

**IDP – INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (MPAP)**

**Mecanismos de Combate à Corrupção na Remuneração das
Parcerias Público-Privadas**

Rodrigo Abreu Ferreira

**Brasília
2020**

Rodrigo Abreu Ferreira

**Mecanismos de Combate à Corrupção na Remuneração das
Parcerias Público-Privadas**

Dissertação apresentada no Instituto de
Direito Público de Brasília (IDP) para
obtenção do título de Mestre em
Administração Pública.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Boarato
Meneguim.

**BRASÍLIA
2020**

[Verso da folha anterior: Ficha catalográfica]

Rodrigo Abreu Ferreira

**Mecanismos de Combate à Corrupção na Remuneração das
Parcerias Público-Privadas**

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fernando Boarato Meneguim - Orientador
[IDP – Instituto de Direito Público]

Prof. Dr. Márcio de Oliveira Júnior
[IDP – Instituto de Direito Público]

Profa. Dr.a Amanda Flávio de Oliveira
[UnB – Universidade de Brasília]

Brasília, 30 de abril de 2020.

“A vaidade é um princípio de corrupção”

Machado de Assis (1994)

AGRADECIMENTOS

Ao prof. Fernando Meneguim, pela oportunidade da conclusão deste trabalho e pelas valiosas contribuições de orientação.

Aos demais professores da banca, pelas contribuições e sugestões durante a qualificação do projeto.

Aos professores e monitores do Curso de Mestrado Profissional do Instituto de Direito Público, pelos programas didáticos apresentados nas disciplinas cursadas.

À equipe administrativa do Instituto de Direito Público – IDP, por toda a presteza e receptividade.

Aos alunos do programa do Mestrado Profissional de Administração Pública, pelo apoio e amizade.

Aos familiares, amigos e colegas de trabalho, pela paciência e apoio incondicional para a realização deste trabalho.

RESUMO

O Poder Público é constantemente demandado para que planeje e execute obras públicas, em especial, no setor de infraestrutura. 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, esta dissertação 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, verifica-se o quanto eles têm se mostrado eficientes 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.

ABSTRACT

The government is responsible for the planning and implementation of public developments, especially in the infrastructure sector. As a result, Public-Private Partnerships (PPP) have been gaining ground amid public contracts. It means that, in the scenery of a State in lack of resources, hiring a private partner can contribute to the technical capacity and availability necessary to allow for the developments to become possible, generating social welfare and profit shares in the economic exploitation. A model of results governance develops Public-Private Partnerships. This model involves a complex combination of plans and the selection of the ideal partner, without forgetting the administrative bureaucracy and a considerable expenditure of public resources. Since the public interests at stake involve significant consideration, the formation of a contractual and legal framework is essential to avoid the practice of corruption. Envisaging the fulfilling of a contract to produce infrastructure at a lower cost, the expense incurred by the State intends to reimburse the concessionaire for its investments. In this context, PPPs have been investigated, at the academic, legal and administrative levels, about the possibility of being a breeding ground for corruption. In contribution with this investigation, this dissertation takes as its object the partnership contract signed by the State of Minas Gerais for the achievement of the recommended adjustments to the Magalhães Pinto Stadium (Mineirão) for the events of the 2014 FIFA World Cup. Economic Analysis of the Law and the legal and contractual instruments used, shows how efficient they have been in curbing corrupt practices in this type of contracting. Consubstantially, it proposes alternatives to its growth, and the use of other tools to prevent the financial and purpose deviation of Public-Private Partnerships.

Keywords: *public procurement; public-private partnership; corruption; Mineirão.*

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 – Índice de Percepção de corrupção (IPC)1	35
Gráfico 2 – Evolução do pagamento da Concessionária.....	84
Gráfico 3 – Formas de compartilhamento dos resultados	84
Gráfico 4 – Relação entre o desempenho da concessionária e redução de sua contraprestação.....	86
Ilustração 1 – Fórmula de cálculo do ajuste sazonal.....	89
Quadro 1 – Cronograma das obras do PPP do Mineirão	74
Quadro 2– Forma de incidência do Índice de Desempenho	88
Tabela 1 – Pagamentos feitos, em 2019, ao Minas Arena.....	99
Tabela 2 – Histórico do desempenho do Minas Arena.....	100

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADEMG	Administração de Estádios do Estado de Minas Gerais
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento
BRICS	Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CA	Conformidade Ambiental
CAMARB	Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil
CCFPI	Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais Internacionais
CICC	Convenção Interamericana
CN	Conformidade de Normas de Segurança
CNUCC	Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção
CR	Conformidade de Relatórios
DAP	Disponibilidade “Área Padrão”
DAT	Disponibilidade “Área Técnica”
DAVIP	Disponibilidade “Área VIP”
DEG	Disponibilidade “Estruturas Gerais”
DEM	Disponibilidade “Entorno do Mineirão”
FGP	Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas
FIFA	Federação Internacional de Futebol Associado
I	Fator de Conversão
IC	Índice de Conformidade
ID	Índice de Desempenho
IDI	Índice de Disponibilidade
IF	Índice Financeiro
IPC	Índice de Percepção de Corrupção
IQ	Índice de Qualidade
IRPJ	Imposto de Renda da Pessoa Jurídica
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MO	Margem Operacional
MR	Margem de Referência
NA	Nota de Adequação

NAF	Nota de Adequação Final
NS	Nota de Satisfação
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
Pa	Parcela Fixa
Pb	Parcela Complementar
PM	Parcela Pecuniária Mensal
PMa	Parcela Pecuniária Anual
PMn	Totalidade das Parcelas Pecuniárias Mensais
PPP	Parceria Público-Privada
RDC	Regime Diferenciado de Contratação Pública
SC	Satisfação “Clubes”
SECOPA MG	Secretaria de Estado Extraordinária sobre a Copa
SEINFRA	Secretaria de Infraestrutura e Mobilidade
SEPLAG	Secretaria de Planejamento e Gestão
SF	Satisfação “Federações”
SI	Satisfação “Imprensa”
SPE	Sociedade de Propósito Específico
SPF	Satisfação “Cliente Pessoa Física”
SPJ	Satisfação “Cliente Pessoa Jurídica”
TCE/MG	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
V	Proposta da Concessionária
Y	Coeficiente de Incentivo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 REFERENCIAL TEÓRICO E BASES METODOLÓGICAS	14
3 O ESTIGMA DA CORRUPÇÃO	26
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	26
3.2 DO ORDENAMENTO JURÍDICO VOLTADO PARA A CORRUPÇÃO.....	29
3.3 CORRUPÇÃO E SEU IMPACTO ECONÔMICO NAS CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO.....	45
4 DA CONTRATAÇÃO NA MODALIDADE PARCERIA PÚBLICA PRIVADA (PPP)	48
4.1 NOÇÕES GERAIS.....	49
4.2 RELEVÂNCIA NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE GOVERNANÇA DE INFRAESTRUTURA.....	54
4.3 ESTRUTURA CONTRATUAL DA CONVOCAÇÃO DO PARCEIRO PRIVADO À EXECUÇÃO DO OBJETO CONTRATADO.....	57
4.4 DA FORMA DE REMUNERAÇÃO DO PARCEIRO, COMPARTILHAMENTO DOS RISCOS E GARANTIAS.....	62
4.5 FERRAMENTAS DE FISCALIZAÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO NAS PPPS.....	66
5 ESTUDO DE CASO: A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO ESTÁDIO MAGALHÃES PINTO (MINEIRÃO)	72
5.1 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO ESTÁDIO MAGALHÃES PINTO (MINEIRÃO).....	78
5.2 DA FORMA DE REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA.....	82
5.2.1 Da Forma de Apuração da Parcela Pecuniária Mensal (PM).....	83
5.2.2 Forma de Apuração da Parcela de Ajuste Sazonal Anual.....	88
5.2.3 Da Forma de Apuração de Receitas Acessórias e Complementares.....	89
5.2.4 Da Forma de Recomposição do Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato.....	90
5.3 INCONSISTÊNCIAS NA FORMA DE REMUNERAÇÃO DO PARCEIRO PRIVADO E FERRAMENTAS DE CONTROLE.....	93
5.4 DOS MEIOS PREVISTOS NA PPP DO ESTADO MINAS GERAIS COM O MINAS ARENA PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NO CÔMPUTO DO PAGAMENTO DA CONCESSIONÁRIA.....	103
6 SUGESTÕES PARA O RECRUESCIMENTO DO COMBATE À CORRUPÇÃO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	108
6.1 RECOMENDAÇÕES CONTRATUAIS.....	110
6.2 COMPLIANCE E PROGRAMA DE INTEGRIDADE.....	115
6.3 TRANSPARÊNCIA.....	120
6.4 PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	123
6.5 CONTROLE SOCIAL (ACCOUNTABILITY VERTICAL).....	126
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	130
REFERÊNCIAS	138

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.

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, através da repartição dos riscos e dos custos da atividade e da melhor gestão de orçamentos, prazos e inovação tecnológica, o Estado se modernizaria 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. Essas mudanças se refletiram na estruturação da Copa do Mundo, em 2014, e nas Olimpíadas, em 2016.

As PPPs representam uma importante ferramenta à consecução de investimentos no Brasil, principalmente em matéria de interesse público, que responde a demandas sociais, em particular, por infraestrutura.

No entanto, em se tratando de investimentos de valores significativos, é de suma importância que o Estado dispense a aplicabilidade das PPPs. A dispensa da PPP deve-se ao arcabouço legislativo que prevê ferramentas de controle e combate à corrupção e visa prevenir, por meio da atuação de seus agentes, tanto os atos

desviantes de iniciativa do próprio Poder Público, quanto aqueles atribuíveis ao agente privado, ligados geralmente às questões econômicas.

Contudo, há quem critique a administração pública por essa modalidade de contratação, classificando-a como forma indireta de privatização ou de terceirização dos serviços.

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 seus investimentos 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.

O objeto deste estudo concentra-se, portanto, em duas frentes. Em um primeiro momento, a análise foca no incentivo deste tipo de contratação, que visa à constituição de ativos por um menor custo, aprimorando a eficiência da política pública e o bem-estar dos usuários. A seguir são estudados os mecanismos de combate à corrupção nos contratos de PPP, em especial, no que se refere à remuneração, contribuindo assim com o não desvirtuamento dessa modalidade de contratação.

Com base no referencial da Análise Econômica do Direito (AED), os pontos acima são investigados por meio de um estudo de caso relacionado à concessão do Estádio Magalhães Pinto (Mineirão).

Para desenvolver o tema aqui introduzido, esta dissertação possui seis capítulos. O capítulo 2 aborda o objetivo geral e os específicos, estabelece o marco teórico, bem como a metodologia que se pretende utilizar na pesquisa.

O capítulo 3 discorre sobre o fenômeno da corrupção, apontando uma breve exposição de sua evolução histórica, o contorno que lhe foi atribuído pela legislação brasileira com o passar dos anos e, especificamente, quanto ao estudo de caso, dos impactos econômicos nas contratações com o Poder Público.

O capítulo 4 é dedicado às noções gerais da contratação com o poder público na modalidade da Parceria Pública Privada. É feito um apanhado do conceito, objeto, importância e suas formas de representação. Após isso, é indicada a sua relevância para a implementação de políticas públicas de infraestrutura. Em seguida se discorre sobre como se estrutura sua remuneração e quais seriam as ferramentas de controle à corrupção.

O capítulo 5 detalha o estudo de caso, no qual se toma como referência o contrato de parceria celebrado entre o Governo do Estado de Minas Gerais e o consórcio Minas Arena, visando à realização das obras de infraestrutura e adequação do Estádio Magalhães Pinto (Mineirão) para a Copa do Mundo FIFA 2014. São explicitados os contornos gerais do contrato (objeto, duração etc.) a fim de se chegar então à forma de pagamento do parceiro privado: parcela mensal, ajuste sazonal, apuração de receitas acessórias e complementares e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

No capítulo 6 é apresentada uma análise propositiva de mecanismos técnicos e jurídicos de controle e combate à corrupção, trazendo ferramentas contratuais e normativas de controle e propondo outras, tidas como mais modernas e inovadoras. Por fim, têm-se as conclusões e considerações finais do trabalho.

2 REFERENCIAL TEÓRICO E BASES METODOLÓGICAS

Passada a etapa introdutória deste trabalho acadêmico, cumpre tratar do referencial teórico que lhe serve como norte. Em resumo, esta produção acadêmica estudará os incentivos e as consequências de dispositivos relacionados às concessões.

A concessão via Parceria Público-Privada (PPP) é uma contratação extremamente complexa por envolver a aplicação de valores expressivos e prazos longos de investimento e de exploração econômica. Sua concretização, dentro do que preceitua a moderna doutrina contratual-administrativa introduzida pela Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, pode ser de duas ordens: por meio das chamadas *concessão patrocinada* ou *concessão administrativa* (BRASIL, 2019).

A concessão patrocinada é a modalidade de parceria na qual se outorga o desempenho e/ou a exploração de serviços públicos e obras públicas, cuja remuneração da concessionária contempla tanto a receita obtida por meio da cobrança de tarifa dos usuários, como a contraprestação paga pelo próprio ente público (art.2º, §1º). Já na concessão administrativa, a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço concedido (art.2º, §2º) (BRASIL, 2004).

Na lição de Faria (2015, p. 428), “é essa contrapartida financeira a cargo do parceiro público que efetivamente caracteriza a parceria patrocinada”.

Para o objetivo deste trabalho, interessa tratar apenas da concessão patrocinada. O §1º, do artigo 6º, da Lei 11.079/2004, prevê a figura do pagamento de uma parcela variável, atrelada ao desempenho da concessionária, segundo padrões e metas de qualidade.

Entretanto, sua aplicabilidade (e até a própria constitucionalidade) é discutível, para além da subjetividade que encerra, a partir da qual se poderia abrir espaço a possíveis manipulações de dados. Nessa linha é que se traz a Análise Econômica do Direito para sustentar o trabalho.

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 análise 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).

Assim, 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 – para tornar a aplicação e a interpretação da lei sujeitas à eficiência econômica, na qual o agente pondera todos os riscos, perdas e ganhos que delas poderão advir.

A partir do método matemático e pouco relativista adstrito à Economia, Cooter e Ulen 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).

Tal conjugação, defendida principalmente por juízes federais americanos, inclinados a este raciocínio econômico,¹ proporcionou uma análise das sanções a

¹ “Ministro Stephen Breyer, da Suprema Corte dos Estados Unidos; juiz-presidente, Richard A. Posner e juiz Frank Easterbrook, do Tribunal de Apelação da Sétima Vara; juiz Guido Calabresi, do Tribunal de Apelação da Segunda Vara; juiz Douglas Ginsburg e ex-juiz Robert Bork, do Tribunal de Apelação da Vara do Distrito Federal; e juiz Alex Kozinski, do Tribunal de Apelação da Nova Vara; [...]” (COOTER; ULEN, 2010, p. 25).

partir do mesmo raciocínio empregado no tocante aos preços,² e à aferição e avaliação do direito e das políticas públicas a partir de um 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. A eficiência sempre é relevante para a definição de políticas já que é melhor atingir qualquer política dada a um custo menor do que a um custo mais alto. As autoridades públicas nunca defendem o desperdício de dinheiro. (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 acepção econômica de eficiência pode ser aplicada ao Direito por meio de duas perspectivas distintas: a positiva e a normativa, conforme ensina Silveira (2009).

Segundo Meneguim (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 a partir 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 comercial.³

²"Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada." (COOTER; ULEN, 2010, p.25).

³ *The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using*

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 tornam-na 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.

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).

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!*”

Silveira (2009) acrescenta que uma das contribuições pela abordagem da Escola de Chicago reside na relativização da suficiência da racionalidade econômica de mercado. Coase ([1937] 2009) enfatiza que a fase inicial de qualquer contratação não informa os reais riscos,⁵ assim como os desdobramentos futuros daquela contratação. Dessa maneira, fica claro que a operação de um mercado tem um custo, assim como a formação de parceria que autoriza um empreendedor a direcionar os recursos pode implicar uma economia de custo.⁶

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.

Na lição de Alvarez (2006), esta 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 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

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).

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 adstritos 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 leve-se em conta os interesses de todos.

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

Segundo Pereira (1997), a Nova Escola Institucionalista parte de 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).

Os esforços de vários autores quanto à interpretação dessa visão, alguns deles distintos quanto ao 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).

Para a finalidade deste trabalho acadêmico, 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 adstrito, e visa conjugar esta leitura econômica ao reforço dos mecanismos de controle e combate à corrupção.

Utiliza-se esta visão econômica para que 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.

No que se refere às parcelas variáveis de remuneração devidas ao parceiro privado, sobre as quais está voltada a presente pesquisa, devem incidir mecanismos de controle e combate à corrupção para garantir a eficiência econômica e o bem-estar social. Desse modo, os custos e as consequências negativas decorrentes da corrupção incidiriam em quem a executa e não comprometeriam os benefícios decorrentes do cumprimento regular do contrato.

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 cognitivos.⁷

⁷ Prova disso é a chamada Economia Comportamental (ou, do inglês, *Behavioral Economics*). Esta teoria nasce com a necessidade de conhecer os motivos por detrás da ação econômica, cuja subjetividade poderia ser mais bem explicada pela Psicologia. Domingues e Ribeiro (2018) ensinam que essa nova abordagem da ação econômica surgiu no início da década de 1970, a partir dos estudos de Amos Tversky e Daniel Kahneman, para os quais as percepções emocionais e racionais influiriam na forma de percepção dos incentivos econômicos e não somente a disponibilidade do bem a ser adquirido ou a quantidade de renda daquele que o adquire.

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 distorcidas (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 desta análise que o agir desviante se mostrará evidente ou não. Assim, a corrupção vista pela ótica da AED, é conduta que carrega uma razão própria, ainda que se deixe interferir por impulsos e estímulos externos (políticos, psicológicos, sociais etc.), será analisada 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 – onde 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, se lida 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, esta dissertação 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 um alto grau de 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, especificamente quanto a esta referida parcela variável, estabelecida na Cláusula 19ª do contrato, e seus Anexos V e VI.

As parcelas variáveis dependem de uma criteriosa apuração mensal, tanto quanto a sua fixação na contratação e na correlação justa e legítima durante a execução do contrato. Entretanto, sua instituição guarda certa importância econômica, na medida em que resulta de dois fatores. Primeiro, uma flexibilização da legislação ordinária em matéria de contratação pública. Segundo, resulta da

necessidade de adaptação das aquisições públicas às especificidades do mercado econômico que, na qualidade de investidor, não se apresenta atraído pelos rígidos moldes desta contratação.

Quantificar corretamente os ganhos e despesas, bem como índices de avaliação que compõem esta variável, é esforço condizente com a legalidade exigida de todo e qualquer ato administrativo. Por esse motivo, é preciso enrijecer os mecanismos de inibição a quaisquer desvios que importem no escoamento de receita pública.

Seja na origem da contratação, na execução, e/ou na operacionalização desta modalidade contratual, é preciso que ela se desenvolva dentro de um sistema jurídico aplicável na composição: de justo preço (contratação), de eficiência (execução) e de responsabilidade contratual (operacionalização). Juntos, esses três fatores devem ser capazes de produzir estabilização social, sem se dissociarem da legalidade e do controle que a tríade exige.

A corrupção pode ter espaço em todas as fases do procedimento administrativo que enseja a concessão, até mesmo antes da publicação do edital. No que concerne à forma de remuneração do parceiro privado, especialmente no que tange ao cômputo da parcela variável, não seria diferente.

Entre outras artimanhas, a corrupção encontra espaço na margem de desvios de custos, nas subcontratações e na manipulação de dados de desempenho. Se não combatidas, essas artimanhas podem comprometer a efetividade do negócio quanto à realização do interesse público, e culminar no desestímulo desta modalidade de contratação tanto para os novos investidores como para a própria sociedade.

Outro ponto importante diz respeito às subcontratações. Os atos de corrupção também podem surgir: i) da relação da concessionária com terceiros, prestadores de serviços; ii) de contratados para o desempenho de atividades inerentes, acessórias ou complementares à execução do contrato de parceria. Essas contratações intermediárias exigem um controle semelhante àquele que se dispensa ao parceiro privado.

Visando inibir a fraude contratual, gerencial e operacional pesquisam-se técnicas de combate, controle e ações jurídicas capazes de obstar eventuais atos de corrupção na apuração do valor variável que integra o pagamento das concessões administrativas. A partir dos resultados obtidos em pesquisa, pode-se propor um

novo paradigma para as parcerias público-privadas, calcado na otimização e na modernização dos serviços e das infraestruturas públicas, conjugadas com a boa administração de receita pública.

Nesta dissertação, serão apontadas as vantagens deste modelo de contratação, sobretudo para a execução de um modelo de governança híbrido, no qual o Estado se vê assegurado quanto à execução de uma política pública. Essa garantia se dá por meio de contraprestação fixa, calculada sobre o investimento privado, e outra variável, pela exploração do serviço concedido.

Objetiva-se ainda verificar e apontar possíveis ações de melhoria para as ferramentas técnicas e jurídicas de combate à corrupção na exploração da concessão administrativa. A intenção é que os resultados aqui obtidos possam ser utilizados pelos agentes públicos e privados nas demais modalidades de contratações com a administração direta e indireta.

Por fim, busca-se avaliar e demonstrar a relevância do papel da sociedade no controle da atividade da administração pública, por meio da chamada *accountability vertical* (O'DONELL, 1998) enquanto forma moderna de fiscalização da legalidade e da transparência na execução dos contratos celebrados com a administração pública.

Esta pesquisa tem um cariz **jurídico-prático**, uma vez que analisa se a forma de remuneração estabelecida no Contrato de Parceria Publica Privada entre o Estado de Minas Gerais e o Consórcio Minas Arena pode dar azo à prática de corrupção.

O método utilizado para o fim proposto na presente pesquisa é o **indutivo**, apresentando uma contextualização a respeito do instituto da PPP, sobre a importância do objeto deste tipo de contratação na concretização de políticas públicas e no que se refere à forma de remuneração desta parceria à iniciativa privada em decorrência do investimento realizado.

Neste horizonte, são apontadas as falhas contratuais ou de controle que venham a possibilitar a prática de atos de corrupção segundo a legislação vigente. A partir daí, são sugeridas formas extras de prevenção à corrupção e novos mecanismos de controle durante a vigência da parceria pública privada, notadamente quanto à apuração da parcela variável devida pela concessão administrativa.

Para a averiguação das formas de combate à prática da corrupção, são utilizadas a legislação e a doutrina do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Civil e do Direito Empresarial, além de conceitos extraídos da Análise Econômica do Direito. O trabalho conta com o apêndice dos processos administrativos instaurados, pareceres do Ministério Público, auditorias do Tribunal de Contas, ações judiciais sobre a contratação, contrato vigente e possíveis entrevistas com os gestores do contrato.

A investigação é **propositiva**, uma vez que se almeja propor mudanças na forma de pagamento da composição e/ou apuração da parcela mensal variável na contraprestação pecuniária, devida à iniciativa privada pela execução do objeto contratado. As proposições decorrentes desta investigação visam possibilitar maior eficiência e efetividade no controle da corrupção, de acordo com as vicissitudes legais e práticas, eventualmente extraídas. Pretende-se, dessa maneira, uma modelagem econômico-financeira que proporcione maior atratividade e segurança às parcerias de longo prazo.

O método utilizado é o **teórico**, já que o trabalho científico terá como fonte de informação pesquisas e produções acadêmicas de autores que já dissertaram sobre o tema, como artigos, dissertações, teses, dentre outros. Entretanto esta dissertação não se desvincula de seu aspecto **prático**, pois indica mudanças na forma de contratação com a utilização dos dados empíricos advindos das auditorias, ações do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ações judiciais propostas sobre o contrato objeto do presente estudo. Esses são todos instrumentos capazes de inibir eventuais atos de corrupção na apuração do valor variável que integra a remuneração do parceiro privado.

3 O ESTIGMA DA CORRUPÇÃO

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Após a demonstração da importância econômica e social das Parcerias Público-Privadas e da apresentação da Análise Econômica do Direito como sustentação da pesquisa, cumpre tratar do fenômeno da corrupção.

Vieira (2014) ensina que a corrupção está longe de ser apenas um assunto recorrente nos meios de comunicação. O fenômeno tem sido objeto de reflexão desde a Antiguidade com estudos que tentam desvendar os motivos de sua prática tanto em países mais desenvolvidos quanto nos subdesenvolvidos; nos mais democráticos ou não; naqueles com ampla liberdade de imprensa ou nos de pouca liberdade de opinião.

Esse autor destaca que este fenômeno possui registros nas codificações mais antigas da história da civilização: no Código de Hamurabi, do Egito, na Bíblia e até mesmo no Código de Manu, o qual estabelecia o sistema de castas da sociedade hindu – que, por coincidência ou não, se deu *pari passu* à disciplina da atuação da administração pública e da política econômica indiana, consolidada no livro *Arthashastra*, escrito entre 321 e 300 a.C.

Por sua vez, Popper (1994) afirma que, para filósofos da Antiguidade Clássica, a corrupção seria um fenômeno relacionado à destruição, à degeneração e à putrefação, ou seja, à mudança destrutiva da ordem natural das coisas.

Filgueiras (2008) lembra que, para Sócrates, seria necessário respeitar as leis da cidade e cumprir sempre os termos de um acordo justo. Por isso, considerava inadmissível que seus amigos cometessem algo ilícito para reparar a injustiça que Atenas praticara com ele e recusava qualquer vantagem indevida. Por sua vez, na visão de Platão, a análise era feita a partir de duas premissas: a primeira, no mundo incorruptível dos deuses; e, na segunda, no mundo dos homens, onde a perversidade do homem lhe ofereceria terreno fértil.

Menissier (2007) ensina que, na era medieval, o agir desviante estava atrelado à quebra dos padrões de conduta estabelecidos pelo catolicismo: corrupto era aquele que se prestava às práticas impuras e pecaminosas, para as quais se estabeleciam severas práticas purgativas. Por influência do fado inerente à religião,

falava-se, ainda, em ímpeto de corrupção nato, que acometia o indivíduo desde a sua origem, como patologia congênita.

Segundo Martins (2007), o estudo dessa ‘epidemia’ recebeu a contribuição de Maquiavel na obra *Discursos Sobre A Primeira Década De Tito Lívio*, em que destinou capítulos exclusivos ao debate a respeito da corrupção. Em síntese, Maquiavel via a corrupção como fenômeno cosmológico de afetação geral, que derivava da conduta desrespeitosa de seus governantes para com as leis e se refletia diretamente na aquiescência que se exigia do povo: por não encontrar exemplo na conduta do rei – ou de seu governante, pelo viés republicano – as pessoas se comportariam dentro dos mesmos parâmetros de imoralidade, o que contribuiria para um cenário de total ineficácia das normas.

Contudo, Maquiavel mostrava-se pessimista quanto ao combate desta difusão circular da corrupção. Segundo o filósofo, erradicar este quadro endêmico seria impossível. O remédio mais adequado seria prevenir a corrupção através da retomada da primazia dos interesses coletivos em detrimento dos impulsos egoístas, que, em sua concepção, fomentavam a desmoralização (AVRITZER *et al.*, 2008, p. 121).

Em *O Espírito Das Leis*, o francês Montesquieu (1996) se utilizou de um recorte mais administrativista da corrupção e a examinou através das formas de governo, da monarquia à república. A ideia central de sua análise (prenunciada pelo próprio título da obra) seria a de que “a corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção de seus princípios”.

Munido dos ideais de liberdade e igualdade, Montesquieu se aproxima de Maquiavel na medida em que também condiciona a sobrevivência da corrupção ao patrocínio de ambições e interesses de cunho pessoal, em prejuízo dos interesses públicos. Segundo ele, a corrupção se instaura na República a partir da perda do espírito de igualdade na democracia.

Na lição do filósofo, “[...] o povo, não podendo suportar o próprio poder que delegou, quer fazer tudo sozinho, deliberar pelo senado, executar pelos magistrados e despojar todos os juízes” (MONTESQUIEU, 1996, p. 120).

Assim, pelo desejo da autopreservação é que a prática da corrupção se propaga por atos voltados para interesses exclusivos ou através da violação do cumprimento da lei, como acena as palavras de Montesquieu em seu livro.

A corrupção aumentará entre os corruptores e também entre os que já estão corrompidos. O povo distribuirá entre si toda fazenda pública e, como terá unido a gestão dos negócios, também vai querer juntar à sua pobreza os divertimentos do luxo. Mas, com sua preguiça e seu luxo, só o tesouro público poderá ser para ele um objetivo. [...] Não devemos ficar surpresos ao vermos que os sufrágios são dados em troca de dinheiro (MONTESQUIEU, 1996, p. 122).

Por outro lado, a ética de Immanuel Kant negava a corrupção de maneira categórica, pois o ser humano deveria agir corretamente por dever, já que, ao seu ver, a ação verdadeiramente moral seria aquela motivada pela imperatividade do próprio dever (FILGUEIRAS, 2008).

Essa visão romântica do fenômeno da corrupção, delineada pelos estudiosos como um tipo de conduta desviante ou ato de desonestidade, foi sendo, aos poucos, deixada de lado para que se tornasse possível enquadrá-la em uma perspectiva mais científica e que não autorizasse a precária conclusão de que qualquer ato praticado por um indivíduo, que entrasse em conflito com os interesses da coletividade, seria ato de corrupção.

A partir de 1950 até 1970, o problema da corrupção se atrelava à modernização e ao desenvolvimento político-econômico. O ingresso à modernidade gerou o aumento na discrepância entre as camadas sociais e, com isso, a transformação do cenário político, que, sob inspirações mercantilistas, promovia o clientelismo e o nepotismo, verdadeiras ferramentas em prol do abandono do interesse público.

A visão econômica dispensada ao problema da corrupção no início dos anos 1980⁸ (FILGUEIRAS, 2009) reformulou a prática corrupta: se, antes, os agentes corruptores se utilizavam de suas influências e posições políticas, agora, eles só precisam equilibrar os interesses econômicos com a aparência de legalidade que sua atuação deveria ostentar, sob o fundamento de que os ganhos econômicos esperados só lhes seriam possíveis através do desvio das regras do sistema político no qual estivessem inseridos.

Tanto esta era uma verdade para os detentores do capital que, dentro da ciência econômica, foi criado o chamado *rent-seeking*.

Felipe Guatimosim Maciel (2005) frisa que esse conceito está inserido na escola da Escolha Pública, por meio da qual se procura analisar os mercados

⁸Fernando Filgueiras (2009) ensina que essa nova abordagem da corrupção se deu concomitantemente aos processos de liberalização econômica e política, especialmente em países da América Latina e Ásia, do Leste Europeu e Rússia, ocorridos na década de 1980.

políticos a partir de uma óptica econômica. Referida por Anne Krueger, no fim da década de 1960, e por Gordon Tullock, a expressão inglesa traduzida como “caçador de renda” revela uma prática utilizada por grupos de interesse – interesses particulares, em geral ligados à atividade econômica – de persuadir agentes políticos para que lhe concedam o monopólio de atividades ou outros privilégios. Nesse contexto, a lei surge como importante facilitadora destes objetivos, especialmente em estruturas regulatória e tributária complexas, que distorcem as escolhas públicas (BUTLER, 2012).

Assim, antes que se categorize a corrupção como simples desvio, é preciso entendê-la como fenômeno histórico, econômico e social, até mesmo para que este tal desvio seja preenchido de significado, já que é a partir do que se delimita como correto, justo ou moralmente aceito – longe dos individualismos e subjetivismos adstritos a estas noções – é que se entende o que é o desvio destes limites, isto é, o que é corrupção.

Carvalho (2012) lembra que, no Brasil, o sentido de corrupção passou por diversas mudanças ao longo da história e, especificamente no que tange à trajetória brasileira, sempre esteve atrelado à conjuntura política do país.

No tempo do Império e na Primeira República a corrupção insurgia-se em face do sistema. Neste contexto, corruptos eram os sistemas políticos através dos quais se exercia tirania ou qualquer outro tipo de conduta dissociada do interesse público.

Na era Vargas, corruptos eram os indivíduos, principalmente os organizados e sindicalizados, os quais se utilizavam de suas posições públicas ou de qualquer prerrogativa junto ao poder público para a obtenção de vantagem ilícita. Essa acepção econômica de corrupção se estendeu e permeou o golpe de 1964, e ainda legitimou atrocidades em nome do patrimônio público.

Aliás, é preciso frisar que a dimensão da corrupção também sofreu alterações. Carvalho (2012) ensina que “quanto mais despótico o Estado, maior a corrupção pela dificuldade de combatê-la. Quanto maior o Estado, quanto mais recursos ele controlar, maiores as oportunidades de corrupção”.

3.2 DO ORDENAMENTO JURÍDICO VOLTADO PARA A CORRUPÇÃO

Por ser preocupação global, a legislação internacional também cuidou de tratar da corrupção, cuja contribuição foi devidamente incorporada pelo ordenamento

jurídico brasileiro, que atualmente se encontra no foco do enfrentamento do problema.

Sobre o assunto, destacam-se quatro importantes textos internacionais: o da Convenção Sobre Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais Internacionais (CCFPI); da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (CICC); da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (CNUCC); e da Convenção da ONU sobre Delinquência Organizada Transnacional.

Garcia (2008) esclarece que a Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais Internacionais, elaborada pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e aprovada em 15 de fevereiro de 1999, teve origem na corrupção dos agentes públicos estrangeiros que facilitavam a obtenção de vantagens às empresas norte-americanas e fomentavam a concorrência desleal.

Aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto-Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e posteriormente promulgada por meio do Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000, seu texto remonta à “*Foreign Corrupt Practices Act*”: lei americana, editada na década de 1970, que condenava a prática de suborno no cotidiano empresarial internacional.

A justificativa para toda esta atenção internacional dispensada ao problema reside nos possíveis e mais nocivos desdobramentos que esta aliança ilícita pode gerar, já que não raras vezes o que se objetiva mesmo é ocultar o produto destas transações, tornando-os inacessíveis aos controles interno e externo.

Entretanto, a CCFPI não cuidou de um conceito de corrupção. Dentre os conceitos dos quais o Tratado se utiliza, e que por isso fez questão de delimitar – como “funcionário público estrangeiro”, “país estrangeiro” ou “ação ou omissão do funcionário do desempenho de suas funções oficiais” – não há a demarcação do que seria, portanto, corromper-se, para que, como na sistemática penal, pudessem os funcionários públicos serem subsumidos a esse núcleo do tipo.

Aqui é preciso utilizar um juízo de eliminação: tendo o item 1 do artigo 1º da Convenção estabelecido a figura delitiva que então deveria ser tipificada pela legislação interna dos signatários do Texto Internacional, presume-se ser aquele o conceito de corrupção, ou seja, aceitar vantagem pecuniária indevida ou de quaisquer outras naturezas, para que ele ou um terceiro aja ou se omita fora dos

limites de suas funções oficiais, visando interferir em transações internacionais ou obter vantagem ilícita em sua condução.

Sob esta inspiração é que o Brasil editou a Lei 10.467, de 11 de junho de 2002, para que fossem inseridas no Código Penal as figuras da corrupção ativa em transação comercial internacional (artigo 337-B), tráfico de influência em transação comercial internacional (artigo 337-C) e a delimitação da figura de funcionário público estrangeiro (artigo 337-D), tendo-o feito mesmo não sendo signatário da Convenção (GARCIA, 2008).

Por sua vez, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, atualmente referendada por 28 Estados-parte, entrou em vigor em 7 de março de 1997, com o propósito de estabelecer mecanismos de prevenção, investigação, punição e erradicação do fenômeno, reforçando a cooperação internacional como um dos mais importantes mecanismos à garantia de sua eficácia, conforme relata Ramina (2009).

Neste texto também não se insere o termo corrupção dentre as definições contidas em seu artigo I, que servem como norte à compreensão do Tratado. Porém, o artigo IV elenca o que seriam atos de corrupção, fornecendo delimitação exemplificativa de seu objeto – que, posteriormente, deveria servir de referência para a legislação ordinária dos Estados-parte.

Do mesmo modo, cuida-se de um conceito de corrupção que visa proteger a idoneidade concorrencial do sistema financeiro internacional das eventuais disparidades oportunizadas pelo funcionário público, encarregado de inibi-las. Isto é facilmente depreendido das considerações inseridas no preâmbulo da CICC, que logo deixa claro que “o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social” (BRASIL, 2002).

Obviamente, não se descuida da proteção dispensada à gestão pública, que também ocasiona a melhor gestão dos recursos públicos. Contudo, esta é questão de interesse interno, que se resolve no exercício da soberania de cada Estado-parte. O que o Tratado objetiva é proteger a lisura das relações comerciais travadas entre os Estados.

Vide as condutas recriminadas pelo Texto Internacional: **suborno transnacional** (artigo VIII), que se traduz no oferecimento de vantagem a funcionário público de outro país para que este interfira em transações de natureza econômica ou comercial, ainda que para se omitir de quaisquer de seus deveres;

enriquecimento ilícito (artigo IX), caracterizado pelo aumento do patrimônio do funcionário público incongruente à sua renda mensal, e sem qualquer justificativa plausível; além dos **atos de corrupção** descritos nos itens do artigo VI, que, em suma, se traduzem em hipóteses de corrupção ativa e passiva, ocorridas no cenário contemplado pela Convenção, incluindo-se as hipóteses de aproveitamento e ocultação do produto da atividade, à semelhança da receptação e do favorecimento real, e a figura da participação (BRASIL, 2002).

Por sua vez, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (CNUCC), assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, também se propõe a combater o fenômeno, motivada por preocupação de viés econômico.

Sem se olvidar do papel da corrupção no recrudescimento do crime organizado e no enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, o Tratado reforça a necessidade de se combater este fenômeno para poupar recursos públicos; para inibir o enriquecimento ilícito, nocivo à economia; e para prevenir quaisquer transferências de ativos entre os Estados, fora dos critérios de controle legais (BRASIL, 2006).

Pela importância que o fenômeno ocupa na agenda internacional, e pelos graves danos dele decorrentes, a CNUCC repete alguns dos intentos trazidos pelos outros dois Textos anteriormente referidos, com um friso maior à necessidade de cooperação internacional e de partilhar técnicas úteis à prevenção e ao combate da corrupção.

O artigo 1 dessa convenção já anuncia a finalidade prática do Texto ao elencar esforços para os quais as ações dos signatários devem convergir: a) promoção e fortalecimento das medidas de prevenção e combate, com a finalidade de torná-las mais eficazes; b) promoção e incentivo à cooperação internacional e à assistência técnica, inclusive no que tange à recuperação de ativos; e c) promoção da idoneidade na gestão dos assuntos e patrimônio públicos (BRASIL, 2006).

Aqui, vê-se a necessidade de dar concretude à disciplina internacional de combate à corrupção. Inclusive, o Tratado vai mais longe e chega a sugerir um código de conduta para funcionários públicos e, no que toca ao tema desta tese, diretrizes à contratação pública, dentre as quais estão: o reforço da transparência nos processos de contratação com a administração pública; a tomada de decisões a partir de critérios objetivos, fincados no interesse coletivo; a implementação do

devido processo administrativo, em que se garanta o reexame destas decisões; além de frisar a necessidade de medidas que visem à adequada seleção dos funcionários encarregados de procederem às contratações, como, por exemplo, capacitações específicas (BRASIL, 2006).

Somam-se a estas orientações as constantes do item 2, do artigo 9 da Convenção, que cuida especificamente da **transparência nos gastos públicos**: a) a adoção de procedimentos para a aprovação do orçamento nacional; b) a divulgação de informações dos gastos e receitas públicas; c) a normatização do controle contábil concretizado através das auditorias, bem como de sua supervisão; d) a criação e implementação de uma política eficaz de gestão de riscos e controle; e) a adoção de sanções, em caso de descumprimento de quaisquer das recomendações anteriores.

Ressalta-se, ainda, a obrigação de serem preservados os livros e demais registros contábeis, bem como de todos os demais documentos em que se faça constar qualquer despesa ou receita públicas, inibindo a sua falsificação (BRASIL, 2006).

Ainda é possível citar outras importantes recomendações feitas pela Convenção, que, por serem extensas, apenas permitem uma breve referência.

A título de exemplo, frisam-se aquelas feitas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, elencadas no artigo 11; as proposições dirigidas ao setor privado, estabelecidas pelo artigo 12, incluindo-se nelas os atos de corrupção praticados por particulares, como, por exemplo, o registro de gastos inexistentes ou a realização de operações financeiras não documentadas em livros contábeis; o incentivo da participação da sociedade na prevenção e combate à corrupção, estabelecido no artigo 13; as medidas de prevenção à lavagem de dinheiro do artigo 14; as condutas delitivas inseridas no Capítulo III, dentre elas, o tráfico de influências, o abuso de funções, enriquecimento ilícito, encobrimento, obstrução da justiça e até mesmo a responsabilidade das pessoas jurídicas; além da possibilidade de apreensão e/ou confisco de bens resultantes de crime; da proteção de vítimas, testemunhas e denunciantes; e da cooperação internacional incentivada em todos os aspectos do acordo, desde a implementação das orientações pela lei interna dos signatários até a junção de esforços na recuperação de ativos (BRASIL, 2006).

Por fim, tem-se a Convenção da ONU sobre Delinquência Organizada Transnacional, cujo texto foi consolidado em 15 de novembro de 2000, em Nova

lorque, aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e promulgado pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Nela, vê-se a preocupação mais voltada ao combate da corrupção da qual o crime organizado se utiliza para a consecução dos intentos.

Não são raros os estudos criminológicos que dão conta de que a criminalidade organizada encontra no Estado a medida da dificuldade e da viabilidade de sua atuação, uma vez que os ocupantes de cargos cuja função constitui verdadeiro empecilho passam a ser considerados potenciais facilitadores, os quais eventualmente podem ser desvirtuados pela ideia da vantagem que lhes será prometida.

Neste intento – o de impedir que a criminalidade organizada venha a se valer das prerrogativas dos agentes públicos – é que a Convenção estabelece, em seu artigo 8, a obrigação de que os seus signatários adotem as medidas legislativas necessárias a criminalizar tanto a conduta do que oferece vantagem ilícita ao funcionário público, para que ele pratique ou se abstenha de praticar quaisquer atos para com os quais esteja legalmente obrigado, bem como a do próprio agente público, que requer ou aceita o benefício indevido.

Entretanto, a Convenção avança e ainda estabelece que a obrigação dos Estados-parte para o combate à corrupção não se deve limitar apenas à criminalização, devendo, pois, associá-la à criação de medidas legislativas e administrativas eficientes, que visem incentivar a idoneidade no desempenho das funções públicas e a punição daqueles que dela se desvirtuem (BRASIL, 2004).

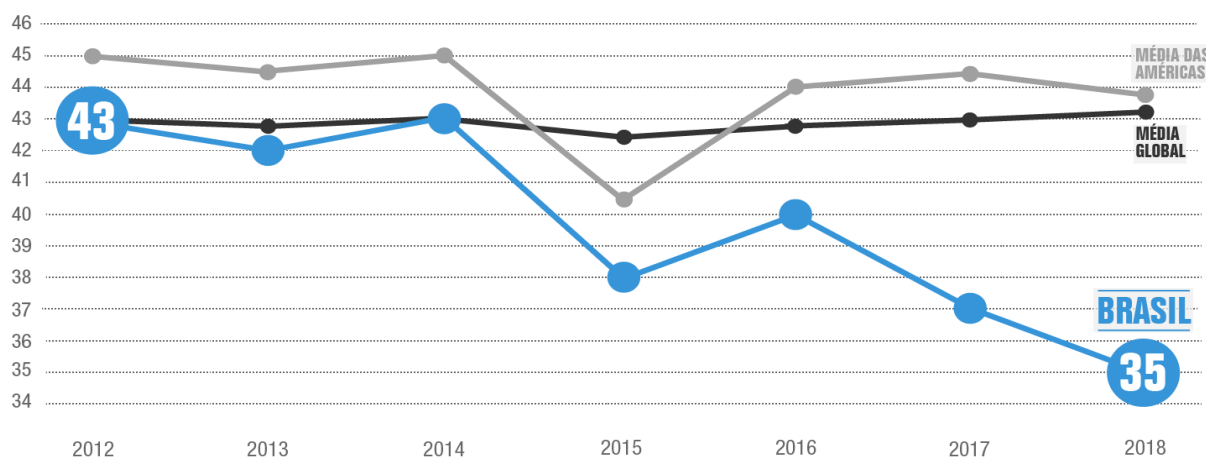
Nesse sentido, na visão da Organização Transparência Internacional, a corrupção pode ser definida como:

[...] atos ilícitos praticados pelo alto escalão de governo, que distorcem políticas públicas e o funcionamento dos estados, permitindo que líderes se beneficiem a despeito do interesse público, e também por empresários e executivos de grandes empresas privadas, com prejuízos para eficiência da economia (BORGES; NOGUEIRA, 2019, s.p.).

Sobre o índice de percepção da corrupção – ferramenta de medição utilizada pela Transparência Internacional desde 1995 –, foi divulgado em seu *site* que, no ano de 2018, o Brasil apresentou a pior pontuação desde 2012, passando da 96ª a 105ª. Em escala de pontuação de 0 a 100, na qual a pontuação máxima equivale à

qualificação mais íntegra, sua pontuação também despencou de 37 para 35 (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2018, s.p.) (GRÁFICO 1).

Gráfico 1 – Índice de Percepção de corrupção (IPC)1



Fonte: Transparência Internacional (2018).

Nas Américas, o Brasil ocupa a vigésima colocação no “*ranking*”, sendo ultrapassado por países como a Jamaica, Suriname, Trinidad, Argentina, Guiana, Colômbia e Panamá, conforme dados obtidos pelo *site* da Transparência Internacional (2018).

Nesse cenário, é importante ressaltar que, em relação ao BRICS (grupo de países emergentes formados pelo Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), exceto a África do Sul, os demais países estão abaixo da média global no IPC (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2018, s.p.).

Naves e Neves (2019, p. 21) atribuem à corrupção um espectro privado, para o qual seria possível aos particulares agirem de maneira corrupta quando o fizerem em detrimento do que é considerado de interesse público:

O Banco Mundial entende a corrupção como “*the abuse of public office for private gain*”, cuja tradução livre seria o abuso da função pública para fins privados. Já a Transparência Internacional – TI, organização não governamental internacional dedicada ao combate à corrupção sediada em Berlim, na Alemanha, conceitua corrupção como “*the abuse of entrusted powers for private gains*”, ou seja, relaciona-se ao abuso de poderes delegados para ganhos privados, uma vez que a corrupção não está restrita apenas ao setor público. O último conceito mostra-se mais apropriado, portanto, porque explicita sua relação com o abuso do poder, abrangendo tanto sua outorga na esfera pública quanto na privada. (NAVES; NEVES, 2019, p. 21)E concluem:

Vislumbra-se, portanto, que a corrupção é um conjunto de práticas, que ocorrem no âmbito do Estado e no mundo privado, cuja definição primordial é degenerar práticas de interesse público. Pode-se elencar como exemplo de práticas corruptivas: o nepotismo, a fraude, o suborno, a troca de favores, o tráfico de influência, a sonegação de tributos, os esquemas de malversação de recursos públicos, o direcionamento em licitações, o superfaturamento em contratos administrativos, dentre outras. Assim, tais práticas detêm naturezas singulares, entretanto ganham o significado de corrupção à medida que degeneram práticas de interesse público. (NAVES; NEVES, 2019, p. 23).

Nesse ínterim, considerando o panorama nacional, todas as recomendações inseridas nos Textos Internacionais e sua posterior incorporação à ordem jurídica pátria contribuíram para que a legislação brasileira avançasse na tratativa do tema, dando início à prevenção e ao combate da corrupção, ainda que por meio de legislação esparsa.

Contudo, é possível vislumbrar esta resistência em legislação interna, anterior às discussões que deram ensejo aos Instrumentos Internacionais, com a edição da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública. Voltada a instrumentalizar a proteção do meio ambiente, do consumidor, e dos bens de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, a chamada Lei de Ação Civil Pública mostra-se um avanço no combate à corrupção na medida em que, ainda em 1985, tornou crime a conduta do funcionário público que se recusa, retarda ou omite quaisquer informações ou dados indispensáveis à propositura da ação civil pública, na qual a provocação do Ministério Público e o conseqüente fornecimento destas informações são para o agente público um dever por expressa disposição do artigo 6º da referida lei.

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o **servidor público deverá** provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.
Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público (BRASIL, 2004).

Vê-se que o artigo 10º da Lei não restringe sua aplicação ao funcionário público, posto que o artigo 6º também faculta ao particular o fornecimento das mesmas informações que, se recusadas, retardadas ou omitidas, também resultariam na penalização de seu possuidor.

Entretanto, pairando sobre o agente público o dever de chamar a atenção do *Parquet*, com o fornecimento de todos os subsídios necessários para inibir a violação noticiada, tem-se ao menos o início daquela preservação da moralidade administrativa, que se impõe ante a possibilidade de suborno ou qualquer outra forma de enriquecimento indevido suscitada pelas Convenções.

O tipo penal em referência não possui sua consumação condicionada à obtenção de qualquer vantagem indevida e, por isso, ele se mostra mais amplo do que os atos de corrupção descritos nos Instrumentos Internacionais. Entretanto, tem em comum a tipificação do desprezo do agente público para com as suas obrigações funcionais, que, no âmbito da Lei 7.347, justifica, por si só, a imposição de penalidade.

Em 1988 houve a promulgação da Constituição da República e, com ela, a adoção de um **sistema de proteção das funções do Estado**, no qual se estabelece desde a base principiológica da administração pública, insculpida no artigo 37, até a instituição de ferramentas que aparelham a sociedade e o próprio poder público no combate à corrupção.

Dentre elas, frisa-se a possibilidade de se propor ação popular para a garantia da moralidade administrativa, prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, e o instituto da intervenção federal, prevista no artigo 34, e permitida nos casos em que haja o descumprimento de princípios republicanos pelas unidades federadas, dentre eles, a correta prestação de contas.

Por sua vez, a Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 2 de junho de 1992), que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”, (BRASIL, 2019), configura um instrumento normativo de vanguarda no combate à imoralidade administrativa, já que suas disposições se mostram avançadas para a contenção de um fenômeno que só ganhou relevância internacional no final da década de 1990, com a promulgação da Convenção Interamericana Contra a Corrupção.

Inclusive, alguns dos atos de corrupção descritos nas Convenções podem ser encaixados dentro do rol estabelecido no artigo 9º da Lei 8.429/92, que cuida de atos de improbidade que acarretam enriquecimento ilícito. Por exemplo: o inciso I do aludido dispositivo diz sobre o agente público que recebe, para si ou para outrem,

qualquer tipo de vantagem econômica, direta ou indireta, proveniente de quem tenha interesse em eventuais ação ou omissão, de que possa desempenhar ou se abster, por força de suas atribuições.

As vulnerabilidades econômica e concorrencial, rechaçadas pelas Convenções, também encontram repúdio na Lei de Improbidade, que, nos incisos II a VI do já referido artigo 9º, tipifica a contratação de serviços por preços não praticados no mercado; o desvio de bens ou de pessoas, obrigadas para com o serviço público para o atendimento de demandas particulares; e, até mesmo, a aquisição de bens cujo valor é desproporcional à própria capacidade financeira.

A Lei de Improbidade é exaustiva em exemplos de atos de corrupção: além de estabelecer aqueles que importam em enriquecimento ilícito, também elenca atos de improbidade que causam prejuízo ao erário: os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e os que atentam contra os princípios da administração pública.

Para a garantia da moralidade na contratação com a administração do Estado, objeto desta produção acadêmica, importa frisar a incorporação de patrimônio público ao patrimônio pessoal; frustrar licitação ou qualquer procedimento seletivo para celebração de parcerias, ou dispensá-los indevidamente; concorrer para o enriquecimento ilícito de terceiro; contratar ou celebrar parcerias, sem observar as formalidades necessárias; além de negligenciar a fiscalização da prestação de contas dos parceiros privados.

Outra importante ferramenta de combate à corrupção é o regramento dispensado aos contratos públicos pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 – a chamada Lei de Licitação. Dissecando o modo de contratar com a administração pública, por imposição do princípio da legalidade – com o qual o princípio da moralidade administrativa guarda estrita pertinência, essa Lei impõe que toda contratação com a administração pública seja precedida de procedimento licitatório, além de trazer a criminalização de uma série de vícios no procedimento contratual, que podem ou não requerer a percepção de vantagem indevida como motivação ou como condicionante à consumação do delito.

No artigo 41, §1º, a Lei dota o cidadão de prerrogativa importante: a de participar ativamente na manutenção da legalidade dos procedimentos licitatórios, permitindo-lhe oferecer impugnação até 5 (cinco) dias antes da abertura dos

envelopes de habilitação⁹ – um reflexo do incentivo à informação pública e da participação ativa da sociedade, estimulados pela Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

Em seu artigo 54, §1º, a Lei 8.666 exige clareza e precisão das condições contratuais, tanto para resguardar o contratado, quanto para tornar possível sua fiscalização¹⁰ – inclusive, dentre as cláusulas essenciais, elencadas no artigo 55, vide aquela prevista no inciso III, que diz respeito ao preço, às condições de pagamento e aos critérios dos quais se utilizará no cômputo do valor devido ao agente privado.¹¹

Ademais, como decorrência natural dos princípios da legalidade e da publicidade, também inseridos no *caput* do artigo 37 da Constituição, a Lei 8.666 ainda prescreve que os contratos sejam formalizados, com a sua lavratura tanto nas repartições competentes como no cartório de notas, acompanhados dos procedimentos administrativos dos quais se originaram. Em tempos de reforço da participação popular, por meio do que se entende hoje por *accountability vertical*, essa se mostra ferramenta valiosa de combate à corrupção.

Por fim, há também os delitos, previstos na Seção III da Lei. Alguns são crimes próprios, ou seja, só podem ser cometidos por determinadas pessoas (ressalvadas as hipóteses de concurso), como o delito previsto no artigo 89, que

⁹ “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. §1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁰ “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. §1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

¹¹ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

tipifica as condutas de dispensar ou não exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, e que, por óbvio, só podem ser cometidas pelos agentes públicos responsáveis por determiná-la.¹²

Inclusive, aqui se tem um ato de corrupção mais abrangente do que aqueles previstos nos Instrumentos Internacionais, posto que não é necessária a obtenção de qualquer vantagem pecuniária ou benefícios indevidos para que esteja consumado.

Frisa-se, ainda, a conduta prevista no artigo 91, a de patrocinar interesse privado perante a administração pública, que dá causa à instauração do procedimento licitatório ou à celebração de contrato;¹³ a inserida no artigo 92, a qual pune o agente público que permite a modificação dos termos contratuais para nele instituir vantagem sem previsão legal ou contratual, ou que quita fatura sem observar a ordem cronológica;¹⁴ ou, ainda, aquela constante do artigo 97, caracterizada através da celebração de contrato público com parceiro privado declaradamente não idôneo.¹⁵

Entretanto, faz-se imperioso demonstrar que a Lei de Licitação não pune apenas o agente público, mas também o contratado, sobre os quais se deposita a mesma obrigação de zelar pela idoneidade das contratações, trazendo para as tratativas com o Poder Público o mesmo dever de manutenção da boa-fé objetiva

¹² “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

¹³ “Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras).

¹⁴ “Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁵ “Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

que se requer de todo e qualquer contratante (artigo 113 c/c artigo 422, ambos do Código Civil) e que, neste cenário específico, se sobreleva pelo interesse coletivo que recai sobre a contratação.

Exemplos disso são as condutas delitivas descritas no artigo 89, § único, de concorrer para a ilegalidade do procedimento licitatório ou beneficiar-se de sua dispensa para acordar com o Poder Público;¹⁶ no artigo 90, de frustrar a competição no procedimento, com o intuito de adjudicar o objeto do certame¹⁷ ou aquela inserida no artigo 92, § único, na qual se enquadra o agente privado que tenha concorrido para a ilegalidade do procedimento de licitação e dela tenha extraído vantagem ou benefício.¹⁸

A Lei Complementar 131, de 27 de maio de 2009 (Lei da Transparência), também constitui contribuição importante para o combate da corrupção, especialmente, em nível municipal. Não seria preciso que houvesse qualquer reforço legislativo à publicidade dos atos administrativos, pois configura um dos princípios basilares da administração pública.

Entretanto, a transparência incentivada pela LC 131 é aquela que não se consubstancia apenas no cumprimento dos trâmites administrativos que formalizam a contratação e lhe atribuem notoriedade presumida, como o registro em cartório, mas da necessidade de os Poderes Públicos se movimentarem para que a população conheça de suas contas, chamando-a a participar do processo de fiscalização.

¹⁶ “Art. 89, Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁷ “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁸ “Art. 92, Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais” (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

Por vezes, a corrupção ocorrida no âmbito dos Estados e da União ganha mais repercussão midiática por implicar, em geral, maior escoamento de receita pública e o envolvimento de figuras políticas de tradição. Aos Municípios, renega-se uma atenção subsidiária, cujos atos de corrupção, em geral, só ganham profusão maior se, por seu vulto, mostrarem-se incomuns àqueles típicos de uma administração exercida em menor escala, ou seja, mais corriqueiros, portanto menos interessantes.

Contudo, esquece-se que a competência dos Municípios se encontra prevista na Constituição Federal, que a outorga de forma programática, deixando a cargo do Município a obrigação de concretizá-la – inclusive, através de contratações públicas. Se isto é determinante para que o país se desenvolva da maneira mais coesa possível, garantir que as contas e gastos públicos municipais sejam contraídos de maneira idônea é tão importante quanto velar pelo orçamento nacional.

Sobre a ampla divulgação dos atos administrativos há, ainda, a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação. Nela, instituem-se diretrizes a serem observadas por todos aqueles entes descritos em seu artigo 1º, parágrafo único, dentre elas, “o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública” e “o desenvolvimento do controle social” (BRASIL, 2019).

Em seu artigo 6º, a Lei 12.527 assegura a “gestão transparente da informação”,¹⁹ que requer dos entes públicos uma postura proativa para que se proporcione ao administrado o seu amplo acesso – ainda naquele dever comissivo de manutenção da publicidade administrativa.

Por sua vez, no artigo 7º vê-se a publicidade ser aplicada às contratações, nomeadamente em seu inciso VI, que institui o direito de se obter informações acerca de “administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos”, além de ser igualmente assegurado o acesso aos resultados de “inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo”, impondo-se que nelas venham a constar

¹⁹ “Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;” (BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

“informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como todos os contratos celebrados” (BRASIL, 2019).

Em razão desses inúmeros deveres a cargo da administração pública, o artigo 32 da Lei 12.527 estabelece penalidades por seu descumprimento. Pelo aspecto contratual, importa frisar aquela descrita no inciso I, caracterizada pela recusa em oferecer informação, retardar o seu oferecimento ou fazê-lo de forma incompleta, incorreta ou imprecisa, ou, ainda, aquela constante do inciso V, de impor sigilo à informação para obter vantagem, ou proporcioná-la a terceiro, com o fim de ocultar ato ilícito.

Por sua vez, a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 (que, por seu propósito, recebeu a alcunha de “Lei Anticorrupção”), discorre sobre a “responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira” (BRASIL, 2019).

Em razão disso, visa responsabilizar os corruptores ativos, em sentido amplo, ou seja, as empresas que, através de seus gestores ou funcionários, barganham vantagens indevidas perante e/ou junto à administração pública, para as quais se estabelece responsabilidade objetiva (artigo 2º), exceto quando da imputação de responsabilidade individual, que se rege pela disciplina penal, na qual se requer a demonstração do elemento subjetivo (artigo 3º).

No artigo 5º, a referida Lei elenca os atos considerados lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, dentre eles – e no que toca a esta pesquisa – os que são elencados nas alíneas do inciso IV, perpetrados em meio às contratações:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração

pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
g) **manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública [...]** (BRASIL, 2013).

No que tange à alínea g, percebe-se que sua aplicação possui larga abrangência, a qual pode abarcar desde a fase inicial de estabelecimento de preço do produto, serviço ou obra, até a fase de execução.

Vide o estudo de caso que se propõe neste trabalho: o cômputo da parcela variável devida à concessionária é tarefa adstrita à implementação do contrato de concessão administrativa, na modalidade patrocinada, e é perfeitamente possível que qualquer manipulação ou fraude nos dados ou na produtividade do parceiro privado (utilizada como critério para o cômputo) venha a desequilibrar o contrato e se constituir ato lesivo à administração pública.

O Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei 12.846, acresceu a esse cenário de combate à corrupção, especialmente àquela ocorrida no âmbito das relações regidas pela Lei 8.666, a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas por meio da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização, através do qual podem ser aplicadas as penas de multa e publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora em meio de comunicação de grande circulação, em edital ou endereço eletrônico. (BRASIL, 2015)

Importante disposição contida no Decreto é aquela que diz respeito ao Programa de Integridade (Capítulo IV). Por meio dele, instala-se uma política interna de combate ao desvio, ainda dentro da própria empresa, e se estimularia as denúncias e providências acerca das condutas noticiadas. O Decreto 8.420 impõe que esse programa seja fiscalizado a partir de parâmetros que vão desde o comprometimento do alto escalão da empresa, passando pela análise dos registros contábeis até a transparência de seus atos. (BRASIL, 2015)

Por fim, frisa-se as alterações promovidas nos artigos 20 a 24 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei 13.655, de 2018, que frisou a necessidade de motivação dos atos administrativos e da congruência que eles devem guardar para com o mérito das escolhas e políticas públicas, e a sanção do agente que feri-las, resguardada a consideração pelas causas atenuantes e agravantes que convergiram para o seu desvio.

Assim, é possível perceber que os instrumentos internacionais contra a corrupção serviram de catalisadores à criação de paradigmas na construção do combate à corrupção na ordem jurídica brasileira. Passa-se a demonstrar agora como ela impacta as contratações com o Poder Público.

3.3 CORRUPÇÃO E SEU IMPACTO ECONÔMICO NAS CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO

Sob a perspectiva da eficiência econômica, construída pela Análise Econômica do Direito, os riscos devem ser distribuídos aos agentes que possuem melhor capacidade de gerenciamento, por menor custo. Exatamente pelas diferentes possibilidades de atuação dos atores privados na construção destes ativos de valores representativos, e de exploração de longo prazo, é que se pode criar um terreno fértil para a prática da corrupção.

A ocorrência de desvios na contratação pode enfraquecê-la, e assim destituí-la da qualidade de importante instrumento para o desenvolvimento econômico e social do país.

Rosa (2004) adverte que a enraização deste fenômeno na prática contratual administrativa pode, inclusive, afugentar investidores íntegros, indispostos à corrupção, uma vez pressuposto que a burocracia administrativa só irá funcionar a favor de seu negócio a partir de incentivos financeiros escusos.

É possível que existam exploradores de riquezas capazes de ambientar sentimentos nobres e não apenas os ditados pelo padrão monetário e que não querem, e nem merecem, estar associados a Estados que funcionam a partir da corrupção, do crime organizado e da lavagem de dinheiro. Há inúmeros países que nos fazem lembrar ilícitos, com imagem pública de corrupção institucionalizada, de permissividade ou de paraíso fiscal. Não há investidor honesto que frequente os seus estabelecimentos de investimentos. Insisto, não há investidor honesto que almeje ser associado à ilicitude da origem de sua riqueza. Por isso, ante a reprovação mundial e o risco de perdimento da credibilidade, agentes externos honestos devem deixar o mercado que abriga formas ilícitas de enriquecimento, porque conspira contra a própria imagem, a credibilidade de seus produtos ou empresas (ROSA, 2004, p. 10).

Sob a ótica econômica, tem-se avaliado os efeitos da corrupção sobre a redução dos investimentos, da produtividade e da ineficiência econômica. Os dados empíricos e a literatura sobre o assunto, como a de Campos e Pereira (2016), têm afirmado categoricamente que a corrupção afeta o investimento público com reflexo direto no crescimento econômico.

Em artigo publicado por Altamirano (2006) são apresentados os dados estatísticos divulgados pelo Banco Mundial e o FMI, os quais comprovam que a corrupção é um dos grandes obstáculos para o desenvolvimento e crescimento econômico, tanto no tocante ao fluxo de investimentos como para a confiança de mercado. Seus efeitos repercutem diretamente no aumento da pobreza, na desigualdade de renda e no bem-estar da população, especialmente, em relação a direitos básicos como segurança, saúde e educação.

Inclusive, alguns estudiosos do fenômeno, dentre eles, Rose-Ackerman (1978), ensinam que, por um lado, se o aumento da discricionariedade do agente público pode facilitar a gestão do negócio, pode também possibilitar a corrupção, e acarretar na alocação de recursos públicos na mão dos agentes econômicos e ocasionar a insuficiência dos serviços. (CAMPOS; PEREIRA, 2015).

Em razão desse pensamento é que a flexibilização instituída pela Lei 12.462/11 – o Regime Diferenciado de Contratação Pública (RDC) – que aumentou a discricionariedade dos agentes públicos no estabelecimento dos critérios de modalidade e infraestrutura para a Copa do Mundo 2014; foi alvo de impugnação, pelo Ministério Público Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 4655/2011). Nela, questiona-se a constitucionalidade da Lei em face da principiologia constante do artigo 37 da CF/88, ante à consideração de que o excesso de poder discricionário é causa da corrupção (CAMPOS; PEREIRA, 2016). Em razão da conjuntura atual, o pleno do Supremo Tribunal Federal a incluiu em pauta de julgamento virtual em 12/05/2020, como informa o último andamento do processo.

Assim, o enfrentamento da corrupção deve se dar não só sob a égide jurídica, mas em conjunto com outras frentes de estudo – sociais, políticos, históricos e econômicos –, uma vez que o Estado não possui apenas a Lei como instrumento de combate ao fenômeno, ainda que o excesso de legislação induza a conclusão diversa.

Exemplos disso são os impactos econômicos da corrupção no desvio da formulação de custo ou de ganhos exacerbados, que, por vezes, gera a contratação do que não é necessário ou a elevação do valor daquilo que é absolutamente essencial. Isso pode provocar o afugentamento do investidor financeiro, na medida em que, somente com o pagamento de comissões e/ou vantagens extras, a máquina

burocrática administrativa passaria a cumprir seu papel impulsionador do desenvolvimento social e econômico.

A corrupção, consubstanciada no desvio financeiro, compromete desde investimentos externos nas indústrias, na ciência e na tecnologia, como impacta diretamente nos custos das contratações e diretamente no consumo e no poder de aquisição dos cidadãos.

No âmbito da prática corrupta, na transgressão e desvio de interesses públicos por interesses privados, sejam eles patrimoniais ou não, é possível verificar o seu reflexo direto na má qualidade e ineficiência dos serviços públicos, comprometendo interesses primários do cidadão, tais como educação e saúde, e negando ao povo o direito de desenvolvimento tecnológico e bem-estar social, para o qual contribuem por meio de seus impostos.

Cumprir tratar da concessão como forma de contratação com o Poder Público, para que seja possível verificar o quê de sua estrutura se mostra fértil aos atos de corrupção.

4 DA CONTRATAÇÃO NA MODALIDADE PARCERIA PÚBLICA PRIVADA (PPP)

Após a exposição do que seria a corrupção pelo viés econômico, e os mecanismos de controle e combate instituídos na legislação internacional e brasileira para o seu controle e combate, passa-se à pormenorização do instituto das Parcerias Público-Privadas.

Por sua essência, a contratação com o Poder Público não dispensa a observância da disciplina negocial, estabelecida pela Lei Civil, mas, antes, conjuga os deveres e obrigações adstritos a todo e qualquer contratante às características especiais que envolvem a satisfação do interesse público, para o qual ela se dá, sendo esse um dos marcos distintivos do negócio. A oportunidade da contratação só existe a partir dele, e por ele.

Quaisquer ponderações de natureza econômica ou política tornam-se questões de segunda ordem quando se tem em mente a finalidade administrativa do ato, preenchida de significado pelo proveito coletivo.

Em um primeiro momento, as parcerias públicas podem denotar o abandono do interesse coletivo e a alienação à iniciativa privada do monopólio de prerrogativas e direitos sobre bens e serviços, que, em última análise, defenderia o administrado da gestão gananciosa do mercado capitalista (em uma coincidente e irônica perspectiva contratualista de Estado).

Entretanto, a análise da viabilidade da contratação mais primitiva – ou seja, aquela em que se conjectura a própria necessidade de contratar parceiro privado – não se dá senão pelo mesmo critério (o do interesse público), o qual, por vezes, indica que a repartição dos riscos, garantias e ganhos econômicos podem ser tão vantajosos quanto.

Se a parcela de contribuição do parceiro privado mostra-se vantajosa à Administração, é natural que sejam instituídas vantagens a seu favor, a fim de tornar a parceria convidativa para ambos os contratantes. Sob esse aspecto é que se dão as contraprestações, a instituição de tarifas ou, até mesmo, a criação de índices de avaliação a comporem a parcela fixa devida ao concessionário, que não só dizem com o equilíbrio econômico do acordo ou com a eficiência esperada na execução do objeto do contrato, mas também com a criação de um cenário economicamente

favorável ao investidor, o qual, sentindo-se atraído pelo negócio, propiciará à Administração a vantagem por ela esperada.

Assim, antes de se adentrar ao estudo das Parcerias Público-Privadas, é preciso passar a essa breve desconstrução das contratações públicas com o setor privado, para visualizá-las como produto do raciocínio sobre o interesse público, que, inclusive, sob a visão da Análise Econômica do Direito, tem sua eficiência condicionada ao atingimento de outras finalidades que não se esgotam na essencialidade do próprio serviço oferecido.

Se estas coligações empresariais e contratuais só surgem a partir de um raciocínio acerca dos custos do negócio, por qual motivo então a Administração não poderia se utilizar de semelhante raciocínio para associar-se ao particular?

4.1 NOÇÕES GERAIS

Pietro (2019) ensina, com propriedade, que:

[...] a expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público (PIETRO, 2019, p. 293).

Assim, dentre os negócios celebrados pela Administração para a concretização dos interesses públicos, situam-se os contratos de concessão de serviço público, concessão de obra pública, concessão de uso do bem público, concessão patrocinada e administrativa (ambos formas de parcerias público-privadas); contratos de prestação de serviços, contrato de obra pública, contrato de fornecimento, contrato de empréstimo público e contrato de função pública.

Para o objetivo deste trabalho, importa tratar apenas da concessão e suas espécies.

A lição clássica de Meirelles (1996) ensina que o contrato de concessão

[...] é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais (MEIRELLES, 1996, p. 240).

Na década de 1990, quando Meirelles formulou esse conceito de concessão (dada a edição da obra consultada), o instituto regia-se apenas pela Lei 8.987, de 13

de fevereiro de 1995, que destrincha o artigo 175 da Constituição da República ao estabelecer os parâmetros das concessões e permissões de serviços públicos.

Esse diploma, ainda em vigor, estabelece as cláusulas e demais requisitos essenciais do contrato de concessão, os contornos da administração da concessionária, ou seja, o detalhamento geral do negócio. Com o advento da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e a instituição de concessões ditas qualificadas, denominadas parcerias público-privadas, passa-se a enxergar o instituto com a complexidade que ele requer.

O artigo 2º da Lei 11.079 e seus parágrafos delimitam as espécies de concessões categorizadas como PPPs, e no que consiste seu objeto, cuja menção se faz necessária:

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 privado. (BRASIL, 2019).

Assim, dentre as concessões, apenas a concessão patrocinada e a concessão administrativa são categorizadas como parcerias público-privadas. Isso porque, como a própria lei frisa, uma das características destas parcerias é a necessidade de haver contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que não ocorre geralmente na concessão comum. A forma de remuneração é um dos aspectos em que diferem a concessão patrocinada e a concessão de serviço público, diferença que, mesmo assim, pode deixar de existir caso se firme contrato de concessão comum no qual haja previsão de custeio pelo poder público, na forma do artigo 17 da Lei 8.987, de 1995 (PIETRO, 2019).

Contudo, a instituição de regime de remuneração semelhante não iguala as duas figuras contratuais, uma vez que a parceria público-privada, por seu regime jurídico específico (artigo 3º, §1º, da Lei 11.079, de 2004), ainda difere quanto à repartição dos riscos do negócio, compartilhada com o investidor. Do mesmo modo,

difere quanto às garantias oferecidas pela Administração, posto que o investimento é inicialmente subsidiado por recursos exclusivamente privados, além da divisão dos lucros e demais proveitos econômicos (PIETRO, 2019).

Não obstante essas especificidades, as parcerias público-privadas – por serem contratações públicas – não dispensam a observância da principiologia constante do artigo 37 da Constituição da República (com especial friso, a observância das formalidades legais): a manutenção da finalidade administrativa, consubstanciada no interesse público circunscrito ao objeto do contrato e, principalmente, a instituição de cláusulas exorbitantes, na forma do artigo 23, e seu parágrafo único, ambos da Lei nº 8.987 de 1995, e do artigo 5º da Lei 11.079:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e

II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 ;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012).

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 ; (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015).

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas. (BRASIL, 2019).

Entretanto, a contratação em regime de parceria não está dispensada de licitação prévia, nos termos do artigo 10º da Lei 11.079, de 2004. O referido dispositivo condiciona a abertura do certame a uma série de requisitos e estudos

que, se observados na prática, já consistiriam um valioso arcabouço contra a corrupção: a estimativa do impacto financeiro da contratação, que abrange todos os exercícios através dos quais ela vigorará, e a análise da suficiência dos recursos públicos para custear as obrigações firmadas em razão do contrato, inclusive aquelas acordadas com o parceiro privado (FARIA, 2015).

Por sua vez, cumpre delimitar quais são os agentes integrantes da Administração Pública que podem celebrar contratos de parceria. O parágrafo único do artigo 1º da Lei 11.079, modificado pela Lei nº 13.137, de 19 de junho de 2015, estabelece que as disposições nela contidas se aplicam:

[...] aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 2019).

Na lição de Pietro (2019), o referido parágrafo possuiria aplicação limitada. Isto porque os entes pertencentes à Administração Indireta não são originariamente incumbidos de qualquer serviço público, para que possa transferir sua titularidade a um parceiro privado. “Quando ela desempenha um serviço público, já o faz porque o respectivo titular houve por bem criá-la com essa finalidade específica” (PIETRO, 2019, p. 344), explica a autora. Por isso, apenas restaria à Administração Indireta contratar serviços acessórios pelo regime da Lei 8.666/93 ou celebrar acordo de subconcessão, nos moldes do artigo 26 da Lei 8.987/95.

Carvalho Filho (2014) assevera que a Lei 11.079 estabelece, em seu artigo 9º, que a implantação e gestão da parceria será feita por uma sociedade de propósito específico, que deverá ser implantada antes da celebração do contrato. Isto leva a concluir que a licitação contará com a pessoa jurídica para a qual se outorgará eventualmente a execução do contrato.

O edital deverá assinalar prazo para que a vencedora do certame venha a constituir a sociedade, que, nos termos do §2º do referido artigo, poderá deter capital aberto (com estrutura de sociedade anônima, portanto) ou fechado. Em ambos os casos, a transferência de seu controle estará condicionada à autorização expressa do Poder Público.

Ato contínuo, o artigo 23-A da Lei 8.987/95 permite a adoção de arbitragem para que sejam solucionados os conflitos decorrentes da parceria. Não obstante a

crítica conservadora de que a indisponibilidade do interesse público não poderia ser conjugada com aquela modalidade alternativa de resolução de conflitos, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já vinham reconhecendo a legalidade da medida, que culminou no acréscimo do referido artigo 23-A pela Lei 11.196, de 2005.

Reservam-se as considerações específicas quanto à forma de remuneração do parceiro privado para o item próprio.

4.2 RELEVÂNCIA NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE GOVERNANÇA DE INFRAESTRUTURA

Foi observado, anteriormente, que as Parcerias Público-Privadas só foram instituídas, pelo menos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, para que o desempenho dos serviços públicos não fosse prejudicado pela insuficiência de recursos e tecnologia estatais. Por isso é que a introdução desse capítulo já procura inaugurar uma nova visão das concessões: para que seja possível entendê-las como forma válida e eficaz através da qual são prestados serviços importantes, e que por isso reclamam o enrijecimento dos mecanismos de combate à corrupção.

Justen Filho (2014), que compartilha desta visão prática das parcerias com o particular, ensina que:

a concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Mais ainda, é um meio de realização de valores constitucionais fundamentais (JUSTEN FILHO, 2014, p. 759).

E acrescenta:

Isto significa que a concessão de serviço público é um instrumento de agregação de sujeitos para ampliar os esforços necessários à concretização de um fim de grande relevância. O fim a ser obtido é a prestação das utilidades necessárias à satisfação de um direito fundamental. Essa ideia – satisfação de um direito fundamental – norteia a ação de todos os sujeitos públicos. A concessão propicia que um particular se comprometa com a promoção desse fim.

Por isso é despropositado admitir que a concessão acarreta que um serviço público seja desempenhado por conta e risco de um particular ou que o sucesso ou insucesso do concessionário se configure como irrelevante para o poder concedente.

A atuação do concessionário é instrumental para o Estado e a sociedade, na acepção de que a concessão de serviço público é o meio para melhor realizar um objetivo essencial, de importância indisponível (JUSTEN FILHO, 2014, p. 759).

Com o advento da Emenda Constitucional 19/1998, por meio da qual foi inserido o **princípio da eficiência** dentre o rol dos princípios administrativos, não é possível mais cultivar a imagem de um Estado autocentrado e autossuficiente, para vê-la cair na ruína de muitos serviços importantes para a população, em particular, no que se refere à infraestrutura. Investimentos nesta área demandam recursos vultuosos, análises de mercado, estudos de riscos e custos, e tudo isso é mais facilitado à iniciativa privada – já ambientada neste raciocínio de mercado – do que ao ente público, cujo raciocínio de suas medidas residiria apenas nos limites da lei que as autoriza.

Carvalho Filho (2014) noticia que esta modalidade de contratação tem sido implementada com sucesso em muitos países, fazendo referência específica a alguns, como Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda. Isto só reforça a importância da medida, cujo proveito – especialmente, o de cunho econômico – já tem sido ponderado por países que não possuem essa preocupação como foco central – pelo menos, não no nível com que se preocupam os países subdesenvolvidos.

Há que se ponderar que aqueles países sequer possuem os problemas de infraestrutura que existem no Brasil. Se já estão utilizando a disponibilidade de recursos e da gestão eficiente oferecida pela iniciativa privada, é porque esta se mostra suficiente aos seus anseios – e é atrelada à fiscalização efetiva.

O reforço da importância das PPPs para o setor da infraestrutura também vem através da lição de Furtado (2013). O autor frisa que o bem-estar social, perquirido pelo Estado, e o lucro almejado pelas empresas privadas não seriam inconciliáveis:

Há situações em que os propósitos do setor público e do setor privado podem convergir. A PPP busca identificar esses pontos de interesse e harmonizá-los de modo a que os investimentos, os riscos e as responsabilidades dos empreendimentos possam ser distribuídos de modo a satisfazer tanto os interesses privados, relacionados à obtenção de lucro quanto aos interesses públicos, consistentes na execução de obras de infraestrutura ou de saneamento básico, bem como na fruição desses empreendimentos por parte da população (FURTADO, 2013, p. 496).

E conclui, com maestria:

O fato é o seguinte: independentemente das razões ou dos culpados, sofremos em nosso País de enorme déficit de infraestrutura. A construção de estradas e de portos, bem como sua futura fruição, por exemplo, pode efetivamente interessar mais a alguns segmentos da sociedade do que a outros. A falta de investimento em relevantes projetos de infraestrutura constitui, todavia, forte restrição ao desenvolvimento econômico e social de

toda a sociedade brasileira. Qualquer país com a pretensão de alcançar patamares de desenvolvimento econômico minimamente satisfatórios precisa investir pesadamente em projetos de infraestrutura. Enquanto as nações desenvolvidas já se preocupam com questões de redes digitais e de comunicação, em que o acesso à informação e a velocidade no seu processamento passam a ser a chave entre ser ou não ser desenvolvido – bom exemplo de programa dessa natureza é desenvolvido, na França, sob a denominação *Paris Digital* –, ainda sofremos no Brasil de enorme déficit de infraestrutura e de saneamento básico.

Se não formos capazes, independentemente de eventuais diferenças políticas, partidárias ou jurídicas, de superar as dificuldades que se apresentam e não investirmos fortemente em projetos que permitam o desenvolvimento econômico e social de nosso País, continuaremos a ocupar o mesmo espaço que sempre nos foi reservado: de insignificância no cenário internacional e de forte desigualdade econômica e social (FURTADO, 2013, p. 496-497).

Por sua vez, Cabral e Silva Junior (2009) sintetizam bem o objetivo que se pretende por meio das PPPs, em termos de infraestrutura:

Tendo como objetivo a dotação da infraestrutura necessária ao desenvolvimento socioeconômico, e a prestação de serviços com distintiva qualidade, espera-se com as PPP's aproveitar o potencial de gestão dos entes privados, ao tempo em que se evita despesas adicionais dos governos (CABRAL; SILVA JUNIOR, 2009, p. 41).

Contudo, as divergências políticas, partidárias e jurídicas, referidas por Furtado (2013), tornaram-se ainda mais salutares, e seus embates mais acalorados, quando foi preciso proceder às obras de adequação dos estádios de futebol do País para os eventos da Copa do Mundo FIFA 2014. Em síntese, criticava-se a realização de evento de grande porte, para o qual eram exigidas vultuosas obras de infraestrutura, em um país onde não há sequer saneamento básico para todos, com o detalhe, considerado por alguns como agravante, de ser preciso chamar a iniciativa privada a participar da realização do evento.²⁰

Todo o desenvolvimento econômico e social que eventualmente adviria da realização da Copa do Mundo no Brasil se tornou coadjuvante em uma discussão, cujo objeto principal era avaliar se a realização de evento daquele porte poderia ser prioridade dentro de um cenário de precariedade generalizada. E mais: muito se questionou o que se faria com os estádios construídos após a realização do evento, para que não se transformassem em “elefantes brancos”.

²⁰ Nessa altura, torna-se necessário referir que a Prefeitura de Belo Horizonte pensou em utilizar o Mineirão como hospital de campanha para apoio das vítimas do Covid-19. Entretanto, como se trata de bem público cedido à concessionária MINAS ARENA, embates de ordem política colocaram sérios entraves à sua utilização, segundo relato do próprio Prefeito Alexandre Kalil, divulgado na imprensa. (Rede Globo, 2020)

Leão, Ferreira e Gomes (2016) noticiam que a cidade de Natal tem sido um exemplo concreto dos porquês desta resistência. À época da escolha da capital do Estado do Rio Grande do Norte, como uma das doze cidades a sediar os eventos da Copa do Mundo, o Ministério do Esporte insistiu na construção de novo estádio (o Arena das Dunas), sob o argumento de que ele impulsionaria o futebol local e que os clubes do Estado assegurariam o uso e a rentabilidade que dele se esperava. Entretanto, a dimensão da Arena das Dunas não condiz com a pouca expressividade do futebol local e todos os jogos realizados no Estádio não têm atingido público suficiente, capaz de proporcionar o retorno financeiro que se planejou.

Entretanto, o sucateamento do estádio de Natal se deve apenas à celebração de Parceria Público Privada? Certamente não. É por isso que a análise do instituto deve apenas levar em conta a sua viabilidade econômica e administrativa para a consecução dos serviços do Estado. Logo, colocar no parceiro privado a culpa pelo investimento é exonerar a Administração de ter que observar a finalidade administrativa em todas as fases da implementação do objeto contratado. Se as PPPs se dão a partir de uma natural conjugação de interesses, é dever de a Administração Pública zelar pelos seus.

A degradação do estádio em Natal ofuscou – e com razão – a modernização pela qual passou a infraestrutura da cidade para o evento e os legados deixados pela Copa do Mundo ao comércio e ao turismo (LEÃO; FERREIRA; GOMES, 2016). Porém, esse fato não significa a ruína de um modelo de contratação com a Administração Pública e, muito menos, a falência da atuação do setor privado, já que não seria possível ao Estado proceder a tamanha construção sem contar com a experiência de um setor especializado em obras deste relevo.

Assim, vê-se que o problema das parcerias, principalmente aquelas firmadas para a consecução de grandiosos projetos, não está na forma de contratação, mas na fiscalização da finalidade administrativa que deve norteá-la do começo ao fim.

4.3 ESTRUTURA CONTRATUAL DA CONVOCAÇÃO DO PARCEIRO PRIVADO À EXECUÇÃO DO OBJETO CONTRATADO

A partir de seu artigo 10º, a Lei 11.079/04 passa a estabelecer os contornos do procedimento licitatório das Parcerias Público-Privadas. A concorrência foi a modalidade licitatória eleita pelo legislador, por ser ela a forma empregada em

contratos de preço e objeto vultuosos e, por isso, estabelece rigor de seleção à altura (CARVALHO FILHO, 2014).

Para, além disso, citam-se outras formalidades, prévias à licitação, sintetizadas por Pietro (2012) em quatro diferentes exigências, que não excluem as PPPs de posterior subsunção à disciplina licitatória comum:

- (a) autorização pela autoridade competente, devidamente motivada com a demonstração da conveniência e da oportunidade da contratação;
- (b) demonstração de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101, de 4-5-2000;
- (c) submissão da minuta do edital e do contrato a consulta pública;
- (d) licença ambiental prévia ou diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir (PIETRO, 2012, p. 172).

A autorização, emanada de autoridade competente (em consonância com o princípio da legalidade administrativa), decorre do dever de demonstração cabal do interesse público circunscrito ao objeto da contratação, a fim de que seja possível sabê-lo conveniente e oportuno. Esta constatação deverá ser obtida através de estudos técnicos por meio dos quais se demonstre, nos termos do artigo 10, inciso I, alíneas a até c:

- a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
- b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e
- c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato (BRASIL, 2004).

Os artigos 14 e 15 do referido diploma tratam destas autoridades e estabelecem que o órgão gestor das parcerias fique responsável por disciplinar os procedimentos de criação das PPPs, dentre outras incumbências. Nos termos do §1º do artigo 14, será composto por indicação nominal de um representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Fazenda e Casa Civil da Presidência, no âmbito da União. O Ministério da Fazenda ainda atuará na averiguação do limite inserido no artigo 22 da Lei 11.079, instituído para a União, que a proíbe de celebrar parcerias quando a soma das despesas mensais

contraídas em parcerias anteriores exceder a 1% da receita líquida estabelecida para aquele exercício.

Fala-se, ainda, em ser necessário demonstrar a observância da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000). A partir dos estudos técnicos exigidos nas alíneas a e b, do artigo 10º da Lei 11.079 (especialmente o da alínea b) é que se levará em conta o impacto das despesas contraídas, por força do contrato, no alcance das metas fiscais estipuladas para aquele exercício. Pietro (2012) reforça a dificuldade em se atingir os objetivos e parâmetros inseridos na LRF em razão do prazo de duração das parcerias:

Ocorre que as restrições previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal são limitadas no tempo em função do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual. Se a Lei 11.079 exige, por exemplo, elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada (dando cumprimento ao artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal), isto significa que a cada exercício este estudo deverá ser repetido; se constatado que a despesa não é compatível com o plano plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias ou com a Lei Orçamentária Anual, o contrato terá que ser obrigatoriamente rescindido. (PIETRO, 2012, p. 174).

Em razão disso, as exigências relacionadas nos incisos I a V do artigo 10º da Lei 11.079 tornam-se impossíveis de serem cumpridas, uma vez que se mostram conflitantes com as disposições contidas na LRF (PIETRO, 2012).

Por sua vez, o inciso VI, do artigo 10º, da Lei 11.079 reclama que a minuta do edital e do próprio contrato sejam publicadas na imprensa oficial ou em sítios eletrônicos. Estas devem estar acompanhadas da justificativa que fundamenta a própria contratação, de indicação do objeto, prazo e valor do contrato, além da indicação de prazo para que sejam oferecidas sugestões (BRASIL, 2004).

Esta exigência concretiza o princípio da participação popular, inerente ao Estado Democrático de Direito, e se constitui em importante ferramenta a serviço do controle social (PIETRO, 2012), incentivado pela Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Entretanto, é preciso que sejam empregados esforços para que a contratação não seja objeto de publicidade formal, que não atinge a finalidade de efetivamente chamar a sociedade a opinar. Não é só: é preciso que as eventuais sugestões sejam levadas em consideração.

Não há dúvida de que a exigência é útil em termos de participação dos interessados. Mas ela será inútil para o cumprimento dos princípios da democracia participativa se as sugestões não forem efetivamente examinadas e a sua recusa devidamente justificada. A consulta não pode

transformar-se em mero instrumento formal para dar aparência de legalidade à exigência, como costuma acontecer com relação a medidas semelhantes previstas em outras leis (PIETRO, 2012, p. 175).

Em alguns casos, pode-se falar, ainda, na necessidade de licença ambiental prévia, em respeito à Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981). O artigo 10º, inciso VII, da lei das PPPs estabelece a necessidade da referida licença ou de expedição de diretrizes para se obtê-la, a fim de saber se o empreendimento será sustentável sempre que a execução do objeto do contrato prever qualquer interferência ou risco ao meio ambiente.

Carvalho Filho (2014) ressalta uma quinta exigência prévia à licitação, contida no §4º do artigo 10º, posteriormente incorporado pela Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012:

(1) que os estudos de engenharia definidores do valor do investimento da PPP sejam detalhados como se fossem um anteprojeto e (2) que o valor dos investimentos fixado como referência para a licitação seja calculado com base em valores de mercado, levando em conta quer o custo global de obras semelhantes, quer os sistemas de custos que empreguem como insumos valores de mercado do setor específico do projeto, tudo formalizado em orçamento sintético (CARVALHO FILHO, 2014, p. 447).

Implementados todos os requisitos prévios, passa-se à fase de publicação do edital, por meio do qual os parceiros privados serão convocados e terão acesso a todos os aspectos da contratação, especialmente os de caráter normativo, constantes do artigo 40 da Lei 8.666/93 e dos artigos 14 a 22, da Lei 8.987/95.

O artigo 11 da Lei 11.079 trata expressamente do instrumento convocatório e, já em seu *caput*, estabelece que ele *conterá* a minuta do contrato de parceria. Esta redação é criticada por Carvalho Filho (2014), que ensina ser o contrato administrativo um anexo do edital, conforme previsão contida no artigo 40, §2º, inciso III, da Lei 8.666/93. Além do mais, a convocação deverá observar, no que couber, as disposições contidas nos artigos 15, §§3º e 4º, além dos artigos 18, 19 e 21, todos da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, o que importa na:

[...] possibilidade de recusa de propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com o objeto da licitação (§3º do art.15); (b) preferência à proposta apresentada por empresa brasileira, quando haja igualdade de condições (§4º do art.15); (c) elaboração do edital pelo poder concedente segundo critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos, com inclusão dos itens especialmente indicados (art.18); (d) observância das normas sobre participação de empresas em consórcio (art.19); (e) exigência de serem postos à disposição dos interessados os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e

despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à licitação, realizados pelo poder concedente ou com sua autorização, cabendo ao vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital (art.21) (PIETRO, 2012, p. 176).

Além destas previsões, o artigo 11 ainda prevê a instituição de outras igualmente importantes, como exigência de garantia, nos limites do artigo 31, inciso III, da Lei 8.666/93, ou eleição da arbitragem como mecanismo de resolução dos conflitos provenientes da parceria.

O inciso II do referido dispositivo, que acabou sendo objeto de veto, previa a possibilidade de o parceiro privado ficar responsável pelo projeto executivo da obra. Entretanto, na falta do inciso II, ainda é possível aplicar o artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987, que prevê a inserção de dados do projeto básico no edital, quando a concessão for precedida de obra pública (PIETRO, 2012).

O procedimento licitatório das Parcerias Público-Privadas ainda possui outra particularidade: nos termos do artigo 13 da Lei 11.079, poderão ser invertidas as fases de habilitação e julgamento, nas quais serão excluídos do processo aqueles que não obtiverem pontuação mínima, a despeito do que prevê a Lei 8.666.

Inobstante aos problemas que esta inovação pode causar na prática – como a judicialização de uma competição incitada ainda na fase de habilitação, referida por Pietro (2012) – há quem defenda esta alteração procedimental:

Em nosso entender, a lei não deveria ter previsto a faculdade, mas sim a obrigatoriedade da inversão. É muito mais lógico julgar primeiramente as propostas, para só depois verificar a documentação exclusivamente do vencedor. Se o vencedor for inabilitado, examinar-se-ão os documentos do licitante que ficou em segundo lugar, e assim sucessivamente. No sistema clássico, perdem-se horas examinando os documentos de habilitação para, ao final, ser escolhido apenas um vencedor; tal sistema contraria a modernidade e refoge a qualquer padrão da razoabilidade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 450).

Todavia, a referida Lei das PPPs, de 2004, apresenta as hipóteses nas quais essa inversão de fases poderá ocorrer:

Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:
I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;
III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º

(segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;
IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas. (BRASIL, 2004).

O artigo 12, inciso II, da Lei 11.079 estabelece critérios específicos, além daqueles descritos no artigo 15, I a V, da Lei 8.987/95, a serem observados para a fase de julgamento, independentemente da fase em que ela ocorra: a contraprestação menos onerosa à Administração Pública (alínea a), conjugada com a melhor técnica para o desempenho do objeto contratado, segundo as necessidades e critérios estabelecidos no edital.

Nesse dispositivo também está prevista a oferta de propostas escritas, apresentadas em envelopes lacrados ou seguidas de lances (inciso III, alíneas a e b), e a possibilidade de saneamento de falhas no edital no curso do certame, caso seja possível corrigi-las sem prejudicar a legalidade da licitação (inciso IV).

Frisa-se, por fim, a disposição contida no §2º do artigo 12, que obriga a Administração a fundamentar o exame das propostas técnicas apresentadas, devendo sempre conjugá-las com as particularidades do objeto da contratação, com as quais as propostas dos potenciais parceiros devem guardar estrita pertinência.

4.4 DA FORMA DE REMUNERAÇÃO DO PARCEIRO, COMPARTILHAMENTO DOS RISCOS E GARANTIAS

Uma vez que o ente público não possui os recursos financeiros necessários à concretização do objeto contratado, ficará a cargo do parceiro provê-los, os quais poderão se constituir de recursos próprios ou de receita obtidas junto a outras entidades, públicas ou privadas. O financiamento obtido através da aliança com o setor privado é, portanto, o que justifica a parceria (CARVALHO FILHO, 2014).

A implementação da obra e/ou serviço concedidos é integralmente custeada pelo parceiro privado, que obterá, mais tarde, a restituição de seu investimento a partir do que se chama por **pluralidade compensatória**, integrada por prestações pecuniárias diversas – inclusive por pagamento em espécie -, além de cessão de direitos e/ou de créditos tributários, sem prejuízo de outras formas de quitação, nos termos do artigo 6º da Lei 11.079, conforme lembra Carvalho Filho (2014). Nos termos do artigo 10º, §3º, da Lei 11.079, esta remuneração não poderá constituir-se em mais de 70% de capital público, salvo se houver autorização legislativa específica.

Aliás, a definição oferecida pelo artigo 2º, §1º, da Lei 11.079, por incluir a figura da tarifa, equipara a concessão patrocinada à concessão de serviço público e obras públicas, delimitadas na Lei 8.987. Sendo esta de aplicação subsidiária à Lei das PPPs, é possível admitir que a remuneração do parceiro privado venha a contemplar receitas acessórias que permitam interferir no balizamento das tarifas. Isto, por via de consequência, proporcionaria menor contraprestação por parte da Administração Pública (PIETRO, 2012).

Para o intento deste estudo, importa tratar da figura estabelecida no §1º do artigo 6º: **a parcela variável que compõe a remuneração**, cujo cálculo é atrelado ao desempenho do parceiro privado, obtido a partir das metas e padrões estabelecidos contratualmente para a qualidade e disponibilidade da obra e/ou serviço – o que se costuma denominar de **princípio da variabilidade remuneratória**. Inobstante a vinculação de seu cálculo aos parâmetros previstos para o serviço e/ou obra, previamente estabelecidos, seu cômputo pode ensejar abertura à corrupção.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2014) enuncia importante ponderação:

Tal previsão nos parece razoável, mas dependerá, a nosso ver, da fixação de parâmetros objetivos no contrato, porque somente assim poderão os parceiros pleitear, um perante o outro, o reconhecimento de seus direitos quanto à remunerabilidade pactuada (CARVALHO FILHO, 2014, p. 441).

Mesmo assim, a contraprestação do parceiro privado só será devida quando o serviço e/ou obra, objetos do contrato, forem devidamente disponibilizados pelo parceiro privado ou quando houver a conclusão de parcela fruível, que por si só dê azo à remuneração proporcional (artigo 7º, parágrafo único, Lei 11.079). Sobre isso, Pietro (2012) pontua:

[...] se a prestação do serviço depender da prévia execução de obra pública e do fornecimento ou instalação de bens, o parceiro privado terá que cumprir tais tarefas às suas próprias custas, já que a tarifa do usuário também não pode, por sua natureza, ser cobrada antes que o serviço comece a ser prestado. Quando muito, o parceiro privado poderá, mesmo antes de iniciar a prestação de serviço, receber as receitas previstas no artigo 11 da Lei nº 8.987, desde que não constituam encargos do poder público, previstos no artigo 6º da Lei nº 11.079 (PIETRO, 2012, p. 153).

Nisso se infere a importância das garantias contratuais exigidas. Primeiramente, reforça-se que, para tornar o negócio possível, a figura do financiador poderá ser instituída, a qual, inclusive, poderá ser assumida pelo

Conselho Monetário Nacional (artigo 24 da Lei 11.079) (BRASIL, 2004). Soma-se a esta faculdade a instituição de outras garantias, divididas por Pietro (2012) em três grupos:

a) a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; (b) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado; e (c) a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto (PIETRO, 2012, p. 159).

O primeiro tipo de garantia é aquele previsto no artigo 56, §1º, da Lei nº 8.666, para a maioria das modalidades contratuais administrativas: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

No segundo tipo de garantia prestada pela Administração, constante do artigo 8º, da Lei 11.079, estão previstas a vinculação de receitas, nos termos do artigo 167 da Constituição da República, além da contratação de seguro-garantia com empresas privadas, garantia prestada por organismos internacionais ou, ainda, a partir da criação de empresa estatal ou de fundos garantidores, para esta finalidade específica, como o chamado Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) (BRASIL, 2004).

O artigo 16 da Lei das PPPs, alterado pela Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, previu a criação do referido órgão para financiar os contratos de parceria celebrados pela União, limitando-se a instituir o limite global de R\$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais) para o usufruto dos fundos especiais da União, suas autarquias, fundações públicas e empresas estatais; dispositivo de caráter eminentemente pragmático, e que por isso é criticado com rigor pela doutrina; assim como a disposição contida no artigo 18, que impõe a pormenorização dos ativos e passivos do Fundo, sem elencar as receitas que o comporiam.

[...] o fundo, para ser considerado e existir validamente, tem que ser criado por lei que indique as receitas que ficarão vinculadas ao mesmo. O fundo é uma receita específica que a lei afasta do caixa único e vincula a um fim determinado. Sem receita vinculada, o fundo não tem existência legal. Não há possibilidade de ser o fundo criado por instituição financeira, ainda que esta integre a Administração Indireta. O que a instituição financeira poderá fazer é tomar as medidas administrativas para colocar o fundo em funcionamento, depois de ter sido instituído por lei. (PIETRO, 2012, p. 164).

Não obstante, o §1º do artigo 18 elenca as formas de garantia das quais poderão se valer os entes descritos em seu *caput*, dentre as quais se insere a possibilidade de ser prestada garantia, real ou pessoal, a partir da separação de parte do fundo para garantir a um contrato administrativo específico, de cuja constitucionalidade já se tem criticado por ferir os princípios da isonomia e da impessoalidade (PIETRO, 2012).

Por último, o mesmo autor comenta que a terceira garantia é aquela oferecida pelo Poder Público ao financiador e se encontra descrita no artigo 5º, §2º, da Lei 11.079.

Por toda esta sistemática remuneratória, e suas garantias, é que se institui o compartilhamento dos riscos. Este, na lição de Furtado (2013, p. 506) deve levar em conta “o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução, a sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria”.

Esta divisão não resulta apenas de um vago raciocínio acerca da contribuição de cada parceiro: o artigo 5º, incisos III e IV, da Lei 11.079, impõe que o contrato de parceria contemple expressamente a forma através da qual serão repartidos os riscos da exploração da atividade – inclusive aqueles decorrentes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária – além das formas de remuneração e atualização das parcelas do contrato, cuja variação também se insere no risco da atividade, especialmente nas concessões patrocinadas.

Em suma, esses riscos a serem partilhados relacionam-se com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio, decorrente da aplicação da Teoria da Imprevisão (*“Rebus sic stantibus”*) aos contratos administrativos. Para que haja o reequilíbrio da relação contratual é necessário que cada parceiro assuma parte do prejuízo ocorrido, já que esta almejada paridade não decorre da simples aplicação de garantia adstrita a todo e qualquer contrato, mas sim de uma das diretrizes da PPP, estabelecida pelo artigo 4º, inciso VI, da Lei 11.079.

Contudo, ante a ocorrência de fato do príncipe, ou seja, de qualquer evento que não guarde pertinência com o contrato, mas que venha a impactá-lo de qualquer modo, ou de fato da Administração, ocasionado pelo próprio ente público no desempenho de sua qualidade de parte na avença; não deverá haver qualquer repartição de riscos; afinal, o parceiro privado em nada terá contribuído para o desequilíbrio, não havendo com o que arcar.

No primeiro caso, o fundamento legal da responsabilidade exclusiva do agente público reside no §6º, do artigo 37 da Constituição Federal; já na segunda hipótese aplica-se o princípio geral contido no artigo 186 do Código Civil.

4.5 FERRAMENTAS DE FISCALIZAÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO NAS PPPS

Muito se fala que a riqueza legislativa de um país é inversamente proporcional à moralidade de seu povo. Não é para menos: como demonstrado no capítulo 3.2, o Brasil possui extenso ordenamento jurídico voltado para combater a corrupção, em que pese este problema ainda ser um dos maiores percalços enfrentados pelo país rumo ao desenvolvimento.

Assim, o desafio é construir mecanismos de combate à corrupção que propiciem mais transparência na execução dessa modalidade de contratação, evitando-se, assim, atos corruptíveis. Desse modo se possibilitará maior segurança jurídica e, conseqüentemente, maior bem-estar social.

A principiologia administrativa estabelecida pelo artigo 37 da Constituição da República representa ferramenta indispensável à probidade da Administração. Nesse ínterim, uma das modalidades mais antigas de ação constitucional com vistas à defesa do interesse público à disposição da sociedade é a denominada ação popular. Sua redação está prevista no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, que no conceito de Faria (2015) assim a define:

Ação popular é o meio processual por intermédio do qual o cidadão pode postular em juízo a defesa do patrimônio público ou de pessoas jurídicas de que o Estado faça parte; da moralidade administrativa; do meio ambiente; do patrimônio cultural, artístico e paisagístico contra ação ou omissão lesiva aos mesmos e, ainda, indenização pelos danos causados (FARIA, 2015, p. 681).

O artigo 129, III da CF, assim como a Lei 7.347/85, disciplina sobre a ação civil pública que, nos ensinamentos de Justen Filho (2014) é assim definida:

A ação civil pública destina-se à obtenção de sentença condenatória ou de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, em virtude de danos morais e patrimoniais causados a interesses difusos ou coletivos indicados em lei, sendo reservado seu exercício para uma entidade estatal, para o Ministério Público ou para uma associação privada (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1.288).

Além da Constituição Federal de 1988, alguns avanços legais e normativos são mecanismos essenciais ao desvio de licitude nos contratos de parceria público privada.

A esse respeito, Fagundes (2005. p. 4-5) estabelece que administrar é aplicar a Lei *ex officio*, ou seja, o aparato legal é o instrumento essencial aos atos praticados nas contratações público privadas.

Do arcabouço legal existente no sistema jurídico brasileiro de combate à corrupção já elencado no capítulo 3.2, é possível destacar os principais normativos legais que propiciam a eficácia preventiva, verificadora e sancionadora em relação aos contratos de parceria público privada.

Dentre eles, a Lei da Improbidade Administrativa nº 8.429/92 é o marco legal inicial voltado para combater condutas de desvio, seja no procedimento licitatório da contratação da PPP, seja na sua formalização ou na execução e gestão da concessão. Isso porque, o intento da ação civil pública é a responsabilização do agente, seja ela pessoa física ou jurídica, e a reversão dos danos obtidos com o proveito do ato ímprobo.

A lei federal nº 8.666/93 constitui referência de fonte normativa, especialmente quanto à observância de normas gerais, regras, critérios da contratação com a iniciativa privada, notadamente nas fases de habilitação, classificação que dispõe os princípios constitucionais implícitos, sejam eles da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Além disso, sua importância está no aspecto sancionatório no âmbito da responsabilidade civil e penal.

A Lei Complementar 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, representa fonte jurídica importante, particularmente, em relação à vedação estabelecida pela Lei nº 11.079/2004, em seus artigos 22 e 28, e parágrafos, quanto ao limite estabelecido na contratação por intermédio das parcerias público privadas, bem como no que se refere ao percentual máximo para fins de oferecimento de garantia prestada pela União Federal.

A importância da denominada Lei de Transparência (Lei Complementar 131/09) está na obrigatoriedade de publicar, nas plataformas eletrônicas de acesso ao público, as informações detalhadas dos contratos firmados entre o poder público e a iniciativa privada, permitindo, assim, o que a moderna doutrina administrativa vem incentivando: o controle social.

Visando garantir o acesso a informações públicas, a Lei de Acesso à Informação constitui fonte normativa essencial de controle à prática de atos ímprobos na gestão dos contratos de parceria público-privada, ao permitir de cada brasileiro seja fiscal ou auditor nesta modalidade de contratação.

Na esfera preventiva, a Lei do conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal (12.813/13) representa fonte normativa

importante para combater possíveis desvios na contratação das PPPs. Isto, porque a contratação na modalidade da parceria pública privada prescinde de estudos de projetos básicos, executivos e auditorias independentes, de modo que devem ser redobradas as cautelas para que os agentes particulares cumpram apenas a posição de consultores, rechaçando a possibilidade de licitantes.

As situações descritas na Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar 135/10) também representam meios legais efetivos no combate à corrupção em contratação na forma PPP. A Lei da Ficha Limpa concretiza os princípios da moralidade administrativa e da eficiência, expressos na Constituição Federal, obrigando que em toda e qualquer contratação sejam exigidas pessoas de moralidade e probidade indubitáveis.

A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) é o aparato normativo que prevê a punição de empresas nacionais e estrangeiras por atos de corrupção contra a administração pública. Essa legislação representa uma inovação legislativa aplicável aos contratos de PPP: obriga as empresas a constituírem mecanismos internos destinados ao combate da prática de atos ilícitos.

Programas de “*compliance*” e “*leniência*” decorrem da aplicação da referida Lei, essencial aos contratos de PPP, que estabelecem relação contratual de longa duração.

Outra ferramenta é a política administrativa: mecanismo dirigido à própria administração pública para o controle dos atos praticados por seus agentes, no âmbito da administração direta e indireta, a fim de fiscalizar e revisar a legalidade dos atos e condutas praticadas, interna ou externamente (CARVALHO FILHO, 2014).

Carvalho Filho (2014, p. 953) define o que vem a ser o controle da Administração Pública: “[...] o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”.

Di Pietro (2012, p. 922) define “[...] o controle da Administração Pública como sendo o poder de fiscalização e correção que sobre ela exerçam os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”.

Os controles estão previstos expressamente no *caput* artigo 74 da CF/88. Com a reforma administrativa realizada pelo Decreto Lei nº 200/1967, o controle dos

atos administrativos tornou-se princípio fundamental, de caráter indispensável, e, apesar de estar previsto em legislação federal, deve ser seguido pelas demais entidades federativas.

O mecanismo de controle da parceria público privada está prevista na própria Lei 11.079/2004, em seus artigos 14 e 15²¹ e engloba praticamente todas as formas de controle estabelecida pela Constituição Federal, legislação federal e ordinárias correspondentes.

A doutrina ensina que vários critérios existem para classificar a modalidade de controle. A propósito, na visão de Carvalho Filho (2014), a natureza do órgão seria o critério mais importante, de modo que o controle pode ser administrativo, legislativo e judicial.

O controle administrativo está previsto no artigo 15 da Lei 11.079/2004, representado pelos Ministérios e Agências Reguladoras correspondentes às áreas de atribuição.

Carvalho Filho (2014) ensina que o controle administrativo visa a três objetivos: o de confirmação, quando os atos administrativos são declarados

²¹ Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos. § 1º O órgão mencionado no caput deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos: I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades; II – Ministério da Fazenda; III – Casa Civil da Presidência da República. § 2º Das reuniões do órgão a que se refere o caput deste artigo para examinar projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise. § 3º Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado: I – do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto; II – do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 desta Lei. § 4º Para o desempenho de suas funções, o órgão citado no caput deste artigo poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas. § 5º O órgão de que trata o caput deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada. § 6º Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.

Art. 14-A. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, por meio de atos das respectivas Mesas, poderão dispor sobre a matéria de que trata o art. 14 no caso de parcerias público-privadas por eles realizadas, mantida a competência do Ministério da Fazenda descrita no inciso II do § 3º do referido artigo. (Incluído pela Lei nº 13.137, de 2015).

Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

legítimos e adequados; o de correção, que consiste em excluir a vigência do ato até que outro, compatível com a legalidade, seja efetivado; e o de alteração, em que apenas parte do ato seja ratificado para produção de seus efeitos.

Portanto, o controle administrativo perpassa toda a contratação de parceria: na seleção e na execução do projeto, com a criação do órgão gestor do contrato e, por fim, na exploração da concessão administrativa.

O contrato de PPP, dada a sua essência e natureza jurídica, é objeto de controle interno através da própria comissão de gestão e de desempenho de equipe, constituída pelo próprio poder público, ou até mesmo por comissões de auditoria independente na avaliação de relatórios de desempenho e conformidade.

Por sua vez, o controle externo pode ser realizado pelo Tribunal de Contas do Estado ou da União e até mesmo pelo próprio Judiciário, com o objetivo de anular atos ilegais praticados em desacordo com a legislação: o chamado controle de legalidade.

Atualmente, pode-se contar com uma política pública de prevenção por meio de ação articulada entre as controladorias gerais da União, Estados e Municípios, bem como por Tribunais de Contas da União e Estados.

Finalmente, considerando que o contrato de PPP envolve relação direta com investimento e gerenciamento financeiro Estatal, é possível concluir por sua vinculação ao sistema de controle público e social. O controle social da PPP está incorporado pela própria Lei 11.079/2004, em artigo 10, VI,²² que já o autoriza em momento anterior à fase de licitação, do mesmo modo que durante o procedimento licitatório, pela incidência dos artigos, 7º, §8º, artigo15, §6º, e artigo 41 §1º.²³

²² Art. 10º. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: VI - submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, por meio de publicação na imprensa oficial e em sítio eletrônico oficial, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e o seu valor estimado, com a indicação do prazo mínimo de trinta dias para recebimento de sugestões, cujo termo final ocorrerá com, no mínimo, sete dias de antecedência em relação à data prevista para a publicação do edital (Redação dada pela Medida Provisória nº 896, de 2019). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

²³ Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: § 8º Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas; II - ser processadas através de sistema de registro de preços; III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento

Durante a execução do contrato de PPP, o controle social também se revela no acompanhamento da execução contratual, atendendo o disposto no §6º do artigo 14 da Lei 11.079/2004,²⁴ o qual estabelece a publicidade dos relatórios de desempenho da parceria em questão, por meio de transmissão de dados.

Assim sendo, a mudança de paradigma nas relações contratuais entre agentes públicos e privados demandam, cada vez mais, a integração do controle do poder público integrado à participação dos cidadãos em geral, do Ministério Público e do terceiro setor a fim de prevenir riscos e corrigir desvios.

semelhantes às do setor privado; IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade; V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. § 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §1º do art. 113 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

²⁴ Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para § 6º Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm Acesso em 16 nov. 2019.

5 ESTUDO DE CASO: CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO ESTÁDIO MAGALHÃES PINTO (MINEIRÃO)

Com a escolha de Belo Horizonte como uma das capitais-sede dos jogos da Copa do Mundo em 31 de maio de 2009, foi preciso que o poder público estadual iniciasse os trâmites administrativos para que se adequasse o Estádio Magalhães Pinto (Mineirão), construído em 1965, às especificações da FIFA.

Para a consecução dessa obra de enorme vulto, 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).

Ademais, a parceria mostrou-se financeiramente vantajosa, a partir de um estudo com base nos critérios de *value for money*.

Por meio de um estudo realizado pela empresa Accenture do Brasil LTDA, no qual se procedeu a uma análise comparativa do fluxo de caixa de uma contratação pública tradicional – na qual o Estado seria o responsável pela execução da obra e manutenção do complexo esportivo – e do fluxo de caixa de um contrato de parceria público-privada, constatou-se que a PPP representava economia para o Estado.

Por meio da referida análise econômica, constatou-se que a obra custaria para o Estado R\$59 milhões a mais, se ele a executasse pelo prazo previsto para a PPP, por meio de empreitada seguida de concessão, e R\$90 milhões a mais, se executada por igual período, porém através de empreitada seguida de operação pública (MINAS GERAIS, 2010, p. 68).

Entretanto, quanto ao estudo de viabilidade econômica do projeto ter sido promovido pelo próprio Estado, por meio de contratação de empresa especializada, Reis (2015, p. 109) faz importante apontamento:

Desta forma, se por um lado, o fato do Poder Público Mineiro ter elaborado o próprio estudo de viabilidade pode implicar na diminuição do custo total do projeto de PPP, uma vez que geralmente os estudos de viabilidade são ressarcidos pelo parceiro privado vencedor do processo licitatório. Por outro lado, no entanto, isso também pode ensejar em potenciais conflitos de

interesses tendo em vista que o parceiro público é uma das partes interessadas no projeto. (REIS, 2015, p.109).

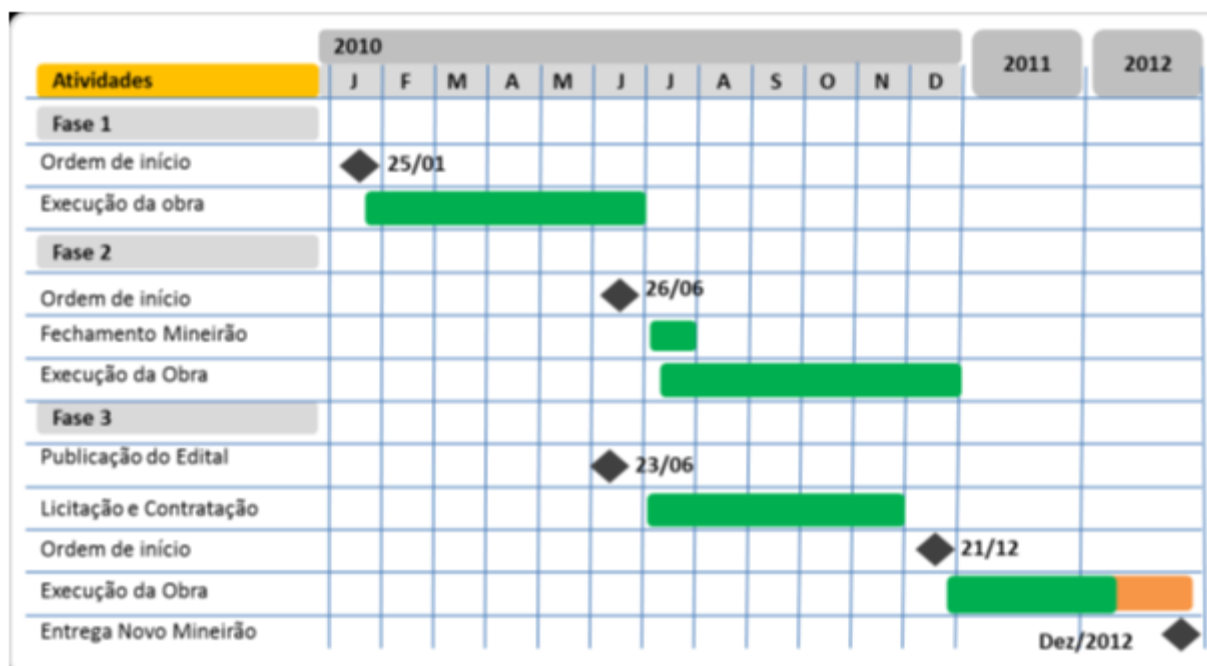
O estudo ainda identificou outros fatores que tornavam a PPP mais convidativa ao Estado: a burocracia administrativa adstrita às concessões poderia ensejar atraso nas obras, enquanto seria possível criar mecanismos de incentivo e punição ao parceiro privado a fim de que fosse possível concluí-las antecipadamente. Ademais, a execução da obra pelo Estado exigiria muito de sua estrutura de governança: em contexto de empreitada e concessão, por exemplo, o Estado estaria diante de um cenário complexo de gestão, em que cada fase da obra contaria com um parceiro distinto. Entretanto, nas parcerias, seu dispêndio administrativo se resumiria à fiscalização e à auditoria da execução do contrato, proporcionando transparência e eficiência (MINAS GERAIS, 2010, p. 69-70).

Diz-se, ainda, que um suposto desgaste causado pela atuação política da Administração de Estádios do Estado de Minas Gerais (ADEMG) – autarquia que administrava os estádios mineiros, inclusive o Mineirão – também teria interferido na decisão do Estado. À época, noticiou-se a prática recorrente de favorecimento a clubes e entes públicos na seleção de datas de eventos e distribuição de credenciais e ingressos, o que estaria gerando desconforto a outros possíveis contratantes da infraestrutura. Isso ocasionou não só a exclusão da autarquia do processo de negociação da PPP, como a própria extinção, em razão da qual as funções que lhe eram atribuídas passaram a ser desempenhadas pela Secretaria de Turismo e Esportes (JARDIM, 2013, p. 80).

Assim, o Governo de Minas optou por convocar um parceiro privado para ajudá-lo a cumprir as exigências da FIFA dentro do prazo que lhe havia sido assinalado. Para isso, utilizou-se de seu vanguardista Programa Estadual de Parceria Público-Privada, instituído por meio da Lei Estadual nº 14.868, de 2003, anterior à Lei nº 11.079, de 2004, que consagrou o Estado de Minas como o primeiro ente público no país a instituir um programa próprio de parcerias (REIS, 2015, p. 84-85).

A obra foi dividida em 3 (três) etapas, conforme cronograma abaixo:

Quadro 1 – Cronograma das obras do PPP do Mineirão



Fonte: Minas Gerais (2012).

Contudo, as duas primeiras fases foram executadas pelo Estado, com base na Lei 8.666, de 1993, sob a justificativa de que estas seriam essenciais à estruturação do objeto da PPP. A fase 1 envolveu a correção de problemas estruturais do Estádio, que já contava com quarenta e cinco anos de utilização, e custou cerca de R\$8,2 milhões. Já a fase 2 incluiu algumas demolições, além de escavação para o rebaixamento do campo de futebol, e custou aos cofres públicos estaduais cerca de R\$2,9 milhões.

Desta maneira, o objeto da PPP compreendeu apenas a terceira fase das obras do Mineirão e, na análise de sua viabilidade financeira, elaborada através do estudo acima referido, não foram computados os gastos contraídos pelo Estado nas duas primeiras fases – o que colocaria à prova os resultados obtidos na avaliação (REIS, 2015, p. 104).

Neste aspecto é que foi criticada a opção do governo de Minas pelo regime de parceria, classificando-a como decisão estritamente política. Isso, porque, além dos expressivos recursos públicos utilizados nessas duas primeiras fases preliminares de adequação do estádio, ainda foi preciso que o governo estadual procedesse à reforma de outras duas arenas esportivas, de modo que as atividades a serem desenvolvidas no Mineirão não fossem prejudicadas com o seu fechamento

para a reforma: a Arena do Jacaré, em Sete Lagoas; e o Independência, construído para receber os jogos da Copa de 1950 (JARDIM, 2013, p. 81-82).

Outros aspectos também destacariam o ânimo político que envolveu a escolha PPP. JARDIM (2013, p. 81-84) aponta que a eleição da PPP se deu à revelia do próprio procedimento estabelecido no Programa Estadual de parcerias, referido acima. A Lei Estadual nº 14.868 de 2003 prevê que a PPP deve ser objeto de deliberação no Conselho Estadual de PPPs, o que não teria ocorrido.

Explica, ainda, que a modelagem original da PPP, apresentada pelo então Governador Antônio Anastasia, envolvia a gestão compartilhada do estádio entre o Estado, o parceiro e os clubes de futebol mineiros. Entretanto, os clubes de futebol foram excluídos do acordo, por recomendação do Ministério Público Estadual, sob a justificativa de que os equipamentos públicos não deveriam pertencer a este ou àquele clube, ainda que a sua gestão pertencesse à iniciativa privada (JARDIM, 2013, p. 82).

Mesmo assim, por meio do processo administrativo 128/2010, o Governo de Minas instaurou o procedimento licitatório concorrencial nº 02/2010, no qual foram elencadas as regras do próprio procedimento de escolha do parceiro privado, como também definidos os contornos básicos da contratação, tais como objeto, valor estimado e prazo.

O objeto da concorrência nº 02/2010 era, portanto, a outorga da concessão administrativa de operação e manutenção do Estádio Magalhães Pinto (Mineirão), precedida de obras de reforma, renovação e adequação, denominado no edital de “complexo do Mineirão”, posto que as áreas conexas ao Estádio, delimitadas pela topografia, também estavam incluídas no bojo da concessão (MINAS GERAIS, 2010).

O critério de julgamento adotado pelo certame, previsto no item 4.1 de seu edital, era o de “menor valor da remuneração a ser paga pelo poder concedente à concessionária pela prestação dos serviços, conforme disposto no art. 12, inciso II, alínea ‘a’, da Lei Federal n.º 11.079/2004” (MINAS GERAIS, 2010), dentro da estimativa média de R\$771.739.248,13 (setecentos e setenta e um milhões, setecentos e trinta e nove mil, duzentos e quarenta e oito reais e treze centavos), quantia previamente estipulada para a contratação.

O procedimento licitatório ainda exigia dos participantes a garantia de proposta de 10% (dez por cento) do valor estimado (cerca de R\$77.173.924,81), que

poderia ser oferecida em dinheiro, em títulos da dívida pública, mediante fiança bancária ou por meio de seguro-garantia.

O prazo estabelecido para a concessão foi de 27 (vinte e sete) anos, com o friso de que as obras já deveriam ser iniciadas em até 60 (sessenta) dias após a data da publicação do contrato, a fim de atender ao cronograma estabelecido pela organização do evento.

A licitação foi aberta a sociedades brasileiras e estrangeiras, que poderiam vir a participar isoladamente ou em consórcio, na forma de sociedade de propósitos específicos (SPE). Especificamente quanto aos consórcios, sua participação foi condicionada ao atendimento de alguns requisitos, como, por exemplo: o consórcio deveria ser composto por no máximo 6 (seis) empresas e deveria apresentar o instrumento público ou particular de constituição do Consórcio, subscrito pelos representantes legais das empresas integrantes, com a indicação de uma sociedade líder, a qual deveria funcionar como intermediadora do grupo junto ao Estado e deter participação majoritária em seu capital social. O edital ainda estabeleceu a responsabilidade solidária das empresas consorciadas perante o poder público. (MINAS GERAIS, 2010).

Importante previsão do edital era a possibilidade de os licitantes efetuarem visitas técnicas à área de execução do objeto do contrato. Segundo a cláusula 9.2²⁵ do instrumento convocatório, os concorrentes poderiam promover uma avaliação própria no local, a fim de aferirem dados que mais tarde influenciariam suas propostas, como, por exemplo, a quantidade de materiais e equipamentos que seriam necessários, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio. (MINAS GERAIS, 2010).

Outro importante aspecto do edital encontrava-se no item 23. Intitulado “Fraude e Corrupção”, este trazia comandos éticos a serem seguidos pelos licitantes e chegava a delimitar o que chamou de prática corrupta, fraudulenta, conspiratória, coercitiva e obstrutiva:

- a) ‘prática corrupta’ significa 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 execução do CONTRATO;
- b) ‘prática fraudulenta’ significa a deturpação dos fatos a fim de influenciar um processo de licitação ou a execução de um CONTRATO, e incluir prática conspiratória entre os concorrentes (antes ou após a apresentação da proposta) destinados a estabelecer os preços das propostas a níveis

²⁵ Cláusula 9.2.

artificiais não competitivos e privar a contratante dos benefícios da competição livre e aberta;

c) 'prática conspiratória' significa um esquema ou arranjos entre dois ou mais concorrentes destinado a estabelecer os preços das propostas a níveis artificiais não competitivos;

d) 'prática coercitiva' significa prejudicar ou ameaçar prejudicar, diretamente ou indiretamente, pessoas ou suas propriedades a fim de influenciar a participação delas no processo de licitação ou afetar a execução de um CONTRATO; e

e) 'prática obstrutiva' significa:

i) destruir, falsificar, alterar ou esconder intencionalmente provas materiais para investigação ou oferecer informações falsas aos investigadores com o objetivo de impedir uma investigação do órgão competente do Estado de Minas, sobre alegações de corrupção, fraude, coerção ou conspiração; significa ainda ameaçar, assediar ou intimidar qualquer parte envolvida com vistas a impedir a liberação de informações ou conhecimentos que sejam relevantes para a investigação; ou

ii) agir intencionalmente com o objetivo de impedir o exercício do direito do órgão competente do Estado de Minas Gerais de investigar e auditar. (MINAS GERAIS, 2010).

A seção ainda previa a rejeição da proposta do licitante que viesse a se envolver, direta ou indiretamente, nas práticas acima descritas durante o certame, sem prejuízo de eventual sanção. Com isso, tinha-se o estabelecimento de uma forma de controle e combate à corrupção com incidência já nas primeiras tratativas do contrato público.

Entretanto, a cláusula do edital que estabelecia a penalidade administrativa ao licitante remete à Lei 8.666, que prevê penas de detenção e/ou multa. É de se pensar se, pela ótica da Análise Econômica do Direito – segundo a qual a corrupção resulta da ponderação racional entre custo e benefício – estariam os licitantes inibidos de passarem a qualquer ato inidôneo pelo preço de sua eventual sanção.

Ademais, ainda que as figuras descritas no item 23 visassem majoritariamente à manutenção da concorrência e da idoneidade na execução do contrato, não se pode olvidar que a prática conspiratória (letra "c") – conceituada pelo edital como a verdadeira combinação de preços entre alguns dos licitantes – poderia gerar grande impacto econômico e, se ponderarmos que a remuneração do parceiro privado se dá, dentre outros fatores, a partir do montante de seu investimento, esta poderia vir a ser uma fonte de grande prejuízo ao Estado.

A Ata de Abertura da Concorrência nº 02/2010, de 13 de agosto de 2010, informa que o CONSÓRCIO CONSTRUCAP – EGESA – HAP (NOVO MINEIRÃO) foi o único licitante do certame. Este era composto pelas empresas CONSTRUCAP-CCPS ENGENHARIA E COMÉRCIO S.A, EGESA ENGENHARIA S.A e HAP ENGENHARIA LTDA. O valor que propôs à parcela complementar de sua

remuneração foi de R\$3.700.000,00 (três milhões e setecentos mil reais), tendo comprovado na oportunidade a utilização de financiamento junto ao BNDES.

Para dar cumprimento ao item 8.3²⁶ do edital, a licitante vencedora constituiu-se no Consórcio MINAS ARENA – GESTÃO DE INSTALAÇÕES ESPORTIVAS S.A, com capital social de R\$15.000.000,00 (quinze milhões), dividido em 500.000 (quinhentas mil) ações. O contrato administrativo foi assinado em 16 de agosto de 2011 e alguns de seus contornos serão melhor analisados a seguir.

5.1 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO ESTÁDIO MAGALHÃES PINTO (MINEIRÃO)

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 18²⁷ do instrumento. Entretanto, o cálculo da garantia a ser prestada pela concessionária levou em consideração o valor estimado no edital e, trinta dias após a assinatura do contrato, a concessionária teve de efetuar o depósito de R\$77.173.924,81²⁸ (MINAS GERAIS, 2010).

JARDIM (2013, p. 116) explica que esse pagamento se daria de forma decrescente: “[...] iniciam a partir do valor de R\$7.752.632,00, referente ao primeiro mês da Concessão, e decrescem até o valor final de R\$4.265.713,00, no mês 120.”

Já o prazo de vigência do contrato permaneceu inalterado: 27 anos,²⁹ contados a partir da data de sua assinatura, podendo ser prorrogado até o máximo legal de 35 anos,³⁰ mediante a demonstração do interesse público contido na prorrogação, e a revisão das condições contratuais³¹ (MINAS GERAIS, 2010).

²⁶ Cláusula 8.3.

²⁷ Cláusula 18.1.

²⁸ Cláusula 29.1.

²⁹ Cláusula 6.1.

³⁰ Cláusula 6.2.

³¹ Cláusula 6.2.1.

Na prática, esses 27 anos foram divididos em 2 anos de obra e 25 anos de exploração. Em razão disso é que o contrato previu a transferência da concessão³² e/ou a transferência do controle da concessionária³³ somente depois de decorridos 2 anos de execução do objeto contratado, visando impedir que possíveis reformulações societárias viessem a atrapalhar a conclusão das obras dentro do prazo assinalado pela FIFA (MINAS GERAIS, 2010).

Inclusive, ainda quanto à organização da sociedade e suas eventuais alterações, o contrato ainda obrigou a licitante vencedora a constituir-se em sociedade anônima,³⁴ coincidentemente no mesmo período referido acima, e estabeleceu que seu capital social deveria ser de R\$15.000.000,00 (quinze milhões) quando da assinatura do contrato e de R\$30.000.000,00 (trinta milhões) até o final do primeiro quadrimestre de sua vigência³⁵ (MINAS GERAIS, 2010).

O cotidiano da atividade da concessionária também não escapa ao conhecimento e à fiscalização do Estado. O contrato ainda prevê que o poder concedente deve autorizar todas as eventuais mudanças no contrato social,³⁶ no controle da concessionária, na transferência da própria concessão, bem como nos casos de cessão ou transferência de ações (MINAS GERAIS, 2010).

O objeto da concessão é descrito contratualmente como “complexo do Mineirão”, no qual se inserem, não só a edificação do estádio, como também as áreas externas da construção – que são constantemente utilizadas para a realização de eventos de grande porte, como concertos musicais. Aliás, é através da exploração destas áreas que a concessionária tem obtido certo lucro (MINAS GERAIS, 2010).

Outro aspecto importante do contrato é a adoção de instrumentos de justiça restaurativa para a solução dos eventuais conflitos surgidos durante a contratação. Além da notificação,³⁷ assegura-se aos contratantes a possibilidade de se utilizarem da mediação,³⁸ inclusive para solucionar questões afetas ao equilíbrio econômico-financeiro do negócio, bem como da arbitragem, para a solução de questões

³² Cláusula 7.3.

³³ Cláusula 10.3.

³⁴ Cláusula 8.1.

³⁵ Cláusula 8.3.

³⁶ Cláusula 10.7.

³⁷ Cláusula 37.

³⁸ Cláusula 38.

específicas, não resolvidas no contexto da mediação,³⁹ sem prejuízo de serem eleitos outros pontos⁴⁰(MINAS GERAIS, 2010).

Entretanto, a seguir os assuntos expressamente listados pelo contrato:

- a) reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no contrato;
- b) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual por quaisquer das partes;
- c) acionamento dos mecanismos de garantia previstos no contrato;
- d) valor da indenização no caso de extinção do contrato; e
- e) inconformismo de quaisquer das partes com a decisão do Comitê de Mediação ou dos Comitês de Governança (MINAS GERAIS, 2010).

O instrumento constitui a CAMARB (Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil) como entidade competente para julgar os eventuais procedimentos arbitrais,⁴¹ não obstante a possibilidade de os contratantes concordarem mutuamente em elegerem outra.⁴² Inicialmente, os custos devem ser suportados pela concessionária, que ao final será reembolsada – inclusive através de acréscimo em sua remuneração mensal – caso sobrevenha decisão arbitral desfavorável ao poder concedente.⁴³ Em todo caso, a decisão será definitiva quanto o objeto do impasse e vinculará ambos os contratantes⁴⁴ (MINAS GERAIS, 2010).

Ademais, pela contratação em análise ter envolvido a consecução de obras, cuja realização deveria se dar dentro de rigorosas exigências e de um impreterível cronograma, é que se instituiu a figura da intervenção. O instrumento da contratação elenca hipóteses⁴⁵ nas quais ela poderia ser realizada ainda antes da data do evento esportivo, como no caso de interrupção injustificada ou de inadequação das obras (MINAS GERAIS, 2010).

Entretanto, levando-se em conta que a concessão também compreende o fornecimento de serviço destinado ao público, a intervenção também pode se dar após a Copa do Mundo, no prazo de exploração do complexo esportivo, como na hipótese de sua estrutura ser utilizada para fins ilícitos, de não haver a correta prestação de contas ao poder concedente ou de haver desequilíbrio econômico-financeiro, ocasionado pela má administração da concessionária ou por razões de

³⁹ Cláusula 39.

⁴⁰ Cláusula 39.3.

⁴¹ Cláusula 39.4.

⁴² Cláusula 39.4.1.

⁴³ Cláusula 39.5.1.

⁴⁴ Cláusula 39.10.

⁴⁵ Cláusula 40.1.

interesse público.⁴⁶ Importa frisar que as receitas obtidas durante a intervenção serão revertidas para o custeio dos serviços que deveriam ter sido desenvolvidos pela concessionária⁴⁷ (MINAS GERAIS, 2010).

Ao final, o contrato estabelece as formas de sua extinção e, dentre elas, frisa-se a encampação e a caducidade. A primeira se dará por motivo de interesse público, através da retomada do objeto do contrato, mediante o pagamento de indenização à concessionária. Já a segunda será decretada quando a concessionária incorrer em alguma das hipóteses elencadas pela cláusula 44^a do instrumento, que, em sua maioria, se referem à quebra de obrigações contratuais, como na hipótese de os serviços serem precariamente prestados, quando houver o descumprimento das penalidades que lhe forem aplicadas ou na hipótese de desvio do objeto social (MINAS GERAIS, 2010).

A referida contratação contou ainda com Termos Aditivos. O primeiro deles, assinado em 16 de agosto de 2011, inseriu duas obrigações no rol daquelas conferidas à concessionária,⁴⁸ dentre elas a implementação do Museu do Futebol. Ademais, algumas das etapas das obras foram especificadas no calendário constante da cláusula 35^a, enquanto no item 35.3 inseriu-se a alínea “n”,⁴⁹ que previa a aplicação de multa por baixo índice de desempenho (MINAS GERAIS, 2011).

O 2º Termo Aditivo, assinado em 13 de janeiro de 2012, acrescentou nova obrigação à concessionária, concernente ao licenciamento ambiental.⁵⁰ Algumas

⁴⁶ Cláusula 40.2.

⁴⁷ Cláusula 40.13.

⁴⁸ Foram inseridas as alíneas “u” e “v” na Cláusula 12^a do contrato, que trata das obrigações da concessionária, cada uma delas com a seguinte redação: “u) garantir que o complexo do Mineirão esteja aberto ao público para visitação e utilização da infraestrutura após a entrega final das obras de modernização, estando totalmente preparado, em até 30 (trinta) dias após o término da obra, para cumprir com a integralidade das atividades a que sua infraestrutura se destina; v) executar ações visando à instalação e posterior operação do Museu do Futebol, as quais deverão estar em conformidade com o projeto de instalação e operação do Museu, projeto este que será oferecido pelo Poder Concedente e cujo desenvolvimento e aprovação ocorrerá em conjunto com a concessionária. As receitas e despesas advindas da exploração comercial do Museu deverão ser consideradas para apuração da remuneração da concessionária.” (MINAS GERAIS, 2011).

⁴⁹ “35.3 O poder concedente poderá aplicar as seguintes multas à concessionária, pelas razões abaixo indicadas: n) multa, no valor de R\$8.000.000,00 (oito milhões de reais) a cada 60 avaliações em que o índice Indicador Financeiro previsto no SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO, do ANEXO VI, ficar abaixo de 1.” (MINAS GERAIS, 2011).

⁵⁰ Alínea “r” acrescida à cláusula 12^a do contrato, que trata das obrigações da concessionária: “r) executar, às suas expensas, as obrigações decorrentes do licenciamento ambiental necessárias à implantação e funcionamento do equipamento.” (MINAS GERAIS, 2012).

etapas da obra, descritas na cláusula 35ª, foram consideradas concluídas, enquanto outras tiveram seu estágio medido por unidade executada (MINAS GERAIS, 2012).

Por sua vez, o 3º Termo Aditivo ao contrato, firmado em 15 de maio de 2013, instituiu a obrigação de o Estado desembolsar cerca de R\$19.566.847,98 (dezenove milhões, quinhentos e sessenta e seis mil, oitocentos e quarenta e sete reais e noventa e oito centavos) de custeio das estruturas temporárias para a Copa das Confederações BRASIL 2013 – pagamento este destinado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do negócio (MINAS GERAIS, 2013).

O 4º Termo Aditivo, celebrado em 27 de novembro de 2013, previu apenas que parte da área externa, integrante do complexo do Mineirão, retornasse à posse do Estado até o dia 31 de março de 2014, a fim de ser utilizada unicamente pela FIFA, sem direito à recomposição do equilíbrio econômico do negócio (MINAS GERAIS, 2013).

5.2 DA FORMA DE REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA

Conforme explicado em tópico próprio, a concessão envolve o pagamento de contraprestação do poder público ao parceiro privado. 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, 2010).

Segundo o apêndice do anexo V⁵¹ do contrato, esta modelagem de pagamento se deu a partir das necessidades do projeto – em especial, quanto às inúmeras adaptações pelas quais o estádio deveria passar, por recomendação dos organizadores do evento esportivo – conjugadas com o alto custo que teriam para os cofres públicos se o Estado as efetuasse diretamente. No referido documento, são elencadas as diretrizes que orientaram a estruturação do pagamento:

- A obtenção de melhores resultados para o Governo;
- O assegurado retorno sobre o investimento (CAPEX);
- A financiabilidade do projeto;
- A mitigação dos riscos de demanda associados aos eventos esportivos (futebol);
- O incentivo à eficiência operacional e comercial do concessionário; e
- O aumento da competição no leilão; (MINAS GERAIS, 2010).

⁵¹ “19.1. O Poder Concedente deverá pagar à Concessionária a remuneração devida pela execução do objeto, nos termos do contrato e do ANEXO V – REMUNERAÇÃO E MECANISMO DE PAGAMENTO.” (MINAS GERAIS, 2010).

Todos os componentes da remuneração do parceiro privado, os quais foram objeto de anexo específico do contrato,⁵² foram desenvolvidos levando-se em conta a própria modulação do contrato. Em entrevista com o servidor público, pertencente à Secretaria de Infraestrutura do Estado de Minas Gerais, obteve-se a informação de que todas as fórmulas e os indicadores de cômputo da remuneração haviam sido estipulados pelo poder público levando-se em conta as particularidades do contrato, sem acrescentar a essa afirmação qualquer justificativa contábil ou de outra natureza. Elas serão todas explicadas nos tópicos que se seguem.

5.2.1 Da Forma de Apuração da Parcela Pecuniária Mensal (PM)

A parcela pecuniária mensal é calculada através da fórmula $PM = Pa + (Pb \cdot i)$, na qual (Pa) representa uma parcela limitada, condicionada à disponibilidade da infraestrutura para 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, 2010).

Esta parcela resulta de estimativa predefinida em contrato para os primeiros 120 meses de exploração comercial do complexo do Mineirão, cujo cálculo levou em consideração o pagamento dos R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões) financiados pelo BNDES, à taxa de 8,3% ao ano, devida apenas após o primeiro ano de exploração do estádio (MINAS GERAIS, 2010).

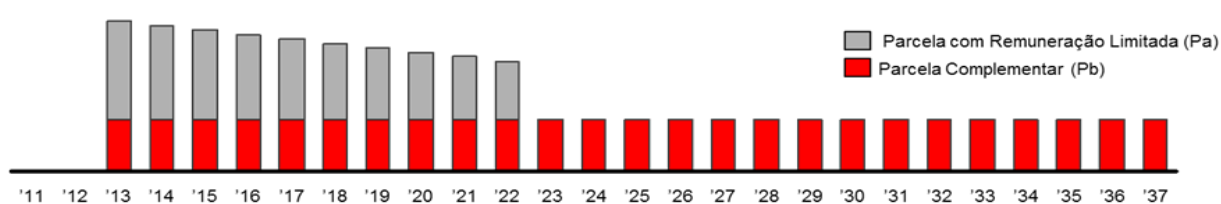
Por sua vez, a (Pb) que integra a fórmula de cálculo diz respeito a uma parcela complementar, que tem o objetivo de “remunerar o capital adicional investido pela Concessionária durante todo o período de concessão” (MINAS GERAIS, 2010). O seu cômputo leva em consideração alguns dados:

(a) no valor indicado na proposta vencedora, (V); (b) na margem operacional realizada pela Concessionária (MO) que será apurada mensalmente; (c) na margem operacional de referência, (MR); (d) no coeficiente de incentivo ao operador (Y). (MINAS GERAIS, 2010).

Em outras palavras, (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,⁵³ mas que só terá incidência sobre o pagamento a partir do segundo ano de exploração comercial do Mineirão (Gráfico 2) (MINAS GERAIS, 2010).

Gráfico 2 – Evolução do pagamento da Concessionária

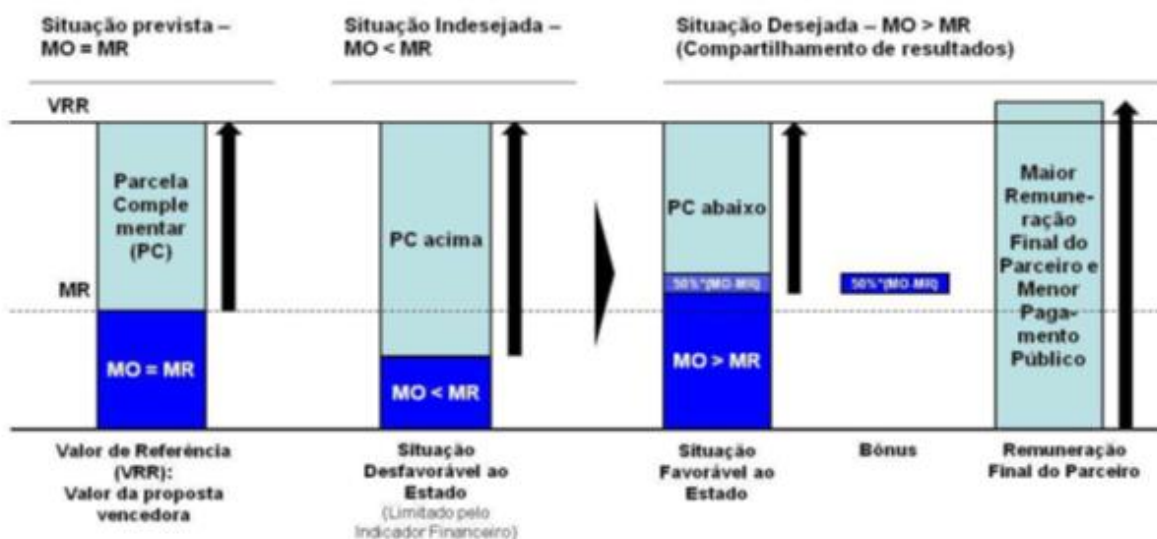


Fonte: (MINAS GERAIS, 2010).

Vide o Gráfico 3 exposto no apêndice do Anexo V do contrato, na qual são demonstradas as formas de compartilhamento dos resultados:

Gráfico 3 – Formas de compartilhamento dos resultados

Dinâmica para o compartilhamento de resultados



Fonte: (MINAS GERAIS, 2010).

⁵³ “MR: margem operacional de referência, equivalente a: para os dois primeiros anos de exploração comercial do Complexo do Mineirão: $MR = 0$. Após os dois primeiros anos de exploração comercial do Complexo do Mineirão, MR equivale a 70% (setenta por cento) do valor (V) da proposta vencedora, ou seja: $MR = 70\% * V$.” (MINAS GERAIS, 2010).

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, 2010).

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. 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, que, se mal avaliado, pode reduzir sua contraprestação em até 60%.

A fração complementar do pagamento ainda envolve um coeficiente (Y), que se traduz em bônus na remuneração da concessionária, como incentivo ao seu desempenho. O apêndice do anexo V informa que o bônus a ser compartilhado nos dois primeiros anos de concessão dependerá da conclusão das obras na data assinalada pelo contrato.

Se implementada esta condição, o parceiro privado teria direito a 50% de (MO), mas se as obras fossem entregues com atraso, a concessionária perderia este direito. Após os dois primeiros anos, este incentivo passa a ser calculado da seguinte maneira: $Y = 0,50$, se $MO \geq MR$. (MINAS GERAIS, 2010).

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, 2010).

Este índice é obtido através da 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% (Gráfico 4) (MINAS GERAIS, 2010).

Gráfico 4 – Relação entre o desempenho da concessionária e redução de sua contraprestação



Fonte: (REIS, 2015).

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, 2010).

O Índice de Conformidade (IC) avalia a adequação da concessionária às normas de segurança, às leis ambientais e ao fornecimento de relatórios acerca de sua atividade. Este indicador é obtido a partir da fórmula $IC = CN \cdot CA \cdot CR$, através da qual seria possível que a concessionária obtivesse nota 0, caso um dos fatores que o compõem também fosse 0.

O Índice Financeiro (IF) mede o seu desempenho financeiro, levando em consideração um patamar de eficiência financeira plausível, calculado a partir da margem operacional indicada no plano de negócio e a receita bruta obtida pela concessionária. Este indicador é obtido a partir da fórmula $IF = MO / ME$ (MINAS GERAIS, 2010).

O Índice de Qualidade (IQ) mede a satisfação dos usuários e interessados quanto ao serviço fornecido pela concessionária, por meio da avaliação de cinco fatores: satisfação cliente pessoa física, satisfação cliente pessoa jurídica, satisfação clubes, satisfação federações, satisfação imprensa (MINAS GERAIS, 2010).

Todos eles são aferidos a partir da pesquisa de satisfação semestral, produzida pela subcontratada especializada em pesquisa de mercado, que define o índice a partir da Nota de Satisfação (NS), extraída a partir da média de cada um dos indicadores. Entretanto, os fatores apresentam pesos diversos: a satisfação do

cliente pessoa física e dos clubes possuem peso 2, enquanto os demais possuem peso 1. O cálculo se dá através da fórmula $NS = [2*(SPF) + 1*(SPJ) + 2*(SC) + 1*(SI) + 1*(SF)]/7$ (MINAS GERAIS, 2010).

Por sua vez, o Índice de Disponibilidade (IDI) avalia a disponibilidade da estrutura do Mineirão para a realização dos eventos, a partir da análise de cinco fatores: áreas técnicas; área VIP; área padrão; estruturas gerais; e entorno do Mineirão. Na avaliação, cada indicador recebe uma nota, a partir do conceito que lhe é imputado: 1, para “Ruim”; 2, para “Regular”; 3, para “Bom”. 4, para “Muito Bom”; e 5, para “Ótimo” (MINAS GERAIS, 2010).

O valor obtido por meio da média aritmética da nota dos conceitos resultará na Nota de Adequação (NA), relativa àquele indicador específico. Uma vez obtida a média de todos os indicadores, calcula-se a Nota de Adequação Final (NAF), através da seguinte fórmula: $NAF = [2*(DAT) + 1*(DAVIP) + 1*(DAP) + 1*(DEG) + 1*(DEM)]/6$.

Uma (NAF) menor que 1, gera um (IDI) 0; entre 1 e 2, um (IDI) 0.3; entre 2 e 3, um (IDI) 0.5; entre 3 e 4, um (IDI) 0.8 e acima de 4, tem-se um (IDI) igual a 1 (MINAS GERAIS, 2010).

Não obstante todo este esforço matemático, o Anexo V previu que durante os 36 primeiros meses de exploração comercial do Mineirão seriam aplicadas notas mínimas preestabelecidas aos fatores que compõem o Índice de Desempenho (ID).

- a) nos três primeiros meses de exploração comercial do COMPLEXO DO MINEIRÃO, será atribuída nota mínima igual a 1 (um) a todos os índices que compõem o ID;
- b) nos meses 4 (quatro), 5 (cinco) e 6 (seis) de exploração comercial do COMPLEXO DO MINEIRÃO, será atribuída nota mínima igual a 1,0 (um) ao índice financeiro (IF), e será atribuída nota mínima igual a 0,5 (cinco décimos) aos demais índices que compõem o ID; e
- c) no período compreendido entre os meses 7 (sete) e 36 (trinta e seis) de exploração comercial do COMPLEXO DO MINEIRÃO, será atribuída nota mínima igual a 1,0 (um) ao índice financeiro (IF), e será atribuída nota mínima igual a 0 (zero) aos demais índices que compõem o ID. (MINAS GERAIS, 2010).

O Anexo VI do contrato⁵⁴ estabelece o dever de a concessionária elaborar trimestralmente um Relatório de Desempenho, no qual ela deverá inserir os dados

⁵⁴ ANEXO VI – SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO.

atualizados de cada subfator, para posteriormente serem avaliados por empresa especializada – nomeada pelo contrato de verificador independente.⁵⁵

A princípio, observa-se a imposição de um dever à concessionária, que agiria em desfavor da economia prometida com a PPP: a subcontratação de empresa especializada acarreta a transferência de novo encargo financeiro ao Estado, já que os custos desta prestação de serviços seriam incluídos na remuneração do parceiro privado, a fim de ressarcí-lo. Entretanto, para que estes custos fossem reduzidos, o Estado poderia ter se utilizado de instituições independentes que desempenhariam a mesma atividade de pesquisa sem ocasionar maiores débitos aos contratantes.

Entretanto, o Anexo V do contrato apenas prevê que o Estado poderá se manifestar acerca dos pontos do Relatório dos quais discorde, em cinco dias, encaminhando suas considerações ao Verificador Independente, com cópia para a concessionária (MINAS GERAIS, 2010).

Tendo sido fixado o valor da parcela, seu pagamento ocorrerá no 5º útil do mês subsequente. A nota final atribuída ao desempenho da concessionária será descontada na remuneração dos três meses subsequentes, como explica o quadro abaixo, constante do Anexo V (Quadro 2) (MINAS GERAIS, 2010).

Quadro 2– Forma de incidência do Índice de Desempenho

Mês da Concessão	Forma de cálculo da PM: pagamento integral ou pagamento com incidência do ÍNDICE DE DESEMPENHO
1	Não haverá pagamento
2	Pagamento relativo ao mês 01 - Valor integral da PM
3	Pagamento relativo ao mês 02 - Valor integral da PM
4	Pagamento relativo ao mês 03 - Valor integral da PM (durante o mês 04 será realizada a medição dos meses 01, 02 e 03)
5	Pagamento relativo ao mês 04 - Valor da PM com desconto referente ao desempenho medido para o mês 01
6	Pagamento relativo ao mês 05 - Valor da PM com desconto referente ao desempenho medido para o mês 02
7	Pagamento relativo ao mês 06 - Valor da PM com desconto referente ao desempenho medido para o mês 03 (durante o mês 07 será realizada a medição dos meses 04, 05 e 06)

Fonte: (Minas Gerais, 2010).

5.2.2 Forma de Apuração da Parcela de Ajuste Sazonal Anual

O contrato de parceria previu ainda que a (PM) acima descrita fosse reajustada em razão dos efeitos da sazonalidade, ocorridos no decorrer de cada ano de exploração do Complexo do Mineirão (MINAS GERAIS, 2010).

O Apêndice do Anexo V do instrumento de parceria esclarece que esta parcela será calculada anualmente, bem como que o seu valor máximo não poderá

⁵⁵ Cláusula 24.

ultrapassar o valor anual máximo da (PM). Para a obtenção do valor deste ajuste, somam-se todas as parcelas pecuniárias mensais (PM_n) a fim de que, de seu resultado, se subtraia o valor equivalente à parcela pecuniária anual (PMA), utilizando-se da seguinte equação (Ilustração 1) (MINAS GERAIS, 2010).

Ilustração 1 – Fórmula de cálculo do ajuste sazonal

$$PA = PMA - \sum_{n=1}^{n=12} PM_n$$

Fonte: (MINAS GERAIS, 2010).

O coeficiente (PMA) que integra a fórmula é calculado com base na parcela mensal, porém com a consideração dos valores de margem operacional (MO), margem de referência (MR), valor da proposta (V) e índice de desempenho (ID) acumulados dentro do período de 1 ano. O seu valor total não pode ser superior ao valor anual máximo da (PMA). O valor do (ID), para os efeitos de cômputo deste ajuste, corresponderá à média ponderada dos índices obtidos mensalmente (MINAS GERAIS, 2010).

Esta parcela poderá resultar em valor positivo ou negativo. Neste último caso, caberá à concessionária repassá-lo ao Estado, inclusive através de redução no valor da remuneração subsequente (MINAS GERAIS, 2010).

5.2.3 Da Forma de Apuração de Receitas Acessórias e Complementares

A cláusula 20ª do contrato trata da possibilidade de a concessionária explorar a área e a infraestrutura concedidas⁵⁶ para obter receitas acessórias e complementares a sua remuneração, sem comprometer o desempenho do objeto principal da parceria: a operacionalização e manutenção do estádio (MINAS GERAIS, 2010).

O item 20.3 do instrumento elenca no que consistiriam estas alternativas de receitas, para as quais a concessionária deve solicitar a permissão do poder concedente:

⁵⁶ Nos termos do levantamento topográfico feito no Anexo XI – DELIMITAÇÃO DO COMPLEXO DO MINEIRÃO.

- a) receitas oriundas da comercialização de espaços publicitários do COMPLEXO DO MINEIRÃO, dos estacionamentos e de demais empreendimentos sob responsabilidade da concessionária;
- b) receitas oriundas da utilização do COMPLEXO DO MINEIRÃO em EVENTOS, observado o disposto na cláusula 16ª deste CONTRATO; e
- c) receitas oriundas da exploração de outros empreendimentos comerciais, localizados na área delimitada pelo LEVANTAMENTO TOPOGRÁFICO do ANEXO XI, que tenham sido criados com base em investimentos novos, não previstos nos PROJETOS ARQUITETÔNICOS E DE ENGENHARIA, do ANEXO XII, e desde que o investimento adicional tenha sido autorizado pelo PODER CONCEDENTE. (MINAS GERAIS, 2010).

Entretanto, estas receitas adicionais devem ser objeto de compartilhamento através da sistemática prevista para a repartição dos ganhos, disciplinada na cláusula 26 do contrato. Em regra, este compartilhamento se dará através de redução no valor da parcela mensal devida à concessionária, exceto nas hipóteses em que não houver remuneração, quando será efetuado o pagamento ao Estado (MINAS GERAIS, 2010).

5.2.4 Da Forma de Recomposição do Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato

A Lei 8.666 de 1993 estende a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato aos contratos administrativos.⁵⁷ Com base nisso, e em atenção ao expressivo prazo de duração do contrato, é que o Governo de Minas Gerais dispensou à recomposição financeira o objeto das cláusulas 27ª e 28ª do negócio.

O contrato estabelece, como regra geral, a responsabilidade da concessionária pelos riscos da concessão. Não obstante, o Estado ainda cuidou de elencar algumas hipóteses cuja eventual ocorrência não daria ensejo ao reequilíbrio econômico, como, por exemplo, aumento no valor dos investimentos a cargo do

⁵⁷ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.” (BRASIL, 1993).

parceiro privado ou na ocorrência de prejuízos decorrentes da má gestão do negócio (MINAS GERAIS, 2010).

Por outro lado, o item 27.3 apresenta um rol de situações que dariam azo à recomposição, destacando-se, dentre elas, as revisões efetuadas sobre os parâmetros de cômputo do desempenho da concessionária (letra “d”); as alterações de projeto que acarretem custos ou receitas menores ou maiores (letra “b”); ou quando da ocorrência de qualquer alteração tributária, que repercuta na remuneração da concessionária para mais ou para menos (letra “a”).

Urge salientar que essa estabilização econômico-financeira também pode se dar a favor do poder público. Ainda que a própria noção de reequilíbrio envolva a afinação econômica do negócio proporcional a ambas as partes, é preciso lembrar que a economicidade que fundamentou a própria eleição da PPP como modalidade de contratação retira o equilíbrio econômico da qualidade de mera prerrogativa contratual, para torná-lo um verdadeiro objetivo a ser alvo da atenção constante do poder público.

Ademais, ainda que o contrato em apreço especifique as hipóteses que poderão vir a ensejar a recomposição financeira do contrato, é preciso que o Estado também se empenhe para que estas cláusulas não deem margem a interpretações extensivas, por meio das quais toda e qualquer alteração tributária ou de projeto sejam utilizadas no recálculo do valor do contrato, ocasionando-lhe prejuízo.

As formas pelas quais poderão se dar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro também foram objeto de previsão contratual, estando descritas nas alíneas do item 27.4: prorrogação ou redução do prazo previsto para a própria concessão administrativa, ajuste nos índices de mensuração de desempenho, revisão do valor da remuneração ou até mesmo através da combinação de todas as medidas (MINAS GERAIS, 2010).

A recomposição poderá se dar a pedido da concessionária ou por determinação do Estado. Quando a concessionária a solicitar, deverá apresentar relatório e laudo pericial, por meio dos quais se comprove o impacto financeiro das alterações, sem prejuízo de ter que indicar o acréscimo que julgar ser necessário para equalizar os efeitos dessas mudanças em sua remuneração. A depender do caso, o Estado poderá ainda solicitar laudos econômicos complementares, a serem elaborados por entidades independentes (MINAS GERAIS, 2010).

A fórmula estabelecida para a promoção do reequilíbrio levará em conta a estimativa de fluxo de caixa, elaborada com a finalidade específica de demonstrar os efeitos das alterações que dão suporte à necessidade da recomposição (VPL). Esses efeitos econômico-financeiros, que desequilibram o negócio, serão neutralizados quando forem compensados por meio de medidas que façam com que o lucro líquido desse fluxo estimado seja igual a zero (MINAS GERAIS, 2010).

As eventuais divergências havidas nesse realinhamento econômico do negócio serão dirimidas em composição arbitral,⁵⁸ não obstante o prazo máximo de 60 dias estabelecido para a conclusão do procedimento (MINAS GERAIS, 2010).

Além disso, o instrumento traz uma cláusula cuja economicidade, e até mesmo a sua congruência para com a própria noção de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, se mostra um tanto duvidosa. Nos termos dos itens 27.5 e 28.8, a recomposição será tida como definitiva para o fato que lhe deu causa (MINAS GERAIS, 2010).

Essa disposição contratual se constitui em verdadeiro engessamento do contrato, cuja repercussão pode vir a ocasionar prejuízo financeiro à administração estadual. Mostra-se verdadeiramente dissociada da realidade de uma concessão administrativa que foi celebrada pelo expressivo prazo de 27 anos.

Em rápida análise das hipóteses que ensejariam a recomposição econômico-financeira do negócio, poder-se-ia pensar que a sua estagnação privilegiaria a administração pública, uma vez que, após uma primeira readequação (única e completa, para o fato que lhe deu causa), as outras situações que ensejariam nova recomposição seriam suportadas pela concessionária.

Entretanto, se elas não forem resolvidas em procedimento arbitral, nada impede que a concessionária venha a judicializá-las e pleitear a interrupção dos serviços liminarmente até que os ajustes sejam equacionados e recompostos pela via judicial. Em uma situação como essa, a paralisação dos serviços ainda seria agravada pelos coeficientes da morosidade judiciária⁵⁹ e da complexidade da análise da questão, para a qual certamente não se dispensaria a produção de perícia e avaliação contábil.

⁵⁸ Cláusula 28.6.

⁵⁹ Segundo o relatório “Justiça em Números” de 2019, divulgado eletronicamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um processo que tramita perante a Justiça Estadual levaria, em média, 2 anos e 4 meses para obter uma sentença de 1º grau; 8 meses, para obter uma decisão de 2º grau; e 6 anos e 1 mês, para obter uma decisão, em sede de execução (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ, 2019, p. 39).

5.3 INCONSISTÊNCIAS NA FORMA DE REMUNERAÇÃO DO PARCEIRO PRIVADO E FERRAMENTAS DE CONTROLE

Passadas as explicações acerca da forma de cômputo da remuneração do parceiro privado e das demais medidas de equalização econômico-financeira do negócio previstas para a concessão do Mineirão, passa-se a expor as inconsistências que puderam ser depreendidas ou que foram indicadas pelos competentes órgãos de controle.

O cômputo da remuneração da concessionária foi objeto de acompanhamento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG). O Relatório de Acompanhamento nº 851.052, apenso à Representação nº 374.111, elaborado ainda na fase de modulação das disposições contratuais, indicou aos contratantes as disposições que deveriam ser alteradas e/ou escritas com mais clareza, além daquelas que poderiam dar azo a prejuízo excessivo ao Estado.

A primeira delas se relacionava com a instituição de um fator multiplicador de impacto tributário, no valor de 1,127, o qual deveria incidir sobre a parcela limitada (Pa) que compunha a fórmula de cálculo da remuneração mensal da concessionária, anteriormente explicada.

Segundo Viana (2014, p. 129) (auditor do TCE-MG que acompanhou a fiscalização) não havia qualquer memória de cálculo, por meio da qual ficasse demonstrada a necessidade de se instituir o referido fator, inclusive, no valor indicado, e, ao solicitá-la, o órgão fiscalizador recebeu apenas um documento intitulado de “Opinião Legal”, de confecção do escritório de advocacia paulista “Nunes, Sawaya, Nusman & Theenard”, no qual consignavam somente a possibilidade de instituição desse fator multiplicador, sem qualquer explicação quanto ao valor de 1,127 a ele atribuído.

Por sua vez, o conceito de margem operacional (MO) utilizado pelo contrato também foi objeto de apontamentos pelo TCE-MG. Segundo o relatório, a definição de (MO) instituída para aquele contrato de concessão não se coadunava com a sua definição clássica, oferecida pelas literaturas contábil e financeira, que a calcula a partir da divisão do lucro operacional pela receita líquida. Entretanto, o TCE-MG não reputou a inovação como irregularidade, mas sim como disparidade não recomendada, já que poderia dar ensejo a futuras confusões de cálculo (VIANA, 2014, p. 129).

Atualmente, essa definição contratual da (MO) vem sendo objeto de litígio entre a concessionária e o Estado de Minas Gerais. Em entrevista, Jardim (2020)⁶⁰ afirma que a concessionária vem persistindo para que essa noção de margem operacional seja revista, sob o argumento de que sua forma de cálculo favoreceria a uma (MO) sempre negativa, pois seria o resultado de sua receita bruta menos os custos operacionais e os investimentos, cenário que não daria ensejo à complementação por parte do Estado.

Ainda quanto a (MO), o Tribunal de Contas ressaltou também a inclusão da alíquota de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) em seu cálculo, em percentual de 34% sobre o Ebit, em confronto com a variação do IRPJ proporcional à faixa de lucro apurado pela pessoa jurídica. Em sua defesa, o Estado alegou que o percentual estipulado era meramente ilustrativo, assim como a fórmula de cálculo da parcela mensal não permitiria que esses 34% viessem a acarretar qualquer alteração substancial (VIANA, 2014, p. 129).

O último apontamento acerca da (MO) destacou que sua definição contratual não explicitava bem quais seriam os investimentos e reinvestimentos a serem por ela considerados:

[...] na margem operacional não foram definidos quais seriam os investimentos e reinvestimentos a serem considerados na fórmula correspondente, tendo sido estimado no plano de negócios de referência o investimento de 1% do valor da obra a cada 5 anos, o que poderia ser alterado, uma vez que há equipamentos que necessariamente precisarão ser trocados ao longo do contrato de 27 anos. (VIANA, 2014, p. 129).

O Estado alegou que não deveriam ser estipulados limites aos reinvestimentos em um contrato com prazo de vigência tão expressivo. Em relação a isso, opinou o TCE-MG:

Finalmente, no que diz respeito aos reinvestimentos, consta no relatório de acompanhamento que não foram definidos claramente quais seriam os investimentos e reinvestimentos a serem considerados na fórmula de margem operacional.

Sobre o assunto, insta salientar que o Estado será o responsável direto pelos custos desses investimentos, podendo negociar o compartilhamento das receitas deles decorrentes. Sendo assim, conclui-se que essa situação poderá ser favorável ao concessionário, daí ser necessária a prévia fixação de parâmetros objetivos, ainda que com margem para posterior modificação.

⁶⁰ Membro da Coordenadoria Especial de Concessões e Parcerias da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade do Estado de Minas Gerais (pasta que atualmente gerencia a concessão do Mineirão).

A esse respeito, transcreve-se a conclusão do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fls. 926):

Em face dessas considerações, o Ministério Público de Contas não reputa suficiente a simples alegação de que é impossível e não desejável prever ou fixar os reinvestimentos em um contrato de PPP com 27 (vinte e sete) anos de vigência (fl. 448), entendendo ter havido *in casu* infringência ao art. 5º, V, da Lei n. 11.079/2004. A partir disso, julga-se recomendável a utilização, no ato convocatório, de conceitos coincidentes com os comumente empregados pela literatura especializada. (VIANA, 2014, p. 130-131).

Importante ressalva feita pelo Tribunal de Contas se deu acerca dos incentivos previstos à concessionária.

Conforme demonstrado no item 5.2.1, o contrato de concessão previu alguns incentivos à concessionária nos primeiros 36 meses da operação do estádio. Dentre eles, estão a Margem de Referência (MR) igual a zero e a atribuição de valor 1 ao Índice Financeiro que compõe a avaliação de seu desempenho. Não obstante, o contrato também previu que a concessão poderia ser transferida após dois anos, mediante a autorização do Estado.

A observação do TCE-MG residiu exatamente na possibilidade de a concessão ser transferida após os dois anos, diante dos incentivos conferidos à concessionária em razão dos quais não seria possível avaliar a operação do estádio através da aplicação de todas as disposições contratuais:

Dos três incentivos para os dois primeiros anos de operação, apenas o pagamento do bônus está vinculado a uma condição: a entrega da obra no prazo. Os outros dois, Margem de Referência (MR) igual a zero e Índice Financeiro (IF) fixado em 1, foram dados independentemente do cumprimento da exigência. Aliado a essa situação, o Contrato prevê na cláusula 7ª a possibilidade de transferência da Concessão após dois anos de prestação dos serviços, fls.163-164. O prazo mínimo estabelecido para a transferência coincide com o término dos dois primeiros anos de operação, o que não permitirá a avaliação da operação do Complexo do Mineirão com todas as regras do Contrato vigorando de forma efetiva. (VIANA, 2014, p. 131).

Desta forma, a associação dos incentivos à possibilidade de transferência do contrato, em sua fase prematura, poderia ensejar gasto público despropositado que não lhe traria benefício algum. Além disso, Viana (2014, p. 131) frisa que essas disposições eram “dissonantes com os princípios da isonomia – pois denotam uma situação de privilégio ao particular – e da supremacia do interesse público”, uma vez que não se vislumbrava qualquer benefício ao Estado.

Instado a se manifestar sobre a referida disposição, o Estado se manteve silente. E mais: não retirou do contrato as disposições aludidas,⁶¹ correndo o risco de proporcionar à concessionária enriquecimento ilícito à custa de receita pública – o que não encontra justificativa nem sobre o espectro econômico do negócio. Contudo, mesmo não tendo ocorrido a temida transferência da concessão, existiram problemas de infraestrutura e de organização nesse período.

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).

No dia do jogo de reinauguração do estádio, os usuários enfrentaram uma situação caótica que só veio a reforçar o despreparo da administração quanto à infraestrutura: além de ter havido falta de água e o fechamento de inúmeros bares, o estacionamento foi liberado aos visitantes com atraso, o que ocasionou enorme engarrafamento.

Ademais, a equipe do Minas Arena se mostrava despreparada e mal informada, o que contribuiu para o desrespeito aos lugares previamente marcados, com a conseqüente ocupação de outros para os quais se cobrava ingresso mais caro. Em razão disso, a concessionária foi multada em 1 milhão de reais (JARDIM, 2013, p. 110-111).

Além disso, alguns torcedores acionaram o Consórcio judicialmente, a fim de serem indenizados pelos prejuízos materiais e morais que a precariedade da infraestrutura havia lhes causado. Um deles, após ter processado o Minas Arena juntamente com o Cruzeiro (clube que disputaria a partida), teve seu pedido julgado procedente, para que ambos o indenizassem em R\$100,00 (cem reais), equivalentes ao valor do ingresso, acrescidos de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), a título de dano moral. Em sua defesa, a concessionária alegou problemas de logística, aos quais prometeu a devida solução (JARDIM, 2013, p.111).

Há quem credite tudo isso à perda do *know-how* na gestão de estádios, ocasionada pela saída da empresa portuguesa especializada LUSOARENAS, contratada em 2011 para integrar o Consórcio. Suspeita-se que sua contratação

⁶¹ Cláusula 7.3 e item 2.19 do Anexo V – “REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA E MECANISMO DE PAGAMENTO”

teria se dado apenas para que as licitantes conseguissem comprovar a capacidade técnica sem a qual não conseguiriam deter a concessão, tendo em vista o posterior rompimento unilateral do contrato, sem qualquer explicação, que tem custado à concessionária uma cobrança judicial indenizatória de R\$36 milhões de reais (JARDIM, 2013, p. 88).

Independentemente disso, as notícias e providências judiciais, todas acerca das falhas existentes na infraestrutura do estádio, denotam que durante aqueles 36 primeiros meses (especificamente, de dezembro de 2012 a dezembro de 2015), a concessionária optou por se escorar nos incentivos contratuais. Conforme já explicado, o contrato previu o congelamento dos índices que afeririam o desempenho da concessionária no referido período, por tê-lo considerado como “fase de aprendizagem” do parceiro privado.

Entretanto, esses problemas caóticos em sua 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.

Sobre isso, Jardim (2013, p. 87) faz importante friso:

Levando em conta a constatação de uma postura inerte da empresa frente aos problemas operacionais relatados desde a reinauguração do estádio, configura-se um caso de Risco Moral, no qual o comportamento da empresa após a assinatura do contrato é de inércia, em função de seu comportamento racional e também dos incentivos que o contrato efetivamente apresenta a ela, levando em conta que o risco de demanda é assumido pelo Governo e a rentabilidade da Concessionária é assegurada por ele. (JARDIM, 2013, p. 87).

E acrescenta:

Diante das condições apresentadas pelo contrato, o mais provável é que a empresa mantenha sua postura passiva, evidenciando o caso de risco moral que sua relação com o Governo do Estado apresentou, dada a ausência de uma postura de fato cooperativa. Na verdade, o comportamento da empresa é plenamente racional, diante dos incentivos apresentados a ela, e o erro teria ocorrido na suposição de que ela assumiria uma conduta cooperativa, quando o contrato a resguarda com a garantia de uma remuneração mensal significativa, mesmo que seu desempenho seja avaliado como ruim. (JARDIM, 2013, p. 117).

O congelamento dos índices cessou em 2016, passando a serem avaliados pelo Verificador Independente, nos termos do contrato. Desde então, a concessionária vem sofrendo com descontos vultuosos em sua parcela complementar (JARDIM, 2020).

Os problemas de acessibilidade permanecem. Em 2019, eles foram 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 Consórcio⁶² (MARTINS, 2019).

Ademais, após o fim do período de congelamento, seu índice de desempenho financeiro sempre foi zero. Atualmente o MINAS ARENA move um procedimento arbitral em face do Estado, por meio do qual pleiteia a revisão de aspectos do contrato, sob o argumento de que as projeções financeiras teriam sido otimistas demais e que seu estabelecimento em padrões ditos fora da realidade estaria impedindo que ela os atingisse. Alega que a viabilidade do negócio não se sustentaria e que ela estaria sendo penalizada em razão disso. Inclusive, o consórcio justifica isso na concorrência oferecida pelo Arena Independência, que estaria inviabilizando os acordos com o Clube Atlético Mineiro. Porém, o Estado alega ser este um risco de demanda da concessionária (JARDIM, 2020).

Com base nisso, o MINAS ARENA pleiteou o congelamento dos índices por mais tempo, o que tem sido rechaçado pelo Governo de Minas (JARDIM, 2020).

Entretanto, o retrato da operação da concessionária, em números, é decepcionante como um todo. O consórcio só obteve (MO) positiva em raríssimas exceções. A (MR) nunca foi alcançada e muito menos superada. Como o baixo desempenho dá azo a desconto em sua remuneração, a concessionária sempre sofreu deduções em seu pagamento, especialmente quanto ao seu desempenho financeiro e, no ano 2019, na aferição do índice de conformidade, por não ter apresentado os relatórios a tempo e modo, desconto esse que hoje gira em torno de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais) (JARDIM, 2020).

⁶² Leônidas Rabelo de Vasconcelos Bisneto, presidente da torcida Cruzeiro Eficiente: “A principal reivindicação é sobre acessibilidade. Também com relação à educação das pessoas que ficam na frente dos assentos para pessoas com deficiência. Temos reclamação também com relação a ingressos. Várias vezes somos informados que os ingressos para cadeirantes acabaram, mas vemos assentos vazios no estádio. Estou lá todo jogo. Já entramos em contato com o Mineirão. Falam que vai resolver, mas não resolve.” (MARTINS, 2019).

Vide o histórico de pagamentos do último ano da concessão, em particular, os valores descontados da concessionária por seu desempenho aquém do desejado (Tabela 1):

Tabela 1 – Pagamentos feitos, em 2019, ao Minas Arena

MÊS DE COMPETÊNCIA	PARCELA	VALOR BRUTO NOTA FISCAL	DESCONTO	VALOR LÍQUIDO
Janeiro	Pa	R\$ 5.810.201,54		R\$ 5.432.538,44
	Pb	R\$ 2.736.172,89	R\$ 3.275.247,03	R\$ 2.558.321,66
Fevereiro	Pa	R\$ 5.777.432,99		R\$ 5.401.899,85
	Pb	R\$ 2.404.567,97	R\$ 3.606.851,95	R\$ 2.248.271,06
Março	Pa	R\$ 5.744.664,45		R\$ 5.371.261,27
	Pb	R\$ 2.404.567,97	R\$ 3.606.851,95	R\$ 2.248.271,06
Abril	Pa	R\$ 5.711.895,91		R\$ 5.340.622,68
	Pb	R\$ 1.892.275,37	R\$ 4.119.144,55	R\$ 1.769.277,47
Maio	Pa	R\$ 5.679.127,37		R\$ 5.309.984,08
	Pb	R\$ 2.404.567,97	R\$ 3.606.851,95	R\$ 2.248.271,06
Junho	Pa	R\$ 5.646.358,82		R\$ 5.279.345,50
	Pb	R\$ 2.404.567,97	R\$ 3.606.851,95	R\$ 2.248.271,06
Julho	Pa	R\$ 5.613.590,28		R\$ 5.248.706,92
	Pb	R\$ 2.195.145,10	R\$ 3.816.274,82	R\$ 2.052.460,67
Agosto	Pa	R\$ 5.580.821,74		R\$ 5.218.068,33
	Pb	R\$ 2.610.675,51	R\$ 3.606.851,95	R\$ 2.440.981,60
Setembro	Pa	R\$ 5.548.053,20		R\$ 5.187.429,75
	Pb	R\$ 2.340.219,78	R\$ 3.877.307,68	R\$ 2.188.105,50
Outubro	Pa	R\$ 5.515.284,65		R\$ 5.156.791,16
	Pb	R\$ 2.852.531,97	R\$ 3.296.772,89	R\$ 2.667.117,40
Novembro	Pa	R\$ 5.482.516,11		R\$ 5.126.152,56
	Pb	R\$ 2.461.037,28	R\$ 3.296.772,89	R\$ 2.301.069,87
Dezembro	Pa	R\$ 5.265.530,45		R\$ 4.923.270,98
	Pb	R\$ 2.488.645,26	R\$ 3.730.516,48	R\$ 2.326.883,33

Fonte: (MINAS GERAIS, 2020)

Suas notas nos fatores que compõem o Índice de Desempenho têm sido desanimadoras, em particular, quanto ao seu desempenho financeiro. Vide a diferença que seu desempenho apresentou entre o período em que os índices permaneceram congelados e o seu desempenho no ano de 2019 (Tabela 2):

Tabela 2 – Histórico do desempenho do Minas Arena

Ano	Trimestre	IQ	IDI	IC	IF	ID
2013	1	1	1	1	1	1
	2	1	1	1	1	1
	3	1	1	1	1	1
	4	1	1	1	1	1
2014	1	1	1	1	1	1
	2	1	1	1	1	1
	3	1	1	1	1	1
	4	1	1	1	1	1
2015	1	1	1	1	1	1
	2	1	1	1	1	1
	3	1	1	1	1	1
	4	1	1	1	1	1
2016	1	1	1	1	0	0
	2	1	1	1	0	0
	3	1	1	1	0	0
	4	1	1	1	0	0
2017	1	1	1	1	0	0
	2	1	1	1	0	0
	3	1	1	1	0	0
	4	1	1	1	0	0
2018	1	1	1	1	0	0
	2	1	1	1	0	0
	3	1	1	1	0	0
	4	1	1	1	0	0
2019	1	1	1	1	0	0
	2	1	0,8	1	0	0
	3	1	0,8	1	0	0
	4	1	0,8	1	0	0

Fonte: (MINAS GERAIS, 2020).

Ato contínuo, outra incongruência apontada pelo TCE-MG dizia respeito à forma de aferição do Índice de Qualidade (IQ), em relação à qual foram feitas as seguintes observações:

[...] a pesquisa semestral de satisfação poderia ser insuficiente; os questionários propostos são bastante genéricos e não foi especificado no Anexo VI como seria calculada a nota dos indicadores de satisfação de cada cliente. (VIANA, 2014, p. 132).

Em específico, quanto à periodicidade:

A pesquisa de satisfação é semestral, ou seja, será realizada duas vezes por ano e por causa disso as mudanças advindas da aplicação dos seus resultados podem demorar muito para serem efetivamente reconhecidas pelos usuários. (MINAS GERAIS, 2010, p. 398).

Em resposta, o Estado alegou que a periodicidade à qual a realização da pesquisa foi submetida levou em consideração uma análise de custo/benefício e que as notas seriam calculadas por meio de média simples. O TCE-MG considerou essas justificativas suficientes para sanar as irregularidades a que diziam respeito.

Na entrevista que concedeu, Jardim (2020) explica que essa apuração semestral da qualidade dos serviços tem a finalidade de proporcionar uma consolidação maior de resultados, para que haja amostra significativa de análise a ser levada em consideração nos relatórios trimestrais.

Contudo, a imprecisão dos critérios da pesquisa não foi objeto de qualquer resposta do Estado. Segundo o relatório produzido pela Diretoria de Assuntos Especiais e Engenharia de Perícia, pertencente à Coordenadoria de Fiscalização de PPP's do TCE-MG, os critérios eram compostos por várias perguntas que envolviam diversos aspectos do serviço, para os quais se atribuiria uma só nota, por meio da qual não se traduziria com clareza o real problema daquele item (MINAS GERAIS, 2010, p. 398).

A fiscalização do TC também incidiu sobre outros fatores considerados no cálculo da parcela variável que compõe a remuneração da concessionária. Segundo o relatório, o Índice de Disponibilidade (ID) – por meio do qual seriam avaliadas as instalações que compõem o Complexo do Mineirão – seria alvo de uma análise mais quantitativa do que qualitativa (VIANA, 2014, p. 133), o que desnaturaria a própria razão de ser da avaliação de desempenho e tudo o que por meio dela se procura manter: a eficiência e a qualidade do serviço concedido.

Por sua vez, o Índice de Conformidade (IC) – instituído para averiguar o cumprimento de normas ambientais, contábeis-administrativas e de segurança – foi criticado por sua avaliação envolver a análise de relatórios elaborados semestralmente, o que no entender do Tribunal de Contas seria um prazo longo. O Estado alegou que os indicadores seriam atualizados sempre que fosse necessário, com a colaboração do Verificador Independente (VIANA, 2014, p. 133).

As irregularidades apontadas foram objeto de recomendações, as quais o Tribunal de Contas dirigiu à Secretária de Estado de Planejamento e Gestão e ao Secretário de Estado de Turismo e Esportes. O Relatório frisou que o

descumprimento de quaisquer uma delas ocasionaria a aplicação de multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Entretanto, a maioria delas foi de conteúdo programático, devendo funcionar para o Estado como parâmetro de orientação para contratações futuras. Inclusive, a irregularidade apontada na aferição do Índice de Qualidade (IQ) foi alvo da seguinte recomendação:

2.c) seja monitorada a efetividade do sistema de avaliação de desempenho definido para o Complexo do Mineirão, principalmente em relação aos índices de qualidade e de disponibilidade e promova adequações, **se necessário**, quando das previsões previstas, encaminhando tais adequações a esta Corte no prazo de 30 dias. (VIANA, 2014, p. 137).

Não foi possível saber se realmente esses índices passaram por qualquer reparo, pois não houve acesso às eventuais correções. Entretanto, vê-se que, ao menos, o Índice de Disponibilidade (ID) é avaliado mediante a atribuição de conceitos,⁶³ por meio dos quais se atribuiria o aspecto qualitativo reclamado pelo Tribunal.

Por fim, cumpre noticiar que a forma por meio da qual se calcula o valor da parcela de ajuste sazonal tem sido objeto de litígio entre os contratantes. A concessionária afirma que o critério de competência utilizado, no qual o pagamento de um mês é faturado no mês posterior para ser paga somente no mês seguinte, ocasiona defasagem temporal que interferiria no valor global do ajuste (JARDIM, 2020).

A incerteza dos parâmetros de cálculo dessa sazonalidade privilegia o surgimento de duas diferentes interpretações: a da concessionária, para quem a parcela seria uma maneira de corrigir os períodos do ano em que ela tem menos demanda, como janeiro e dezembro, por exemplo, e a do Estado, que se resume na estrita somatória das parcelas (JARDIM, 2020).

A essas considerações feitas pelo TCE-MG, que foram pinceladas com o cenário atual daquilo que foi anteriormente objeto de friso pelo órgão, adicionaram-se outros apontamentos importantes.

Primeiramente, cumpre salientar que o Portal da Transparência do Estado de Minas Gerais não informa a nota dos quesitos que compõem o desempenho da concessionária. Não obstante o sigilo das informações constantes do relatório do

⁶³ Ruim, nota 1; Regular, nota 2; Bom, nota 3; Muito Bom, nota 4; Ótimo, nota 5; (MINAS GERAIS, 2010).

Verificador Independente, o seu produto final, ou seja, as notas de cada índice que foram consideradas na remuneração do parceiro privado, não são devidamente divulgadas. Só foi possível obter acesso a elas por meio de solicitação formal junto à administração do Estado, que, mesmo assim, solicitou que fossem discriminadas as informações que se gostaria de obter.

Outro ponto a ser frisado é o controle da transparência das informações passadas pela concessionária e aquelas coletadas pelo Verificador Independente. Conforme já foi explicado, o cálculo da margem operacional envolve a dedução dos custos operacionais e investimentos feitos pela concessionária. Para comprová-los, o MINAS ARENA envia as eventuais notas fiscais de serviços ou aquisições, dentre outros documentos por meio dos quais ateste quaisquer despesas ou investimentos, para o Verificador e para o Estado. Por sua vez, o Verificador avalia a documentação para autorizar que o pagamento seja efetivado, já que é por meio dessa análise que o Estado, em regra, garante que o pagamento está correto (JARDIM, 2020).

Contudo, 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 do interesse envolvidos nessa contratação o exigem.

Cumpram-se agora os meios de controle previstos nesse contrato de parceria.

5.4 DOS MEIOS PREVISTOS NA PPP DO ESTADO MINAS GERAIS COM O MINAS ARENA PARA O CONTROLE DA CORRUPÇÃO NO CÔMPUTO DO PAGAMENTO DA CONCESSIONÁRIA

Não é preciso tecer muitos comentários acerca dos meios de controle e combate à corrupção, instituídos por lei, que têm incidência nessa contratação. A auditoria do Tribunal de Contas, mencionada no tópico anterior, é um deles, ao lado dos mecanismos jurídicos à disposição dos órgãos de proteção, como a ação popular ou a ação civil pública, de titularidade do Ministério Público, e os inquéritos administrativos, de iniciativa do Legislativo estadual.

Assim, este item será dedicado à análise das ferramentas contratuais instituídas para o controle e o combate à corrupção, a fim de avaliar em que medida o poder concedente se empenhou para inibir o problema.

O item 23 do edital 002/2010, intitulado “Fraude e Corrupção”, instituiu normas que visam à manutenção da concorrência no certame e de um padrão de comportamento ético tanto dos licitantes como do próprio parceiro privado. 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”:

[...] 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).

Quer dizer, o poder concedente incorporou um conceito mais literal de corrupção (semelhante àqueles previstos nos instrumentos internacionais), que praticamente coloca a iniciativa do agir corrupto nas mãos do parceiro privado, como se o funcionário público não pudesse contribuir com os interesses da concessionária por iniciativa própria, ou seja, como se não pudesse ser ele o primeiro a manifestar seu interesse em se corromper.

Fala-se em um conceito literal de corrupção, pois no capítulo pertinente ao fenômeno explicou-se que o surgimento do *rent-seeking*, como forma de estratégia econômica atrelada aos princípios democráticos (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011), e a noção de corrupção, como abuso dos limites de poder, que se pode dar inclusive na esfera privada (NAVES; NEVES, 2019, p. 21-23), como no caso de superfaturamento de contrato e/ou despesa, seriam capazes de transformar o agente privado em corruptor, na medida em que protagonizariam a inversão do interesse público em prol de algo que lhes é particular.

O edital preferiu denominar como “prática fraudulenta” a deturpação de fatos ou informações no curso da execução do contrato e de “prática obstrutiva” aquelas

por meio das quais a concessionária impede que o Estado tenha acesso a dados que denotem a prática de corrupção (destruição, falsificação ou alteração de documentos, por exemplo) (MINAS GERAIS, 2010).

Os demais itens da cláusula 23.1 se relacionam com a lisura do procedimento licitatório e, à vista da complexidade da execução de uma PPP, especialmente de sua forma de remuneração, vê-se que o Estado se ocupou mais de proteger o procedimento de seleção de seu parceiro privado do que a sua relação com ele nos 27 anos de concessão.

Ademais, essas disposições encontram-se incluídas no edital, mas não são sequer replicadas no texto do contrato. Conforme dito, em razão do vulto dessa 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. A fiscalização instituída pelo contrato é aquela que incide sobre a forma e o modo com que os serviços e obras são desempenhados pela 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 (às quais não se teve acesso), para os quais não foram estabelecidas quaisquer normas referentes ao combate à corrupção.

Conforme dito no tópico anterior, 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.

O contrato prevê apenas que o Estado poderá vir a questionar as informações apresentadas pela concessionária, confrontando-as com aquelas que julgarem corretas ou com a própria análise do Verificador.

Ademais, os dados acerca dessa contratação não são objeto da transparência que lhes é constitucionalmente imposta. Já se disse que 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.

Para que se obtivessem dados acerca do contrato (mesmo assim, de forma bem superficial) foi preciso reportar à pasta do Estado responsável e solicitar que fosse gerado um relatório, que somente seria elaborado com as informações solicitadas, desde que fossem acessíveis.

Apesar da devida solicitação, não foram enviados os gastos operacionais, investimentos e outros custos de manutenção, que interferem no cômputo da margem operacional do parceiro. O quadro no qual são indicados os valores pagos à concessionária em 2019 (que também teve de ser objeto de solicitação), não permite ao cidadão inferir se estão corretos, nem mesmo na mais rápida e superficial análise.

Não é preciso que sejam feitos comentários mais aprofundados acerca da importância da publicidade dos atos administrativos, em particular, os que envolvem gastos públicos expressivos, e do controle social como ferramenta de combate à corrupção, para que se perceba que toda essa dissimulação inconstitucional de informações se constitui em terreno fértil à corrupção.

Por fim, o cenário contratual de penalidades e sanções, estabelecido no item 35 do 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).

Entretanto, o item acima se refere apenas aos integrantes da concessionária, e se esquece da noção estabelecida para “prática corruptiva” no edital, que envolvia a colaboração de um funcionário público. 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.

Ademais, o Verificador Independente permanece ileso a qualquer controle mais incisivo, pelo menos é o que se percebe das disposições contratuais. Uma eventual troca de informações entre a concessionária e a empresa de verificação, que poderia dar azo a superfaturamento ou a qualquer irregularidade posteriormente referendada no Relatório, passaria em branco aos olhos do Estado. E se as concessionárias e empresas subcontratadas, que são chamadas a desempenhar serviço público, têm a elas estendida a aplicação dos princípios do artigo 37 da Constituição da República, o controle sobre elas deveria ser tão eficaz quanto aquele que se dispensa à atividade do Estado.

Contudo, o texto do contrato associado à fala do membro da Coordenadoria de PPPs indica que essa triangulação entre Estado, concessionária e Verificador Independente é muitas vezes renegada à confiança: confiança de que os dados fornecidos pela concessionária estão corretos e confiança na atuação idônea e isenta do Verificador Independente etc., quando a complexidade dessa relação não autoriza que a idoneidade dos envolvidos seja renegada a presunções.

Vê-se que 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, 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 tomadas para se aperfeiçoar o controle e o combate à corrupção.

6 SUGESTÕES PARA O RECRUDESCIMENTO DO COMBATE À CORRUPÇÃO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

No item referente à Análise Econômica do Direito, explica-se que para a Escola de Chicago, em específico, no que tange à contribuição de Posner, a corrupção é uma ação racional do sujeito, que resulta da ponderação prévia de custos e benefícios.

No capítulo anterior, objetivou-se demonstrar a forma de remuneração do parceiro privado. O último item expôs alguns dos aspectos movediços de seu pagamento para chegar até esse ponto: o de propor melhorias às ferramentas de controle contratualmente adotadas nas PPPs, além de incentivar a instituição de novas formas, para as quais o cidadão é convocado a participar.

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.

Isso justifica a extensão da aplicação dos princípios do artigo 37 da Constituição da República à concessionária e, conseqüentemente, a ponderação de que os agentes privados ligados à concessionária também podem praticar corrupção: uma vez vinculados ao cumprimento de obrigações, cujo interesse público que envolvem justifica a própria contratação em si, o desvirtuamento dessa finalidade para a busca de receitas superfaturadas ou o abandono da qualidade que se espera do serviço prestado pela iniciativa privada, transformam o contrato público em ferramenta de ganhos particulares, ou seja, modifica a ordem de importância e

de prioridade estabelecidas para a concessão, e isso não deixa de ser, portanto, uma prática corrupta.

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.

Para tratar de todas essas recomendações pelo viés da Análise Econômica do Direito, utiliza-se da Escola de Chicago, especialmente dos estudos promovidos por Richard Posner.

Segundo Heinen (2012), a análise dos institutos jurídicos promovida por esta Escola se dá apoiada na noção de microeconomia, para a qual o comportamento dos agentes elementares das relações econômicas (consumidores e produtores) auxiliam-na a compreender o funcionamento do sistema econômico.

Na lição de Heinen (2012), a economia neoclássica possui três pressupostos fundamentais:

1) a ideia de que o mercado tende ao equilíbrio (se perturbado por causas externas, voltará a acomodar-se) e pode, portanto, promover a alocação ótima de recursos; 2) que os agentes individuais são racionais, ou seja, agem e devem agir na busca de seus interesses próprios, o que irá favorecer e promover o interesse público; 3) os recursos são escassos e devem ser distribuídos por meio do mercado, o mecanismo mais eficiente; (HEINEN, 2012, s.p.).

A partir dessa perspectiva da Economia como produto do comportamento humano direcionado às suas escolhas, tratada por Posner – e de sua extensão a outras áreas (como o Direito), caracteriza-se todo e qualquer comportamento que implique alocação de recursos como objeto da Economia (HEINEN, 2012).

Assim, os institutos jurídicos seriam o resultado da maximização das preferências individuais e as normas que os criam seriam objeto de análise da Economia, a fim de saber como são capazes de afetar o comportamento dos indivíduos e, pelos conceitos econômicos, quais seriam consideradas, portanto as mais eficazes (HEINEN, 2012).

Desta forma, Posner sustenta que os agentes respondem a incentivos e que, em razão deles, passam a suas escolhas individuais racionais. Por isso, afirma que a função do Direito é a de facilitar as transações, permitindo que se realizem dentro de um livre mercado. Entretanto, Posner se fia às ideias liberais para transformar a

liberdade em entrave a essa facilitação (HEINEN, 2012). É esse pensamento que dará apoio para propor as alternativas às PPPs a que este tópico se propõe.

Fernanda Santos Schramm (2019) lembra que a Escola de Chicago recebeu forte influência da escolha racional proposta por Gary Becker – Nobel em economia em 1992 – em sua publicação “*Crime and Punishment: an Economic Approach*”. A concepção central dessa teoria é a de que os atores racionais direcionam suas ações à busca de suas satisfações individuais, para as quais os incentivos contribuem diretamente. A escassez de recursos dos quais dispõem faz com que os agentes adotem a alternativa que lhes permitirá minimizar custos e potencializar os benefícios esperados.

Schramm (2019, p. 28) ensina que a aplicação dessa racionalidade à corrupção envolve necessariamente os conceitos de maximização dos resultados, riscos e incentivos, que levariam os agentes privados a:

[...] inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribui mais para a realização de seus interesses. (SCHRAMM, 2019, p. 28).

Figuram na qualidade de incentivos à corrupção tanto a própria atratividade da obtenção de vantagem indevida, como a pressão que eventualmente sofrem os funcionários e dirigentes para que essa obtenção aconteça. Já os custos estão intimamente ligados à possibilidade de detecção de manobras ilícitas, proporcionada pela fiscalização, à gravidade da penalidade a ela prevista e à certeza de que será efetivamente punida, ou seja, à efetividade do mecanismo de punição (SCHRAMM, 2019, p. 29).

De maneira mais clara, a ideia é fazer com que a maximização dos interesses, defendida por Posner e Becker, possa se dar em consonância com a liberdade geral, criando incentivos legais e contratuais para que os parceiros privados encontrem incentivo aos seus lucros na integridade.

6.1 RECOMENDAÇÕES CONTRATUAIS

As primeiras prescrições devem ser direcionadas ao instrumento que institui a concessão. Isso, porque é o contrato que delinea as obrigações e direitos conferidos a ambas as partes, a forma de remuneração e a fiscalização do

cumprimento do objeto – elementos que podem interferir no ânimo do parceiro privado.

Viu-se que, na PPP do Mineirão, o desempenho da concessionária é aferido por uma empresa contratualmente denominada Verificador Independente. Entretanto, não há no contrato qualquer previsão específica quanto à fiscalização de suas atividades.

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.

As informações a que se teve acesso foram extraídas da entrevista realizada com servidor público, ligado à Secretaria de Infraestrutura do Estado de Minas Gerais, que gere a concessão, e indicam que o controle do relacionamento entre Verificador Independente e 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 – especialmente, no tocante à suficiência do serviço desempenhado pela concessionária – seja alvo de qualquer presunção.

O desempenho negativo que tem sido imputado ao MINAS ARENA não exime a administração estadual de cuidado e, também, não significa que a fiscalização tem se dado de maneira satisfatória.

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 para uma audiência pública na Assembleia do Estado. No mesmo ano, o Índice de Qualidade recebeu nota 1 nos 4 trimestres em que foi avaliado, sendo que um de seus critérios de avaliação é exatamente a satisfação dos frequentadores do Mineirão para com a acessibilidade proporcionada no local.

Nos termos do Anexo VI do contrato, a atribuição de nota 1 ao Índice de Qualidade significa que ele obteve média acima de 4, em escala de 1 a 5, o que

significa satisfação considerável não só do público frequentador do local, como das pessoas jurídicas, clubes, federações e da imprensa.

Porém, será que uma nota tão expressiva levou mesmo em consideração o problema da acessibilidade no estádio, que, inclusive, já foi até objeto de atuação do Ministério Público? Será que os deficientes físicos foram consultados na aferição da qualidade das instalações do Mineirão?

O rigor metodológico não permite afirmar que não, e a falta de transparência dessa contratação e dos dados colhidos pelo Verificador Independente não permite assumir que sim.

Aí está o problema: como é possível constatar que a atribuição dessas notas se dá em consonância com a realidade? 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**. Essa forma de monitoramento poderia inibir a margem de atuação dos contratantes que eventualmente pudesse convergir para a corrupção.

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) endossa essa necessidade ao tratar dos indicadores de desempenho:

[...] o ideal é que o indicador de desempenho seja objetivo, verificável e, se nos permitirem usar um neologismo, 'monitorável'. É preciso que seja possível para o Poder Público monitorar facilmente o indicador de desempenho, se possível eletrônica ou mecanicamente por meios automáticos que **prescindam de avaliação humana**. (RIBEIRO, 2011, p. 69).

Ao se conferir um importante aspecto da contratação (como o é o montante da remuneração da concessionária) à avaliação humana, sem que sobre ela se proceda a uma fiscalização mais apurada, assume-se o risco de criar um ambiente propício à corrupção.

A avaliação de desempenho da concessão em análise, observada sob a ótica da economia comportamental da Escola de Chicago, autoriza a pensar que seria comum ao parceiro privado raciocinar pela maximização de seus lucros a partir das brechas que os custos da corrupção – como o é a fiscalização dos indicadores de desempenho – eventualmente apresentassem. Assim, a informatização dos índices ajudaria a moldar o comportamento do parceiro privado e do fiscalizador independente, para que sobre ele se operasse o controle necessário.

Fortini e Motta (2016, p. 102) ensinam que:

A maior 'intimidade' entre contratante e contratado pode propiciar um ambiente favorável à corrupção a traduzir-se em elevação de valores contratuais, sem base fática e legal para tanto, ou em negligência na efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas pelo particular, a refletir na quantidade ou qualidade do contrato executado. (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 102).

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 populares**.

Ademais, o monitoramento eletrônico desses índices poderia baratear os custos da fiscalização. A Ernest & Young (empresa que figura como Verificador Independente na PPP do Mineirão) é paga pelo Estado, com dinheiro público, o que certamente interfere nos custos que o Estado tem com a contratação.

Por seu turno, pensa-se que o **fenômeno da corrupção deveria ser objeto de tratativa própria**, diferentemente daquela dispensada pelo edital. Conforme dito, o edital de convocação para a PPP em análise elencou uma série de práticas desconformes com a moralidade do certame, cuja extensão alcançaria a execução do contrato. Entretanto, elas não foram acompanhadas de uma disciplina de repressão suficiente, capaz de retirá-las do campo da formalidade.

E, mais: a falta de reprodução dessas condutas no texto do contrato dissociam-nas da vigilância constante das partes. Toda a litigiosidade decorrente da contratação com o MINAS ARENA envolve cláusulas do contrato e seus anexos, que, vez por outra, são relidas e reinterpretadas.

Colocar a corrupção como preocupação pré-contratual, é torná-la distante do instrumento sobre o qual a concessionária se debruça constantemente para dar

consecução aos seus interesses (e reivindicar outros) e é colocar a preocupação com o fenómeno em segundo plano.

Assim, seria necessário que o contrato referendasse o papel da concessionária, com um friso maior para a aplicabilidade dos princípios do artigo 37 da CR à sua atuação, além de um sistema repressivo à corrupção, em razão do qual fossem estabelecidas penalidades à concessionária que não se limitassem àquelas constantes da Lei 11.079. Isso, porque a gradação e a proporcionalidade, nela estabelecidas, se dão a partir de descumprimentos de obrigações contratuais, cíveis, e não da desnaturação do interesse que envolve a contratação para o patrocínio de causas particulares, para a qual certamente se requer reprimenda maior.

Vide o que dizem Fortini e Motta (2016, p. 103) a esse respeito:

Importante considerar que maior o desafio de conter a corrupção quando da fiscalização contratual quanto mais obscuras ou pouco delineadas forem as cláusulas contratuais ou menos estruturada for a entidade pública. A não designação de fiscal, a designação informal ou tardia e a ausência de explicação a respeito das atribuições inerentes à fiscalização são exemplos comuns de falhas que incentivam a corrupção.

A maior discricionariedade também pode favorecer a prática de atos ilícitos. A indefinição prévia da atitude a ser adotada e a pluralidade de caminhos (alguns mais penosos que outros) contribuem para o risco de corrupção. A Lei nº 8.666/93, embora detalhista em grande parte do tempo, não esclarece quando se aplica cada uma das sanções descritas no art. 87. Caberá ao administrador fazer a correlação entre a infração e a pena, já ao minutar o contrato, na fase interna da licitação ou, pior, decidir qual reprimenda aplicar, quando detectada a falha, livre de qualquer referência mais precisa. (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 103).

Inclusive, o cenário de penalidades do contrato denota que a preocupação do Poder Público estava mais concentrada na obra e no cumprimento do prazo de entrega do Mineirão para a Copa do Mundo, do que com a moralidade do percurso que a levaria a isso, em raciocínio (ainda que omissivo) de permitir que os fins justificassem os meios. Conforme dito, apenas se previu multa se comprovada a má-fé dos administradores, previsão superficial e que exime o Estado de responsabilidade na eventualidade de agir em concurso.

Diante disso, o contrato parece negar a possibilidade de corrupção: há a previsão de multa para o dirigente da concessionária munido de má-fé e só. Seria preciso que os contratantes se empenhassem (em particular, o Estado) para que aquelas poucas disposições acerca da matéria, contidas no edital, fossem objeto da vigilância constante de ambos, o que poderia não ser suficiente para que a corrupção fosse tida como dispendiosa.

Por isso é que a **estruturação de uma seção específica para o combate à corrupção se mostra necessária**. Os entes públicos precisam garantir que a finalidade administrativa que orientou a contratação com a iniciativa privada não será apenas uma preocupação do poder concedente.

É preciso que haja um controle repressivo sobre as condutas estritamente mercadológicas dos agentes econômicos envolvidos, para que a ação calculada quanto à maximização dos lucros do parceiro privado não tenha a corrupção como facilitador.

Na qualidade de manifestação de vontade do contratante, o contrato deve expressar a sua reprovação quanto a qualquer ato desconforme com a moralidade, inclusive para que as claras disposições contratuais a este respeito se traduzam em desestímulo à corrupção.

6.2 COMPLIANCE E PROGRAMA DE INTEGRIDADE

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 sobre 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).

Nesse intento é que agem as ferramentas do *compliance* e do programa de integridade. 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.

O raciocínio dessa prevenção deve se dar a partir da distribuição dos riscos, prevista no contrato. O monitoramento constante das ações dirigidas a minimizar possíveis prejuízos, imputados a cada contratante na medida da assunção de seus riscos, torna também constante a análise quanto à pertinência para com as finalidades legais, institucionais e administrativas. Por meio de pontuais fiscalizações e correções, seria possível impedir o alargamento da corrupção, que certamente ocasionaria enorme prejuízo aos cofres públicos (CASTRO; ZILIOOTTO, 2019, p. 30-31).

Essa cultura da integridade que se pretende fomentar está longe de ser um simples ideal. Ela se inicia já com o arcabouço normativo em defesa da moralidade administrativa, amplamente conhecido: a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.8429/92), a Lei de Licitações (Lei n.8666/93), a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.12.529/11) e a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n.135/2010) (CASTRO; ZILIOOTTO, 2019, p. 29) e chega até o bojo da Lei Anticorrupção (Lei n.12846/13), cujo Decreto que a regulamentou (Decreto n. 8.420/2015) previu um capítulo inteiro dedicado à criação do programa de integridade.

Por ora, valemo-nos apenas da definição contida em seu artigo 41:

CAPITULO IV DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade. (BRASIL, 2015).

A disposição contida no parágrafo único do dispositivo supra referido impõe 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.

A Lei 12.846, de 2013, visou essa operacionalização da integridade ao instituir, em seu artigo 42, uma série de diretrizes para com as quais a pessoa jurídica deverá se comprometer para muito além da formalidade de simples previsão estatutária.⁶⁴

Entretanto, para que esse programa de integridade possa produzir o efeito que dele se espera (o extermínio da corrupção no âmbito das contratações públicas), é preciso trabalhar para que seja efetivo. Como se diz a respeito de uma *cultura* da moralidade: é preciso que esse trabalho se inicie a partir das condutas dos dirigentes da empresa, as quais servem de exemplo a todos os funcionários.

Assim, um dos primeiros requisitos para que se possa garantir a efetividade do programa de integridade é o comprometimento da alta administração (tradução da expressão inglesa *tone at the top*), que se encontra referendado pelo artigo 42, inciso I, da Lei 12.846 de 2013.

Nesse sentido, Soré (2019, p. 126) explica que:

⁶⁴ Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:
I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e
XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. (BRASIL, 2013).

[...] ao adimplirem os padrões éticos, os diretores induzem, por exemplo, os chefes de departamento a reforçar esses padrões, o que por sua vez influencia seus subalternos a cumprirem com as normas, disseminando as atitudes éticas ao longo da cadeia empresarial (SORÉ, 2019, p. 126).

Não foi por outro motivo que a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) editou a norma ISO 19.600/14, na qual afirma que “um *compliance* eficaz requer um comprometimento ativo do órgão de controle e da Alta Administração, que permeie toda a organização” (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2014).

Essa transmissão cartesiana da integridade se faz imperiosa, especialmente no cenário brasileiro de contratações com o Poder Público, em que a facilitação ilícita ou a precária fiscalização, já introjetadas no senso comum dos que contratam com o Estado, autorizariam a pensar na corrupção como regra.

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**.

Pensa-se que, por exemplo, 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.

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. Não faz sentido que os agentes formalmente aquiesçam com os padrões de conduta estabelecidos se, no momento em que forem demandados, não encontrem racionalidade no seu cumprimento. (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 seria capaz 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. O desenvolvimento de bons indicadores possibilita, por exemplo, a identificação de quais normas internas devem ser remodeladas e revisadas,

sanando eventuais ambiguidades e obscuridades, quais os maiores riscos e processos vulneráveis da organização e quais as novas legislações e normas regulatórias às quais a organização está sujeita e que ensejarão a criação ou adequação de novos procedimentos de *compliance*. (CASTRO; ZILLOTTO, 2019, p. 137).

A exigência do *compliance* pela Lei Anticorrupção corrobora o conceito de corrupção sustentado neste trabalho, para o qual o desvio pode ou não contar com a colaboração de um agente público. As normas de integridade, em especial, nas parcerias, sedimentam a extensão dos princípios administrativos para a concessionária, para que ela também se fie à moralidade e à legalidade no desempenho de suas atividades, já que ela se apresenta como verdadeiro braço do Estado para a sociedade.

Ademais, esse é um empecilho considerável à corrupção. A partir do momento em que a efetividade do programa de integridade passar a interferir na participação em licitações de parceria e, conseqüentemente, na remuneração do parceiro privado, o incentivo da cultura da moralidade passará a ser mais vantajosa que o desvio.

Inclusive, seria igualmente vantajoso que se desse **ampla publicidade ao programa de integridade dos parceiros privados**: denúncias e as respectivas providências, procedimentos administrativos e as eventuais correições dele decorrentes, tudo deve ser divulgado para 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 para com os quais se comprometeram e/ou que não operacionalizaram adequadamente as suas disposições.

Aliás, uma importante variável a ser incluída no cálculo de viabilidade da corrupção, por parte do parceiro privado, se refere às eventuais repercussões de sua conduta desviante perante o mercado, as quais poderiam vir a manchar a sua reputação.

Nesse sentido, 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, uma vez que desestimulariam acionistas, funcionários e novos talentos a ingressarem em seus quadros.

Assim, seria de fundamental importância que o poder público atribuísse publicidade aos esforços e resultados do programa de integridade da concessionária, para constituir com isso não só um novo ponto de incidência do controle social, mas para que o desestímulo à corrupção venha do próprio mercado – o que seria bem mais benéfico para a criação de uma *cultura* da honestidade.

Por fim, cumpre acrescentar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio da recente Portaria nº 4717, de 10 de fevereiro de 2020, incorporou a Política de Integridade ao seu sistema de contratações e impôs ao comitê responsável o dever de promover treinamentos e palestras, a fim de conscientizar todos os seus servidores (MINAS GERAIS, 2020).

6.3 TRANSPARÊNCIA

Um dos aspectos da forma de remuneração da PPP que deve ser objeto de atenção é o da transparência. Conforme explicado no capítulo anterior, o acesso aos valores pagos à concessionária do Mineirão foi difícil, ainda que possam ser consultados no Portal da Transparência. Só nos foi possível acessá-los por meio de requisição formal junto à Secretaria de Infraestrutura e Mobilidade (SEINFRA), responsável pela concessão, que, mesmo assim, solicitou a quais informações se gostaria de ter acesso, pois não seriam oferecidas sem a devida permissão institucional.

Forneceram as notas atribuídas a cada índice que compõe a avaliação do desempenho da concessionária, entretanto não foi franqueado o acesso à pesquisa detalhada (ou seja, à resposta de todos os subitens que são averiguados em cada índice) por meio da qual foi possível chegar àquelas notas.

Aliás, não é possível acessar aos Relatórios de Desempenho antigos, referentes às avaliações que já foram objeto de remuneração, inclusive porque o contrato do Estado com a Ernest & Young, que funciona como Verificador Independente, possui cláusula de confidencialidade, em virtude da qual seus relatórios não podem ser divulgados.

O Estado se fia à publicidade que lhe é constitucionalmente imposta para escusar-se de detalhar esse processo de pagamento, afirmando que o Portal da Transparência, por si só, ofereceria as informações necessárias.

Entretanto, além de a plataforma já ter sido descredenciada para cumprir com o acesso às informações que se fazem necessárias ao combate à corrupção, no âmbito das vultuosas contratações públicas – em particular, as que envolvem arranjos financeiros com a iniciativa privada – não é possível que se renegue a difusão dos atos administrativos àquela publicidade formal, a qual não atinge o objetivo de noticiá-los ao cidadão civil e aos veículos midiáticos, que vêm atuando com protagonismo no enfrentamento do fenômeno.

A transparência – 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).

Aliás, a transparência como iniciativa para o envolvimento político da sociedade encontra-se referendada no próprio Texto Constitucional. No inciso XXXIII do artigo 5º a informação é classificada como direito fundamental:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (BRASIL, 1988).

No artigo 70, parágrafo único do mesmo diploma, vê-se nascer a obrigação do Estado de prestar contas do dinheiro público:

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (BRASIL, 1988).

Como se não bastasse, a forma como o Estado de Minas tem descumprido o seu dever de transparência também implica o descumprimento da Lei 12.527 de 2011, denominada de Lei de Acesso à Informação. Com o intuito de fomentar a cultura da transparência em todas as instâncias de poder, a Lei 12.527 traz

importantes diretrizes a serem observadas, a fim de tornar possível a fiscalização e a participação populares:

- I. Observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II. Divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III. Utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV. Fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V. Desenvolvimento do controle social da administração pública. (GRISI, 2015, p. 26-27).

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.

Assim, é forçoso concluir que a transparência também tem o condão de interferir no custo da corrupção. Em um primeiro momento – e sob raciocínio mercadológico – é de se dizer que a divulgação de desempenhos ou aspectos negativos relacionados a uma empresa mancham sua imagem no mercado de serviços. Para ela, não haveria nada mais prejudicial do que se ver desqualificada publicamente. Inclusive, isso também lhe traria mais prejuízos, se o **seu desempenho negativo em uma concessão pudesse ser consultado na eventualidade de outras licitações**, a fim de averiguar sua idoneidade para figurar no certame.

A transparência corroboraria o prejuízo à reputação da concessionária, situação referida no item anterior como altamente prejudicial aos seus negócios. Se o poder público puder fazer dela um requisito de admissibilidade da empresa no certame, valorando a trajetória da empresa no mercado de serviços, obrigará que ela atue com lisura em todas as suas contratações, uma vez que a anterior lhe servirá de referência para as próximas. Isso faria com que a integridade fosse introjetada de forma efetiva aos objetivos da empresa, uma vez que sua sobrevivência no mercado de contratações públicas só seria possível com base nisso.

A partir do momento em que a integridade é colocada como real facilitadora do sucesso e do fracasso da empresa no mercado de serviços, interferindo em sua lucratividade, isto se tornará uma das maiores, senão a principal preocupação da empresa, que deverá ser irradiada a todos os seus escalões.

Contudo, seria importante conjugar incentivos contratuais à eficiência da fiscalização a incidir sobre a atuação do Programa de Integridade, a fim de que a exigência não culminasse em desestímulo às parcerias e para que se criasse o cenário de incentivos dos quais seriam subtraídos os custos de se instituir e aplicar, com rigor, o programa.

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.

Para além disso, a transparência propicia o exercício do controle social e da *accountability* vertical, que se traduzem em importantes controles de legalidade, pois chegam a interferir politicamente, uma vez que é perpetrado não só por usuários dos serviços ou bens concedidos, mas por eleitores.

6.4 PARTICIPAÇÃO POPULAR

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).

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 com a 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.

Reporta-se que o problema da acessibilidade nas instalações do Mineirão foi objeto de recente audiência pública na Assembleia do Estado. Entretanto, os problemas relatados são vivenciados desde o início de sua operação, conforme informaram os deficientes físicos frequentadores do estádio que estiveram presentes na ocasião. A única outra audiência pública da qual se teve notícia durante a fase de elaboração do contrato de concessão com o MINAS ARENA foi em maio de 2010, quando da consulta do projeto de reforma.

Contudo, mais uma vez reporta-se à informação e à transparência para o reforço dessa participação social. Bitencourt e Reck (2015, p. 100) afirmam que “[...] toda vez que se propicia um cenário de informação, uma arena pública e se reconhece como integrante da tomada de decisão está se criando um ambiente favorável ao controle social”, mas, para isso, é preciso que a sociedade seja formal e suficientemente chamada a participar.

Trata-se aqui da transparência deficitária da concessão do Mineirão para ilustrar como a correta e acessível divulgação das opções administrativas pode atravancar os procedimentos sociais de controle. Isso foi dito a respeito de um

controle que incide sobre o momento de tomada de decisões e eleições de prioridades (BITENCOURT; RECK, 2015, p. 98).

Aquele controle exercido posteriormente é feito por meio de *accountability*. A participação social a que se pretende incentivar nos contratos de parceria é aquela que interfere no estágio embrionário da opção administrativa, em cuja fase já seria possível corrigir eventuais distorções.

Assim, 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. O interesse é da coletividade e ele não irá imperar nesse caso, a não ser que a própria lei o resguarde. Em um cenário de governança direcionado à corrupção, não se proporá espontaneamente qualquer consulta à população; afinal, corrupção e fiscalização são conceitos diametralmente opostos.

Ademais, 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.

Basta que se pense no exemplo da acessibilidade. Se essa questão tivesse sido objeto de atuação popular, majoritariamente composta pelos maiores atingidos pela falta de estrutura adequada, certamente não se haveria de perceber a possível distorção havida entre a nota do Índice de Qualidade e as condições de infraestrutura para os deficientes. Principalmente, eles sequer seriam prejudicados com a precariedade das estruturas.

A pressão social que se faz por meio dessa forma de controle atinge diretamente os agentes públicos – especialmente os que detêm mandato eletivo – e com isso é capaz de produzir não só a adequação de suas atuações ao interesse público, mas também ao fechamento do cerco da corrupção.

Ainda que se esteja tratando da remuneração do parceiro privado – cuja disposição contratual, especialmente no caso do Mineirão, mostra-se de difícil compreensão – não se pode desconsiderar que a sociedade tem capacidade para fiscalizá-la. Por sua vez, a indicação de problemas que devem ser objeto de atenção da concessionária e do Estado é ferramenta importante para que ela possa refletir o desempenho da concessionária da maneira mais fiel possível.

Pensa-se que a pressão social sobre os agentes políticos possa 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 moldá-los, 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 tornarão objeto de crítica. Além disso, produzir-se-ão cidadãos mais engajados e participativos na atividade política.

6.5 CONTROLE SOCIAL (*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 diz com a “capacidade da cidadania para fazer com que as políticas governamentais reflitam suas preferências”, enquanto sua dimensão legal se refere “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 da *accountability* em seus ambos aspectos. Aponta-se a atuação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais durante a estruturação do instrumento de parceria, mas não se pôde obter qualquer documentação ou resultado acerca de eventuais auditorias realizadas pelo próprio Estado. Isso significa que a regulamentação legal dos controles oficiais não os torna automaticamente efetivos.

Por sua vez, 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 a *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).

Já se comentou acerca do efeito da repercussão do mau desempenho da concessionária, para o qual tenha contribuído ou com o qual tenha se locupletado um funcionário público, na imagem de ambos. A empresa depende de sua idoneidade perante o mercado de serviços para ingressar em novos certames e para manter sua credibilidade. O funcionário público, em especial, o detentor de mandato eletivo, necessita ostentar a reputação ilibada que lhe é exigida por força do cargo.

Eventual denúncia que venha a noticiar atos de corrupção atingirá o conceito que eles possuem perante à 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 uma espécie de controle não só sobre os aspectos financeiros do contrato, mas também para a idoneidade da empresa.

A divulgação ampla de práticas ilícitas e das medidas que foram tomadas para contê-las, poderia ensejar novas denúncias ou a indicação daquelas que ainda pendem de providências.

A fiscalização dos programas por meio de indicadores semelhantes àqueles propostos para a aferição do desempenho da concessionária não torna o resultado de sua avaliação ou as informações passadas pelo parceiro privada isentas de manipulação.

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 da *accountability* vertical.

Outro ponto favorável é citado por Peruzzotti (2012, p. 405):

Frente aos custos simbólicos que impõe a pressão midiática, os atores e agências envolvidas no controle da legalidade se veem obrigados a tomar conta do assunto: juízes ou funcionários de organismos de fiscalização, que de outra maneira seriam reticentes em intervir por temer represálias políticas, se veem forçados a ativar procedimentos em função da pressão que a imprensa e a opinião pública exercem. (PERUZZOTTI, 2012, p. 405).

Aqui, cria-se o custo da eventual certeza de punição, que encareceria a corrupção aos agentes envolvidos na PPP. A pressão social poderia funcionar como catalizadora eficiente da atividade jurisdicional, em relação à qual os magistrados se mostrariam mais suscetíveis.

O clamor da sociedade descortinaria as eventuais alianças em razão das quais adviriam as represálias políticas, referidas por Peruzzotti (2012), movimentando a máquina judicial para salvar-se desse furacão. A motivação pode não ser de todo legítima, mas o produto da atuação judicial é certamente bem-vindo.

Entretanto, ambos os casos de provocação à correta prestação de contas (por parte da sociedade civil ou dos veículos midiáticos) dependem diretamente da transparência que se atribui aos atos administrativos.

Bitencourt e Reck (2015, p. 98) sedimentam essa interdependência com relevante apontamento:

Uma administração transparente permite a participação do cidadão na gestão e no controle da administração pública e, para que essa expectativa se torne realidade, é essencial que ele tenha capacidade de conhecer e compreender as informações divulgadas, ou seja, é um direito que não basta para sua realização o cumprimento de aspectos formais é necessária preocupação acerca da qualidade e acessibilidade da informação prestada. (BITENCOURT; RECK, 2015, p. 98).

Quer dizer, a transparência que proporciona o controle social por meio da *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, organizações não governamentais e da imprensa, proporcionaria a transparência ideal às contratações públicas – clara e dinâmica – e 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.

7 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.

Um estudo de viabilidade econômica, com base nos critérios de *value for money*, indicou ser a parceria economicamente vantajosa ao Estado de Minas Gerais. Através de licitação, na modalidade concorrência internacional, foi possível contar com o Consórcio MINAS ARENA na execução das obras e reparos, que deveriam estar prontos a tempo do evento em razão do qual elas se fizeram necessárias.

Entretanto, essas inovações administrativas que visam à economicidade e à eficiência do serviço público se mostrarão sempre inócuas, 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 ZILLOTTO, 2019) é o escoamento de receitas públicas ocasionado pela corrupção, que as desaplicam do 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.

Com base nisso, procurou-se analisar os instrumentos contratuais e legais previstos para o combate à corrupção na PPP do Mineirão a fim de sabê-los suficientes a refrear as condutas ilícitas do parceiro privado. Condutas ilícitas em prol da maximização de seus lucros enviesariam sua integridade e moralidade. O recorte desta pesquisa se deu na remuneração do parceiro privado, retomado a seguir.

Para o contrato de parceria do Mineirão criou-se uma estrutura de remuneração composta por duas parcelas. Uma, fixa, destinada a ressarcir a concessionária por seus investimentos na consecução do projeto. Outra, variável, na qual 40% corresponderia ainda aos investimentos feitos pelo Consórcio e os outros 60% se refeririam ao desempenho da concessionária, a ser avaliado por meio de indicadores específicos.

Após a análise da forma de remuneração do parceiro privado, passou-se a indicar o que o contrato da PPP do Mineirão trazia em termos de ferramenta de combate à corrupção no cômputo do pagamento. Além dessas, foram analisadas as incongruências e recomendações feitas pelos órgãos de controle, e seus eventuais desdobramentos judiciais.

Nesta altura, já foi possível notar que as recomendações do Tribunal de Contas estadual, somadas às previsões contratuais acerca do fenômeno, não contribuíam muito para refrear os possíveis desvios.

Em momento posterior, foram solicitados esclarecimentos e informações junto à pasta do Governo do Estado de Minas Gerais que cuida da concessão. Pouco foi acrescentado na entrevista concedida pelo Governo, entrevista essa que não deu conta de sanar as dúvidas a respeito da preocupação do Estado com os eventuais atos de corrupção. Nota-se que o Estado confia no Verificador Independente, que,

por sua vez, confia na concessionária, que, por sua vez, confia no Estado..., em postura inconclusiva que não se pode aqui deixar de enfatizar.

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.

Verificou-se que não há integração entre o setor público e o privado, integração que objetivaria ampliar resultados econômicos. Essa ampliação de resultados estaria em consonância com o incremento da qualidade dos serviços voltados para a sociedade, como os de laser, esporte e cultura.

É fundamental perceber nessa parceria tão somente uma contratação aos moldes de uma empreitada, sem a necessária preocupação conjunta pelo bom desempenho socioeconômico do empreendimento.

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.

No âmbito das contratações públicas, ainda mais as que exigem do Estado um dispêndio enorme de recursos, não é possível negar que o controle devido – e constitucionalmente imposto – é relegado a uma ingênua confiança que beira a negligência.

Fia-se esta dissertação à opinião de que esse processo de pagamento – no qual a avaliação do Verificador Independente interfere de maneira tão importante – deve ser cercado do máximo de controle possível, inclusive aquele promovido por iniciativa da sociedade civil.

A concessão do Mineirão vem obtendo desempenho muito aquém do esperado, e isso vem sendo motivo de litígio arbitral desde 2013, quando foram descongeladas as notas dos índices de desempenho. Apontou-se que seu

desempenho caótico significa que a fiscalização que incide sobre ele não está ocorrendo de maneira correta e suficiente.

Um exemplo disso está na importante questão da acessibilidade das estruturas do estádio para atender as necessidades das pessoas com mobilidade reduzida. Este estudo indicou essa questão, comparando as notas que dizem respeito às estruturas do Mineirão. A partir dessa análise, foi possível constatar uma improbidade técnica do projeto, para a qual certamente não atentou o Estado de Minas Gerais, que deveria ser o principal responsável por dirimi-la.

Ademais, o Estado não vem emprestando a necessária transparência ao pagamento. O Portal da Transparência não vem sendo alimentado da maneira que deveria e, quando foram solicitados os dados de pagamentos passados – notas específicas nos quesitos que compõem os índices, valores, custos operacionais, investimentos, fatores de correção etc. – informaram que só poderiam fornecer algumas informações, uma vez que o contrato com a empresa Ernest & Young - que funciona como Verificador Independente no contrato - previa cláusula de sigilo sobre suas apurações.

Diante desse cenário, seis 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 vultuosos, com eficiência e rapidez. Essa oferta eficiente parece constituir algo que a experiência da administração pública pesquisada, associada à burocracia administrativa, não possibilitam ao Estado com tanta facilidade.

A segunda conclusão é que os reparos e obras necessários à realização da Copa do Mundo FIFA 2014, em especial, aquelas pelas quais passou o Estádio do Mineirão, só foram possíveis porque o Estado de Minas atrelou o pagamento da obra ao cumprimento de suas etapas. Atreladas a tempo e modo, as obras foram realizadas, o que possivelmente não seria feito se o Estado contasse apenas com sua estrutura endógena para proceder às adequações.

A terceira conclusão é que as disposições contratuais deixam transparecer que a preocupação maior do Estado de Minas Gerais era com a entrega da obra no prazo assinalado pela FIFA, e não com a moralidade que haveria de ser preservada nas relações com a concessionária.

As únicas disposições afetas ao tema da corrupção estavam inseridas no edital do certame licitatório. Essas tratavam de definições de condutas, cuja aplicação era estendida até a execução do contrato por expressa disposição, mas que não foram transcritas para o contrato de parceria.

Diante dessa terceira conclusão, cabe salientar a recomendação de que o contrato público traga instrumentos repressivos próprios de combate à corrupção. Em outras palavras, o contrato não pode ser omissivo quanto ao fenômeno da vigilância constante das partes.

Todos os litígios travados pelo Consórcio Minas Arena têm seu embasamento no contrato e seus anexos. Isso obriga as partes a sempre revisitá-lo. Esse mesmo 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.

A quarta conclusão é que a obrigação de reprimir a corrupção é atribuição da administração pública, da qual se exige um modelo de governança mais proativo. A corrupção não pode ser um problema relegado às entrelinhas do contrato, ou à confiança que se deposita na concessionária. O interesse público adstrito às contratações dessa natureza não permite tal inépcia e negligência.

A quinta conclusão é que essa falta de comprometimento também pôde ser sentida em outros momentos da contratação. Noticiou-se que a empresa portuguesa, especializada na gestão de estádios, acabou por sair do Consórcio antes mesmo que o Mineirão retornasse às suas atividades. Isso fez com que as empresas de engenharia que o integravam tivessem que assumir não apenas a obra, mas também a gestão do Mineirão sozinhas, sem que para isso tivessem qualquer experiência ou capacitação em gestão.

Ao invés de o Estado agir de modo a questioná-la quanto à perda do *know-how* com a saída da empresa especializada – que, inclusive, capacitou as empresas do Consórcio no preparo de documentos para a fase de licitação –, o Estado se manteve inerte. O Estado preferiu contar com a entrega das adaptações estruturais do Estádio dentro do prazo, a ter que pensar no grau de efetividade que o Consórcio poderia dar ao objeto da concessão. Isso leva a crer que a qualidade do serviço concedido foi disposta em segundo plano pelo Estado.

A sexta conclusão é que a administração pública precisa estruturar duas premissas para as PPP. Primeira premissa: estabelecer um cenário contratual voltado à repressão da corrupção. Segunda premissa: condicionar a participação da concessionária, no certame licitatório, à demonstração de um Programa de Integridade e *Compliance*.

No atendimento a essas duas premissas, o ideal seria que todas as empresas concorrentes já as tivessem consolidadas dentro de suas estruturas. Porém, no caso das PPPs que vierem a exigir a constituição de uma nova sociedade empresarial, como a do Mineirão, o poder concedente poderia obrigá-la a criar também um Programa de Integridade, 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. Especialmente, 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 sua vez, os dados incertos acerca da atuação do Verificador Independente delineia a sétima conclusão deste estudo. As pontuações anteriormente aplicadas aos itens que compõem cada indicador de desempenho mostra que a transparência da concessão do Mineirão é deficitária. Isso quer dizer que a concessão do Mineirão não possibilita à sociedade civil nem conhecer os dados, nem exercer o controle político dos atos administrativos.

O aspecto participativo da democracia dota a sociedade de poder para questionar o mérito das escolhas públicas, desde que lhe sejam propiciados os meios efetivos de fazê-lo. Para além da participação popular, que atua no momento da tomada de decisões – concretizado especialmente pelas audiências públicas –, é preciso que os poderes concedentes alimentem as plataformas de transparência com dados suficientes que lhes permitam exercer a fiscalização.

Frisa-se: não se diz acerca de uma publicidade formal, mas de dados e informação. De serem noticiados suficientemente os atos e escolhas públicas, a fim

de provocar a sociedade civil para que os questione, 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.

Aliás, seria de grande valia que se atribuísse a devida transparência às próprias fórmulas matemáticas por meio das quais se calcula a remuneração do parceiro privado. Permanecendo ocultas e desconhecidas, elas podem ensejar atos de corrupção difíceis de perceber, pior, disfarçar cálculos que, por demandarem conhecimento específico, podem aparentar legalidade.

A parcela complementar (Pb) da remuneração do Consórcio Minas Arena contempla o pagamento de 40% de seu valor, a título de remuneração dos investimentos feitos pela concessionária. Esses investimentos, cabe salientar, nunca são zerados em caso de desempenho insuficiente do consórcio. É fundamental notar que não há no contrato qualquer justificativa matemática para que a concessionária receba esse percentual adicionado à parcela fixa de sua remuneração, que possui o mesmo objetivo: ressarcir a concessionária.

Seria necessário somar à fiscalização certa modulação matemática prévia, como fórmula básica para a remuneração das PPPs, de modo que esse pagamento não fosse produto da discricionariedade do contratante.

Certamente haverá parcerias que se diferenciarão do comumente praticado por envolverem especificidades que imporão adaptações em sua forma de pagamento. Entretanto, é essencial exigir que o Estado justifique, legal e matematicamente, todas as modificações ou formulações feitas na maneira de cômputo, inclusive para propiciar que se exerça controle social sobre elas.

Essa fórmula básica, e as demais propostas elaboradas a partir das conclusões apresentadas neste capítulo, servem a pesquisas futuras. Partindo de um raciocínio indutivo, pretendeu-se extrair, da prática de uma parceria, as possíveis falhas dos instrumentos de controle e fiscalização, para que esta análise não ficasse restrita ao campo teórico do contrato.

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, uma empresa inserida em uma racionalidade de mercado, havida por lucros, e, de outro, um 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 refreando os abusos da concessionária (frisa-se: concessionária de **serviço público**).

Desta maneira, conclui-se que enquanto o poder concedente não se mostrar preocupado em combater a corrupção, ao ponto de externalizar isso nas exigências para ingresso no procedimento licitatório e, posteriormente, com a modulação do contrato, chamando a sociedade a participar de todas as fases e atribuindo a devida transparência aos atos, para que sobre eles seja exercido o controle social, ainda haverá brechas para que a corrupção tenha lugar.

Não que a corrupção será extirpada por completo com as medidas aqui elencadas, mas, pelo menos, se terá lançado armas em seu combate.

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.
- ASSIS, Machado de. **Obra Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar 1994. v. II.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT. ISO 19.600: Sistema de gestão de compliance: Diretrizes. Rio de Janeiro: NBR, 2014.
- AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARTING, Heloisa Maria Murgel (Orgs.) **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e Controles Democráticos no Brasil**. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. CEPAL. IPEA: Brasília, 2011.
- ALTAMIRANO; Giornely. The Impact of the Inter-American Convention against Corruption. **Miami Inter-Am.L.**, v. 38, 2006. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/License>. Acesso em: 09 nov. 2019.
- 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 nº 8.429, 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 19 set. 2019.
- BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 11 set. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 5.015, 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 14 set. 2019.

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.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 18 fev. 2019

BRASIL. **Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

BUTLER, Eamonn. **Public Choice** – A Primer. Trad. Daniel Mascarenhas. *New Institute of Economic Affairs*, 2012.

CABRAL, Sandro; SILVA JUNIOR, Antônio Francisco A. PPPs e decisões de investimento na construção de estádios de futebol. **O&S**, v. 16, n. 48, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaoes/article/view/11007/7928>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CAMPOS; Francisco, PEREIRA, Ricardo. Corrupção e ineficiência no Brasil: Uma análise de equilíbrio geral. **Estud. Econ.**, v. 46, n. 2, jun. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11590/0101-416146244rpf>. Acesso em: 03 nov. 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-mccatney-revela-que-mineirao-ainda-tem-problemas.shtml>. Acesso em: 13 fev. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27.ed. rev. ampl. e atual. até 31 dez. 2013. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

CARVALHO, José Murilo de. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. *In*: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Corrupção: ensaios e críticas**. UFMG, Belo Horizonte: 2012, p. 201- 222.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguierre 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.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p.39. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 13 fev. 2020.

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

DOMINGUES, Victor Hugo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 457, ago. 2018.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.4-5.

FARIA, Edmur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERREIRA, Bruno Rafael Torres; GOMES, Victor Pessoa de Mélo; LEÃO, André Luiz Maranhão de Souza. Um “elefante branco” nas dunas de Natal? Uma análise pósdesenvolvimentista dos discursos acerca da construção da Arena das Dunas. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 4, p. 659-687, jul./ago. 2016.

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2008.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, nov. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-62762009000200005>.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabricio. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Mônica Nicida. **Três Convenções Internacionais Anticorrupção e Seu Impacto No Brasil**. abr. 2008. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/combate-crimes-cirberneticos/artigos-1/Tres%20Convencoes%20Internacionais%20Anticorruptao%20e%20seu%20impacto%20no%20Brasil.pdf/view>.

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>

HEINEN, Luana Renostro. A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. **Anais do CONPEDI, Direito e Economia, 2012**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em: 12 mar. 2020

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.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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.

LEÃO, André Luiz Maranhão de Souza; FERREIRA, Bruno Rafael Torres; GOMES, Victor Pessoa de Mélo. Um “elefante branco” nas dunas de Natal? Uma análise pósdesenvolvimentista dos discursos acerca da construção da Arena das Dunas. **Revista de Administração Pública**, v. 50, n. 4, p. 659-687, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/63588/61674>. Acesso em: 16 out. 2019.

MACIEL, Felipe Guatimosim. **O Controle da Corrupção no Brasil**. Concurso de Monografias e Redações Controladoria Geral da União, Porto Alegre, 2005.

MARTINS, Humberto. Torcedores relatam problemas de acessibilidade no Mineirão; Assembleia Legislativa debaterá tema. **Portal Uai**, Belo Horizonte, 26 ago. 2019. Seção Futebol Mineiro. Disponível em: https://www.mg.superesportes.com.br/app/noticias/futebol/interior/2019/08/26/noticia_interior,1897968/torcedores-relatam-problemas-de-acessibilidade-no-mineirao-assembleia.shtml. Acesso em: 13 fev. 2020.

MARTINS, José Antônio. **Os fundamentos da República e sua Corrupção nos Discursos de Maquiavel**. 2007. 344 f. Tese (Doutorado em Filosofia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

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. 2010.

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. 2010.

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. 2010.

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

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

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Administrativa** para operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão, que entre si celebram o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria-Geral da Governadoria do Estado/Gabinete do Secretário de Estado Extraordinário da Copa do Mundo e a empresa MINAS ARENA – GESTÃO DE INSTALAÇÕES ESPORTIVAS S.A. Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, 16 ago. 2011.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Administrativa** para operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão, que entre si celebram o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria-Geral da Governadoria do Estado/Gabinete do Secretário de Estado Extraordinário da Copa do Mundo e a empresa MINAS ARENA – GESTÃO DE INSTALAÇÕES ESPORTIVAS S.A. Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, 13 jan. 2012.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Administrativa** para operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão, que entre si celebram o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria-Geral da Governadoria do Estado/Gabinete do Secretário de Estado Extraordinário da Copa do Mundo e a empresa MINAS ARENA – GESTÃO DE INSTALAÇÕES ESPORTIVAS S.A. Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, 15 mai. 2013.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Quarto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Administrativa** para operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão, que entre si celebram o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria-Geral da Governadoria do Estado/Gabinete do Secretário de Estado Extraordinário da Copa do Mundo e a empresa MINAS ARENA – GESTÃO DE INSTALAÇÕES ESPORTIVAS S.A. Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, 27 nov. 2013.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Quarto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Administrativa** para operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão, que entre si celebram o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria-Geral da Governadoria do Estado/Gabinete do Secretário de Estado Extraordinário da Copa do Mundo e a empresa MINAS ARENA – GESTÃO DE INSTALAÇÕES ESPORTIVAS S.A. Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, 27 nov. 2013.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade. Unidade de PPP do Governo do Estado de Minas Gerais, 2012. **Minas Gerais na Copa do Mundo de 2014** (Apresentação em PowerPoint). Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/5reuniao_9-PPPApresentacaoBeloHorizonte.ppt. Acesso em: 10 jan. 2020.

MINAS GERAIS, Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade. **Relatório de Execução do Contrato de Parceria Público Privada** – Concessão Administrativa do Complexo do Mineirão. Belo Horizonte, MG: Governo do Estado de Minas Gerais, fev. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Portaria nº 4717, de 10 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre a Política de Integridade das Contratações do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em:

<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/po47172020.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

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.

MÉNISSIER, Thirry. La corruption, un concept philosophique et politique chez les Anciens et les Modernes. **Anabases**. Université de Toulouse-II Le Mirail, FRm, n.6, p. 11-16, 2007. Disponível em: <https://anabases.revues.org/3284>. Acesso em: 07 set.2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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.

NAVES; Fernanda de Moura Ribeiro; NEVES, Cleuler Barbosa das. Controle Concomitante de editais de licitação de obras como política pública de prevenção à corrupção. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 19, n. 220, p.20-32, jun. 2019.

O'DONNELL, Guillermo. **Accountability horizontal e as novas poliarquias**. São Paulo: Lua Nova, 1998.

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.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 25. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIRES, Luís Manoel Fonseca *et al.* **Corrupção, Ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução: Milton Amado. Belo Horizonte: Itatia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994 p.33.

RAMINA, Larissa. A convenção Interamericana Contra a Corrupção: uma breve análise. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 6, 2009.

REIS, Cláudio José Oliveira dos. **Parcerias Público-Privadas (PPP) na provisão de arenas esportivas para a Copa do Mundo FIFA BRASIL 2014**. 2015. 213f.

Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração, Salvador, 2015.

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.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption**: a study in political economy. Nova York: Academic Press, 1978.

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.

SORÉ, Raphael Rodrigues. **A Lei Anticorrupção em contexto**: estratégias para a prevenção e o combate à corrupção corporativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA, Draiton de. Ética e Corrupção. **Revista PUC-RS**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/revista/etica-e-corrupcao/>. Acesso em: 07.09.2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice da Corrupção**. 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#ipc-2018>. Acesso em: 08 set. 2019.

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.

Prefeitura de Belo Horizonte desiste da montagem de hospital de campanha no Mineirão. MG2. Belo Horizonte: Rede Globo, 8 de abril, 2020. Programa de TV.

VIANA, José Alves. Acompanhamento da concessão administrativa para operação e manutenção do Complexo do Mineirão. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 117-137, out./nov./dez. 2014.

VIEIRA, Judivan J. **Perspectiva Histórica da Corrupção**: Livro I. Brasília: Thesaurus, 2014.

WORLD BANK. **Report Fraud Or Corruption**. IBRD; DIS IFC MIGA ICSID. Disponível em: <http://web.worldbank.org/pt/news/feature/2013/01/25/Brazil-Argentina-Mexico/>.

