se dê conhecimento à sociedade da eficiência do programa e para que exerça o contraditório que lhe cabe por meio do controle social.

Seria viável que o Estado criasse um cadastro de integridade, para que nele fizesse constar uma listagem com o nome das empresas que não cumpriram os códigos de conduta ou diretrizes do programa de integridade com os quais se comprometeram e/ou que não operacionalizaram adequadamente as suas disposições.

Shramm (2019, p. 31-32) explica que, por vezes, as reações do mercado têm mais impacto sobre a atividade da empresa do que as penalidades aplicadas pelos órgãos de controle, posto que desestimulariam acionistas, funcionários e novos talentos a ingressarem em seus quadros.

Outro aspecto da forma de remuneração da PPP que deve ser objeto de atenção é o da transparência. Esta – indicativa de acesso a informações claras e pormenorizadas – é importante ferramenta a serviço da democracia representativa, na medida em que proporciona à sociedade saber se seus representantes têm atendido às suas demandas, para que sobre seus atos sejam exercidos os controles político e de legalidade (PERUZZOTTI, 2012). A participação do cidadão no processo de tomada de decisões não deve se resumir ao exercício do voto, uma vez que a Constituição da República também o incluiu na

fiscalização dos gastos públicos, por meio da adoção da soberania popular (GRISI, 2015, p. 12).

A transparência como iniciativa para o envolvimento político da sociedade encontra-se referendada no artigo 5º, inciso XXXIII, do Texto Constitucional. Como se não bastasse, a forma como o Estado de Minas tem descumprido o seu dever de transparência implica o descumprimento da Lei 12.527 de 2011, denominada de Lei de Acesso à Informação.

Percebe-se que o sigilo imposto às informações contidas no Relatório produzido pelo Verificador Independente excetua a regra de ampla divulgação, sem que isso encontre qualquer justificativa plausível. Uma vez entregue à administração pública para o cômputo e o posterior pagamento da remuneração, não haveria problema em divulgar as notas atribuídas em cada subitem do Relatório.

Basta que se pense no caso da acessibilidade, relatado acima. Os deficientes físicos que procederam às reclamações, o fizeram na oportunidade de uma audiência pública, que só veio a acontecer em 2019, para tratar de problemas que, pelo que noticiam os atingidos, são por eles vivenciados desde o início da operação pela concessionária.

Entretanto, se os índices de desempenho fossem divulgados desde o início, com as respectivas notas obtidas em cada subitem, certamente a concessionária teria permanecido com notas 0 no Índice de Disponibilidade, por meio do qual são avaliadas as suas estruturas, e com notas baixas no Índice de Qualidade, no qual se avalia a satisfação dos usuários do serviço, cujo peso atribuído nos relatórios significa alto grau de satisfação.

Ademais, seria interessante ao Estado e à sociedade a criação de um portal de acesso público e irrestrito, em que fossem divulgados os dados acerca da eficiência das concessionárias na execução de seus contratos, a fim de que se transformasse em fonte de consulta para a orientação de contratações futuras.

A transparência propicia a participação popular, uma vez que é o conhecimento acerca do mérito das escolhas do Estado pela sociedade que possibilita sua fiscalização. Essa prerrogativa democrática da participação ativa da sociedade nas decisões políticas contribui para a manutenção do interesse público e para o aperfeiçoamento das medidas anteriormente adotadas em razão dele. Isso quer dizer que a participação social não envolve apenas o limite ao poder do Estado, mas também o aperfeiçoamento da maneira, do porquê e da finalidade para os quais ele se exterioriza (BITENCOURT; RECK, 2015, p. 99-100).

NOVOS PARADIGMAS PARA COMBATE E CONTROLE DA CORRUPÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

Tavares (2006, p. 21) afirma que a democracia participativa “[...] defende a ampliação dos espaços de decisão coletiva para além da escolha de quem irá governar”. Em razão disso é que a Constituição da República previu a participação popular em vários aspectos que dizem respeito à fiscalização dos atos administrativos – audiências públicas e orçamentos participativos, por exemplo –, a fim de assegurar que a representação política exercida por aqueles detentores de mandato eletivo ou de função decisória dentro do poder público não se dará de maneira formal, dissociada da defesa dos interesses de seus representados.

Assim, a participação popular é o que contribui para a formação da vontade política, pelo que conformam um importante freio às opções corruptas que não refletem a vontade ou a necessidade da população, senão a dos agentes que serão beneficiados com o desvio.

Entretanto, nota-se que essas ferramentas constitucionais têm sido pouco utilizadas no âmbito das contratações públicas e, quando o são, geralmente servem para apontar problemas e indicar melhorias já na fase de execução do contrato.

Desse modo, uma importante recomendação às PPPs, no geral, é que as audiências públicas sejam tidas como obrigatórias e não como uma faculdade a serviço do administrador. Essa espécie de controle que incide nas fases iniciais da contratação pode ser determinante para que a remuneração do parceiro privado venha a refletir a real qualidade de seus serviços.

A pressão social sobre os agentes políticos pode conduzir à inibição da corrupção, se a ela forem associados mecanismos efetivos de controle sobre as providências reivindicadas pela sociedade. É de se dizer que a Escola de Chicago, apoiada na escolha racional de Becker, objetiva não só entender comportamentos socioeconômicos, como também a forma de os moldar, de condicioná-los à observância daquela liberdade geral na qual a maximização dos lucros encontra seu limite.

Com o chamamento frequente da sociedade para participar do processo de tomada de decisões, os agentes políticos serão mais pressionados, e o mérito de suas mais elementares escolhas se tornará objeto de crítica. Além disso, produzir-se-ão cidadãos mais engajados e participativos na atividade política.

Por fim, tem-se como importante ferramenta a *accountability* vertical. Peruzzotti (2012, p. 401) ensina que o incentivo à prestação de contas expressa um valor central da democracia: o de “[...] que o governo deve submeter-se a uma multiplicidade de controles

a fim de assegurar o manejo responsável dos assuntos públicos”. Cita, ainda, que esse aspecto fiscalizatório da democracia possui uma dimensão legal e outra, política.

A dimensão política foca na “[...] capacidade da cidadania para fazer com que as políticas governamentais reflitam suas preferências”, enquanto a dimensão legal refere-se “[...] àqueles mecanismos institucionais desenhados para assegurar que as ações de funcionários públicos estejam relacionadas a um marco legal e constitucional” (PERUZZOTTI, 2012, p.402).

Enquanto o aspecto legal se concretiza a partir de instituições e órgãos de controle estatais, por meio dos quais se procede à fiscalização horizontal, a dimensão política da prestação de contas seria assegurada pela sociedade civil, com o apoio da imprensa (PERUZZOTTI, 2012, p. 402). Pensa-se que as parcerias público-privadas devem contar com a efetividade de *accountability* em seus ambos os aspectos.

O intento é estimular a estruturação de ferramentas inovadoras de controle e combate à corrupção, que promovam a inserção da sociedade nesse confronto, a fim de conter o escoamento de recursos públicos ocasionado pela corrupção e incentivar o engajamento político. Nesse sentido é que *accountability* vertical afigura-se como possibilidade valiosa de combate à corrupção. Por meio dessa modalidade de fiscalização, perpetrada por entidades externas àquelas inseridas na estrutura do Estado e composta essencialmente pela sociedade civil e pela imprensa, os atos de corrupção têm ganhado relevância midiática e o conhecimento da opinião pública (PERUZZOTTI, 2012, p. 404-405).

Eventual denúncia que venha a noticiar atos de corrupção atingirá o conceito que as concessionárias possuam perante a sociedade, do qual é sempre mais difícil se dissociar. E mais: se a idoneidade da empresa perante o mercado pudesse servir como requisito do ingresso da concessionária ao certame, a partir do desenvolvimento e da aplicação de seu Programa de Integridade, como proposto, o controle social poderia servir como espécie de controle não só sobre os aspectos financeiros do contrato, mas para a idoneidade da empresa.

Se, na perspectiva da Escola de Chicago, as ações dos agentes econômicos sempre convergirão para a maximização de sua lucratividade, é preciso que sobre elas se incentive uma forma de controle que seja alheia aos benefícios econômicos diretos que poderiam advir da corrupção – e não há quem o possa fazer de forma mais eficiente senão a sociedade civil e a mídia, desde que de maneira responsável. Este, portanto, é um primeiro ponto a favor de *accountability* vertical.

A transparência que proporciona o controle social por meio de *accountability* vertical é aquela que não se limita a oferecer um acesso literal à informação, mas sim a que tem a potencialidade de ser facilmente compreendida por qualquer pessoa. Do contrário, o exercício do controle sobre os gastos públicos estaria reservado apenas àqueles que possuem conhecimento técnico ou nível de escolaridade compatíveis com o conteúdo da informação, o que vai totalmente contra o caráter democrático que envolve essa forma de controle.

Ademais, pensa-se que as audiências públicas realizadas na fase de implementação do contrato de parceria também podem ser estendidas até a fase de execução. A divulgação dos parâmetros de pagamento da concessionária, com a presença da sociedade civil, de organizações não governamentais e da imprensa, proporcionaria a transparência ideal às contratações públicas – clara e dinâmica – e o controle efetivo sobre os atos administrativos, em razão do qual a corrupção se tornaria menos vantajosa ao Estado e à concessionária.

É comum que as reivindicações da sociedade tenham maior impulso quando do início da implementação de projetos ou na fase de tomada de decisões, mas que depois percam força na execução do objeto contratado. Desta maneira, é preciso que a participação social se estenda por toda a contratação, para que haja a manutenção da boa qualidade do serviço e controle quanto à remuneração.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) vêm sendo incentivadas como ferramenta em prol do aperfeiçoamento da prestação de serviços públicos, em especial, aqueles afetos ao setor de infraestrutura. Isso, porque, utilizando-se do know-how e da capacidade financeira do parceiro privado, em razão das quais o Estado encontraria maior facilidade em promover obras de grandioso vulto e custo, este cumpriria a finalidade de entregar ao público um serviço eficiente e de qualidade em retribuição aos seus impostos.

Não obstante a finalidade administrativa que se encerra na contratação, preenchida de significado pelo interesse público, a modalidade das parcerias também se constitui em negócio vantajoso para a concessionária, em particular, se avaliados os incentivos contratuais e financeiros estipulados em sua modelagem e que, por vezes, não são encontrados nas contratações comuns. Exemplo dessa conjunção de interesses é o contrato de parceria para a consecução das adaptações da estrutura do Estádio Magalhães Pinto (Mineirão), a fim de receber os eventos da Copa do Mundo FIFA 2014.

Entretanto, essas inovações administrativas que visam à economicidade e à eficiência do serviço público mostrar-se-ão ineficazes, se não forem acompanhadas de instrumentos eficientes de combate à corrupção. É sabido que um dos maiores, senão o principal entrave à contratação pública sustentável (CASTRO e ZILIOTTO, 2019), é o escoamento de receitas públicas ocasionado pela corrupção, que as desaplicam custeio de outros serviços e atividades essenciais.

A Escola de Chicago, encabeçada por Richard Posner sob a inspiração da escolha racional de Becker, dirá que a corrupção é o produto de um raciocínio direcionado à maximização de lucros. Um raciocínio que só encontrou possibilidade após a ponderação dos fatores positivos e negativos que poderiam vir a interferir na obtenção da finalidade almejada. A doutrina (SCHRAMM, 2019) afirma que a corrupção encontraria os incentivos que lhe são determinantes na atratividade desse lucro fácil e na pressão que os próprios dirigentes sofrem para passarem a ações dessa natureza. Por seu turno, os riscos ficariam a cargo de três fatores: i) da fiscalização; ii) da gravidade da reprimenda que se prevê para a hipótese; iii) da certeza de que a reprimenda será efetivamente aplicada.

A postura do Estado, somada aos esforços contratuais no combate à corrupção, não denotam que o contrato de parceria do Mineirão tenha se dado dentro de um modelo de gestão voltado a resultados, à eficiência do serviço. O Estado apenas tem se preocupado com a conferência do valor a ser transferido à concessionária por seus investimentos, sem a devida contraprestação constituída de prática de conferência da qualidade e desenvolvimento mercadológico destes ativos. Essa postura do Estado caracteriza uma omissão que pode ser um canal de possível corrupção futura, já que se trata de contrato longínquo.

Em gestão voltada para resultados – afinal, muito da justificativa das parcerias está na eventual qualidade e eficiência do serviço concedido – não é suficiente que a qualidade seja motivo apenas de desconto na remuneração, como se o Estado fosse proporcionalmente ressarcido pelos estragos causados pela ineficiência de um serviço essencial apenas por meio dessa mitigação numérica.

Diante desse cenário, algumas conclusões se evidenciam. A primeira delas é que os contratos de parceria são de enorme valia para o Estado. A associação do know-how e da capacidade financeira da concessionária é importante para que o Estado consiga oferecer ao administrado os serviços e obras, para os quais são exigidos recursos vultosos, com eficiência e rapidez. Essa oferta eficiente parece constituir algo que a experiência da

administração pública pesquisada, associada à burocracia administrativa, não possibilita ao Estado com tanta facilidade.

Outra salutar conclusão é a de que o contrato público deve trazer instrumentos repressivos próprios de combate à corrupção. Em outras palavras, o contrato não pode ser omissivo quanto ao fenômeno da vigilância constante das partes. O exercício sobre as disposições afetas à corrupção poderia levar à modulação mais efetiva dos comportamentos da concessionária, desviando-a do curso natural da maximização de seus lucros, que este estudo criticamente enfatizou pela perspectiva da Escola de Chicago. Ademais, a corrupção não pode ser um problema relegado às entrelinhas do contrato, ou à confiança que se deposita na concessionária. O interesse público associado às contratações dessa natureza não permite tal inépcia e negligência.

Além disso, conclui-se que o Estado deveria condicionar a participação da concessionária, no certame licitatório, à demonstração de um Programa de Integridade e Compliance, cuja efetividade interferiria diretamente em sua remuneração a partir da avaliação de índices, nos mesmos moldes de seu desempenho. A Escolha Racional de Becker, contributiva à Escola de Chicago, autoriza concluir que a concretização de um Programa de Integridade poderia se mostrar como valioso desestímulo à corrupção. Em especial, se a qualidade desse programa fosse acompanhada de seis ações: 1) fiscalização efetiva; 2) criação de um banco de dados de acesso público, constantemente atualizado; 3) efetivação de canais de denúncia; 4) a tomada de providências em face dessas denúncias; 5) a conscientização de todos os escalões das empresas parceiras, e 6) a repercussão dos efeitos repressores na remuneração do parceiro privado.

Por fim, para além da participação popular, que atua quando da tomada de decisões – concretizado, em especial, pelas audiências públicas –, é preciso que os poderes concedentes alimentem as plataformas de transparência com dados suficientes que permitam o exercício da fiscalização. Frisa-se: não se diz acerca de publicidade formal, mas de dados e informação. Trata-se de serem noticiados de modo suficiente os atos e escolhas públicas, a fim de provocar o questionamento da sociedade civil, inclusive forçando o Poder Judiciário a atuar.

A transparência ainda criaria outro desestímulo à corrupção. Os eventuais desempenhos negativos ou a inefetividade dos Programas de Integridade da concessionária manchariam sua reputação no mercado financeiro, afastariam investidores, trabalhadores e novos talentos, interferindo diretamente em sua lucratividade.

Fiscalização e transparência são, portanto, os conceitos-chave dos quais é preciso lançar mão para confrontar a corrupção. No cenário em que se tem, de um lado, a empresa inserida em uma racionalidade de mercado, havida por lucros, e, de outro, o poder concedente inerte, é preciso chamar a sociedade para que ela possa suprir a deficiência de ambos, provocando uma conduta mais proativa do poder público, e restando os abusos da concessionária (frisa-se: concessionária de serviço público).

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações**. Direito, Estado e Sociedade. v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. **Controle da transparência na contratação pública no Brasil: o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública**. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, mai./ago. 2016.

BRASIL, Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 06 jul. 2019.

CARNEIRO, Alexandre. **Show de Paul McCartney revela que Mineirão ainda tem problemas**. Portal Uai. Belo Horizonte, 05 de mai. 2013. Seção Música. Disponível em: <https://www.uai.com.br/app/noticia/musica/2013/05/05/noticias-musica,142095/show-de-paul-mccatrney-revela-que-mineirao-ainda-tem-problemas.shtml>. Acesso em: 13 fev. 2020.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguiere de; ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas contratações públicas: exigência e critérios normativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

COASE, Ronald. **The nature of the firm**. In: KROSZNER, R. & PUTTERMAN, L. (Eds.). *The Economic Nature of the Firm: A Reader*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 79-95.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010.

GRISI, Giuseppe Alessandro Carneiro. **Controle Social e Transparência Pública: Valores executados na construção e reforma das arenas para a Copa do Mundo 2014**. Trabalho de Conclusão de Curso (Tecnólogo em Gestão Pública) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/1779/1/GACG11082017.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2019.

JARDIM, Diego Otávio Portilho. **A Construção de um legado da Copa do Mundo**

FIFA 2014 em Belo Horizonte: análise da Parceria Público-Privada para reforma e gestão do Estádio Mineirão. 2013. 190f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2013.

JARDIM, Diego Otávio Portilho. **Entrevista concedida a Rodrigo Abreu Ferreira.** Belo Horizonte, 20 fev. 2020.

LAZZARINI, Sergio Giovanetti; THAMER, Rogério. **Projetos de Parceria Público-Privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas.** Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 819-846, jul./ago. 2015.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Contrato de Concessão Administrativa.** Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, 21 dez. 2010a.

MINAS GERAIS, Tribunal de Contas. **Processo nº 00493884.** Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e Governo do Estado de Minas Gerais, 2010b.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Anexo V – Remuneração da Concessionária e Mecanismo de Pagamento.** Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, 21 dez. 2010c.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Apêndice ao Anexo V – Remuneração da Concessionária e Mecanismo de Pagamento.** Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, 21 dez. 2010d.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Anexo VI – Sistema de Mensuração de Desempenho.** Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, 21 dez. 2010e.

MENEGUIN, Fernando B. **As Indenizações por Danos Morais nas Relações de Consumo sob a Ótica da Análise Econômica do Direito.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 61, p.225-285, 2012.

MOURA, Angela Goivanini. **A Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção: Oportunidade de Resgate da Cidadania.** Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 12, n. 23, jan./jun. 2011.

PEREIRA, Paulo Trigo. **A Teoria da Escolha Pública (public choice): uma abordagem neoliberal?** Análise social, v. XXXII, n. 141, p. 419-442, 1997.

PERUZZOTTI, Enrique. **Accountability.** In: AVRITZER, Leonardo; BRIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (org.). Corrupção: ensaios e críticas. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p.401-406.

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

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Corrupção Como Entrave Ao Desenvolvimento.** Revista Bonijuris, Porto Alegre, Ano XV, n. 484, p.05-12, 2004.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas Contratações Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites**. Revista da FESDT, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 17-42, 2009.

TABAK, Benjamin Miranda. **A análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa. v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015.

TAVARES, Paulo de Tarso Sant'anna. **Os modelos de participação popular no Estado do Rio Grande do Sul: As experiências do orçamento participativo (OP) e do processo de participação popular (PPP)**. 2006. 88f. Tese (Mestrado em Ciências Sociais). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.