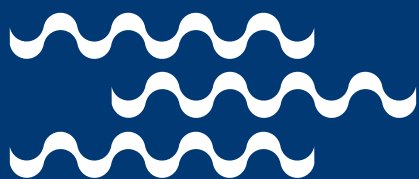


Melhores trabalhos de conclusão
de curso de Graduação em Direito

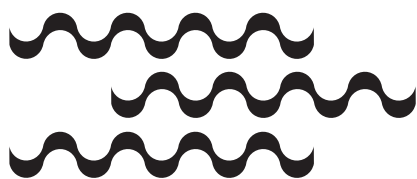
AUGUSTO RODRIGUES COUTINHO DE MELO FILHO
JOÃO MARCELO DA COSTA E SILVA LIMA
MARJORIE GRESSLER AFONSO
PEDRO HENRIQUE DOS REIS SILVA



Coleção Jovem Jurista

2015

 **FGV DIREITO RIO**



Coleção Jovem Jurista

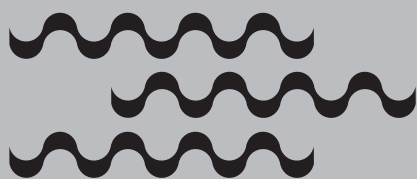
2015

Todos os direitos desta edição reservados à FGV DIREITO RIO

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

**MELHORES TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**AUGUSTO RODRIGUES COUTINHO DE MELO FILHO
JOÃO MARCELO DA COSTA E SILVA LIMA
MARJORIE GRESSLER AFONSO
PEDRO HENRIQUE DOS REIS SILVA**



Coleção Jovem Jurista

2015

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO

Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

Fechamento da 1ª edição em novembro de 2015

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação: Sacha Mofreita Leite, Thaís Teixeira Mesquita e Rodrigo Vianna

Capa: Zabad

Diagramação: Leandro Collares — Selênia Serviços

Revisão: Renata da Silva França

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Coleção Jovem Jurista / Marjorie Gressler Afonso...[et al.]. – Rio de Janeiro: Escola de Direito FGV Direito Rio. – 2015. 256p.

Conteúdo: Afonso, Marjorie Gressler. A eficiência do regime diferenciado de contratações públicas: um estudo comparado entre as licitações dos contratos de recuperação, restauração e manutenção rodoviária do DNIT sob o RDC e sob a Lei nº 8.666/93. – Melo Filho, Augusto Rodrigues Coutinho de. A (des)necessidade do conceito de capital social no direito societário brasileiro: uma análise à luz dos direitos norte-americano e europeu. – Lima, João Marcelo da Costa e Silva. Compatibilizando meios com fins: é necessário regular a distribuição de bolsas do ProUni por curso?. – Silva, Pedro Henrique dos Reis. A distribuição de riscos em concessões florestais: uma análise econômico-jurídica dos riscos decorrentes do inventário florestal amostral.

Inclui bibliografia.
ISSN: 2179-0906

1. Contratos administrativos. 2. Licitação pública. 3. Capital social. 4. ProUni (Programa). 5. Ensino superior. 6. Concessões administrativas. 7. Manejo florestal. 8. Administração de risco. I. Afonso, Marjorie Gressler. II. Melo Filho, Augusto Rodrigues Coutinho de. III. Lima, João Marcelo da Costa e Silva. IV. Silva, Pedro Henrique dos Reis. V. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD — 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
A EFICIÊNCIA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE AS LICITAÇÕES DOS CONTRATOS DE RECUPERAÇÃO, RESTAURAÇÃO E MANUTENÇÃO RODOVIÁRIA DO DNIT SOB O RDC E SOB A LEI NO 8.666/93	11
MARJORIE GRESSLER AFONSO	
A (DES)NECESSIDADE DO CONCEITO DE CAPITAL SOCIAL NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS NORTE-AMERICANO E EUROPEU	85
AUGUSTO RODRIGUES COUTINHO DE MELO FILHO	
COMPATIBILIZANDO MEIOS COM FINS: É NECESSÁRIO REGULAR A DISTRIBUIÇÃO DE BOLSAS DO PROUNI POR CURSO?	147
JOÃO MARCELO DA COSTA E SILVA LIMA	
A DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS EM CONCESSÕES FLORESTAIS: UMA ANÁLISE ECONÔMICO-JURÍDICA DOS RISCOS DECORRENTES DO INVENTÁRIO FLORESTAL AMOSTRAL	201
PEDRO HENRIQUE DOS REIS SILVA	

APRESENTAÇÃO

Anualmente a FGV DIREITO RIO confere aos trabalhos de conclusão de curso que se destacam pelos aspectos inovadores e por sua excelência em suas elaborações pelos alunos da graduação em direito, os Prêmios *Alfredo Lamy Filho de Inovação* e *Miranda Rosa de Qualidade*, respectivamente.

Os trabalhos que integram esta *Coleção* refletem o compromisso da FGV DIREITO RIO de fomentar um modelo de ensino que sirva de estímulo para pesquisas jurídicas que auxiliem no desenvolvimento e avanço do país. Desde o início da graduação em direito da FGV DIREITO RIO os alunos são incentivados a pensar as relações entre instituições e práticas sociais. Isso requer autonomia, protagonismo e participação do aluno em sua própria formação, algo que incentivamos não apenas nas disciplinas curriculares (obrigatórias e eletivas), mas também nos trabalhos de conclusão de curso (TCCs).

Os TCCs são resultados de um processo iniciado no 7º período, um diferencial do curso de graduação da FGV DIREITO RIO. Esse processo é formado por quatro etapas semestrais: *metodologia da pesquisa*, cujo objetivo específico é auxiliar o aluno no conhecimento de elementos formais e metodológicos da pesquisa científica; *elaboração do projeto*; *qualificação* e *defesa de TCC*. Etapas que reforçam o compromisso com um padrão de qualidade elevado de produções intelectuais e que contêm elementos de inovação, criatividade e, sempre que possível, impacto social.

Assim, é com muito orgulho que apresentamos aos leitores o sexto volume da *Coleção Jovem Jurista*, que traz os trabalhos vencedores defendidos pelos alunos nos períodos de 2014.2 e 2015.1.

O *Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação* foi conferido ao trabalho de autoria de Marjorie Gressler Afonso, também merecedora da menção honrosa no *Prêmio Miranda Rosa de Qualidade*. Sob orientação da professora Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e coorientação do professor Thiago Cardoso Araújo, o trabalho da Marjorie investigou as modalidades de contratação pública.

O trabalho de Marjorie desenvolve uma análise teórico-comparativa entre a tradicional concorrência (regida pela Lei nº. 8.666/93) e o Regime Diferen-

ciado de Contratações — RDC (instituído pela Lei nº. 12.462/11) discutindo qual modalidade é mais econômica e célere de contratação de obras públicas. O trabalho também conta com um estudo empírico comparativo das licitações e dos contratos de restauração e manutenção de rodovia (CREMA) realizadas pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT), licitados pelo RDC ou pela modalidade concorrência da Lei no 8.666/93.

O *Prêmio Miranda Rosa de Qualidade* teve como vencedor o trabalho de autoria de Augusto Rodrigues Coutinho de Melo Filho, orientado pelo professor Cássio Machado Cavalli. O objetivo do trabalho foi demonstrar, sob o âmbito do direito societário brasileiro, malefícios e benefícios decorrentes do capital social, que, apesar de um conceito clássico e essencial no Brasil para as sociedades com limitação de responsabilidade de seus sócios tem sido cada vez mais criticado por atualmente não desempenhar efetivamente suas funções clássicas (organização, produção e proteção de credores).

Considerado uma evolução no direito societário moderno, o questionamento acerca de tal desempenho embasa a análise proposta pelo autor, que se ancorou nos estudos das lições e legislações dos ordenamentos europeu e norte-americano, onde o tema já foi amplamente debatido. Para tal análise, os tratamentos dados pelo *Revised Model Business Corporation Act*, legislação modelo norte-americana e pela Segunda Diretiva do Capital da União Europeia ao capital social foram comparados com o tratamento da Lei das S.A. para o capital social. As particularidades do instituto do capital social no Brasil em relação aos ordenamentos estrangeiros demonstraram que uma eventual supressão do conceito de capital social no Brasil possuiria características próprias que não estão presentes na Europa e nos Estados Unidos e foi partindo desse pressuposto que os custos legislativos de uma eventual mudança do regime de capital social no sistema legislativo brasileiro foram identificados.

De autoria de João Marcelo da Costa e Silva Lima, e sob orientação do professor Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, o terceiro trabalho publicado recebeu menções honrosas nos prêmios *Alfredo Lamy Filho de Inovação* e *Miranda Rosa de Qualidade* por sua discussão acerca da alteração do objetivo do Programa Universidade para Todos (ProUni) pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Partindo do “novo” objeto normativo, o compromisso de empregabilidade de seus beneficiários a fim de “reduzir desigualdades sociais”, o trabalho avaliou a compatibilidade entre essa proposta e o ProUni, a partir da seguinte afirmativa: a empregabilidade não significa direcionamento dos alunos às carreias mais valorizadas no mercado de trabalho. Para tanto, sustenta que se a alteração do objetivo normativo do Programa feita pelo STF for levada a sério, há indícios de que a distribuição de bolsas do ProUni precisaria ser alterada para passar a

priorizar cursos “estratégicos” e atingir seus objetivos com vagas de trabalho bem-remuneradas.

O quarto trabalho que compõe esta *Coleção* recebeu menção honrosa no *Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação* e é de autoria de Pedro Henrique dos Reis Silva, que teve como orientador o professor Marcelo Rangel Lennertz. O trabalho ancora-se na Lei nº. 11.284/06, que tornou passível de concessão o manejo florestal sustentável de florestas públicas, até então exercido exclusivamente pelo Estado. Tal concessão se insere na orientação político-econômica brasileira de “desestatização”, privilegiando o princípio da eficiência.

Baseando-se nos critérios oferecidos pela doutrina para uma distribuição eficiente dos riscos e inspirado em uma ideia utilizada na minuta do contrato de concessão da Linha 4 do Metrô de São Paulo, o trabalho propõe uma solução para a melhoria na administração do risco do inventário florestal, e sugere que o risco do inventário florestal seja alocado na Administração Pública, e, caso o evento indesejável efetivamente ocorra (erro do inventário florestal), deve-se, por meio do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ajustar o valor a ser pago pelo concessionário ao Poder Concedente, acarretando maior eficiência aos contratos de concessão florestal, permitindo-se alcançar o objetivo primordial da Lei 11.284/2006: aumento da eficiência da exploração florestal sustentável e preservação do meio ambiente e dos recursos florestais.

A *Coleção Jovem Jurista* é uma iniciativa da FGV DIREITO RIO para estimular os alunos a buscar qualidade e inovação em seus trabalhos, com temas de importância jurídica para o país, região ou sociedade, pensando o Direito com postura crítica.

Repito aqui, a mesma afirmação que fiz nas edições anteriores da *Coleção Jovens Juristas*: como Coordenador do Curso de Graduação, minha maior satisfação não é a exaltação, por si só, do talento dos alunos, mas sim a certeza de que nossos alunos se reconhecem como atores de sua própria formação, rejeitando o formalismo estéril, o obscurantismo acadêmico e a corrupção dos espíritos e abraçam a reflexão crítica em busca das melhores soluções para os problemas da comunidade social em que vivemos. E, com isso, evidenciam que a proposta da FGV DIREITO RIO forma uma geração de advogados e juristas capazes de transformar nossa realidade social, política e econômica.

Boa leitura!

Thiago Bottino
Coordenador Geral da Graduação da FGV DIREITO RIO

A EFICIÊNCIA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE AS LICITAÇÕES DOS CONTRATOS DE RECUPERAÇÃO, RESTAURAÇÃO E MANUTENÇÃO RODOVIÁRIA DO DNIT SOB O RDC E SOB A LEI NO 8.666/93

MARJORIE GRESSLER AFONSO

Resumo:

O objetivo do presente trabalho é investigar qual procedimento de contratação pública — se o procedimento tradicional regido pela Lei nº 8.666/93, na modalidade concorrência, ou o mais recente Regime Diferenciado de Contratações instituído pela Lei nº 12.462/11 — é mais econômico e célere para a contratação de obras públicas. Para tanto, foi realizada uma análise teórico-comparativa dessas duas modalidades de contratação e um estudo empírico comparativo das licitações dos contratos de restauração e manutenção de rodovia (CREMA) realizadas pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte que foram licitados ou pelo RDC ou pela modalidade concorrência da Lei nº 8.666/93.

Palavras-chave:

Regime Diferenciado de Contratações Públicas. RDC. Licitações. Lei nº 8.666/93. Eficiência. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte. DNIT. CREMA.

Introdução

A realização dos eventos esportivos no Brasil como os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de 2014 tornou premente a contratação célere das obras e serviços necessários à realização dessas competições esportivas. Era preciso construir aeroportos, estádios e demais elementos de infraestrutura imprescindíveis para a realização dos eventos iminentes.¹ É nesse contexto que se insere o Regime Diferenciado

1 Sobre os desafios para a preparação desses eventos escreve Carlos Pinto Coelho Motta: “Toda essa operação requer um esforço paralelo por parte da máquina burocrática administrativa no sentido de providenciar as licitações e contratos correspondentes, dentro dos limites do poder de gasto, com a máxima agilidade nos processos e sem perder de vista, em nenhum momento, a qualidade final dos produtos e serviços. Sem dúvida, uma tarefa colossal, que exige mais do que nunca a operacionalização do planejamento público e a realização prática do princípio da eficiência” (MOTTA, C. P. C.; BICALHO, A. P. N. *RDC: Contratações para as Copas e Jogos Olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 23).

de Contratações Públicas — o RDC, criado por meio da Medida Provisória nº 527/11, posteriormente convertida na Lei nº 12.462/11.

O RDC surgiu como uma alternativa ao regime previsto na Lei Geral de Licitações — a Lei nº 8.666/93 — conhecida por ser altamente burocrática e ineficiente.² O novo regime foi recebido pela doutrina como uma modalidade³ mais eficiente de licitação e declarou ter como um de seus objetivos “ampliar a eficiência nas contratações públicas” (art. 1º, §1º, inciso I, da Lei nº 12.462/11).

Ocorre que, a despeito dos objetivos declarados do RDC, a maior parte da doutrina encontrada sobre o tema se atém a discussões acerca da constitucionalidade do diploma legal⁴ ou se limita a realizar um estudo teórico-compara-

- 2 Airton Rocha Nóbrega escreve sobre os entraves burocráticos da Lei nº 8.666/83: “Observa-se, todavia, que não raro a licitação é vista como um procedimento burocrático que apenas se presta a *entravar* e a *atrasar* as contratações pretendidas pela Administração, compelindo-a a aceitar propostas que nem sempre se mostram vantajosas, seja porque o preço cotado não guarda compatibilidade com preços de mercado, seja porque o produto ofertado, embora mais barato, não detém qualidade e apenas acarreta prejuízo. A partir de tais ilações e presunções, verberam servidores e licitantes que todos os males verificados resultam dos exageros contidos na Lei nº 8.666/93 e de exigências por ela feitas sem nenhum sentido prático” (NÓBREGA, A. R. Eficiência nas Licitações Públicas. *Boletim de Licitações e Contratos*. Nova Dimensão Jurídica. Ano. 17, n. 6. Junho, 2004. p. 422).
- 3 A doutrina diverge quanto à natureza do RDC e não há consenso se este se trata ou não de nova modalidade de licitação. Apesar de haver diferenças entre as modalidades tradicionais de licitação e o RDC, por deferência à doutrina majoritária, como Benjamin Zymler e Egon Bockmann Moreira, considerar-se-á, para fins deste trabalho, que o RDC é modalidade de licitação. Sobre o tema, Moreira escreve: “A Lei nº 12.462/2011 instalou nova modalidade de licitação ao criar mais um — e um só — *tipo de processo administrativo licitatório*. Lembre-se de que, ao tratar de modalidades de licitação normativamente permitidas, a LGL [Lei Geral de Licitações, i.e., Lei nº 8.666/93] disciplinou a tipologia dos processos administrativos pertinentes às licitações públicas. Isto é: quando o art. 22 da LGL fala de “modalidade de licitação”, está a tratar de *tipos fechados de processo administrativo licitatório*. A diferença substancial entre as modalidades não está só no número de interessados, nem nos valores das contratações ou apenas no momento e/ou critérios de habilitação. Muito embora tais dados sejam relevantes, a verdadeira distinção entre as modalidades reside no *tipo de processo administrativo* a ser instalado como requisito à futura contratação. Constatação que autoriza a conclusão de que se está diante de outro tipo licitatório fechado, o *tipo licitatório do RDC*.” (MOREIRA, E. B.; GUIMARÃES, F. V. *Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação — LGL e o Regime Diferenciado de Contratação — RDC*. São Paulo: Malheiros. 2012. pp. 355-356). Nesse sentido escreve, também, Zymler que o objetivo da Lei nº 12.462 é a “instituição de modalidade licitatória” (ZYMILER, B.; DIOS, L. C. *Regime diferenciado de contratação — RDC*. Belo Horizonte: Fórum. 2014. p. 25).
- 4 Vale mencionar que a Lei nº 12.462/11, que instituiu o RDC, é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a ADI nº 4.656 e a ADI nº 4.655. A primeira foi ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira — PSDB, o Democratas — DEM e o Partido Popular Socialista — PPS, enquanto a segunda foi proposta pelo Procurador Geral da República. Estas Ações Diretas de Inconstitucionalidade visam ao reconhecimento da existência de vícios formais e materiais na Lei que instituiu o RDC. Os vícios formais dizem respeito ao procedimento legislativo adotado na aprovação Lei nº 12.462/11, que se deu por meio da conversão da Medida Provisória nº 527/11, que tratava de tema estranho à matéria de contratações públicas. Os vícios materiais, por sua vez, dizem respeito a algumas mudanças trazidas pelo RDC para as contratações públicas, como a contratação integrada, a remuneração variável e o orçamento sigiloso. Na data em que este trabalho foi concluído, ainda não havia decisão final do Supremo Tribunal Federal no âmbito desses processos.

tivo dos textos legais. Não foi encontrado nenhum estudo empírico que fizesse uma análise comparativa entre o RDC e a Lei nº 8.666/93 para comprovar se o primeiro é, de fato, mais eficiente que o último. Um único estudo encontrado fez apenas o levantamento do tempo utilizado para as contratações licitadas pelo RDC, sem incluir em sua base de estudo as licitações da Lei nº 8.666/93 para fins de comparação.⁵ A despeito da ausência de evidências empíricas, grande parte dos argumentos a favor da constitucionalidade da Lei nº 12.462/11 se pauta na assertiva de que o regime, por levar a licitações mais céleres e econômicas, estaria promovendo o Princípio Constitucional da Eficiência.

Isto posto, este trabalho pretende investigar qual dos dois modelos de contratação pública — se o procedimento tradicional regido pela Lei nº 8.666/93, na modalidade concorrência⁶, ou o mais recente Regime Diferenciado de Contratações instituído pela Lei nº 12.462/11 — é mais eficiente. Mais precisamente, pretende-se identificar qual dessas modalidades leva à contratação de obras públicas de forma mais econômica e célere.

A pergunta que se busca responder é: o RDC cumpre os objetivos a que ele se propõe? É de fato mais eficiente que a concorrência prevista na Lei nº 8.666/93?

Para tal propósito, o trabalho será dividido em duas etapas. A primeira (Capítulo I) será caracterizada por uma análise teórico-comparativa dessas duas modalidades de contratação. Primeiramente, abordar-se-ão os diferentes conceitos de eficiência para, então, definir aquele a ser utilizado ao longo deste estudo. Investigar-se-á, na sequência, os custos de transação identificados nas contratações públicas para, então, apresentar o RDC, dando um breve histórico de sua criação. Em seguida, elencar-se-ão as principais inovações trazidas pelo RDC ao procedimento licitatório, em relação ao procedimento tradicional previsto na Lei nº 8.666/93, que possam trazer maior eficiência para a contratação pública. Finalmente, serão estudadas, em maior profundidade, as características do RDC que possam ter contribuído para um eventual ganho de eficiência nas contratações do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), o que será objeto de averiguação no Capítulo II. A metodologia nesta primeira etapa consiste, principalmente, em uma análise da legislação relevante e em pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

5 COSTA, A. J. B.; ROSINHA, R. F. *Infraestrutura de Transportes: O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) como uma alternativa à Lei Geral de Licitações e Contratos*. Disponível em: <http://www.anpet.org.br/ssat/interface/content/autor/trabalhos/publicacao/2013/364_AC.pdf> Acesso em 05 nov. 2014.

6 A escolha de comprar o RDC com a modalidade concorrência se deu porque as demais modalidades de licitação têm escopo reduzido. Sendo o RDC e a concorrência modalidades mais abrangentes, elas também são mais facilmente comparáveis. Esse ponto será ilustrado em maior detalhe no Capítulo I.

A segunda etapa (Capítulo II), por sua vez, consistirá em um estudo empírico comparativo entre contratos de obras públicas que foram licitados na modalidade concorrência da Lei nº 8.666/93 e os que adotaram o RDC. Para esse fim, serão analisados os procedimentos de licitação instaurados pelo DNIT para a contratação de empresa para a execução de obras de restauração e manutenção de rodovias que se utilizaram do contrato denominado C.R.E.M.A. (Contrato de Recuperação, Restauração e Manutenção Rodoviária, doravante “CREMA”). Por motivos de organização, a metodologia adotada na pesquisa empírica será detalhada em momento mais adequado, quando o estudo for apresentado.⁷

A partir do levantamento acima, o presente trabalho pretende esclarecer se o Regime Diferenciado de contratação realmente gerou maior eficiência nas contratações públicas. Essa discussão se mostra relevante diante da crescente importância conferida a esse regime de contratação, principalmente no que diz respeito ao seu crescente escopo de aplicação, conforme se verá adiante.

I. O Regime Diferenciado de Contratação Pública e as eficiências que se buscou trazer à contratação de obras de engenharia

I.1. A difícil conceituação de eficiência

Conforme exposto na introdução, o objetivo do presente estudo consiste em realizar uma análise comparativa das eficiências trazidas pelo RDC às contratações públicas. Para enfrentar esta questão cumpre, primeiramente, explicar a definição a ser adotada, neste trabalho de “eficiência”, termo que gera grande controvérsia doutrinária. Não há consenso entre os acadêmicos quanto à sua definição e a melhor forma de mensurá-la. Juristas e economistas costumam adotar significações distintas e não há uma abordagem única que uniformemente seja aceita pelos acadêmicos quanto ao tema.

Entende-se, portanto, que eficiência é um conceito multidimensional. Como tal, há uma multiplicidade de definições que podem ser adotadas sem que isto implique na desqualificação dos demais significados do termo ou das demais dimensões existentes.

No âmbito do direito administrativo, o princípio da eficiência ganhou relevância com a Emenda Constitucional nº 19/98 que alterou o *caput* do art. 37 da Constituição Republicana para incluí-lo como vetor orientador da atividade administrativa.

⁷ A utilização dos contratos CREMA como objeto do presente estudo se justifica pela relevância desses contratos no setor de infraestrutura rodoviária e diante da semelhança de obrigações previstas nesses contratos que permitia uma comparação mais fiel das modalidades de licitação, como se verá em mais detalhe no Capítulo II.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão, o princípio da eficiência se insere dentro do princípio da legalidade e constitui um instrumento para a promoção dos objetivos legais.⁸ O jurista explica, também, que o dever de eficiência não se limita à obrigação de maximização dos lucros:

A eficiência (...) não deve ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.⁹

Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, entende que o princípio da eficiência se traduz na necessidade de otimização dos recursos públicos:

Introduzido no texto da Constituição de 1988 pela Emenda n. 19/98, esse princípio consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho de seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação das suas múltiplas necessidades; numa palavra, que pratiquem a “boa administração”, de que falam os publicistas italianos.¹⁰

Marçal Justen Filho afirma que eficiência econômica implica no dever de a Administração Pública obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de recursos desembolsados:

Ora, um dos aspectos essenciais do direito administrativo reside na vedação a desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas. É necessário

8 Sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão escreve: “A eficiência, tal como a moralidade, também integra o bloco da legalidade ampla. Assim, um ato ou lei (ou a sua aplicação em determinado caso concreto) indubitavelmente ineficiente é inconstitucional por violação ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal. O princípio da eficiência é um instrumento de se garantir que os objetivos da lei (*rectius*, do ordenamento jurídico) sejam alcançados” (ARAGÃO, A. S. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 73).

9 ARAGÃO, A. S. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *Interesse Público*. Ano 11, n. 57, set/out. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 11-30.

10 MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 884.

obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos. Assim o impõe a concepção republicana de organização do poder político, que estabelece que todas as competências estatais têm de ser exercitadas do modo mais satisfatório possível. Portanto, o próprio princípio da República já impõe o dever de utilização eficiente dos recursos públicos.¹¹

Apesar das diversas definições encontradas do princípio jurídico da eficiência, há dificuldade em se obter uma abordagem prática do conceito de “eficiência” que possa ser operacionalizada para fins deste trabalho comparativo.¹² Diante da abstração do princípio jurídico, pode-se recorrer à economia para encontrar um conceito de eficiência que possa ser operacional para os fins deste trabalho.

A economia aborda mais de uma dimensão da eficiência; dentre elas, as de eficiência produtiva e alocativa.¹³ A primeira aborda a eficiência na produção de bens, enquanto a segunda se preocupa com a distribuição da riqueza gerada. Para fins desse trabalho, considerar-se-á a primeira dimensão — a que diz respeito à eficiência na produção. Essa dimensão do conceito de eficiência está em linha com o Princípio Constitucional da Eficiência conforme as definições dos juristas acima expostas, que enfocam o aspecto da otimização dos escassos recursos estatais.¹⁴ Por isso, abordar-se-á, neste trabalho, a eficiência

11 JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Ed. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 183.

12 Fernando Leal discorre sobre a necessidade de uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. A seu ver, a inclusão do princípio da eficiência em nosso ordenamento jurídico trouxe uma dimensão prática para a análise do direito. Em suas palavras, “ao que tudo indica, sua inclusão na Constituição abre um espaço para a utilização de critérios pragmáticos de adjudicação, ou seja, autoriza o juiz a considerar as consequências sistemáticas de sua decisão”. No entanto, além de permitir ao juiz considerar questões práticas em seus julgamentos, a inclusão deste princípio em nosso ordenamento jurídico também deu apoio ao legislador para promover estes ideais ao legislar (LEAL, F. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. nº 15. ago/out, 2008. Salvador, 2008. p. 3).

13 Sobre a eficiência alocativa escreve N. Gregory Mankiw: “Se uma alocação de recursos maximiza o excedente total, dizemos que tem eficiência. Se uma alocação não é eficiente, então parte dos ganhos potenciais do comércio entre compradores e vendedores não está sendo obtida. Por exemplo, uma alocação é ineficiente se um bem não está sendo produzido ao menor custo pelos vendedores. Neste caso, deslocar a produção de um produtor de alto custo para outro que tenha custo mais baixo reduzirá o custo total para os vendedores e aumentará o excedente total. De maneira similar, uma alocação é ineficiente se um bem não está sendo consumido pelos compradores que lhe atribuem maior valor” (MANKIW, N. G. *Introdução à Economia*. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. Revisão técnica Carlos Roberto Martins Passos, Manuel José Nunes Pinto — São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 145).

14 Não se nega, aqui, que o princípio da eficiência da Administração Pública engloba também uma vertente de eficiência alocativa. Afinal, a Constituição Federal estabelece como princípio normativo a busca pela redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção da dignidade da pessoa humana. No entanto, entendemos que, no que tange

produtiva das contratações públicas, uma vez que o foco da análise consiste em verificar se há redução de custos a partir das duas distintas modalidades de licitação objeto do estudo.

De acordo com N. Greogry Mankiw, a eficiência produtiva é a “propriedade de que a sociedade tem de obter o máximo possível a partir de seus recursos escassos”.¹⁵ Nesses termos, a eficiência considera duas vertentes distintas, mas não excludentes. De um lado, procura-se obter o maior ganho possível. De outro, procura-se gastar a menor quantidade possível dos recursos escassos.¹⁶ Trata-se de uma comparação entre os *inputs* necessários (gasto de recursos) para adquirir os *outputs* visados (ganho da Administração Pública).

No âmbito deste trabalho será considerada apenas a primeira vertente da eficiência produtiva. Partir-se-á do pressuposto de que o ganho que a Administração Pública pretende obter (o *output*) é simplesmente a contratação da obra pública de recuperação e manutenção de rodovias, sem adentrar em uma análise da qualidade ou quantidade desta contratação. Partindo do pressuposto que o ganho que se procura obter é padrão (ganho = contratação de obra), o único aspecto da eficiência variável é aquele que se refere ao gasto dos recursos públicos. Assim, eficiente será a contratação de obra pública que utiliza de menos recursos.

Quando se fala em recursos, há diversos elementos que se pode levar em consideração. Há recursos ambientais, sociais, financeiros, e de tempo. Para fins deste trabalho, os recursos que serão levados em consideração, por serem objetivos, mensuráveis, e permitirem comparação, são os custos relacionados ao tempo e ao gasto financeiro despendidos na contratação de obras públicas.

A despeito das diversas definições ventiladas pela doutrina jurídica e pela economia, para fins deste trabalho a dimensão de eficiência utilizada levará em consideração os custos financeiros (*economicidade*) e os custos de tempo

às licitações públicas, a preocupação principal seria de redução dos gastos públicos. A eficiência alocativa se manifestaria em um momento anterior, quando o Estado decide que quer gastar dinheiro público com aquela contratação, e em um momento posterior, quando couber ao Estado definir onde investir os valores economizados nas contratações públicas.

15 Ibid. p. 5.

16 Thelma Ohira e Pedro Scazufca definem a eficiência nos seguintes termos: “Conceitualmente, eficiência pode ser definida como o resultado máximo obtido de acordo com os fatores empregados. Ou ainda como a capacidade de a empresa utilizar os fatores de produção em proporção ótima, minimizando os custos de produção. Pode-se dizer que essas duas definições coexistem e compõe a chamada eficiência econômica. Em outras palavras, é mais eficiente quem consegue produzir mais com menos.” (OHIRA, T.; SCAZUFCA, P. Métodos de análise de eficiência de empresas para o setor de saneamento. *A economia do saneamento no Brasil*. Org: Gesner Oliveira e Perdo Scazufca. São Paulo: Singular. 2009. p. 2. Disponível em: <[http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/F56F8DBFAF1FC1248325756E004F9971/\\$File/mesa_saneamento_Thelma_Ohira.pdf](http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/F56F8DBFAF1FC1248325756E004F9971/$File/mesa_saneamento_Thelma_Ohira.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2014).

(*celeridade*) despendidos para a contratação de obras públicas.¹⁷ Em suma, ao propor investigar qual modalidade de contratação é mais eficiente, vamos analisar qual é mais célere e econômica para a Administração Pública.

Uma vez definido o conceito a ser adotado do termo eficiência, passamos a descrever alguns aspectos relevantes do Regime Diferenciado de Contratação.

1.2. Escopo de aplicação e objetivos do RDC

Apesar de ter sido originalmente concebido como instrumento a ser utilizado para a contratação de obras e serviços relacionados à Copa e às Olimpíadas, o RDC teve seu escopo de aplicabilidade expandido por emendas à lei que o instituiu, a Lei nº 12.462/11. A Lei nº 12.688/12 inseriu no escopo da aplicação do RDC as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). A Lei nº 12.722/12, por sua vez, tornou o regime aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. No mesmo ano, a Lei nº 12.745/12 incluiu neste rol as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). A Lei nº 12.980/14 somou a esta lista as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. Além destes, outros diplomas legais expandiram o escopo de aplicabilidade do RDC sem fazê-lo por meio de emendas à Lei nº 12.461/11. A Lei nº 12.815/13, por exemplo, incluiu no rol dos contratos que podem ser licitados pelo o RDC aqueles que dizem respeito às obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II.¹⁸ A Lei 12.873/13 autorizou a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o RDC para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural.

Conforme visto, o objetivo principal do novo regime é trazer maior eficiência para as contratações públicas. O RDC busca implementar um procedimento de licitação mais célere para garantir a contratação mais rápida das obras e serviços de interesse público, sejam eles relacionados aos eventos es-

17 Pode-se dizer que os elementos *economicidade* e a *celeridade* são denominadores comuns da eficiência, e podem ser adotados sem prejuízo das demais dimensões existentes do conceito de eficiência.

18 A Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, dispõe, em seu art. 54, § 4º que “as contratações das obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II (PND II) poderão ser feitas por meio de licitações internacionais e utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.” O PNDPH II visa à melhoria no acesso aquaviário aos portos nacionais e foi instituído pela Lei nº 11.610/07.

portivos, ou não. Nas palavras de Maurício Portugal Riberio, “um dos principais motivos a justificar o RDC é o ganho de tempo no procedimento de licitação e contratação”.¹⁹

Além do ganho de tempo, o RDC também visa à obtenção da proposta mais vantajosa — ou seja, maior economia de recursos para a Administração Pública, por meio de instrumentos que aumentam a competitividade do procedimento de licitação. É o que determina a Lei nº 12.462/11 no §1º de seu art. 1º, ao declarar que o RDC tem como objetivo, dentre outros, “ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes”.

Em tese, então, se o RDC cumpre aquilo a que se propõe, a adoção deste novo regime deveria levar a uma contração no tempo despendido pela Administração Pública com o procedimento licitatório e a uma diminuição no preço gasto para a contratação de obras e serviços que se utilizarem dessa modalidade de licitação.

O primeiro objetivo declarado do RDC — de “*ampliar* a eficiência” das contratações públicas — pressupõe que há um objeto anterior a ser ampliado. Esta constatação “deve ser entendida em comparação com o regime da Lei nº 8.666/1993, pois a acepção do verbo ‘ampliar’ pressupõe algo anterior a ser objeto da ação verbal”.²⁰ Disso se extrai que a melhor forma de verificar se o novo regime cumpre esse objetivo ao qual ele se propõe é por meio de uma análise comparativa com a modalidade de concorrência estabelecida na Lei nº 8.666/93, que o antecede.

A opção pela comparação do RDC com a licitação na modalidade concorrência se justifica porque — das modalidades existentes de licitação — a concorrência é a que teria a abrangência equivalente à do RDC. As alternativas existentes têm escopo e abrangência diversos, como se passa a detalhar.

O pregão, apesar de também se apresentar como uma alternativa mais célere para a contratação pública, só se destina à aquisição de bens e serviços comuns que podem ter critérios de qualidade aferidos objetivamente no edital. Assim, ele não pode ser utilizado para a contratação de obras de infraestrutura de grande vulto.²¹

19 RIBERIO, M. P.; PRADO, L. N.; PINTO JUNIOR, M. E. *Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 4

20 Benjamin Zymler discorre sobre o tema e diz que “quando se coloca como objetivo do novo regime a ampliação da eficiência nas contratações e da competitividade entre os licitantes, verifica-se a nítida intenção de aprimorar os procedimentos de contratação até então existentes” (ZYMLER, B.; DIOS, L. C. *Regime diferenciado de contratação — RDC*. Belo Horizonte: Fórum. 2014. p.29).

21 Marçal Justen Filho explica que obras públicas podem se inserir dentro do termo “serviço”. “Rigorosamente, a expressão [serviço] pode ser utilizada como um gênero, para abranger diversas espécies entre as quais se encontra, inclusive, a figura da obra. Sob esse enfoque, o serviço consiste no objeto de uma obrigação de fazer, que impõe a um sujeito o dever de aplicar os seus esforços, os seus recursos intelectuais e a sua atuação física para

As modalidades concurso e leilão têm objetivos próprios que não incluem a contratação de obras e serviços de engenharia. O concurso é modalidade apta para a escolha de trabalho técnico, artístico ou científico e, por isso, afere trabalho eminentemente intelectual. O leilão, por sua vez, serve para três objetivos: (i) a venda de bens móveis; (ii) a venda de produtos apreendidos ou penhorados; e (iii) a alienação de bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento.²²

Já o convite e a tomada de preço, que têm o mesmo objetivo da modalidade concorrência, sofrem restrições no que tange ao valor esperado do contrato que será licitado. No caso da modalidade convite, o art. 23, I, a da Lei nº 8.666 fixa em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) o limite para as obras e serviços de engenharia. Já a tomada de preço serve apenas para as obras de engenharia cujo valor estimado da contratação não ultrapasse R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), nos termos do art. 23, inciso I, alínea b.²³ Assim, a concorrência é a única modalidade de licitação que pode ser utilizada para a contratação de obras e serviços de engenharia de valor superior, e é, portanto, a modalidade mais abrangente estabelecida na Lei nº 8.666/93.

Visto que não há limite máximo para as obras a serem contratadas pelo RDC, esse e a concorrência são modalidades comparáveis para fins deste trabalho, que trata da contratação de obras públicas.

Apresentado o contexto em que se insere o RDC e os objetivos a que ele se propõe, passa-se a analisar os custos de transação no processo de contratação pública para, posteriormente, expor as medidas trazidas pelo RDC para a sua redução.

1.3. Custos de transação no processo de contratação pública

Conforme reconhecido por Ronald Coase, todos os contratos geram custos para as partes.²⁴ Os custos de transação identificados podem ser relacionados à negociação, obtenção de informação, e monitoramento dos contratos.

No âmbito das contratações públicas, deve-se reconhecer que os custos são ainda mais elevados.²⁵ Além dos custos tradicionais de contratações em

desempenhar certa atividade, envolvendo ou não a utilização de instrumentos, materiais, e o trabalho de terceiros" (JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 157-158).

22 CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014. p. 283.

23 Vale lembrar que o art. 120 da Lei nº 8.666 prevê a possibilidade do Poder Executivo Federal rever os valores fixados nesta Lei.

24 COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*. v. 4. n. 16. 1937. pp. 386-405.

25 LAMARÃO, R. C. Os Custos de Transação do Contrato Derivado da Licitação: Uma incidência da teoria da imprevisão. *Revista Direito em Dis(Curso)*, Londrina, v. 4, n. 4, p. 11-21, ago/

geral, as contratações públicas envolvem custos adicionais inerentes a esta atividade. Esses são atrelados às amarras burocráticas que resultam, inevitavelmente, das exigências legais impostas ao Poder Público no exercício de sua atividade.

Assim, os custos de transação das contratações públicas incluem os custos de transação tradicionais, aplicáveis a qualquer contrato, e aqueles específicos aos contratos públicos decorrentes de procedimentos licitatório. Em trabalho sobre a ineficiência das licitações públicas, Isadora Hermann identifica quatro custos de transação presentes nas contratações efetuadas pelo poder público, quais sejam:²⁶

- i. Custos de desenhar, negociar e prever salvaguardas contratuais (custos de transação *ex-ante*);
- ii. Custos associados à execução da licitação, dentre os quais se incluem os custos de confecção e publicação do edital, de realização da habilitação e julgamento das propostas, e à divulgação dos vencedores;
- iii. Custos associados ao tempo decorrido entre a necessidade da compra e o recebimento do produto;
- iv. Custos de monitoramento e controle do contrato (custos de transação *ex-post*).

O RDC foi instituído com o intuito de diminuir alguns dos custos de transação mencionados acima, principalmente aqueles que se referem aos custos associados à execução da licitação (item ii) e ao tempo decorrido entre a necessidade da compra e o recebimento do produto (item iii). As inovações trazidas pelo o RDC para a redução desses custos são detalhadas a seguir.

I.4. Principais inovações “eficientes”

A Lei que instituiu o RDC trouxe significativas mudanças ao procedimento tradicional de contratação pública previsto na Lei nº 8.666/93. Dentre as novidades estão a inversão de fases da licitação (art. 12º), a unicidade recursal (art. 27º), a possibilidade de disputa aberta (art. 17, inciso I), o orçamento sigiloso (art. 6º), a preferência pela forma eletrônica (art. 13º), a pré-qualificação (art. 30), novos critérios de julgamento (art. 18º), a remuneração variável (art. 10º) e a contratação integrada (art. 9º).

A inversão de fases adotada pelo RDC é instrumento já previsto em outros diplomas legais, como a Lei nº 10.520/02, mais conhecida como a Lei do

dez. 2011, p.21.

26 HERMANN, I. Licitações Públicas no Brasil: Explorando o conceito de ineficiência por desenho. *Revista de Administração*. v. 34, n. 2. Abr./jun., 1999. pp. 29-38.

Pregão. Trata-se de uma inversão entre as etapas de julgamento e habilitação. Enquanto o procedimento licitatório na Lei nº 8.666/93 começa com a fase da habilitação, no RDC a regra geral é que primeiro haverá o julgamento das propostas para, só então, verificar-se a habilitação do licitante que apresentou a proposta mais vantajosa para a Administração.

A disputa aberta é “a utilização de lances eletrônicos ou em viva-voz, que se tornam conhecidos do Poder Público e dos demais participantes da licitação, no momento que são realizados”.²⁷ Ela permite que o licitante apresente mais de uma proposta desde que a nova proposta seja mais vantajosa para a Administração Pública. É possível também fazer uma combinação da disputa aberta com a fechada, conforme se verá adiante.

O orçamento sigiloso é uma determinação trazida pela nova Lei de que o orçamento previamente estimado para a contratação seja tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sendo disponibilizados antes disso apenas para os órgãos de controle externo e interno. O objetivo deste sigilo temporário seria o de evitar conluio nas licitações, e garantir uma assimetria de informações, de forma que os licitantes não usassem como referência na formação da proposta o valor que o poder público está disposto a gastar na contratação.²⁸

A preferência pela forma eletrônica se trata de uma prioridade dada pelo RDC ao formato eletrônico do procedimento licitatório face ao presencial. A justificativa aqui é que o procedimento eletrônico seria mais eficiente e econômico por reduzir os custos relacionados à condução de uma licitação presencial.²⁹

A pré-qualificação permanente é um novo instrumento trazido pelo RDC que permite com que as empresas que tiverem interesse em participar das licitações apresentem, de antemão, os documentos comprobatórios da sua habilitação para fornecimento de determinados bens ou execução de serviços. Assim, a empresa é considerada pré-qualificada por um tempo predeterminado.

A Lei nº 12.462/11 trouxe novos critérios de julgamento para as licitações pelo RDC.³⁰ Além de reproduzir alguns dos critérios já previstos na Lei nº 8.666/93, a Lei do RDC passou a permitir a adoção do critério de maior desconto ou de maior retorno econômico. O critério de maior desconto considera o menor dispêndio para a Administração Pública, podendo-se considerar aqui

27 RIBEIRO, M.P.; PRADO, L.N.; PINTO JUNIOR, M.E. *Regime Diferenciado de Contratação*: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas. 2012. p. 104.

28 Ibid. p. 69.

29 REZENDE, R. M. de. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência. (Projeto de Lei nº 7.709, de 2007) *Revista Interesse Público*. n. 44. v. 9, 2007. pp. 181-194.

30 A inovação é relevante, pois a jurisprudência do Tribunal de Contas da União entende que não é permitida a adoção de critérios de julgamento sem previsão legal, o que decorre de uma interpretação da Lei nº 8.666/93 (Acórdão nº 1502/2002, TCU).

tanto os custos diretos como os indiretos, desde que objetivamente mensuráveis.³¹ O maior retorno econômico se aplica aos casos em que o objeto será licitado pelo contrato de eficiência, que vincula a remuneração do contrato ao seu desempenho.³²

A contratação por remuneração variável é uma prerrogativa dada à Administração Pública de adotar critérios de remuneração variável na contratação de obras e serviços. A remuneração variável estaria vinculada ao desempenho da contratada com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega. Todos estes critérios devem estar previamente definidos no instrumento convocatório e devem respeitar o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

A contratação integrada é a contratação simultânea, por meio de um único procedimento licitatório, que abrange tanto a realização de obra pública ou prestação de serviço de engenharia como o desenvolvimento do respectivo projeto básico e executivo. É um instituto semelhante à empreitada integral, já prevista no Decreto nº 2.745/98 para as contratações da Petrobras. Esta modalidade é diferente da regra geral, prevista na Lei nº 8.666/93, em que o projeto executivo deve estar pronto para o início da licitação e em que aquele que elaborou o projeto não poderia participar da licitação do contrato para a realização da obra.

Como visto acima, são muitas as mudanças trazidas pelo RDC. No entanto, para fins do presente trabalho, que visa a uma comparação empírica dos procedimentos no âmbito de contratos CREMA licitados pelo DNIT, analisaremos mais a fundo apenas as seguintes mudanças que podem ser testadas nesse universo de contratos: (i) a divulgação postergada do orçamento estimado; (ii) a inversão de fases e unicidade recursal; e (iii) o modo de disputa aberto.

As demais inovações trazidas pelo RDC não serão abordadas, pois não são aferíveis a partir da base de dados formada para este trabalho, como se verá em mais detalhe no item II.2, sobre as limitações metodológicas.

31 O art. 19 da Lei do RDC dispõe sobre alguns critérios que devem ser seguidos ao se adotar o menor preço ou maior desconto como critério de julgamento: "Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório. § 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento. § 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos."

32 O contrato de eficiência trazido pela Lei nº 12.462 tem como objeto a prestação de serviços com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo a remuneração calculada com base no percentual de economia gerada.

I.5. A divulgação postergada do orçamento estimado

A regra prevista pela Lei nº 8.666/93 é que o orçamento estimado para a contratação pública — também chamado de preço de reserva — deve ser publicado no edital. Esta regra se encontra no inciso II, §2º do art. 40 da Lei, que determina que “o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários” constituem anexo do edital, dele fazendo parte integrante.

Por este dispositivo, a Lei visou promover o princípio da publicidade, positivado no *caput* do art. 37 da Constituição, que exige que a Administração Pública, direta e indireta, obedecerá, dentre outros princípios, o da publicidade.

De acordo com Maçã Justen Filho, o princípio da publicidade exige que os atos da Administração Pública sejam levados ao conhecimento do público para que o conteúdo do ato possa ser de conhecimento de qualquer um.³³

No âmbito das licitações, o princípio da publicidade exige que a Administração Pública informe as regras do procedimento, conforme expõe José dos Santos Carvalho Filho:

Esse princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior o número de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.³⁴

No entanto, apesar de a Lei Geral de Licitações exigir a divulgação do orçamento de um contrato no edital, esta não é a regra para todas as contratações públicas. A Lei do Pregão expressa no inciso III de seu art. 3º que o orçamento para os bens ou serviços a serem licitados constarão dos “autos do procedimento”. A interpretação deste dispositivo — já consolidada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)³⁵ — é que ele não obriga à divulgação do valor orçado para os licitantes, mas apenas a disponibilização dessa informação para fins de fiscalização e controle interno da Administração Pública.³⁶

33 De acordo com o autor, “A publicidade desempenha duas funções complementares. Por um lado, assegura a todos o poder de obter informações relativamente às ações e omissões praticadas por agentes estatais e mesmo não estatais, quando na gestão de recursos públicos. Por outro lado, a garantia do conhecimento por quaisquer terceiros é um fator de desincentivo à prática de atos reprováveis, eis que eleva a possibilidade que as práticas reprováveis sejam reveladas (JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 309).

34 CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª Edição, São Paulo: Atlas, 2014. p. 247.

35 Acórdão TCU, nº 394/2009, 1178/2008, 114/2007, 531/2007, Plenário.

36 Outros dispositivos da Lei nesse sentido são: (i) o art. 6º, IX, f, da Lei nº 8.666 que exige que contenha no projeto básico “orçamento detalhado do custo global da obra fundamen-

Na esteira da Lei do Pregão, a Lei nº 12.462/11 também não exige a publicação do orçamento estimado no edital de licitação. A Lei do RDC vai além e determina expressamente, em seu art. 6º, que o orçamento será tornado público apenas após o encerramento da licitação:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

O dispositivo em questão foi muito criticado por supostamente violar o princípio da publicidade na Administração Pública, sendo, inclusive, objeto das ADIs anteriormente citadas. Um dos fatores que propagou essa visão equivocada é o fato de esta exigência legal ter sido nomeada, pela doutrina, de “orçamento sigiloso”. No entanto, não se trata, de fato, de um orçamento sigiloso, mas apenas da divulgação postergada ao público de um orçamento que sempre existiu e sempre esteve disponível para consulta aos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública, conforme estabelece o §3º deste artigo.³⁷

A doutrina favorável a esta regra defende a divulgação postergada do orçamento estimado sob o argumento de que ela traria eficiências para as contratações públicas na forma de menores preços nas contratações realizadas. A manutenção do sigilo do preço de reserva da Administração Pública geraria uma assimetria de informação que levaria a propostas mais econômicas para o poder público.³⁸

tado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”; (ii) o art. 7º, §2º, inciso II, por sua vez, define que “as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando (...) existir orçamento detalhando em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.”; e (iii) o art. 7, § 8º garante que “qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada”.

37 Há duas exceções à divulgação postergada do orçamento, que constam no §1º e §2º do art. 6º. Trata-se das hipóteses em que o critério adotado for por maior desconto ou o julgamento for por melhor técnica. Nesses casos, por motivos práticos, manter o orçamento sigiloso não seria viável.

38 Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto Junior explicam, de uma perspectiva estatística, a maneira em que o orçamento estimado levaria a propostas mais favoráveis para a Administração Pública: “Se tratarmos o preço de cada participante da licitação como uma variável aleatória discreta, pode-se dizer que a assimetria de informação sobre o preço tende a aumentar a variância e o desvio padrão das ocorrências de licitação. Seguindo algumas premissas básicas, é possível demonstrar que esse aumento de variância e do desvio padrão decorrentes da assimetria de informação modifica a distribuição de probabilidades, aumentando a probabilidade de que pelo menos uma das ocorrências esteja mais distante (para menos) do preço de referência mantido sigiloso pela Administração Pública (RIBEIRO, M.P.; PRADO, L.N.; PINTO JUNIOR, M. E. *Regime Diferen-*

Um exemplo pode auxiliar na ilustração do argumento. Imaginemos uma situação hipotética em que João queira comprar um carro de Maria. Maria está disposta a vender o carro por R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e João está disposto a pagar R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) para comprá-lo. Se João sabe o preço de reserva de Maria, ele não tem motivo para oferecer mais do que esse valor. Assim, seu lance será mais próximo de R\$ 30.000,00 do que dos R\$ 45.000,00 que ele estaria disposto a pagar. Nesse contexto, Maria teria uma perda de quase R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) caso ela divulgasse seu preço de reserva.

No entanto, caso João não soubesse por quanto Maria estava disposta a vender o carro, a assimetria de informação faria com que o lance de João fosse mais alto. Caso João só tivesse uma oportunidade de apresentar sua oferta, ele iria oferecer um valor mais próximo daquele que estaria disposto a pagar para que sua chance de ter a oferta aceita fosse maior. Afinal, como não se sabe o preço de reserva, corre-se o risco de o valor ofertado ser insuficiente para Maria.

Lógica semelhante se aplica às contratações públicas, com a diferença de que, no caso das licitações públicas, é necessário inverter a métrica de preços.³⁹ Enquanto na teoria dos leilões busca-se o “maior lance”, nas contratações públicas o critério de julgamento é de “menor preço”.

Ocorre que, diferentemente do exemplo acima ilustrado, em se tratando de contratações públicas há, normalmente, mais de um interessado em oferecer os serviços ou realizar a obra pública. Portanto, a analogia acima descrita deverá ser adaptada. Neste novo cenário, além de João querer comprar o carro de Maria, Pedro também se mostra interessado na compra. Nesse contexto de competição, João teria incentivo para oferecer um lance maior independente de saber quanto Maria queria pelo carro, pois, afinal, João só levará o carro se sua oferta for maior que a de Pedro.

Nota-se, então, que a análise das vantagens do sigilo no preço de reserva, utilizado na compra e venda de bens e nas licitações públicas, irá depender das peculiaridades e nuances do caso concreto. Para melhor entendê-las, vale contemplar a teoria dos leilões e sua aplicação à prerrogativa da Administração Pública de postergar a divulgação do orçamento estimado para as licitações.

ciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas. 2012. p. 70).

39 Sobre a aplicação da teoria dos leilões aos contratos de licitação pública Ângelo Henrique Lopes da Silva escreve em seu resumo de sua monografia sobre o Preço de Reserva Sigiloso e Licitações Públicas: “No âmbito das licitações públicas, as conclusões são similares, bastando apenas inverter a métrica de preços, por tratarem de leilões de compra e não de venda” (SILVA, A. H. L. *Preço de Reserva Sigiloso e Licitações Públicas*. Monografia vencedora do terceiro lugar do Prêmio de Economia e Contabilidade do Setor Público do Tesouro da Fazenda. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf> Acesso em 15 set. 2014.)

1.5.A. O orçamento sigiloso e a teoria dos leilões

Em estudo realizado por Ângelo Henrique Lopes da Silva, foram analisadas as receitas esperadas de leilões de primeiro preço com adoção de preço de reserva.⁴⁰ O trabalho chegou às seguintes conclusões: primeiramente, no âmbito das contratações públicas, quanto maior for o preço de reserva, mais favorável será o sigilo. Isso ocorre porque o sigilo nos preços leva a lances mais baixos, pois há incerteza quanto ao valor máximo que a Administração Pública está disposta a pagar. Por outro lado, na medida em que o preço de reserva da Administração diminui, torna-se mais vantajosa a divulgação do preço, para se evitar que os participantes da licitação deem lances acima do valor do orçamento — os quais seriam desconsiderados — garantindo-se, assim, mais lances baixos e viáveis.

No que tange especificamente às contratações públicas, Silva observa que o orçamento estimado pelo governo tende a ser mais elevado do que o valor do bem no mercado — seja devido ao seu conservadorismo, seja ao seu conhecimento incompleto do mercado.⁴¹ Nesse contexto, recomenda-se a utilização do orçamento sigiloso, de forma a evitar que os participantes do certame de licitação pautem suas propostas no valor superestimado do orçamento.⁴²

O autor afirma, também, que em certames com maior competição e um número maior de jogadores, o ganho obtido no leilão com preço de reserva sigiloso é menor do que naqueles em que o orçamento é público. Em outras palavras, a vantagem do orçamento sigiloso é mais perceptível e relevante quando há poucos competidores.

Para melhor entender essa afirmação, basta relembrar a segunda situação hipotética ilustrada acima, em que tanto João como Pedro estavam interessados na compra do carro. Naquele caso já havia um incentivo para que as partes dessem lances maiores, pois havia maior competição pela compra do carro.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ O orçamento estimado conservador é mais elevado em comparação com os custos reais do contrato no mercado. A tendência ao aumento no valor do orçamento estimado pode ocorrer porque o ente público licitante tem interesse em evitar que a licitação seja fracassada por falta de lances viáveis. Assim, superestima-se o custo da obra para aumentar a chance de que a licitação seja bem sucedida. O conservadorismo do ente público pode ser decorrência da sua falta de conhecimento do mercado. Como a Administração Pública sabe que tem conhecimento limitado do mercado, reconhece que pode haver custos do contrato que ela pode estar ignorando no cálculo do orçamento prévio. Portanto, diante do risco de haver custos desconhecidos que levariam a propostas mais elevadas do que o orçamento inicialmente calculado pela Administração Pública, a Administração Pública pode superestimar o valor do contrato para garantir maior margem de erro em seu orçamento, evitando, assim, uma licitação fracassada por lances superiores ao valor do orçamento. Além de seu conservadorismo, a falta de conhecimento que a Administração Pública tem do mercado pode levar a um orçamento mais elevado do que o valor efetivo do contrato porque o licitador não conhece todos os custos e eficiências do mercado, os quais podem ser mais bem aferido pelos licitantes.

⁴² Ibid.

Quando há competição pelo bem leiloadado, não basta que o preço ofertado seja superior ao preço de reserva; para que se obtenha vitória na compra, é preciso também que o lance apresentado seja superior ao lance dos demais. Logo, a competição existente entre os participantes no leilão seria o suficiente para elevar o valor dos lances mesmo quando o preço de reserva for de conhecimento de todos.

Ao aplicarmos a teoria dos leilões ao caso das contratações públicas verifica-se que a concorrência no mercado já cria incentivos para os licitantes apresentarem propostas de menor valor independente de conhecerem ou não o orçamento estimado. Portanto, em um cenário de competição entre os licitantes, o sigilo do orçamento não deveria afetar tanto o preço final do contrato.⁴³

Outra característica de um leilão que pode influenciar na utilidade do sigilo do orçamento diz respeito à forma de valoração do bem leiloadado.⁴⁴ Há duas formas de os licitantes valorarem os bens em um leilão: o valor privado, ou o valor comum. No caso de bem de *valor privado*, parte-se do pressuposto que os licitantes não sabem o valor que os demais atribuem ao bem e, mesmo se soubessem, esta informação não influenciaria o valor que eles conferem ao bem, já que este teria um valor intrínseco para o licitante independentemente do valor de mercado. É o caso, por exemplo, dos leilões de obra de arte, em que não há um preço pré-definido da obra a ser leiloadada. Nos leilões de *valor comum*, o preço do bem licitado é conhecido pelo mercado, pois é influenciado pelo valor que os agentes do mercado atribuem ao bem. Nos leilões de valor comum, os preços tendem a convergir, pois haveria uma “dependência estatística entre os sinais dos jogadores e composição funcional para a formação do valor”.⁴⁵ Havendo convergência dos valores, os benefícios trazidos pelo orçamento sigiloso são reduzidos, pois o mercado já conhece o valor do bem independente deste ser expressamente divulgado pela Administração Pública.

No que tange ao RDC, vale notar que este é caracterizado por um leilão de valores comuns.⁴⁶ Neste caso, há ainda um agravante, pois o orçamento estimado do RDC é calculado a partir de tabelas de insumos amplamente conhecidas pelo setor. No caso das contratações de obras de rodovias realizadas pelo DNIT, o orçamento estimado é calculado a partir do Sistema de Custos Rodoviários (SICRO), conforme estabelece o §3º do art. 8º da Lei do RDC.⁴⁷ O

43 Nas palavras de Silva, “quando o número de jogadores no leilão aumenta, em contexto de maior competição, a diferença entre as opções sigilosa e anunciada reduz-se gradativamente, tornando cada vez mais indiferente a escolha entre uma ou outra opção” (Ibid. p. 36-37).

44 Ibid. p. 12.

45 NÓBREGA, M. O Regime Diferenciado de Contratação — RDC, negotiation e o orçamento sigiloso. *Revista dos Tribunais Nordeste*. v. 1, n. 2013, set, 2014. p. 7.

46 Ibid.

47 O art. 8º, §3º da Lei 12.462 dispõe: O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana

SICRO é um sistema que fornece o valor de referência para insumos e serviços a partir de uma tabela de preços e o levantamento de outras variáveis que possam afetar o custo de uma obra rodoviária.⁴⁸ Consequentemente, o orçamento sigiloso pode não ser tão sigiloso como se pretende, pois o mercado pode, com facilidade, estimar o valor do orçamento fixado para a contratação.

Em suma, a teoria dos leilões aplicada às licitações públicas sugere que o sigilo do orçamento, conforme exigido nas licitações pelo RDC, será eficiente e gerará maior economia para Administração Pública em três cenários: (i) quando o valor de reserva não for muito elevado em relação aos preços praticados pelo mercado; (ii) quando houver um reduzido número de licitantes participando do certame; ou (iii) quando o preço dos bens ou serviços contratados for não forem conhecido por todos — o que raro ocorre nas contratações públicas. A contrário sensu, o sigilo traria poucas vantagens nos contratos em que o preço de reserva é alto, quando há elevada competição entre os licitantes, e quando os preços são comuns e conhecidos.

Essas constatações sugerem que o orçamento sigiloso não traz vantagens a toda e qualquer contratação pública.

1.5.B. O conluio nas licitações

Conforme visto acima, a competição é um incentivo essencial para que os licitantes apresentem propostas mais econômicas para a Administração Pública. A concorrência é importante, também, para aferir as eficiências que resultam em manter o sigilo do orçamento — afinal, a teoria dos leilões logrou mostrar que a ausência de concorrência torna o sigilo do orçamento mais relevante. Sendo assim, cumpre analisar os incentivos que as regras do procedimento de licitação podem gerar sob a ocorrência de conluio.

A doutrina favorável ao orçamento sigiloso sustenta que a divulgação do preço de reserva da administração em um processo de licitação gera incentivos ao conluio entre os licitantes.⁴⁹ De acordo com essa visão, uma vez que

de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO), no caso de obras e serviços rodoviários.”

48 BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Nota de esclarecimento sobre o sistema de custos rodoviários — SICRO. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-sobre-o-sistema-de-custos-rodoviaros-sicro>> Acesso em 04 nov. 2014.

49 O conluio nas licitações públicas pode ocorrer por meio de uma distribuição dos contratos públicos entre as empresas em conluio. Dessa forma, haveria uma rotatividade entre os concorrentes que garantiria a cada um a chance de participar de uma licitação sem competição com os demais. As partes podem buscar a vitória do licitante acordado de diversas formas. Pode-se abster de participar do certame licitatório, apresentar lances mais elevados que o do vencedor acordado, ou deixar de cumprir algum dos critérios de habilitação, sendo, assim, inabilitado para participar do certame.

os licitantes conhecem o orçamento estimado para a contratação, o lucro que se pode obter com o conluio na licitação tende a ser maior. O conhecimento do valor do orçamento permite que a proposta apresentada pelo licitante vencedor seja a mais próxima ao valor do preço de reserva. Isso leva a uma maximização do lucro obtido pelos licitantes vencedores em decorrência de cada contrato licitado e, conseqüentemente, a uma maximização dos ganhos a serem esperados pelos licitantes em conluio.⁵⁰

Por este motivo, os defensores do orçamento sigiloso, como definido no RDC, alegam que, ao postergar o momento de divulgação do orçamento para depois da apresentação e julgamento das propostas, estar-se-ia diminuindo o incentivo dos licitantes às práticas acima descritas. Nessa esteira, diversos organismos multilaterais permitem o sigilo do preço teto das contratações no decorrer do procedimento licitatório. É o que faz, por exemplo, o Grupo Banco Mundial, que passou a exigir, em 2013, o sigilo dos preços de referência em suas contratações.⁵¹

Apesar de ter sido bem recebido pela doutrina, não se sabia, ao certo, os benefícios que o orçamento sigiloso efetivamente traria às contratações públicas. Nesse sentido, Marcos Antônio Rios da Nóbrega reconhece a tentativa do legislador, mas ressalta a incerteza quanto às vantagens trazidas pelo mecanismo.

A tentativa da lei é salutar porque procura entronizar alguns achados empíricos da Teoria dos Leilões como o fito de maximizar a eficiência do sistema. Em última instância, somente o repetido uso desse mecanismo poderá confirmar a hipótese de melhores preços contratados pela Administração. (...) Não há como saber se o orçamento sigiloso será positivo ou não. Somen-

50 Vale lembrar que a probabilidade de haver conluio entre os licitantes pode se dar também por outros fatores. Martin A. Nowak e Karl Sigmund realizaram um estudo em que se buscou identificar, a partir da teoria dos jogos, os fatores que levam as partes a cooperarem em vez de competirem em um mercado imperfeito caracterizado por poucos participantes, com assimetrias de informação, atos sigilosos, oportunidade para seleção adversa, e contratos incompletos. De acordo com o estudo realizado, os autores concluíram que em casos de “jogos” repetidos, o jogador hesitaria em abandonar a cooperação com os demais jogadores diante do risco deste seu comportamento criar um incentivo para o outro jogador fazer o mesmo na segunda rodada dos jogos de forma a o prejudicar. Este ponto é particularmente relevante tendo em vista o objeto do estudo empírico do Capítulo II. Como se verá adiante, o estudo analisa as licitações de contratos padronizados para a contratação de obras de recuperação e manutenção de rodovias. Por se tratar de contrato padrão licitado reiteradamente, com objeto similar, pode-se dizer que o incentivo mencionado no estudo de Nowak e Sigmund, o incentivo à cooperação, está presente nas contratações a serem analisadas. Ocorre que a cooperação no âmbito das licitações públicas pode se dar na forma de conluio entre os licitantes de forma a elevar os preços das contratações públicas, caracterizando, então, fator de ineficiência (NOWAK, M. A.; SIGMUND, K. Cooperation versus Competition. *Financial Analyst Journal*, v. 56, n.4, jul/ago 2000. p. 13-22).

51 RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N.; PINTO JUNIOR, M. E. *Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 70

te estudos empíricos poderão dar um norte nos debates, o resto é especulação.⁵²

Mesmo que se reconheça a boa intenção do legislador de buscar a redução dos preços dos contratos licitados pelo RDC, os verdadeiros benefícios trazidos pelo orçamento estimado só poderão ser aferidos a partir de um levantamento empírico dos contratos, como será feito no Capítulo II deste trabalho.

1.6. Inversão de fases e unicidade recursal

A licitação com inversão de fases já é há muito conhecida no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido a regra geral adotada por outras modalidades de licitação como, por exemplo, o pregão, criado pela Lei nº 10.520/02. Inclusive, a Resolução nº 65/98 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) já previa, desde 1998, que o julgamento das propostas precederia a verificação da habilitação dos licitantes.

O procedimento licitatório estabelecido pela Lei nº 8.666/93 é composto pelas seguintes fases, nessa ordem: (i) publicação do edital, (ii) habilitação, (iii) abertura e classificação das propostas, (iv) homologação, (v) adjudicação. A publicação do edital torna público o objeto e as condições objetivas da licitação. Após a publicação, é possível haver a impugnação do edital pelos interessados. Em seguida, tem-se a etapa da habilitação em que a comissão de licitação confere se os licitantes preenchem os requisitos de habilitação exigidos no edital para a venda ou prestação de serviços objeto da contratação. Contra a inabilitação de um dos participantes, cabe recurso, em até cinco dias úteis. Em seguida, dá-se a abertura e classificação das propostas, em que a Comissão de Licitação abre os envelopes dos licitantes que foram habilitados para a licitação na fase anterior, para que elas sejam julgadas a fim de se identificar a melhor proposta. Por fim, tem-se a homologação e a adjudicação, em que se declara o vencedor e se passa o resultado para a autoridade superior, a fim de que essa possa homologar a decisão do vencedor, e chamá-lo para assinar o contrato.

A Lei do RDC, por outro lado, estabeleceu como regra geral que o julgamento das propostas ocorrerá antes da análise da habilitação dos licitantes. Trata-se de uma inversão das fases de habilitação e julgamento em relação ao procedimento previsto na Lei nº 8.666/93. Assim, o novo procedimento determina que a Comissão de Licitação irá julgar a proposta de todos os licitantes, independentemente de eles terem, ou não, cumprido os requisitos de habilitação. Por outro lado, uma vez classificadas as propostas, a Comissão de Licitação apenas irá analisar

52 NÓBREGA, M. A. R. O Regime Diferenciado de Contratação — RDC, negotiauction e o orçamento sigiloso. *Revista dos Tribunais Nordeste*. v. 1, n. 2013, set, 2014. p. 19.

a habilitação da proposta vencedora.⁵³ Em caso de a empresa que apresentou a proposta vencedora ser inabilitada, passa-se a averiguar a habilitação da segunda proposta mais vantajosa, e assim por diante, até que se identifique o licitante cuja documentação preencha os critérios de habilitação previstos no edital.

Uma das vantagens que se buscou trazer com a inversão de fases do RDC seria uma maior celeridade nas contratações públicas. O ganho de celeridade a ser trazido pela inversão de fases dar-se-ia por dois motivos. Primeiro, ao limitar a análise da habilitação apenas à empresa que apresentou a proposta vencedora, haveria uma redução no custo total relacionado à análise dos documentos de habilitação de cada licitante. Segundo, ao dispensar a análise da habilitação de todos os licitantes, evita-se o atraso trazido por eventuais recursos ou impugnações judiciais que tendem a ocorrer quando um dos licitantes é inabilitado.⁵⁴

Junto com a inversão de fases trazidas pela Lei nº 12.462/11, o RDC também instituiu a regra da unicidade recursal. O *caput* do artigo 27 da Lei determina que “o procedimento licitatório terá uma fase recursal única que seguirá à habilitação do vencedor”, salvo quando optarem por realizar a licitação na ordem tradicional, com a habilitação antes do julgamento.⁵⁵ Como se pode ver, a unicidade recursal fixou um momento único para que os licitantes pudessem recorrer tanto da decisão que classificou as propostas como da decisão que julgou a habilitação do licitante mais bem classificado.

53 Esta regra está prevista no art. 14, inciso II da Lei 12.462/11, que determina que “será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases”.

54 Sobre os ganhos de eficiência da inversão de fases, escreve Ribeiro: “Isso torna o procedimento de licitação muito mais ágil e implica grande economia para o Poder Público, pois reduz a quantidade de documentos a serem analisados no procedimento licitatório e o trabalho para gerenciar e lidar com a grande quantidade de impugnações administrativas e judiciais que ocorrem quando a habilitação se dá antes da abertura das propostas.” (RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N.; PINTO JUNIOR, M. E. *Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 103.) Mônica Bandeira de Mello Lefèvre também escreve sobre a inversão de fases ao dizer que “À primeira vista, a sistemática implementada pela Lei do RDC parece conferir uma solução simples e inteligente aos procedimentos licitatórios, de modo a garantir que se desenvolvessem de forma mais célere e eficiente. Considerando que a quantidade de documentos a serem analisados é significativamente menor, pois se examinam apenas os requisitos do proponente classificado em primeiro lugar, têm-se um considerável ganho na agilidade do certame(...)” (LÉFEVRE, M. B. M. O procedimento licitatório e a fase de habilitação no regime diferenciado de contratações públicas. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Coord. Marçal Justen Filho e Cesar Guimarães Pereira. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 211).

55 Esta possibilidade é permitida pelo RDC pelo art. 14, incisos II e III: “Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte: (...) II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases; III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados”.

Ao estabelecer a unicidade recursal, o RDC buscou diminuir o tempo que a Administração Pública gastaria com o prazo para a interposição de recursos e o julgamento de eventuais recursos interpostos. Em vez de poder recorrer contra a decisão que julgou todas as habilitações e, depois, a decisão que classificou as respostas — como ocorre com a Lei nº 8.666 — agora, com o RDC, só se pode recorrer contra a decisão que classificou as propostas e que julgou a habilitação do licitante vencedor. Estima-se que o ganho de tempo com a unicidade recursal seria de em torno de 25 dias.⁵⁶

1.7. Disputa aberta

A regra geral para a apresentação das propostas trazida pela Lei nº 8.666/93 é que elas ocorrerão por meio da entrega de invólucros lacrados e opacos para serem abertos em lugar e hora pré-determinados, e a forma de apresentação será definida no edital.⁵⁷

A lei que instituiu o RDC trouxe, no entanto, a possibilidade de se adotar, nas licitações, os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados, conforme prevê o art. 16 da Lei nº 12.462/11. No modo de disputa aberto, os licitantes apresentam suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado (se maior oferta ou menor preço, por exemplo) (art. 17, I). Na disputa fechada, as propostas dos licitantes serão apresentadas em envelope fechado, de forma sigilosa, até a data e hora designadas para que sejam divulgadas e classificadas (art. 17, II). O modo de disputa fechado é o que mais se assemelha àquele previsto na Lei nº 8.666/93.⁵⁸

A combinação dos modos de disputa aberto e fechado foi regulada pelo Decreto nº 7.581/11, que determinou duas formas de combinação. Em uma, a

56 Maurício Portugal Ribeiro escreve sobre o ganho de tempo decorrente da unicidade recursal: “A economia de tempo trazida por essa medida é de aproximadamente 20-30 dias corridos em relação ao procedimento de licitação ordinário previsto na Lei Federal nº 8.666/93, a qual prevê os seguintes prazos: (a) cinco dias úteis para recurso; (b) prazo para processamento dos recursos (que depende da velocidade do Poder Público, mas que na nossa experiência é de no mínimo três dias úteis); (c) cinco dias úteis para impugnação aos recursos; (d) prazo para decisão dos recursos (que depende da velocidade do poder público, mas que na nossa experiência é de, no mínimo, cinco dias úteis). Esses prazos somados resultam em aproximadamente 25 dias corridos. Portanto, ao permitir que a fase recursal contra a habilitação e contra o julgamento das propostas sejam única, há um ganho de aproximadamente 25 dias corridos nas licitações do RDC em que o julgamento preceder a fase de habilitação” (RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N.; PINTO JUNIOR, M. E. *Regime Diferenciado de Contratação*: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas. 2012. p. 104).

57 JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 713.

58 É nesse sentido a opinião de “A utilização do modo de disputa fechado é o que mais se assemelha à sistemática tradicional da Lei nº 8.666/1993” (ZYMLER, B.; DIOS, L. C. *Regime diferenciado de contratação — RDC*. Belo Horizonte: Fórum. 2014. p. 95).

apresentação das propostas se dá no modo fechado, e apenas os três licitantes mais bem classificados passam a ter o direito de participar da segunda fase, de disputa aberta. Na outra, a apresentação das propostas tem início no modo aberto, e aos licitantes mais bem classificados é dado o direito de apresentar uma proposta final, no modo fechado.

Os argumentos usados a favor do modo de disputa aberta decorrem das economias que teriam sido obtidas pelo governo Brasileiro quando implementou este modo de disputa nas licitações na modalidade pregão, principalmente no que tange ao pregão eletrônico.⁵⁹ De acordo com dados divulgados pelo Ministério do Planejamento, teria havido uma economia de 20% em relação aos preços do mercado com a utilização do modo de disputa aberta nas licitações na modalidade pregão.⁶⁰

No entanto, não é certo que os ganhos de eficiência e as economias geradas pelo Pregão são derivadas do modo de disputa aberta. Benjamin Zymler e Laureano Dios reconhecem que “em princípio, não se pode afirmar qual modo de disputa é mais eficiente para ampliar a competitividade do certame” apesar dos resultados positivos divulgados pelo Governo em relação às licitações na modalidade pregão.⁶¹

Diante das incertezas quanto às eficiências trazidas pelas inovações do RDC, procedeu-se a um estudo empírico para aferir se o RDC levou, de fato, a contratações mais econômicas e céleres de obras públicas, o qual será apresentado no próximo capítulo.

II. Análise empírica das licitações realizadas sob a Lei nº 8.666/93 e sob o RDC para celebração de Contratos de Recuperação e Manutenção de Rodovias (CREMA) pelo DNIT

II.1. A pesquisa realizada

Tendo em vista a definição de eficiência adotada no presente trabalho, realizou-se uma pesquisa para comparar o custo de tempo e o custo financeiro despendidos com a contratação e a realização das obras públicas de manutenção e revitalização de rodovias por meio de licitações na modalidade concorrência (Lei nº 8.666/93) e do RDC.

59 RIBEIRO, M.P.; PRADO, L.N.; PINTO JUNIOR, M.E. *Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 105.

60 BRASIL. Ministério do Planejamento. Pregões eletrônicos geram economia de R\$ 2,13 bilhões para o Governo Federal. 22 jul. 2011. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=7465>. Acesso em 20 nov. 2014.

61 ZYMLER, B.; DIOS, L. C. *Regime diferenciado de contratação — RDC*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014. p. 91.

O estudo empírico consistiu em um levantamento de dados e uma análise comparativa das contratações realizadas pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT). O DNIT é uma autarquia federal vinculada ao Ministério dos Transportes responsável pela execução das obras de infraestrutura hidroviária, ferroviária e rodoviária. A autarquia possui, além da sede, 23 unidades administrativas regionais.⁶²

No exercício de sua competência funcional, o DNIT realiza licitações e contratações para a conservação e manutenção de rodovias federais. Em grande parte dessas obras de revitalização rodoviária o DNIT se utiliza de um contrato padrão, o Contrato de Recuperação, Restauração e Manutenção de Rodovias (CREMA).

Os CREMAs se inserem dentro do Programa CREMA do DNIT, que busca a revitalização das rodovias federais por meio da contratação de obras de recuperação e manutenção. As regras do programa foram trazidas pela Instrução de Serviço DG/DNIT nº 05/2005, que buscou “consolidar, em um único programa, as suas atividades de recuperação e manutenção, através de contratos de gestão de 07 anos contínuos, denominado CREMA”. O programa foi dividido em duas etapas. As licitações realizadas na primeira etapa tiveram por objeto CREMAs com duração de dois anos; as realizadas na segunda etapa licitaram contratos com duração de cinco anos.

Nos contratos licitados durante a primeira etapa (CREMA 1), os contratados são responsáveis pela manutenção das condições da rodovia por um prazo de dois anos, devendo realizar intervenções de caráter funcional, serviços de manutenção de pistas e acostamentos, bem como manter os padrões de desempenho para essas obras e serviços durante a vigência do contrato. Já no CREMA 2, o contratado se obriga a fazer as obras iniciais de recuperação funcional e estrutural do pavimento, serviços de manutenção de pistas e acostamentos e conservação de faixa de domínio, mantendo os padrões de desempenho fixados no contrato por um prazo de cinco anos.⁶³

62 BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Carta de Serviços ao Cidadão. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/institucional/carta-de-servicos/carta-de-servicos-arte-final09.pdf>> Acesso em 30 nov. 2014.

63 A Instrução de Serviço DG/DNIT nº 05 de 09 de dezembro de 2005 dispõe: “(...) consolidar, em um único programa, as suas atividades de recuperação e manutenção, através de contratos de gestão de 07 anos contínuos, denominado CREMA. Que este programa foi subdividido em duas fases: CREMA 1ª ETAPA e CREMA 2ª ETAPA (...) O programa deverá ser aplicado de acordo com a metodologia descrita a seguir: (i) CREMA 1ª ETAPA terá as seguintes características básicas: intervenções de caráter funcional (conserva pesada), premissas já consideradas no Programa PIR IV em andamento, duração de 02 anos, serviços de manutenção de pistas e acostamentos, serviços de conservação de faixa de domínio, padrões de desempenho para obras e serviços; (ii) Durante as obras do CREMA 1ª ETAPA (02 anos), o DNIT realizará os levantamentos e estudos necessários para a elaboração dos projetos definitivos para a implantação do Programa CREMA 2ª ETAPA no mesmo lote, com duração de 05 anos; (iii) CREMA 2ª ETAPA terá as seguintes características básicas: obras de recupere-

No primeiro ano de um contrato CREMA, seja na 1ª ou 2ª etapa, as empresas contratadas são responsáveis pelas intervenções no pavimento da pista e acostamentos, além da realização da manutenção da sinalização horizontal. Nos anos que seguem o primeiro, deve ser feita a manutenção da via, realizando o conserto de eventuais trincas no asfalto, além da conservação rotineira da faixa de domínio.⁶⁴ Nesse período e até o final do termo contratual, o contratado se obriga a realizar toda e qualquer obra necessária para que a rodovia se mantenha de acordo com os padrões de desempenho previstos no contrato.

Os CREMAs têm como objeto a contratação dos serviços executados sobre o regime da empreitada por preço global ou a preços unitários, a depender do caso concreto.⁶⁵ O tipo de licitação em ambos os casos é a licitação por menor preço, critério adotado para a contratação tanto dos contratos licitados pelo RDC quanto aqueles que seguem o procedimento da modalidade concorrência.

As obras de revitalização e manutenção de rodovias licitadas pelo DNIT que se enquadrarem dentro do PAC podem ser licitadas pelo RDC, tendo em vista a previsão do inciso IV do art. 1 da Lei nº 12.462/12, que possibilita a utilização do RDC nas “ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”, conforme redação dada pela Lei nº 12.688/12.

Assim, a opção pelos CREMAs como objeto do presente estudo se justifica pois esse tipo de contrato permite uma comparação mais fiel entre as modalidades de licitação sob análise. Por se tratar de um contrato padrão com

ração funcional e estrutural dos pavimentos em todo o lote, permitir o início imediato das obras de restauração, duração de 05 anos, catálogo de soluções de projeto com vida útil de 10 anos, serviços de manutenção de pistas e acostamentos, serviços de conservação de faixa de domínio, padrões de desempenho para obras e serviços. (...)” (BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Terminologias Rodoviárias Usualmente Utilizadas. Versão 1.1. Agosto, 2007. p. 8 Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/rodovias/rodovias-federais/terminologias-rodoviaras>> Acesso em 11 nov. 2014).

64 BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Assessoria de Imprensa. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/noticias/dnit-faz-palestra-para-balanco-do-crema>> Acesso: 16 out. 2014.

65 Sobre a empreitada por preço global e por preço unitário, escreve Marçal Justen Filho: “Tanto a empreitada por preço unitário como aquela por preço global apresentam em comum a contratação de execução de uma obra ou serviço, incumbindo ao particular fornecer o trabalho ou trabalho e materiais, mediante uma remuneração. A distinção entre as figuras envolve, de um modo direto, o critério para a determinação da remuneração ao particular. Na empreitada por preço global, existe um preço global pela obra ou serviço. O licitante obriga-se a executar a obra ou serviço mediante remuneração calculada com um valor determinado. Já na empreitada por preço unitário, o empreiteiro é contratado para executar o objeto, sendo o preço fixado por preço certo por unidades determinadas. Portanto, a remuneração do particular é obtida pelo somatório dos diferentes itens contemplados numa estimativa de execução.” O autor também explica que a distinção entre estas duas modalidades se dá em razão das contratações moduláveis, visto que, nas contratações de empreitada por preço unitário, seria mais fácil a variação nos quantitativos contratados (JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 157-158.).

cláusulas similares, as obrigações definidas para as partes e a repartição dos custos são equivalentes. Quanto mais similares os termos dos contratos, menor a chance de haver distorção nos resultados a serem analisados. O que se busca fazer aqui é garantir que se está estudando contratos comparáveis entre si, de modo a garantir que qualquer diferença de custo identificada na contratação pública tenha se dado em decorrência do procedimento de licitação adotado e não por motivo de alguma diferença nos contratos que possa causar distorção nos resultados. Por serem contratos padrão que foram licitados tanto pelo RDC quanto pela modalidade concorrência, os CREMAs permitem uma comparação fiel entre as duas modalidades de licitação.

No entanto, vale notar que há distinções entre os CREMAs 1 e CREMAs 2, especialmente no que tange à extensão das obras contratadas e ao prazo de manutenção das rodovias, o que será relevante para o processamento e análise dos dados empíricos relacionados a estes contratos, conforme se verá adiante.

II.2. Metodologia

Para este estudo adotou-se a seguinte metodologia. Em primeiro lugar, fez-se o levantamento de todos os editais de licitações de contratos CREMA do DNIT, tanto da sede quanto das superintendências regionais, que se utilizaram do RDC ou da modalidade concorrência da Lei nº 8.666. Para este levantamento, foram considerados apenas os procedimentos de licitação que tiveram início a partir de 2009 e cujo despacho de homologação já havia sido publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 31 de junho de 2014, perfazendo um lapso temporal de cinco anos de contratações analisadas.⁶⁶ Foram analisados os editais de licitação, as publicações no DOU, os relatórios de julgamento das propostas e dos recursos, dentre outros documentos disponibilizados.⁶⁷

A partir desse levantamento dos eventos (as licitações) buscou-se identificar: (i) a modalidade de licitação adotada — se o RDC ou a concorrência da Lei nº 8.666/93; (ii) a data em que o aviso de licitação foi publicado no DOU; (iii) a data da publicação do julgamento das propostas ou do despacho de homologação no DOU; (iv) o valor do orçamento estimado; (v) o preço da obra; (vi) a data base dos valores considerada nos contratos para fins de atualização monetária, de modo a tornar os preços dos contratos comparáveis; (vii) a extensão da rodovia a ser revitalizada, em quilômetros; e (viii) qual tipo de contrato estava sendo licitado, se CREMA 1 ou CREMA 2.

66 A data corte desta pesquisa é o 31 de junho de 2014. Assim, os contratos que foram homologados após essa data não compõem a base de dados.

67 Os documentos estão disponíveis no site eletrônico do DNIT: <http://www.dnit.gov.br/licitacoes/>. Último Acesso em 30 set. 2014.

A partir dessas informações calculou-se, para cada evento, o tempo despendido com o procedimento de licitação, a economia gerada, o desconto, e o preço da obra por quilômetro de rodovia.

O tempo despendido com a licitação compreende o número de dias entre a publicação do aviso de licitação no DOU e a publicação do despacho de homologação. Para calcular a economia de recursos aos cofres públicos, considerou-se a diferença entre o valor do orçamento prévio do DNIT e o preço da obra efetivamente licitada. O desconto foi calculado a partir da divisão do valor da economia pelo valor do orçamento estimado para aquela contratação. O preço da obra por quilômetro foi calculado a partir da divisão do valor da obra sobre a extensão da rodovia, em quilômetros. Para que pudessem ser comparados com mais exatidão, os valores monetários foram corrigidos para o valor de 31 de junho de 2014, para não haver distorção na análise dos valores devido à desvalorização da moeda.⁶⁸

Para fins de comparação, fez-se também a média dos eventos do RDC e da Lei nº 8.666/93, separadamente. Os elementos considerados foram: (i) a duração do procedimento (em dias); (ii) o preço da obra; (iii) o preço da obra por quilômetro de rodovia; e (iv) o desconto obtido, todos devidamente corrigidos para a inflação.

Nos casos em que havia uma licitação única para mais de um lote, cada lote foi considerado como um evento independente — i.e., como uma licitação distinta — uma vez que cada lote é licitado por um valor diferente e pode ter termo final diferente, tendo sua homologação publicada no DOU em datas distintas.

As licitações já revogadas ou que não haviam sido homologadas até julho de 2014 não foram consideradas na formação da base de dados.

II.3. Limitações da pesquisa

Primeiramente, deve-se ter em conta o objeto e o escopo desta pesquisa. Tendo em vista que serão analisados apenas os CREMAs, a parte empírica deste trabalho só engloba as características do RDC e da concorrência que se inserem no âmbito dessas contratações. Ou seja, como a licitação destes contratos se deu no regime de empreitada de preço global ou unitário e o tipo de

68 O índice usado para fins de correção monetária foi o índice IGP-M. Deve-se observar, contudo, que os CREMAs preveem o reajuste pelos índices setoriais utilizados pelo DNIT, calculados pela Fundação Getúlio Vargas, para as obras do setor rodoviário. No entanto, como os índices setoriais utilizados pelo DNIT são separados por atividade realizada (como sinalização vertical, obras de artes especiais, e conservação rodoviária, entre outros), não havia um índice único que pudesse ser aplicado para todos os contratos de maneira uniforme. Assim, optou-se por utilizar o índice do IGP-M, por ser este um índice reconhecido no mercado. Tendo em vista que o mesmo índice foi utilizado para atualização monetária de todos os contratos que compõem a base de dados, esse fator não alterou, de qualquer forma, os resultados obtidos com a pesquisa.

licitação adotado foi o “menor preço”, o estudo empírico não aborda algumas novidades trazidas pelo o RDC, como a contratação integrada e os novos critérios de julgamento, uma vez que inexistia variação nessas características nas licitações que compõem o banco de dados em questão.

Vale observar, também, que o presente estudo não levou em consideração todos os custos incorridos pelo poder público com as licitações dos CREMAS. Não foram considerados, por exemplo, os custos relacionados à fase interna da licitação. A fase interna da licitação é aquela que antecede a publicação do edital de licitação e inclui os custos para a elaboração do próprio edital bem como dos estudos técnicos que o acompanham. Os custos da fase interna não foram levados em conta, pois estes, além de serem de difícil mensuração, não devem variar significativamente em relação aos contratos licitados pelo RDC ou pela modalidade concorrência. A exceção a esta regra seriam os contratos licitados no regime de contratação integrada, em que o projeto executivo da obra pode ser elaborado pelo contratante da obra e, portanto, os custos internos da Administração Pública são menores. Todavia, uma vez que os CREMAS não são licitados no regime de contratação integrada, a ausência de teste desta característica do RDC não parece prejudicar as conclusões que se pretende alcançar acerca da maior ou menor eficiência da contratação por meio de RDC comparativamente à modalidade concorrência da Lei nº 8.666/93.

Também não se levou em consideração os custos financeiros administrativos internos do DNIT para a realização da licitação, como o custo de pessoal e material que são despendidos para os trâmites burocráticos que este procedimento implica. Isto se deu por dois motivos. Primeiramente, a análise do orçamento do DNIT não permite a identificação de qual despesa se relacionou a qual procedimento de contratação, o que dificulta — se não impossibilita — a mensuração desses custos internos. Segundo, não há motivo para acreditar que as mudanças trazidas pelo RDC levariam a uma redução nesse tipo de custo porque o novo regime, por tratar de regras gerais de licitação,⁶⁹ não aborda questões administrativas internas dos órgãos licitantes.⁷⁰ Caso se analisassem

69 Lembramos que, por força do art. 22, XXVII da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre matéria de licitação se limita à prerrogativa de estabelecer normas gerais.

70 Sobre os ganhos de eficiência relativos aos custos administrativos internos, vale observar que o art. 4º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011 estabelece que se deve ter como diretriz, nas contratações de que trata esta Lei, a padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contrato, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente. Assim, pode-se imaginar que a padronização traria um menor custo nos contratos do RDC, pois ela permitiria economias no que tange ao custo para redigir o edital de licitação e os contratos. Entende-se, no entanto, que no tange ao estudo aqui realizado, a diretriz de padronização não implicaria grandes diferenças em custos administrativos visto que os contratos objeto desse estudo, o CREMA 1 e o CREMA 2, já são contratos padronizados. Assim, não há de se esperar que haverá um ganho de eficiência nos contratos licitados pelo RDC em relação

os benefícios trazidos, por exemplo, pela contratação integrada, haveria motivo para se suspeitar que os custos administrativos necessários para a licitação pelo o RDC seriam reduzidos quando comparados àqueles despendidos com a concorrência da Lei nº 8.666/93, visto que na contratação integrada se transfere ao licitante a obrigação de realizar o projeto executivo da obra e, consequentemente, os custos inerentes a este projeto. Sendo assim, os custos da Administração Pública para a contratação de obras públicas na modalidade de contratação integrada poderiam ser inferiores aos da concorrência. No entanto, este possível ganho de eficiência não pôde ser testado a partir da base de dados criada para este trabalho, uma vez que os CREMAs são licitados por empreitada por preço global ou unitário e, independente de se utilizar o RDC ou a concorrência, haverá, em todo caso, a necessidade de o poder público elaborar o projeto executivo.

Ressalta-se, também, que o trabalho em questão realizou um estudo essencialmente quantitativo, em que se levou em conta o custo e o tempo para a contratação das obras públicas. Não foi feita uma análise qualitativa do serviço prestado e da obra contratada. Devido ao curto lapso temporal desde a entrada em vigor da Lei nº 12.462/11, que instituiu o RDC, até a data em que se realizou o presente estudo, ainda não havia informação quanto ao cumprimento dos contratos licitados. Cumpre observar que o prazo dos contratos licitados pelo RDC, o CREMA 2, foi fixado em 5 (cinco) anos, e, como a Lei nº 12.462/11 entrou em vigor apenas em 2011, não havia se exaurido o prazo contratual quando da realização deste estudo.

De todo modo, as eficiências que se busca comparar são aquelas relacionadas à celeridade e à economicidade decorrentes do procedimento licitatório, e não as que dizem respeito à qualidade do contrato efetivamente licitado. Isso ocorre por dois motivos. Primeiramente, o objeto do contrato licitado é substancialmente o mesmo e, a menos que houvesse cláusulas de performance ou de remuneração vinculadas ao desempenho — o que é previsto na Lei do RDC mas não na Lei nº 8.666/93 — não seria esperado que o modo de contratação trouxesse qualquer efeito sobre a qualidade do serviço efetivamente prestado.⁷¹

Em segundo lugar, conforme exposto no item I.1 deste trabalho, o objeto da investigação consistiu em analisar quais foram os *inputs* necessários para o processo produtivo da Administração, e partiu-se do pressuposto que o *output* final desejado é a simples contratação de obras públicas. Não se almejou realizar uma análise qualitativa ou quantitativa dos *outputs* atingidos, o que demandaria uma análise da qualidade e quantidade do serviço contratado.

àqueles licitados pela Lei nº 8.666/93 decorrente da padronização uma vez que os contratos da Lei nº 8.666/93 analisados nesse estudo também são padronizados.

71 Esclareça-se que os contratos CREMA possuem indicadores de qualidade atrelados à manutenção das rodovias, mas esses critérios não influenciam a remuneração do contratado.

Vale lembrar que, conforme descrito na metodologia, os dados utilizados para a formação da base de dados foram levantados a partir de informações e documentos disponibilizados no sítio eletrônico do DNIT. Presumiu-se que tais dados estavam corretos e devidamente atualizados à época da pesquisa.

II.4. Resultados da pesquisa

A partir da pesquisa realizada, foram identificados 169 (cento e sessenta e nove) eventos de licitação de CREMAs 1 e 2, os quais se encontram listados no ANEXO I.⁷² Desses eventos, 129 (cento e vinte e nove) foram licitados na modalidade concorrência a Lei nº 8.666/93, enquanto 40 (quarenta) foram licitados pelo RDC.

Do total de 169 (cento e sessenta e nove), 108 (cento e oito) são eventos referentes à licitação de CREMAs 1, todos licitados pela Lei nº 8.666/93, e 61 (sessenta e um) são eventos relacionados aos CREMAs 2, sendo que 40 (quarenta) foram licitados pelo RDC e os demais, 21 (vinte e um), foram licitados pela Lei nº 8.666/93. Não houve CREMA 1 licitado pelo RDC pois, quando a Lei nº 12.462/11 entrou em vigor, o DNIT já estava na segunda etapa do Programa CREMA.

II.4.A. Preço da obra

Conforme visto no primeiro capítulo, a hipótese a ser testada refere-se à expectativa de que haja uma redução no preço final das obras licitadas pelo RDC, em grande parte devido à possibilidade de se postergar a divulgação do orçamento estimado para a contratação das obras públicas e a possibilidade de se utilizar da disputa aberta com lances sucessivos.

Para verificar se esta redução esperada de fato ocorreu na prática, comparou-se o preço das obras licitadas pelo CREMA tanto na modalidade concorrência da Lei nº 8.666/93, que exige a divulgação prévia do orçamento, quanto na modalidade RDC, que permite o “orçamento sigiloso”.

Como, explicado no início deste capítulo, há uma diferença significativa entre os CREMAs 1 e CREMAs 2, de modo que é de se esperar que os preços das obras relacionados a esses contratos sejam diferentes uma vez que

72 O ANEXO I e II apresentam a base de dados deste trabalho e contêm as principais informações levantadas, inclusive: (i) o nome do evento; (ii) a modalidade de licitação utilizada — se o RDC ou se a concorrência de Lei nº 8.666/93; (iii) o tipo do contrato licitado — se CREMA 1 ou CREMA 2, (iv) o preço da proposta vencedora; (v) o preço da proposta vencedora corrigido pela inflação; (vi) os quilômetros de rodovia licitados; (vii) o preço da proposta vencedora por quilômetro licitado, corrigido pela inflação. (viii) o valor do orçamento estimado; (ix) o desconto (relação entre o orçamento estimado e preço da proposta vencedora); (x) a data da publicação no DOU do aviso de licitação, quando disponível; (xi) a data da publicação no DOU do termo final da publicação; (xii) a publicação no DOU considerada como data final da licitação; e (xiii) a duração do procedimento de licitação (número de dias entre a data da publicação no DOU do aviso de licitação e a data da publicação no DOU da homologação da licitação, do julgamento das propostas acrescidos de sete dias, ou do julgamento do recurso), quando aferível a partir das informações disponíveis.

as obrigações estabelecidas para o contratante em cada tipo são diferentes. Por isso, para permitir uma comparação mais precisa do preço das obras de manutenção e recuperação de rodovias, escolheu-se apenas um dos CREMA para a análise deste ponto. Como todos os CREMAs 1 foram licitados pela Lei nº 8.666/93 e nenhum pelo RDC, foram separados os 61 (sessenta e um) CREMAs 2 a fim de comparar a média dos preços contratados por cada modalidade de licitação, devidamente corrigido pela inflação.⁷³

A Tabela 1 abaixo ilustra o preço médio dos CREMAs 2 licitados pelo RDC e pela Lei nº 8.666, devidamente corrigidos pela inflação.

TABELA 1: Preço dos contratos licitados pelo RDC e pela Lei nº 8.666/93		
Contratos Licitados pela Lei 8.666/93	Contratos Licitados pelo RDC	Diferença em valor absoluto
R\$ 106.925.729,64	R\$ 151.130.626,93	R\$ 44.204.897,29

O que se observa a partir dos dados acima é que o preço médio dos contratos licitados pelo RDC é R\$ 44.204.897,29 superior àqueles licitados na modalidade concorrência da Lei nº 8.666/93.

No entanto, há de se notar que os contratos licitados pelo RDC têm, em média, uma quilometragem maior do que os contratos licitados pela Lei nº 8.666/93. A quilometragem média dos primeiros é de 297,69 quilômetros, enquanto que a média dos últimos é de 177,34 km. Assim, a diferença para a maior no preço dos contratos licitados pelo RDC deve-se, em grande parte, ao fato de esses contratos exigirem do contratado a manutenção e recuperação de trechos bem mais extensos de rodovia.

Assim, para que a comparação não seja distorcida pela diferença na quilometragem dos contratos licitados, calculou-se o preço dos contratos por quilômetro de rodovia para cada modalidade de licitação. O resultado obtido consta na Tabela 2, abaixo.

TABELA 2: Preço por quilômetro dos contratos licitados pelo RDC e pela Lei nº 8.666/93		
Contratos Licitados pela Lei 8.666/93	Contratos Licitados pelo RDC	Diferença em valor absolutos
R\$ 594.789,08	R\$ 547.123,42	R\$ 47.665,65

⁷³ Os dados completos referentes a licitação dos CREMAs 2 estão no ANEXO III deste trabalho, e incluem (i) o nome do evento; (ii) o preço da proposta vencedora corrigido pela inflação; (iii) os quilômetros de rodovia licitados; e (iv) o preço da proposta vencedora por quilômetro licitado, corrigido pela inflação.

Como se pode ver acima, uma vez que a quilometragem do trecho da rodovia licitada é levada em consideração, os dados sugerem que os contratos licitados pelo RDC são mais econômicos do que aqueles licitados pela Lei nº 8.666/93. Há uma significativa diferença no custo médio do quilômetro licitado nos contratos de manutenção de rodovia para cada modalidade. Trata-se de uma redução de 12,47% no preço médio por quilômetro. O que se observa é que o quilômetro do CREMA 2 licitado pelo RDC é, em média, R\$ 47.665,65 menos custoso que o quilômetro do contrato licitados pela Lei nº 8.666/93. Este dado, portanto, confirmaria a hipótese de maior economicidade nos contratos licitados pelo RDC comparativamente aos licitados pela modalidade concorrência.

No entanto, faz-se necessário considerar que, no universo da amostra analisada, os contratos licitados pelo RDC tendem a ter uma quilometragem média 120,35 maior do que os que foram licitados pela Lei nº 8.666/93. Por isso, pode-se também cogitar a hipótese de que estes contratos possam ter eficiências relacionadas a economias de escala (como, por exemplo compra de insumos em maior volume) o que pode ter levado a uma redução no preço médio do quilômetro licitado.⁷⁴

II.4.B. Desconto sobre o orçamento estimado pela Administração

Além do preço final da obra licitada, outro indicador da economicidade trazida pelo RDC é o desconto gerado pela licitação, ou seja, a relação entre o valor do orçamento estimado para essas contratações, e o valor da proposta vencedora.

Para calcular os descontos obtidos, foram levados em consideração todos os eventos que compõem a base de dados (CREMAs 1 e 2), conforme o ANEXO I. A partir dos dados referentes aos descontos de cada evento, foi calculada a média dos descontos nos contratos licitados pela Lei nº 8.666/93 e nos contratos licitados pelo RDC. Os resultados obtidos constam na Tabela 3, que segue.

TABELA 3: Descontos obtidos nos contratos licitados, em termos percentuais	
Contratos Licitados pela Lei nº 8.666/93	Contratos Licitados pelo RDC
11,95%	13,74%

Como se pode notar, o desconto médio dos contratos licitados pelo RDC foi um pouco maior do que o desconto obtido nos contratos licitados na mo-

74 De acordo com Mankiw, a economia de escala é a “propriedade segundo a qual o custo total médio de longo prazo cai com o aumento da quantidade produzida”. Ou seja, quanto maior a quantidade produzida, menor o custo médio de longo prazo (MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. Revisão técnica Carlos Roberto Martins Passos, Manuel José Nunes Pinto — São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 271).

dalidade concorrência. Trata-se, no entanto, de uma diferença de apenas 1,79 pontos percentuais. Como se vê, apesar de haver uma diferença significativa entre o preço por quilômetro licitado, a diferença do desconto final obtido com o procedimento de licitação não difere muito entre os contratos licitados pelo RDC e pela modalidade concorrência da Lei nº 8.666/93. Sendo os valores parecidos, não é possível afirmar que uma modalidade de licitação é mais eficiente do que outra.

Conforme os dados do Anexo I, o menor desconto obtido nos contratos licitados pelo RDC foi de 2,46%⁷⁵ e o maior de 31,45%.⁷⁶ Já no que se refere aos contratos licitados pela Lei nº 8.666 o menor desconto encontrado foi de 0,49%⁷⁷ e o maior de 34,42%.⁷⁸

No entanto, quando o cálculo do desconto obtido levando em consideração apenas os CREMAs 2, como foi feito na análise do preço por quilômetro realizada no item anterior, passamos a ver uma diferença significativa no desconto obtido, como se vê na Tabela 4, abaixo.

TABELA 4: Descontos obtidos nos CREMAs 2 licitados, em termos percentuais	
Contratos Licitados pela Lei nº 8.666/93	Contratos Licitados pelo RDC
17,50%	13,74%

A Tabela 4 mostra que os contratos licitados na modalidade concorrência da Lei nº 8.666/93 obtiveram um desconto superior aos contratos licitados pelo RDC. Trata-se de uma diferença de 3,76 pontos percentuais.

Um valor baixo no desconto obtido significa que o orçamento estimado para o contrato era similar ao preço final do contrato definido pela proposta vencedora. Assim, uma redução no valor do desconto sugere que o DNIT tenha elaborado o orçamento cujo valor era mais próximo do preço real da obra licitada.

Então, por um lado, a diferença entre o desconto obtido com a licitação pelo RDC e pela Lei nº 8.666/93 sugere que o DNIT pode ter superestimado os ganhos de eficiência trazidos pelo RDC ao elaborar o orçamento para essas obras. Isso levaria a uma diminuição no orçamento estimado e, conseqüentemente, no desconto final obtido no contrato. Por outro lado, caso se verifique que a metodologia do cálculo do orçamento para esses contratos foi a mesma, esses dados sugerem que o orçamento sigiloso não gerou maior economicidade nos contratos de recuperação e manutenção rodoviária.

75 Foi o desconto obtido no procedimento de licitação nº 176/2012-16.

76 Foi o desconto obtido no procedimento de licitação nº 532/2012-00.

77 Foi o desconto obtido na contratação do Lote 3 no procedimento de licitação nº 234/2009-22.

78 Foi o desconto obtido no procedimento de licitação nº 37/2012-15.

Caso se adote a segunda justificativa, esses dados parecem ir de encontro aos dados obtidos no item II.4.A, referentes ao preço do contrato, em que se verificou que o preço por quilômetro dos contratos licitados pelo RDC era inferior ao preço por quilômetro dos contratos licitados na modalidade concorrência (Lei nº 8.666/93). Se por um lado, os contratos licitados pelo RDC levaram a um desconto menor que os contratos licitados pela Lei nº 8.666/93, por outro o valor do preço médio por quilômetro daqueles foi mais barato do que o preço médio por quilômetro destes.

Uma possível explicação para esta aparente contradição poderia ser de que o ganho de economia que se verificou em relação ao preço médio por quilômetro teria sido resultado das economias de escala obtidas nos contratos licitados pelo RDC — que tinham uma quilometragem média 120,35 maior que os contratos licitados pela Lei nº 8.666/93 — e não das eficiências trazidas pela Lei nº 12.462/11.

II.4.C. Duração da licitação

Conforme visto na primeira parte desse trabalho, as inovações procedimentais trazidas pelo RDC, tais como a inversão de fases e a unicidade recursal buscavam uma redução na duração do procedimento licitatório. Portanto, a pesquisa realizada buscou comparar a duração das licitações regidas pela Lei nº 8.666/93 e aquelas da Lei nº 12.462. Para tanto, calculou-se o tempo despendido para cada licitação, conforme explicado no item II.2, sobre a metodologia.

Cumprir notar que, em alguns casos, não foi possível encontrar a data da publicação do despacho de homologação do procedimento licitatório no DOU. Portanto, a comparação aqui foi feita em duas etapas. Na primeira, calculou-se a duração de todos os eventos de licitação em que se podia identificar a data de publicação no DOU do aviso de licitação e do relatório de julgamento das propostas ou do despacho de homologação. Nos casos em que era possível identificar a data da publicação do despacho de homologação, esta foi considerada a data final do procedimento de licitação. Nos demais casos, usou-se como parâmetro para o final da licitação a data da publicação do resultado de julgamento no DOU e acrescentou-se sete dias na contagem da duração da licitação, pois o prazo para interposição de recurso contra decisão de julgamento das propostas é de cinco dias úteis e, sendo conservador, optou-se por computar dois dias que seriam referentes aos finais de semana.⁷⁹⁻⁸⁰ A partir desses

79 Nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/93, o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a interposição de recurso em face da decisão que julgou as propostas ou a habilitação é fixada pelo art. 109, incisos I e II. Nas licitações regidas pela Lei nº 12.462/2011, o prazo de cinco dias é fixado pelo art. 45, inciso II..

80 No caso de ter havido recurso interposto contra decisão de julgamento das propostas, a data considerada foi a data da publicação no DOU do julgamento do recurso.

dados, calculou-se a média de dias em que durou o procedimento de licitação, para cada modalidade.⁸¹

Na segunda etapa, a média da duração da licitação foi calculada apenas com os eventos em que se sabia a data da publicação no DOU da homologação do contrato. Assim, como termo inicial foi considerada a data da publicação do aviso de licitação e, como termo final, a data da publicação do despacho de homologação da licitação. Vale observar que a base de dados para essa segunda etapa é significativamente reduzida e incluía apenas 60 (sessenta) eventos.⁸²⁻⁸³

Em ambos os casos, quando não foi possível identificar a data da publicação no DOU do aviso de licitação para um evento, esses foram desconsiderados para fins da análise da duração da licitação.⁸⁴

Na primeira etapa, foram analisados 165 (cento e sessenta e cinco) eventos. Desses, 39 (trinta e nove) eventos haviam sido licitados pelo RDC e 126 (cento e vinte e seis) pela Lei nº 8.666/93.⁸⁵ A licitação mais célere pelo RDC durou 47 (quarenta e sete) dias⁸⁶, e a mais longa durou 361 (trezentos e sessenta e um) dias⁸⁷. Já a licitação na modalidade concorrência teve procedimento mais célere com duração de 35 (trinta e cinco) dias⁸⁸, e a mais longa de 688 (seiscentos e oitenta e oito) dias⁸⁹. A média dos eventos consta na Tabela 5, abaixo.

TABELA 5: Duração média da licitação pelo RDC e pela Lei nº 8.666/93	
Contratos Licitados pela Lei nº 8.666/93	Contratos Licitados pelo RDC
151 dias	139 dias

O que se observa a partir da tabela acima é que as licitações na modalidade concorrência foram, em média, 12 (doze) dias mais longas do que aquelas regidas pelo RDC. Apesar de o RDC se mostrar mais célere, a diferença de tempo não é tão significativa como se esperava. De acordo com os cálculos feitos

81 Os eventos considerados aqui estão no ANEXO II.

82 Os eventos considerados aqui estão no ANEXO IV.

83 Vale notar que em dois eventos que compunham a base de dados original não foi possível identificar a publicação no DOU nem do despacho de homologação nem do julgamento das propostas. Esses eventos foram desconsiderados para a análise da duração da licitação. Tratava-se da licitação nº 514/2012-12, realizada pelo RDC, e a licitação nº 566/2011-03 pela Lei nº 8.666.

84 Os eventos que constam na base de dados original (Anexo II) mas que não foram considerados aqui porque não se pôde identificar a data da publicação no DOU do aviso de licitação foram aqueles referentes aos três lotes da Licitação nº 285/2009-14.

85 Os dados completos referente a esse cálculo estão no ANEXO II.

86 Trata-se da licitação nº 664/2012-12.

87 Trata-se da licitação nº 530/2012-00.

88 Trata-se da licitação nº 196/2009-04.

89 Trata-se da licitação nº 385/2011-08.

por Maurício Portugal Ribeiro, a redução esperada da duração da licitação seria de em torno de 25 dias, o que não se confirma com os dados acima.⁹⁰

No entanto, para garantir que os dados não tenham sido distorcidos em virtude da diferença entre os prazos de encerramento da licitação, passa-se a verificar a média obtida na segunda etapa de cálculo, em que se levou em consideração apenas os eventos em que se sabia exatamente a data da publicação do despacho de homologação no DOU. A média desses eventos consta na Tabela 6, abaixo.

TABELA 6: Duração média da licitação pelo RDC e pela Lei nº 8.666/93 dos eventos com homologação publicado no DOU.	
Contratos Licitados pela Lei nº 8.666/93	Contratos Licitados pelo RDC
169 dias	149 dias

O que se verifica, aqui, é que o procedimento de licitação, quando se considera apenas os eventos em que houve despacho de homologação publicado no DOU, é mais demorado. Isso já era de se esperar uma vez que o despacho de homologação só pode ocorrer após decorrido o lapso temporal para a interposição de recurso, com o tempo adicional para o envio para publicação das informações referente à licitação.⁹¹

Quando se reduziu a base de dados para incluir apenas os contratos em que se pôde identificar a data da publicação da homologação no DOU, os tempos mínimo e máximo de duração das licitações pela Lei nº 8.666/93 também se alteram, passando a ser 92 (noventa e dois)⁹² e 382 (trezentos e oitenta e dois)⁹³ dias, respectivamente. Esses dados não mudaram nas licitações pelo RDC.

Nota-se da Tabela 5 que mais uma vez a duração dos procedimentos licitatórios na modalidade concorrência se mostrou mais moroso do que aqueles que se utilizaram do RDC, o que confirma a afirmação de que o RDC seria mais célere do que a Lei nº 8.666/93. Aqui a diferença média entre as duas moda-

90 RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N.; PINTO JUNIOR, M. E. *Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 104

91 A demora para a realização da homologação dos contratos do DNIT já havia sido observado em trabalho realizado por Abimel Costa e Rafael Rosinha, que fizeram o levantamento da duração das licitações do DNIT pelo RDC e verificaram que “Na fase de homologação e adjudicação do licitante vencedor, ato realizado e divulgado através do DOU, observou-se certa morosidade nos processos internos, pois a homologação efetiva do licitante vencedor (publicação no DOU) demora em média 8 dias úteis, chegando até 28 dias úteis” (COSTA, A. J. B.; ROSINHA, R. F. *Infraestrutura de Transportes: O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) como uma alternativa à Lei Geral de Licitações e Contratos*. Disponível em: <http://www.anpet.org.br/ssat/interface/content/autor/trabalhos/publicacao/2013/364_AC.pdf> Acesso em: 5 nov. 2014.).

92 Trata-se da licitação nº 266/2012-23.

93 Trata-se da licitação nº 161/2011-00.

lidades é de 20 (vinte) dias, o que está mais próximo do ganho de celeridade estimado por Maurício Portugal Ribeiro.

As observações que se fez aqui estão em linha com as conclusões extraídas de pesquisa similar realizada por Abimel Costa e Rafael Rosinha, *Infraestrutura de Transporte*, em que se analisou o tempo despendido para as contratações realizadas pelo DNIT. De acordo com esta pesquisa, o tempo médio das licitações de RDC licitadas pelo DNIT em dias corridos seria de 110,66 (cento e dez) dias, o que é menor que o tempo verificado no presente trabalho.

A diferença entre os resultados pode ser decorrente da distinção no escopo de cada trabalho. A referida pesquisa tem um lapso temporal reduzido em relação a este trabalho, uma vez que só considera os contratos que se iniciaram em 2012 e se encerraram até o dia 12 de maio de 2013. Ademais, a pesquisa não se limitou aos CREMAs mas englobou as demais licitações do DNIT de objeto distinto. A pesquisa compara seus próprios dados com aqueles informados pelo DNIT e conclui que o RDC está sendo mais ágil que a Lei nº 8.666/93.⁹⁴

Outro aspecto observado na pesquisa foi que a contratação pelo RDC está sendo mais ágil do que pela Lei nº 8.666/93. De acordo com o DNIT os processos licitatórios pelo RDC presencial concluem-se, em média, em 118 dias corridos, informação próxima à média entrada no estudo (110 dias corridos), enquanto que por concorrência esses processos demoram em média 285 dias corridos.⁹⁵

Ou seja, independentemente das diferenças apontadas, tanto a pesquisa realizada aqui quanto aquela mencionada acima, sugerem que as licitações pelo RDC seriam mais céleres do que as realizadas pela Lei nº 8.666.

No entanto, tendo em vista o pequeno universo de eventos (169), a confirmação dessa hipótese dependerá da realização de novos testes quando houver mais licitações comparáveis concluídas.

Conclusão

Este trabalho buscou mostrar que o RDC foi introduzido no ordenamento jurídico com o objetivo de trazer maior eficiência para as contratações públicas. As inovações trazidas por esta lei, como a inversão de fases, a contratação integrada, a unicidade recursal e a preferência pelo formato eletrônico visavam à redução do tempo despendido com a licitação. Além disso, o sigilo no

94 Os dados do DNIT utilizados naquele trabalho não são disponibilizados para o público e consistiam em dados internos daquela autarquia, razão pela qual não foi possível fazer comparação semelhante no presente trabalho.

95 Ibid, p. 9.

orçamento e a possibilidade de realização da disputa aberta buscavam maior competição entre os licitantes de forma a trazer maior economicidade nas contratações públicas.

Os dados analisados permitiram constatar que os procedimentos de licitação para os contratos de revitalização rodoviária no âmbito do programa CREMA foram mais céleres do que os procedimentos regidos pela Lei nº 8.666/93. Verificou-se que o tempo médio despendido com as contratações pelo RDC era 20 dias a menos que o tempo gasto quando se licitava pela Lei nº 8.666/93.

No que tange à economicidade, os contratos licitados pelo RDC eram em média mais caros do que os licitados pela Lei nº 8.666/93. No entanto, o quilômetro de rodovia dos CREMAs licitados pelo RDC foram contratados por um preço médio inferior àquele dos CREMAs licitados na modalidade concorrência, o que sugere que aquela modalidade é, de fato, mais econômica do que esta. Por outro lado, ao comparar o desconto trazido pelo RDC — a relação entre o orçamento prévio estimado e o valor da obra contratada —, não havia uma grande diferença entre as duas modalidades de licitação, sendo essa diferença de apenas 1,79 ponto percentuais. Quando se calculou o desconto médio apenas dos CREMAs 2, o desconto médio obtido pelos contratos licitados pela Lei nº 8.666/93 se mostrou 3,76 pontos percentuais maior do que aqueles licitados pelo RDC.

As constatações acima não permitem que se afaste ou afirme a hipótese inicial deste trabalho, que busca responder se o RDC é mais eficiente que a concorrência da Lei nº 8.666/93. Se por um lado os dados indicam que o novo regime é mesmo mais célere, por outro não se pode chegar à mesma conclusão quanto à economicidade que ele traz. Apesar de o preço por quilômetro do contrato ter se mostrado significativamente inferior quando se adotou o procedimento do RDC, os dados referentes ao desconto obtido em relação ao orçamento prévio não permitem afirmar que houve maior economicidade. A redução no preço médio do contrato pode ter resultado da economia de escala e não das inovações trazidas pelo RDC. Vale lembrar, no entanto, que a teoria estudada nesse trabalho já apontava que os benefícios do orçamento sigiloso não se aplicariam a todo e qualquer procedimento de licitação. Conforme exposto no item I.5.A deste trabalho, o ganho de eficiência trazido pelo o RDC depende das características de cada procedimento. Fatores como o preço da obra, o modelo do leilão (se aberto ou fechado) e a forma de se precificar o objeto do contrato (se bem de valores públicos ou privados) devem influenciar as vantagens trazidas pelo orçamento estimado. Nos contratos estudados neste trabalho, as licitações eram de valores públicos (por conta da divulgação do SICRO) e, no caso do RDC, de lances abertos, o que em tese reduziria os benefícios esperados do “orçamento sigiloso”. Isso pode explicar o resultado

obtido no levantamento empírico sobre a economicidade dos contratos licitados pelo RDC. Possivelmente, a licitação de contratos CREMA nos moldes em que foi realizada pelo DNIT não permite que se extraísse todos os benefícios das inovações trazidas pela Lei nº 12.462/11 como a divulgação postergada do orçamento.

No que tange à celeridade do procedimento de licitação, se partirmos do pressuposto de que os procedimentos administrativos internos do DNIT não diferem muito daqueles dos demais órgãos que se utilizam do RDC, podemos concluir que os mesmos ganhos de eficiência que se verificaram no DNIT (no que diz respeito à redução do tempo, por exemplo) poderiam se replicar em outros órgãos e autarquias que se utilizarem do novo regime. Nesse quesito, o RDC seria, de fato, mais eficiente.

Apesar das constatações aqui trazidas, a base de dados deste trabalho se limitou à licitação dos contratos CREMA conforme realizada pelo DNIT. Assim, não se pode extrapolar, a partir desses dados, a uma conclusão mais geral de que o RDC seria, em todos os casos, mais eficiente do que a concorrência da Lei nº 8.666/93. Para tanto, seria necessário fazer o levantamento dos procedimentos licitatórios realizados por outros órgãos e autarquias, com objetos de contratação variados, a fim de realizar uma análise comparativa de escopo mais abrangente.

Referências

ARAGÃO, A. S. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

_____. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *Interesse Público*. Ano 11, n. 57, set/out. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 11-30.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Assessoria de Imprensa. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/noticias/dnit-faz-palestra-para-balanco-do-crema>> Acesso em 16 out. 2014.

_____. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Carta de Serviços ao Cidadão. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/institucional/carta-de-servicos/carta-de-servicos-arte-final09.pdf>> Acesso em 30 nov. 2014.

_____. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Nota de esclarecimento sobre o sistema de custos rodoviários — SICRO. Disponível em:

<<http://www.dnit.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-sobre-o-sistema-de-custos-rodoviaros-sicro>> Acesso em 04 nov. 2014.

_____. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Terminologias Rodoviárias Usualmente Utilizadas. Versão 1.1. Agosto, 2007. p. 8 Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/rodovias/rodovias-federais/terminologias-rodoviaras>> Acesso em 11 nov. 2014.

_____. Ministério do Planejamento. Pregões eletrônicos geram economia de R\$ 2,13 bilhões para o Governo Federal. 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=7465>> Acesso em 20 nov. 2014.

_____. Tribunal de Conta da União. Acórdão nº 1502/2002. Relator Walton Alencar Rodrigues. 05 nov. 2002.

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª Edição, São Paulo: Atlas, 2014.

COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*. v. 4. n. 16. 1937. pp. 386-405.

COSTA, A. J. B.; ROSINHA, R. F. Infraestrutura de Transportes: O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) como uma alternativa à Lei Geral de Licitações e Contratos. Disponível em: <http://www.anpet.org.br/ssat/interface/content/autor/trabalhos/publicacao/2013/364_AC.pdf> Acesso em: 5 nov. 2014.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 309

HERMANN, I. Licitações Públicas no Brasil: Explorando o conceito de ineficiência por desenho. *Revista de Administração*. v. 34, n. 2. Abr./jun., 1999. pp. 29-38.

LAMARÃO, R. C. OS Custos de Transação do Contrato Derivado da Licitação: Uma incidência da teoria da imprevisão. *Revista Direito em Dis(Curso)*, Londrina, v. 4, n. 4, p. 11-21, ago/dez. 2011.

LEAL, F. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. nº 15. ago/out, 2008. Salvador, 2008.

LÊFEVRE, M. B. M. O procedimento licitatório e a fase de habilitação no regime diferenciado de contratações públicas. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Coord. Marçal Justen Filho e Cesar Guimarães Pereira. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. Revisão técnica Carlos Roberto Martins Passos, Manuel José Nunes Pinto — São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009.

MOREIRA, E. B.; GUIMARÃES, F. V. *Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação — LGL e o Regime Diferenciado de Contratação — RDC*. São Paulo: Malheiros. 2012.

MOTTA, C. P. C.; BICALHO, A. P. N. *RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011*. 1ª Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2012.

NÓBREGA, M. A. R. O Regime Diferenciado de Contratação — RDC, negociação e o orçamento sigiloso. *Revista dos Tribunais Nordeste*. v. 1, n. 2013, set, 2014.

NÓBREGA, A. R. Eficiência nas Licitações Públicas. *Boletim de Licitações e Contratos*. Nova Dimensão Jurídica. Ano. 17, n. 6. Junho, 2004.

NOWAK, M. A.; SIGMUND, K. Cooperation versus Competition. *Financial Analyst Journal*. v. 56, n.4. jul/ago 2000. p. 13-22.

OHIRA, T; SCAZUFCA, P. Métodos de análise de eficiência de empresas para o setor de saneamento. *A economia do saneamento no Brasil*. Org: Gesner Oliveira e Perdo Scazufca. São Paulo: Singular. 2009. Disponível em: <[http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/F56F8DBFAF1FC1248325756E004F9971/\\$File/mesa_saneamento_Thelma_Ohira.pdf](http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/F56F8DBFAF1FC1248325756E004F9971/$File/mesa_saneamento_Thelma_Ohira.pdf)>. Acesso em 12 set. 2014.

REZENDE, R. M. de. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência. (Projeto de Lei nº 7.709, de 2007) *Revista Interesse Público*. n. 44. v. 9, 2007. Pp. 181-194.

RIBEIRO, M. P.; PRADO, L.N.; PINTO JUNIOR, M.E. *Regime Diferenciado de Contratação*: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas. 2012

SILVA, A. H. L. *Preço de Reserva Sigiloso e Licitações Públicas*. Monografia vencedora do terceiro lugar do Prêmio de Economia e Contabilidade do Setor Público do Tesouro da Fazenda. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf>. Acesso em 15 set. 2014.

ZYMLER, B.; DIOS, L. C. *Regime diferenciado de contratação — RDC*. Belo Horizonte: Fórum. 2014.

ANEXOS

Anexo I	Base de dados Parte I
Anexo II	Base de dados Parte II
Anexo III	Contratos de Recuperação e Manutenção de Rodovia 2ª Etapa
Anexo IV	Duração da licitação dos contratos com despacho de homologação publicado no DOU



Anexo I: Base de dados Parte I

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
328/2012-00	RDC	2	158.000.000,00	178.251.161,38	388,40	458.937,08	205.072.075,64	22,95
525/2012-00	RDC	2	208.731.206,27	243.257.529,79	501,90	484.673,30	266.835.211,38	21,78
527/2012-00	RDC	2	144.032.839,60	167.857.376,94	476,80	352.049,87	158.754.020,38	9,27
529/2012-00	RDC	2	157.086.991,47	182.709.021,75	386,40	472.849,44	193.924.563,61	19,00
530/2012-00	RDC	2	125.972.663,93	146.519.721,20	370,00	395.999,25	136.328.508,99	7,60
532/2012-00	RDC	2	102.328.268,34	119.254.433,63	342,70	347.984,92	149.282.729,05	31,45
533/2012-00	RDC	2	157.109.948,72	183.097.576,61	308,20	594.086,88	164.428.986,62	4,45
534/2012-00	RDC	2	80.202.944,74	93.469.350,21	299,08	312.522,90	85.322.281,64	6,00
536/2012-00	RDC	2	61.000.000,00	70.031.690,20	193,40	362.108,02	75.670.878,26	19,39
537/2012-00	RDC	2	37.498.965,27	43.701.686,13	179,30	243.735,00	46.855.171,81	19,97
639/2012-00	RDC	2	135.712.000,00	158.160.183,48	297,80	531.095,31	169.795.132,30	20,07
640/2012-00	RDC	2	45.199.374,57	52.675.823,62	221,00	238.352,14	48.325.797,87	6,47
641/2012-00	RDC	2	54.825.666,15	63.894.404,46	363,80	175.630,58	61.302.906,82	10,57
705/2012-00	RDC	2	199.152.392,02	231.635.594,93	394,40	587.311,35	210.825.224,04	5,54
759/2012-00	RDC	2	172.793.481,40	201.375.329,54	402,70	500.062,90	194.916.504,68	11,35
814/2012-00	RDC	2	167.093.746,89	191.833.729,77	601,20	319.084,71	172.481.910,84	3,12
829/2012-00	RDC	2	280.121.620,77	321.596.566,60	520,75	617.564,22	325.826.927,30	14,03

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
22/2013-00	RDC	2	227.900.000,00	261.642.986,81	425,30	615.196,30	248.920.075,61	8,44
59/2013-00	RDC	2	127.570.000,00	146.458.077,35	278,10	526.638,18	141.492.574,78	9,84
76/2013-00	RDC	2	112.799.990,71	127.334.800,80	355,00	358.689,58	134.593.632,09	16,19
96/2013-00	RDC	2	168.517.007,03	196.003.355,94	361,10	542.795,23	198.278.629,28	15,01
129/2013-00	RDC	2	74.680.123,88	85.737.299,99	89,40	959.030,20	88.222.237,31	15,35
378/2013-09	RDC	2	134.979.249,61	148.251.757,72	272,30	544.442,74	165.032.976,61	18,21
376/2013-09	RDC	2	135.980.000,00	149.350.911,89	122,40	1.220.187,19	157.158.510,23	13,48
377/2013-09	RDC	2	65.379.795,50	71.808.590,06	92,50	776.309,08	70.436.486,36	7,18
353/2013-09	RDC	2	128.834.000,00	145.434.867,71	182,10	798.653,86	153.388.642,28	16,01
352/2013-09	RDC	2	132.885.540,00	150.008.467,72	177,40	845.594,52	150.504.817,01	11,71
289/2013-09	RDC	2	174.752.344,99	197.270.007,72	305,60	645.517,04	205.078.996,15	14,79
773/2012-09	RDC	2	198.008.947,30	223.523.332,78	45,60	4.901.827,47	244.954.613,97	19,17
74/2013-12	RDC	2	142.360.818,07	163.438.831,26	277,00	590.031,88	153.079.872,19	7,00
644/2012-12	RDC	2	123.111.693,31	141.339.671,56	277,80	508.782,12	143.096.644,45	13,97
645/2012-12	RDC	2	93.534.130,83	107.382.840,54	156,40	686.591,05	110.801.588,00	15,58
514/2012-12	RDC	2	66.157.110,18	77.100.187,79	218,50	352.861,27	73.600.126,81	10,11
515/2012-12	RDC	2	118.853.948,86	138.239.891,95	280,20	493.361,50	151.399.030,77	21,50

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
516/2012-12	RDC	2	149.160.242,67	173.489.362,59	310,40	558.921,92	177.062.637,71	15,76
175/2012-16	RDC	2	86.650.000,00	100.783.244,92	155,10	649.795,26	104.182.514,87	16,83
176/2012-16	RDC	2	152.678.356,50	177.581.306,37	305,40	581.471,21	156.520.986,60	2,46
174/2012-16	RDC	2	100.226.956,18	116.574.701,35	214,50	543.471,80	113.332.983,87	11,56
173/2012-16	RDC	2	114.443.931,15	133.110.568,29	303,50	438.585,07	141.378.822,50	19,05
172/2012-16	RDC	2	141.035.000,00	164.038.833,78	297,00	552.319,31	170.754.444,78	17,40
124/2012-00	Concorrência	2	81.329.122,14	99.587.526,27	160,20	621.644,98	101.713.813,01	20,04
19/2012-00	Concorrência	2	68.488.564,74	83.864.261,17	138,60	605.081,25	80.646.448,23	15,08
161/2011-00	Concorrência	2	3.268.700,42	4.455.961,28	147,20	30.271,48	3.844.086,86	14,97
395/2010-00	Concorrência	2	110.318.032,20	147.629.684,53	147,20	1.002.919,05	113.811.210,09	3,07
570/2011-03	Concorrência	1	10.572.412,27	12.945.920,93	101,03	128.139,37	13.606.193,94	22,29
569/2011-03	Concorrência	1	15.930.177,09	19.506.505,02	107,00	182.303,79	20.422.878,76	22,00
567/2011-03	Concorrência	1	10.167.550,65	12.450.167,80	84,00	148.216,28	13.354.370,60	23,86
566/2011-03	Concorrência	1	24.910.338,70	30.502.714,70	96,23	316.977,19	28.939.325,03	13,92
565/2011-03	Concorrência	1	36.998.979,99	45.305.258,37	123,84	365.837,03	46.954.330,05	21,20
131/2012-04	Concorrência	1	6.213.231,12	7.240.964,50	43,70	165.697,13	6.798.699,95	8,61
129/2012-04	Concorrência	1	28.512.224,09	33.228.444,01	151,20	219.764,84	36.589.304,79	22,07

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
127/2012-04	Concorrência	1	9.727.150,19	11.336.122,52	53,70	211.100,98	12.188.364,79	20,19
128/2012-04	Concorrência	1	7.580.086,24	8.833.911,74	41,10	214.937,03	9.275.339,73	18,28
228/2009-04	Concorrência	1	23.359.156,61	33.322.987,95	154,30	215.962,33	23.643.697,15	1,20
156/2009-04	Concorrência	1	32.181.251,15	45.908.140,53	141,30	324.898,38	32.572.116,57	1,20
202/2009-04	Concorrência	1	11.003.522,74	15.697.067,40	92,20	170.250,19	11.068.427,94	0,59
203/2009-04	Concorrência	1	23.734.726,13	33.858.756,38	193,40	175.071,13	24.219.037,32	2,00
196/2009-04	Concorrência	1	9.734.706,31	13.887.038,24	43,70	317.781,20	11.268.985,89	13,62
180/2009-04	Concorrência	1	16.888.000,77	24.091.565,27	95,30	252.797,12	17.456.336,63	3,26
177/2009-04	Concorrência	1	22.889.708,72	32.653.297,41	178,00	183.445,49	23.114.297,22	0,97
179/2009-04	Concorrência	1	12.090.797,31	17.248.118,15	133,90	128.813,43	12.214.772,44	1,01
155/2009-04	Concorrência	1	52.669.547,48	75.135.704,83	199,20	377.187,27	54.302.608,03	3,01
151/2009-04	Concorrência	1	13.584.861,69	19.379.474,61	82,50	234.902,72	13.882.832,23	2,15
154/2009-04	Concorrência	1	12.253.308,10	17.479.947,80	64,90	269.336,64	12.436.226,99	1,47
171/2012-05 – Lote 1	Concorrência	1	42.145.086,88	49.876.413,94	207,10	240.832,52	53.733.616,85	21,57
171/2012-05 – Lote 2	Concorrência	1	15.889.344,84	18.804.173,85	155,80	120.694,31	21.121.510,61	24,77

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
171/2012-05 – Lote 3	Concorrência	1	7.646.876,59	9.049.661,78	62,70	144.332,72	9.332.913,72	18,07
170/2012-05 – Lote 1	Concorrência	1	9.775.890,06	11.569.233,22	86,80	133.286,10	13.599.389,06	28,12
170/2012-05 – Lote 2	Concorrência	1	21.928.364,54	25.951.024,61	130,10	199.469,83	27.648.039,87	20,69
170/2012-05 – Lote 3	Concorrência	1	16.602.228,07	19.647.832,30	181,60	108.192,91	22.827.675,94	27,27
326/2009-05	Concorrência	1	21.042.042,53	28.776.941,36	88,40	325.531,01	21.384.933,11	1,60
478/2012-06	Concorrência	1	32.484.424,12	37.782.869,84	74,50	507.152,62	40.272.456,20	19,34
475/2012-06	Concorrência	1	20.924.649,96	24.337.612,48	55,70	436.940,98	24.241.884,29	13,68
171/2010-06	Concorrência	1	27.862.225,08	37.982.372,27	196,00	193.787,61	28.760.383,66	3,12
455/2009-06	Concorrência	1	8.304.950,58	11.155.088,83	48,30	230.954,22	9.684.842,84	14,25
385/2011-08	Concorrência	1	2.595.243,46	3.122.001,14	11,40	273.859,75	2.922.648,34	11,20
201/2009-08	Concorrência	1	7.991.680,35	10.735.936,43	32,20	333.414,17	8.637.827,59	7,48
155/2012-10 L1	Concorrência	1	21.393.912,52	24.932.689,29	108,10	230.644,67	25.514.101,88	16,15
155/2012-10 L2	Concorrência	1	18.637.672,61	21.720.538,49	160,80	135.077,98	26.821.284,03	30,51
155/2012-10 L3	Concorrência	1	20.671.025,84	24.090.229,60	151,60	158.906,53	27.712.781,34	25,41
155/2012-10 L4	Concorrência	1	10.857.403,57	11.814.444,25	95,60	123.582,05	13.017.126,65	16,59

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
332/2010-10	Concorrência	1	19.037.020,14	25.951.666,96	123,10	210.817,77	19.366.801,94	1,70
144/2012-12	Concorrência	1	12.965.276,20	15.109.868,42	141,80	106.557,61	17.324.945,06	25,16
140/2012-12	Concorrência	1	14.652.912,71	17.371.858,42	91,60	189.649,11	17.464.813,16	16,10
141/2012-12	Concorrência	1	31.666.468,02	37.542.392,41	140,50	267.205,64	39.527.014,63	19,89
82/2012-12	Concorrência	2	83.738.010,34	99.452.330,30	186,50	533.256,46	97.963.402,33	14,52
201/2011-12	Concorrência	1	6.616.749,09	8.454.704,66	113,20	74.688,20	6.749.499,17	1,97
82/2010-12	Concorrência	1	29.789.331,12	40.739.668,39	22,80	1.786.827,56	30.430.153,17	2,11
66/2010-12	Concorrência	1	22.319.129,65	30.523.476,24	136,30	223.943,33	26.614.722,30	16,14
67/2010-12	Concorrência	1	10.371.444,87	14.183.911,11	220,80	64.238,73	14.545.002,46	28,69
64/2010-12	Concorrência	1	15.984.215,28	21.859.894,31	136,00	160.734,52	18.438.403,75	13,31
65/2010-12	Concorrência	1	16.351.498,36	22.362.187,93	102,40	218.380,74	16.702.851,26	2,10
265/2009-12	Concorrência	1	9.067.748,36	12.181.514,48	125,30	97.218,79	9.273.710,64	2,22
263/2009-12	Concorrência	1	25.947.750,62	34.857.925,85	187,40	186.008,14	26.632.957,55	2,57
264/2009-12	Concorrência	1	5.983.996,82	8.038.836,22	96,10	83.650,74	6.119.921,79	2,22
261/2009-12	Concorrência	1	17.470.708,41	23.469.959,58	105,20	223.098,48	17.863.915,23	2,20
262/2009-12	Concorrência	1	17.745.848,37	23.839.579,61	184,48	129.225,82	18.130.699,82	2,12
259/2009-12	Concorrência	1	26.092.232,82	35.052.021,66	187,60	186.844,47	26.781.325,64	2,57

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
257/2009-12	Concorrência	1	18.596.046,51	24.981.726,54	116,50	214.435,42	19.089.201,83	2,58
258/2009-12	Concorrência	1	10.894.986,11	14.636.205,79	95,70	152.938,41	11.176.336,75	2,52
275/2009-12	Concorrência	1	15.378.650,50	20.659.511,75	107,48	192.217,27	15.860.117,96	3,04
248/2009-12	Concorrência	1	14.885.598,97	19.997.151,69	90,20	221.697,91	15.361.479,97	3,10
203/2012-13	Concorrência	2	182.150.041,72	212.279.562,75	462,90	458.586,22	227.948.544,92	20,09
359/2009-13	Concorrência	1	19.570.905,20	26.291.341,10	117,80	223.186,26	19.969.537,92	2,00
321/2009-13	Concorrência	1	1.753.090,40	2.355.082,57	8,10	290.750,93	1.772.441,76	1,09
285/2009-14 L1	Concorrência	1	23.116.446,05	31.396.025,56	81,10	387.127,32	23.856.004,62	3,10
285/2009-14 L2	Concorrência	1	32.474.379,73	44.107.879,11	159,30	276.885,62	33.204.914,61	2,20
285/2009-14 L3	Concorrência	1	11.466.184,13	15.573.786,71	72,80	213.925,64	11.826.377,25	3,05
38/2012-15	Concorrência	2	71.151.930,96	82.921.204,14	104,40	794.264,41	90.312.071,13	21,22
154/2012-15	Concorrência	1	28.460.531,96	33.168.201,46	155,00	213.988,40	34.236.061,09	16,87
149/2012-15 L1	Concorrência	1	42.953.834,48	50.058.847,73	187,00	267.694,37	62.380.862,65	31,14
149/2012-15 L2	Concorrência	1	28.980.148,02	33.773.767,45	134,00	252.043,04	40.599.342,75	28,62
187/2012-15	Concorrência	1	32.221.103,13	37.550.810,42	161,60	232.368,88	44.139.750,52	27,00
153/2012-15	Concorrência	1	17.480.139,77	20.371.537,62	142,60	142.857,91	22.973.603,83	23,91
39/2012-15	Concorrência	2	129.707.007,86	153.775.008,47	196,30	783.367,34	134.171.596,10	3,33

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
37/2012-15	Concorrência	2	136.045.295,64	156.188.229,46	199,00	784.865,47	207.440.791,76	34,42
139/2010-16 L1	Concorrência	1	44.639.772,27	60.772.397,71	249,30	243.772,15	46.712.710,00	4,44
139/2010-16 L2	Concorrência	1	23.975.527,56	32.640.182,11	94,50	345.398,75	24.204.535,60	0,95
120/2010-16	Concorrência	1	37.270.440,06	50.970.777,51	141,80	359.455,41	38.235.612,27	2,52
51/2009-16 L1	Concorrência	1	30.945.419,40	44.145.165,64	144,40	305.714,44	38.095.507,42	18,77
51/2009-16 L2	Concorrência	1	23.533.572,63	33.571.801,00	105,80	317.313,81	24.367.619,53	3,42
174/2012-17	Concorrência	1	14.763.762,07	16.949.691,99	60,10	282.024,83	15.598.419,50	5,35
202/2012-17	Concorrência	1	43.361.839,54	50.434.470,80	156,20	322.883,94	49.008.412,98	11,52
182/2012-17	Concorrência	1	48.054.255,64	55.892.254,07	210,70	265.269,36	55.384.228,56	13,23
175/2012-17	Concorrência	1	8.013.882,87	9.321.005,42	51,50	180.990,40	8.878.935,15	9,74
161/2012-17	Concorrência	1	6.864.785,61	7.984.482,05	61,60	129.618,22	6.932.638,68	0,98
160/2012-17	Concorrência	1	14.256.485,85	16.581.822,33	72,00	230.303,09	15.330.962,57	7,01
159/2012-17	Concorrência	1	24.753.037,32	28.790.437,65	105,00	274.194,64	31.306.069,44	20,93
146/2012-17	Concorrência	1	9.160.007,93	10.654.071,81	76,39	139.469,46	9.965.172,40	8,08
185/2012-19	Concorrência	1	11.717.743,86	13.867.311,39	78,60	176.428,90	13.643.152,65	14,11
183/2012-19	Concorrência	1	20.280.673,16	24.001.071,64	102,10	235.074,16	23.563.365,71	13,93
184/2012-19	Concorrência	1	29.897.395,02	35.381.937,97	203,00	174.295,26	35.790.577,58	16,47

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
513/2011-19	Concorrência	2	141.308.872,93	167.826.971,87	325,60	515.439,10	176.875.614,48	20,11
510/2011-19	Concorrência	2	102.359.386,94	119.290.699,57	271,10	440.024,71	133.448.774,85	23,30
506/2011-19	Concorrência	2	80.768.042,90	94.127.921,52	126,30	745.272,54	95.703.795,38	15,61
509/2011-19	Concorrência	2	98.613.637,68	113.214.421,69	241,60	468.602,74	122.650.650,94	19,60
512/2012-19	Concorrência	2	30.756.964,32	36.528.832,75	84,60	431.782,89	37.297.969,42	17,54
507/2011-19	Concorrência	2	99.336.761,78	115.768.100,61	138,10	838.291,82	125.642.174,22	20,94
508/2011-19	Concorrência	2	74.672.138,03	87.023.690,26	115,10	756.070,29	88.341.504,57	15,47
511/2011-19	Concorrência	2	36.881.748,55	43.802.997,28	145,20	301.673,53	43.406.083,48	15,03
276/2011-19	Concorrência	1	30.971.899,00	36.866.478,37	108,30	340.410,70	37.189.407,77	16,72
155/2010-19	Concorrência	1	13.918.941,34	18.949.188,04	63,40	298.883,09	14.378.360,86	3,20
156/2010-19	Concorrência	1	13.200.677,30	17.971.346,41	54,60	329.145,54	14.230.674,19	7,24
157/2010-19	Concorrência	1	10.409.140,75	14.170.960,32	56,90	249.050,27	10.808.629,02	3,70
117/2010-19	Concorrência	1	17.223.517,86	23.448.024,58	85,20	275.211,56	17.604.169,47	2,16
118/2010-19	Concorrência	1	21.338.144,02	29.049.659,28	100,40	289.339,24	21.882.329,96	2,49
119/2010-19	Concorrência	1	21.894.193,55	29.806.662,77	101,70	293.084,20	22.570.292,98	3,00
89/2010-19	Concorrência	1	32.823.591,52	44.745.811,54	82,00	545.680,63	33.493.461,56	2,00
107/2010-19	Concorrência	1	25.202.706,94	34.310.858,94	106,30	322.773,84	25.758.068,27	2,16

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
108/2010-19	Concorrência	1	42.862.052,11	58.352.216,98	127,80	456.590,12	43.934.380,32	2,44
109/2010-19	Concorrência	1	21.299.595,11	28.997.178,96	128,70	225.308,31	21.793.645,00	2,27
29/2010-19	Concorrência	1	31.386.138,43	42.923.450,23	103,50	414.719,33	32.215.120,36	2,57
10/2012-21	Concorrência	1	5.460.109,17	6.976.781,17	14,30	487.886,80	6.356.871,50	14,11
139/2012-22 L1	Concorrência	1	50.477.900,46	58.827.472,87	124,80	471.373,98	58.564.605,58	13,81
139/2012-22 L2	Concorrência	1	32.492.617,16	37.867.235,70	63,21	599.070,33	35.762.798,65	9,14
139/2012-22 L3	Concorrência	1	36.601.929,07	42.656.270,76	94,90	449.486,52	40.016.078,04	8,53
139/2012-22 L4	Concorrência	1	23.871.653,14	27.820.274,11	236,77	117.499,15	27.616.777,43	13,56
139/2012-22 L5	Concorrência	1	21.202.688,75	24.709.835,11	108,81	227.091,58	25.320.728,23	16,26
234/2009-22 L1	Concorrência	1	22.519.860,99	30.587.291,10	105,00	291.307,53	22.715.390,02	0,86
234/2009-22 L2	Concorrência	1	40.366.692,26	54.827.503,93	104,40	525.167,66	41.621.284,79	3,01
234/2009-22 L3	Concorrência	1	13.672.170,60	18.570.037,46	73,75	251.797,12	13.739.770,00	0,49
234/2009-22 L4	Concorrência	1	15.844.697,67	21.520.842,43	73,75	291.808,03	15.939.625,30	0,60
314/2012-23	Concorrência	2	71.266.013,36	83.054.156,96	143,60	578.371,57	82.863.589,87	14,00
295/2012-23	Concorrência	2	65.775.119,33	76.655.011,66	114,50	669.476,08	84.978.672,19	22,60
266/2012-23	Concorrência	1	12.876.130,66	15.005.977,27	90,97	164.955,23	16.057.287,45	19,81
239/2012-23	Concorrência	2	124.171.509,63	147.473.601,77	206,60	713.812,21	152.694.614,33	18,68

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	CREMA	Proposta vencedora (R\$)	Proposta vencedora (R\$ - valor em 31 julho 2014)	Quilômetros de Rodovia	Preço por quilômetro (R\$)	Orçamento estimado (R\$)	Desconto (%)
94/2012-23	Concorrência	2	48.483.957,24	57.582.482,68	69,60	827.334,52	59.070.972,51	17,92
0016/2009-23	Concorrência	1	10.046.129,29	14.331.298,47	141,00	101.640,41	10.375.121,89	3,17
0011/2009-23	Concorrência	1	13.809.578,76	19.700.044,58	146,20	134.747,23	15.052.434,02	8,26
0014/2009-23	Concorrência	1	34.923.436,83	49.820.003,53	158,70	313.925,67	38.016.292,30	8,14

Anexo II: Base de dados Parte II

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
328/2012-00	RDC	2	3 agosto, 2012	7 novembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	96
525/2012-00	RDC	2	28 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	80
527/2012-00	RDC	2	28 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	80
529/2012-00	RDC	2	28 setembro, 2012	20 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	83
530/2012-00	RDC	2	28 setembro, 2012	24 setembro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	361
532/2012-00	RDC	2	28 setembro, 2012	8 março, 2013	DOU Homologação Adjudicação	161
533/2012-00	RDC	2	28 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	80
534/2012-00	RDC	2	28 setembro, 2012	26 abril, 2013	DOU Homologação Adjudicação	210
536/2012-00	RDC	2	28 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	80
537/2012-00	RDC	2	28 setembro, 2012	8 março, 2013	DOU Homologação Adjudicação	161
639/2012-00	RDC	2	1 novembro, 2012	15 maio, 2013	DOU Homologação Adjudicação	195
640/2012-00	RDC	2	1 novembro, 2012	24 janeiro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	84
641/2012-00	RDC	2	1 novembro, 2012	8 março, 2013	DOU Homologação Adjudicação	127
705/2012-00	RDC	2	13 novembro, 2012	17 abril, 2013	DOU Homologação Adjudicação	155
759/2012-00	RDC	2	27 novembro, 2012	8 março, 2013	DOU Homologação Adjudicação	101
814/2012-00	RDC	2	7 dezembro, 2012	29 maio, 2013	DOU Homologação Adjudicação	173
829/2012-00	RDC	2	13 dezembro, 2012	6 agosto, 2013	DOU Homologação Adjudicação	236

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
22/2013-00	RDC	2	23 janeiro, 2013	2 outubro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	252
59/2013-00	RDC	2	5 fevereiro, 2013	21 junho, 2013	DOU Homologação Adjudicação	136
76/2013-00	RDC	2	15 fevereiro, 2013	9 julho, 2013	DOU Homologação Adjudicação	144
96/2013-00	RDC	2	13 fevereiro, 2013	13 junho, 2013	DOU Homologação Adjudicação	120
129/2013-00	RDC	2	13 março, 2013	8 outubro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	209
378/2013-09	RDC	2	19 agosto, 2013	20 dezembro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	123
376/2013-09	RDC	2	19 agosto, 2013	16 dezembro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	119
377/2013-09	RDC	2	19 agosto, 2013	16 dezembro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	119
353/2013-09	RDC	2	25 junho, 2013	2 dezembro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	160
352/2013-09	RDC	2	25 junho, 2013	24 janeiro, 2014	DOU Homologação Adjudicação	213
289/2013-09	RDC	2	3 junho, 2013	14 janeiro, 2014	DOU Homologação Adjudicação	225
773/2012-09	RDC	2	27 novembro, 2012	20 fevereiro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	85
74/2013-12	RDC	2	13 fevereiro, 2013	19 novembro, 2013	DOU Homologação Adjudicação	279
644/2012-12	RDC	2	31 outubro, 2012	17 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	47
645/2012-12	RDC	2	31 outubro, 2012	4 junho, 2013	DOU Homologação Adjudicação	216
514/2012-12	RDC	2	28 setembro, 2012	13 dezembro, 2012	N/A	N/A
515/2012-12	RDC	2	28 setembro, 2012	11 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	74

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
516/2012-12	RDC	2	28 setembro, 2012	13 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	76
175/2012-16	RDC	2	31 agosto, 2012	29 outubro, 2012	DOU Julgamento Proposta	66
176/2012-16	RDC	2	31 agosto, 2012	22 novembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	90
174/2012-16	RDC	2	31 agosto, 2012	29 outubro, 2012	DOU Julgamento Proposta	66
173/2012-16	RDC	2	31 agosto, 2012	29 outubro, 2012	DOU Julgamento Proposta	66
172/2012-16	RDC	2	31 agosto, 2012	29 outubro, 2012	DOU Julgamento Proposta	66
124/2012-00	Concorrência	2	24 abril, 2012	13 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	233
19/2012-00	Concorrência	2	1 fevereiro, 2012	30 novembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	303
161/2011-00	Concorrência	2	5 maio, 2011	21 maio, 2012	DOU Homologação Adjudicação	382
395/2010-00	Concorrência	2	30 agosto, 2010	8 novembro, 2010	DOU Julgamento Proposta	77
570/2011-03	Concorrência	1	30 dezembro, 2011	8 agosto, 2012	DOU Julgamento Proposta	229
569/2011-03	Concorrência	1	30 dezembro, 2011	19 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	271
567/2011-03	Concorrência	1	30 dezembro, 2011	31 julho, 2012	DOU Julgamento Proposta	214
566/2011-03	Concorrência	1	30 dezembro, 2011	4 junho, 2012	N/A	N/A
565/2011-03	Concorrência	1	30 dezembro, 2011	11 maio, 2012	DOU Julgamento Proposta	140
131/2012-04	Concorrência	1	21 junho, 2012	19 novembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	151
129/2012-04	Concorrência	1	21 junho, 2012	24 outubro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	125

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
127/2012-04	Concorrência	1	21 junho, 2012	19 novembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	151
128/2012-04	Concorrência	1	22 junho, 2012	19 novembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	150
228/2009-04	Concorrência	1	12 maio, 2009	30 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	56
156/2009-04	Concorrência	1	9 abril, 2009	10 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	69
202/2009-04	Concorrência	1	28 abril, 2009	12 agosto, 2009	DOU Julgamento Proposta	113
203/2009-04	Concorrência	1	28 abril, 2009	24 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	64
196/2009-04	Concorrência	1	24 abril, 2009	22 maio, 2009	DOU Julgamento Proposta	35
180/2009-04	Concorrência	1	20 abril, 2009	26 maio, 2009	DOU Julgamento Proposta	43
177/2009-04	Concorrência	1	20 abril, 2009	22 maio, 2009	DOU Julgamento Proposta	39
179/2009-04	Concorrência	1	20 abril, 2009	4 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	52
155/2009-04	Concorrência	1	9 abril, 2009	14 maio, 2009	DOU Julgamento Proposta	42
151/2009-04	Concorrência	1	8 abril, 2009	15 maio, 2009	DOU Julgamento Proposta	44
154/2009-04	Concorrência	1	8 abril, 2009	14 maio, 2009	DOU Julgamento Proposta	43
171/2012-05 – Lote 1	Concorrência	1	11 maio, 2012	13 setembro, 2012	DOU Julgamento Recurso	132
171/2012-05 – Lote 2	Concorrência	1	11 maio, 2012	15 agosto, 2012	DOU Julgamento Proposta	103

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
171/2012-05 – Lote 3	Concorrência	1	11 maio, 2012	15 agosto, 2012	DOU Julgamento Proposta	103
170/2012-05 – Lote 1	Concorrência	1	10 maio, 2012	23 julho, 2012	DOU Julgamento Proposta	81
170/2012-05 – Lote 2	Concorrência	1	10 maio, 2012	23 julho, 2012	DOU Julgamento Proposta	81
170/2012-05 – Lote 3	Concorrência	1	10 maio, 2012	23 julho, 2012	DOU Julgamento Proposta	81
326/2009-05	Concorrência	1	22 junho, 2009	17 agosto, 2009	DOU Julgamento Proposta	63
478/2012-06	Concorrência	1	20 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	95
475/2012-06	Concorrência	1	19 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	96
171/2010-06	Concorrência	1	27 abril, 2010	14 setembro, 2010	DOU Julgamento Proposta	147
455/2009-06	Concorrência	1	17 agosto, 2009	26 novembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	108
385/2011-08	Concorrência	1	1 março, 2010	11 janeiro, 2012	DOU Julgamento Proposta	688
201/2009-08	Concorrência	1	27 abril, 2009	29 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	70
155/2012-10 L1	Concorrência	1	4 maio, 2012	8 outubro, 2012	DOU Julgamento Recurso	164
155/2012-10 L2	Concorrência	1	4 maio, 2012	8 outubro, 2012	DOU Julgamento Recurso	164
155/2012-10 L3	Concorrência	1	4 maio, 2012	8 outubro, 2012	DOU Julgamento Recurso	164
155/2012-10 L4	Concorrência	1	4 maio, 2012	8 outubro, 2012	DOU Julgamento Recurso	164

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
332/2010-10	Concorrência	1	27 junho, 2010	21 outubro, 2010	DOU Julgamento Proposta	123
144/2012-12	Concorrência	1	27 abril, 2012	21 setembro, 2012	DOU Julgamento Recurso	154
140/2012-12	Concorrência	1	27 abril, 2012	21 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	154
141/2012-12	Concorrência	1	27 abril, 2012	19 setembro, 2012	DOU Homologação e Adjudicação	145
82/2012-12	Concorrência	2	29 março, 2012	5 setembro, 2012	DOU Homologação e Adjudicação	160
201/2011-12	Concorrência	1	27 maio, 2011	18 outubro, 2011	DOU Julgamento Recurso	151
82/2010-12	Concorrência	1	1 março, 2010	30 julho, 2010	DOU Julgamento Proposta	158
66/2010-12	Concorrência	1	16 março, 2010	25 novembro, 2010	DOU Julgamento Proposta	261
67/2010-12	Concorrência	1	22 fevereiro, 2010	25 novembro, 2010	DOU Julgamento Recurso	283
64/2010-12	Concorrência	1	22 fevereiro, 2010	21 julho, 2010	DOU Julgamento Recurso	156
65/2010-12	Concorrência	1	22 dezembro, 2009	19 maio, 2010	DOU Julgamento Recurso	155
265/2009-12	Concorrência	1	22 maio, 2009	8 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	116
263/2009-12	Concorrência	1	22 maio, 2009	1 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	109
264/2009-12	Concorrência	1	22 maio, 2009	1 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	109
261/2009-12	Concorrência	1	22 maio, 2009	1 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	109
262/2009-12	Concorrência	1	22 maio, 2009	1 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	109

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
259/2009-12	Concorrência	1	22 maio, 2009	8 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	116
257/2009-12	Concorrência	1	22 maio, 2009	29 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	137
258/2009-12	Concorrência	1	22 maio, 2009	29 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	137
275/2009-12	Concorrência	1	28 maio, 2009	3 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	105
248/2009-12	Concorrência	1	18 maio, 2009	8 setembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	120
203/2012-13	Concorrência	2	29 maio, 2012	30 agosto, 2012	DOU Julgamento Proposta	100
359/2009-13	Concorrência	1	2 julho, 2009	13 agosto, 2009	DOU Julgamento Proposta	49
321/2009-13	Concorrência	1	18 junho, 2009	30 julho, 2009	DOU Julgamento Proposta	49
285/2009-14 L1	Concorrência	1	N/A	18 novembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	N/A
285/2009-14 L2	Concorrência	1	N/A	18 novembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	N/A
285/2009-14 L3	Concorrência	1	N/A	18 novembro, 2009	DOU Julgamento Proposta	N/A
38/2012-15	Concorrência	2	16 fevereiro, 2012	13 novembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	278
154/2012-15	Concorrência	1	9 maio, 2012	3 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	124
149/2012-15 L1	Concorrência	1	15 maio, 2012	20 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	135
149/2012-15 L2	Concorrência	1	15 maio, 2012	20 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	135
187/2012-15	Concorrência	1	21 maio, 2012	3 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	112
153/2012-15	Concorrência	1	9 maio, 2012	17 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	138

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
39/2012-15	Concorrência	2	16 fevereiro, 2012	12 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	216
37/2012-15	Concorrência	2	16 fevereiro, 2012	24 outubro, 2012	DOU Julgamento Proposta	258
139/2010-16 L1	Concorrência	1	13 abril, 2010	1 julho, 2010	DOU Julgamento Proposta	86
139/2010-16 L2	Concorrência	1	13 abril, 2010	1 julho, 2010	DOU Julgamento Proposta	86
120/2010-16	Concorrência	1	29 março, 2010	22 julho, 2010	DOU Julgamento Proposta	122
51/2009-16 L1	Concorrência	1	12 fevereiro, 2009	22 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	137
51/2009-16 L2	Concorrência	1	12 fevereiro, 2009	22 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	137
174/2012-17	Concorrência	1	21 maio, 2012	9 outubro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	141
202/2012-17	Concorrência	1	29 maio, 2012	17 outubro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	141
182/2012-17	Concorrência	1	21 maio, 2012	10 outubro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	142
175/2012-17	Concorrência	1	21 maio, 2012	5 outubro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	137
161/2012-17	Concorrência	1	18 maio, 2012	30 agosto, 2012	DOU Homologação Adjudicação	104
160/2012-17	Concorrência	1	18 maio, 2012	30 agosto, 2012	DOU Homologação Adjudicação	104
159/2012-17	Concorrência	1	18 maio, 2012	10 outubro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	145
146/2012-17	Concorrência	1	10 maio, 2012	5 outubro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	148
185/2012-19	Concorrência	1	18 julho, 2012	28 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	79
183/2012-19	Concorrência	1	18 julho, 2012	19 dezembro, 2012	DOU Julgamento Recurso	161

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
184/2012-19	Concorrência	1	18 julho, 2012	3 dezembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	145
513/2011-19	Concorrência	2	2 janeiro, 2012	24 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	273
510/2011-19	Concorrência	2	2 janeiro, 2012	10 dezembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	350
506/2011-19	Concorrência	2	2 janeiro, 2012	20 dezembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	360
509/2011-19	Concorrência	2	2 janeiro, 2012	4 março, 2013	DOU Julgamento Proposta	434
512/2012-19	Concorrência	2	2 janeiro, 2012	5 dezembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	345
507/2011-19	Concorrência	2	2 janeiro, 2012	5 dezembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	345
508/2011-19	Concorrência	2	2 janeiro, 2012	24 abril, 2013	DOU Julgamento Proposta	485
511/2011-19	Concorrência	2	2 janeiro, 2012	21 novembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	331
276/2011-19	Concorrência	1	5 setembro, 2011	17 maio, 2012	DOU Homologação Adjudicação	255
155/2010-19	Concorrência	1	7 junho, 2010	29 novembro, 2010	DOU Homologação Adjudicação	175
156/2010-19	Concorrência	1	7 junho, 2010	22 dezembro, 2010	DOU Homologação Adjudicação	198
157/2010-19	Concorrência	1	7 junho, 2010	22 dezembro, 2010	DOU Homologação Adjudicação	198
117/2010-19	Concorrência	1	16 abril, 2010	21 junho, 2010	DOU Julgamento Proposta	73
118/2010-19	Concorrência	1	16 abril, 2010	6 novembro, 2010	DOU Julgamento Proposta	211
119/2010-19	Concorrência	1	16 abril, 2010	7 setembro, 2010	DOU Julgamento Proposta	151
89/2010-19	Concorrência	1	13 abril, 2010	5 agosto, 2010	DOU Julgamento Proposta	121

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
107/2010-19	Concorrência	1	13 abril, 2010	21 junho, 2010	DOU Julgamento Proposta	76
108/2010-19	Concorrência	1	13 abril, 2010	4 junho, 2010	DOU Julgamento Proposta	59
109/2010-19	Concorrência	1	13 abril, 2010	11 junho, 2010	DOU Julgamento Proposta	66
29/2010-19	Concorrência	1	9 fevereiro, 2010	24 março, 2010	DOU Julgamento Proposta	50
10/2012-21	Concorrência	1	17 fevereiro, 2012	25 maio, 2012	DOU Julgamento Proposta	105
139/2012-22 L1	Concorrência	1	27 abril, 2012	10 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	143
139/2012-22 L2	Concorrência	1	27 abril, 2012	4 outubro, 2012	DOU Julgamento Recurso	167
139/2012-22 L3	Concorrência	1	27 abril, 2012	10 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	143
139/2012-22 L4	Concorrência	1	27 abril, 2012	10 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	143
139/2012-22 L5	Concorrência	1	27 abril, 2012	10 setembro, 2012	DOU Julgamento Proposta	143
234/2009-22 L1	Concorrência	1	13 maio, 2009	23 julho, 2009	DOU Julgamento Proposta	78
234/2009-22 L2	Concorrência	1	13 maio, 2009	23 julho, 2009	DOU Julgamento Proposta	78
234/2009-22 L3	Concorrência	1	13 maio, 2009	12 agosto, 2009	DOU Julgamento Recurso	98
234/2009-22 L4	Concorrência	1	13 maio, 2009	12 agosto, 2009	DOU Julgamento Recurso	98
314/2012-23	Concorrência	2	2 agosto, 2012	28 dezembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	148
295/2012-23	Concorrência	2	19 julho, 2012	20 novembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	124
266/2012-23	Concorrência	1	3 julho, 2012	3 outubro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	92

Evento (número do procedimento licitatório)	Modalidade de Licitação	Etapas CREMA	Data de publicação do aviso de licitação no DOU	Data do termo final	DOU considerado termo final	Duração da licitação (dias)
239/2012-23	Concorrência	2	20 junho, 2012	14 novembro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	147
94/2012-23	Concorrência	2	5 abril, 2012	5 outubro, 2012	DOU Homologação Adjudicação	183
0016/2009-23	Concorrência	1	16 janeiro, 2009	4 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	146
0011/2009-23	Concorrência	1	15 janeiro, 2009	5 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	141
0014/2009-23	Concorrência	1	16 janeiro, 2009	10 junho, 2009	DOU Julgamento Proposta	145

Anexo III: Contratos de Recuperação e Manutenção de Rodovia

2ª Etapa

Eventos	Modalidade de licitação	Preço Proposta Vencedora	Orçamento	Desconto	Quilô-metro	Preço por quilômetro
328/2012-00	RDC	R\$ 178.251.161,38	R\$ 231.356.554,74	22,95%	388,40	R\$ 458.937,08
525/2012-00	RDC	R\$ 243.257.529,79	R\$ 310.972.544,74	21,78%	501,90	R\$ 484.673,30
527/2012-00	RDC	R\$ 167.857.376,94	R\$ 185.013.594,91	9,27%	476,80	R\$ 352.049,87
529/2012-00	RDC	R\$ 182.709.021,75	R\$ 225.555.069,70	19,00%	386,40	R\$ 472.849,44
530/2012-00	RDC	R\$ 146.519.721,20	R\$ 158.564.679,87	7,60%	370,00	R\$ 395.999,25
532/2012-00	RDC	R\$ 119.254.433,63	R\$ 173.975.652,98	31,45%	342,70	R\$ 347.984,92
533/2012-00	RDC	R\$ 183.097.576,61	R\$ 191.627.259,89	4,45%	308,20	R\$ 594.086,88
534/2012-00	RDC	R\$ 93.469.350,21	R\$ 99.435.478,95	6,00%	299,08	R\$ 312.522,90
536/2012-00	RDC	R\$ 70.031.690,20	R\$ 86.874.745,95	19,39%	193,40	R\$ 362.108,02
537/2012-00	RDC	R\$ 43.701.686,13	R\$ 54.605.507,03	19,97%	179,30	R\$ 243.735,00
639/2012-00	RDC	R\$ 158.160.183,48	R\$ 197.881.022,16	20,07%	297,80	R\$ 531.095,31
640/2012-00	RDC	R\$ 52.675.823,62	R\$ 56.319.390,02	6,47%	221,00	R\$ 238.352,14
641/2012-00	RDC	R\$ 63.894.404,46	R\$ 71.443.048,45	10,57%	363,80	R\$ 175.630,58
705/2012-00	RDC	R\$ 231.635.594,93	R\$ 245.212.350,71	5,54%	394,40	R\$ 587.311,35
759/2012-00	RDC	R\$ 201.375.329,54	R\$ 227.157.732,14	11,35%	402,70	R\$ 500.062,90
814/2012-00	RDC	R\$ 191.833.729,77	R\$ 198.019.667,94	3,12%	601,20	R\$ 319.084,71
829/2012-00	RDC	R\$ 321.596.566,60	R\$ 374.069.023,44	14,03%	520,75	R\$ 617.564,22
22/2013-00	RDC	R\$ 261.642.986,81	R\$ 285.775.305,22	8,44%	425,30	R\$ 615.196,30

Eventos	Modalidade de licitação	Preço Proposta Vencedora	Orçamento	Desconto	Quilô-metro	Preço por quilômetro
59/2013-00	RDC	R\$ 146.458.077,35	R\$ 162.442.035,44	9,84%	278,10	R\$ 526.638,18
76/2013-00	RDC	R\$ 127.334.800,80	R\$ 151.936.655,52	16,19%	355,00	R\$ 358.689,58
96/2013-00	RDC	R\$ 196.003.355,94	R\$ 230.619.315,14	15,01%	361,10	R\$ 542.795,23
129/2013-00	RDC	R\$ 85.737.299,99	R\$ 101.284.465,44	15,35%	89,40	R\$ 959.030,20
378/2013-09	RDC	R\$ 148.251.757,72	R\$ 181.260.667,36	18,21%	272,30	R\$ 544.442,74
376/2013-09	RDC	R\$ 149.350.911,89	R\$ 172.611.904,79	13,48%	122,40	R\$ 1.220.187,19
377/2013-09	RDC	R\$ 71.808.590,06	R\$ 77.362.505,28	7,18%	92,50	R\$ 776.309,08
353/2013-09	RDC	R\$ 145.434.867,71	R\$ 173.153.491,30	16,01%	182,10	R\$ 798.653,86
352/2013-09	RDC	R\$ 150.008.467,72	R\$ 169.898.071,56	11,71%	177,40	R\$ 845.594,52
289/2013-09	RDC	R\$ 197.270.007,72	R\$ 231.504.390,73	14,79%	305,60	R\$ 645.517,04
773/2012-09	RDC	R\$ 223.523.332,78	R\$ 276.518.169,72	19,17%	202,90	R\$ 1.101.642,84
74/2013-12	RDC	R\$ 163.438.831,26	R\$ 175.744.953,84	7,00%	277,00	R\$ 590.031,88
644/2012-12	RDC	R\$ 141.339.671,56	R\$ 164.283.604,46	13,97%	277,80	R\$ 508.782,12
645/2012-12	RDC	R\$ 107.382.840,54	R\$ 127.206.925,97	15,58%	156,40	R\$ 686.591,05
514/2012-12	RDC	R\$ 77.100.187,79	R\$ 85.774.357,17	10,11%	218,50	R\$ 352.861,27
515/2012-12	RDC	R\$ 138.239.891,95	R\$ 176.093.313,31	21,50%	280,20	R\$ 493.361,50
516/2012-12	RDC	R\$ 173.489.362,59	R\$ 205.942.841,11	15,76%	310,40	R\$ 558.921,92
175/2012-16	RDC	R\$ 100.783.244,92	R\$ 121.175.440,42	16,83%	155,10	R\$ 649.795,26

Eventos	Modalidade de licitação	Preço Proposta Vencedora	Orçamento	Desconto	Quilômetro	Preço por quilômetro
176/2012-16	RDC	R\$ 177.581.306,37	R\$ 182.050.697,37	2,46%	305,40	R\$ 581.471,21
174/2012-16	RDC	R\$ 116.574.701,35	R\$ 131.818.417,43	11,56%	214,50	R\$ 543.471,80
173/2012-16	RDC	R\$ 133.110.568,29	R\$ 164.438.736,23	19,05%	303,50	R\$ 438.585,07
172/2012-16	RDC	R\$ 164.038.833,78	R\$ 198.605.736,05	17,40%	297,00	R\$ 552.319,31
124/2012-00	Concorrência	R\$ 99.587.526,27	R\$ 124.548.584,30	20,04%	160,20	R\$ 621.644,98
19/2012-00	Concorrência	R\$ 83.864.261,17	R\$ 98.751.591,93	15,08%	138,60	R\$ 605.081,25
161/2011-00	Concorrência	R\$ 4.455.961,28	R\$ 5.240.340,20	14,97%	147,20	R\$ 30.271,48
395/2010-00	Concorrência	R\$ 147.629.684,53	R\$ 152.304.321,48	3,07%	147,20	R\$ 1.002.919,05
82/2012-12	Concorrência	R\$ 99.452.330,30	R\$ 116.347.266,99	14,52%	186,50	R\$ 533.256,46
203/2012-13	Concorrência	R\$ 212.279.562,75	R\$ 265.653.617,14	20,09%	462,90	R\$ 458.586,22
38/2012-15	Concorrência	R\$ 82.921.204,14	R\$ 105.250.631,78	21,22%	104,40	R\$ 794.264,41
39/2012-15	Concorrência	R\$ 153.775.008,47	R\$ 159.068.030,84	3,33%	196,30	R\$ 783.367,34
37/2012-15	Concorrência	R\$ 156.188.229,46	R\$ 238.154.578,07	34,42%	199,00	R\$ 784.865,47
513/2011-19	Concorrência	R\$ 167.826.971,87	R\$ 210.068.187,22	20,11%	325,60	R\$ 515.439,10
510/2011-19	Concorrência	R\$ 119.290.699,57	R\$ 155.522.597,24	23,30%	271,10	R\$ 440.024,71
506/2011-19	Concorrência	R\$ 94.127.921,52	R\$ 111.534.203,59	15,61%	126,30	R\$ 745.272,54
509/2011-19	Concorrência	R\$ 113.214.421,69	R\$ 140.810.367,03	19,60%	241,60	R\$ 468.602,74
512/2012-19	Concorrência	R\$ 36.528.832,75	R\$ 44.297.326,38	17,54%	84,60	R\$ 431.782,89

Eventos	Modalidade de licitação	Preço Proposta Vencedora	Orcamento	Desconto	Quilô-metro	Preço por quilômetro
507/2011-19	Concorrência	R\$ 115.768.100,61	R\$ 146.424.703,25	20,94%	138,10	R\$ 838.291,82
508/2011-19	Concorrência	R\$ 87.023.690,26	R\$ 102.954.112,92	15,47%	115,10	R\$ 756.070,29
511/2011-19	Concorrência	R\$ 43.802.997,28	R\$ 51.551.692,40	15,03%	145,20	R\$ 301.673,53
314/2012-23	Concorrência	R\$ 83.054.156,96	R\$ 96.570.093,86	14,00%	143,60	R\$ 578.371,57
295/2012-23	Concorrência	R\$ 76.655.011,66	R\$ 99.035.032,91	22,60%	114,50	R\$ 669.476,08
239/2012-23	Concorrência	R\$ 147.473.601,77	R\$ 181.349.367,61	18,68%	206,60	R\$ 713.812,21
94/2012-23	Concorrência	R\$ 57.582.482,68	R\$ 70.156.262,92	17,92%	69,60	R\$ 827.334,52

Anexo IV: Duração da licitação dos contratos com despacho de homologação publicado no DOU

Número da Licitação	Modalidade de Licitação	Aviso de licitação DOU	Homologação DOU	Duração da licitação (dias)
328/12-00	RDC	3 agosto, 2012	7 novembro, 2012	96
525/2012-00	RDC	28 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	80
527/2012-00	RDC	28 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	80
529/2012-00	RDC	28 setembro, 2012	20 dezembro, 2012	83
530/2012-00	RDC	28 setembro, 2012	24 setembro, 2013	361
532/2012-00	RDC	28 setembro, 2012	8 março, 2013	161
533/2012-00	RDC	28 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	80
534/2012-00	RDC	28 setembro, 2012	26 abril, 2013	210
536/2012-00	RDC	28 setembro, 2012	17 dezembro, 2012	80
537/2012-00	RDC	28 setembro, 2012	8 março, 2013	161
639/2012-00	RDC	1 novembro, 2012	15 maio, 2013	195
640/2012-00	RDC	1 novembro, 2012	24 janeiro, 2013	84
641/2012-00	RDC	1 novembro, 2012	8 março, 2013	127
705/2012-00	RDC	13 novembro, 2012	17 abril, 2013	155
759/2012-00	RDC	27 novembro, 2012	8 março, 2013	101
814/2012-00	RDC	7 dezembro, 2012	29 maio, 2013	173
829/2012-00	RDC	13 dezembro, 2012	6 agosto, 2013	236
22/2013-00	RDC	23 janeiro, 2013	2 outubro, 2013	252
59/2013-00	RDC	5 fevereiro, 2013	21 junho, 2013	136

Número da Licitação	Modalidade de Licitação	Aviso de licitação DOU	Homologação DOU	Duração da licitação (dias)
76/2013-00	RDC	15 fevereiro, 2013	9 julho, 2013	144
96/2013-00	RDC	13 fevereiro, 2013	13 junho, 2013	120
129/2013-00	RDC	13 março, 2013	8 outubro, 2013	209
378/2013-09	RDC	19 agosto, 2013	20 dezembro, 2013	123
376/2013-09	RDC	19 agosto, 2013	16 dezembro, 2013	119
377/2013-09	RDC	19 agosto, 2013	16 dezembro, 2013	119
353/2013-09	RDC	25 junho, 2013	2 dezembro, 2013	160
352/13-09	RDC	25 junho, 2013	24 janeiro, 2014	213
289/2013-09	RDC	3 junho, 2013	14 janeiro, 2014	225
773/2012-09	RDC	27 novembro, 2012	20 fevereiro, 2013	85
74/2013-12	RDC	13 fevereiro, 2013	19 novembro, 2013	279
644/2012-12	RDC	31 outubro, 2012	17 dezembro, 2012	47
645/2012-12	RDC	31 outubro, 2012	4 junho, 2013	216
515/2012-12	RDC	28 setembro, 2012	11 dezembro, 2012	74
516/2012-12	RDC	28 setembro, 2012	13 dezembro, 2012	76
124/2012-00	Concorrência	24 abril, 2012	13 dezembro, 2012	233
19/2012-00	Concorrência	1 fevereiro, 2012	30 novembro, 2012	303
161/2011-00	Concorrência	5 maio, 2011	21 maio, 2012	382
131/2012-04	Concorrência	21 junho, 2012	19 novembro, 2012	151

Número da Licitação	Modalidade de Licitação	Aviso de licitação DOU	Homologação DOU	Duração da licitação (dias)
129/2012-04	Concorrência	21 junho, 2012	24 outubro, 2012	125
127/2012-04	Concorrência	21 junho, 2012	19 novembro, 2012	151
128/2012-04	Concorrência	22 junho, 2012	19 novembro, 2012	150
141/2012-12	Concorrência	27 abril, 2012	19 setembro, 2012	145
82/2012-12	Concorrência	29 março, 2012	5 setembro, 2012	160
174/2012-17	Concorrência	21 maio, 2012	9 outubro, 2012	141
202/2012-17	Concorrência	29 maio, 2012	17 outubro, 2012	141
182/2012-17	Concorrência	21 maio, 2012	10 outubro, 2012	142
175/2012-17	Concorrência	21 maio, 2012	5 outubro, 2012	137
161/12-17	Concorrência	18 maio, 2012	30 agosto, 2012	104
160/2012-17	Concorrência	18 maio, 2012	30 agosto, 2012	104
159/2012-17	Concorrência	18 maio, 2012	10 outubro, 2012	145
146/2012-17	Concorrência	10 maio, 2012	5 outubro, 2012	148
276/2011-19	Concorrência	5 setembro, 2011	17 maio, 2012	255
155/2010-19	Concorrência	7 junho, 2010	29 novembro, 2010	175
156/2010-19	Concorrência	7 junho, 2010	22 dezembro, 2010	198
157/2010-19	Concorrência	7 junho, 2010	22 dezembro, 2010	198
314/2012-23	Concorrência	2 agosto, 2012	28 dezembro, 2012	148
295/2012-23	Concorrência	19 julho, 2012	20 novembro, 2012	124

Número da Licitação	Modalidade de Licitação	Aviso de licitação DOU	Homologação DOU	Duração da licitação (dias)
266/2012-23	Concorrência	3 julho, 2012	3 outubro, 2012	92
239/2012-23	Concorrência	20 junho, 2012	14 novembro, 2012	147
94/2012-23	Concorrência	5 abril, 2012	5 outubro, 2012	183

A (DES)NECESSIDADE DO CONCEITO DE CAPITAL SOCIAL NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS NORTE-AMERICANO E EUROPEU

AUGUSTO RODRIGUES COUTINHO DE MELO FILHO

Resumo

O trabalho analisa o tema do capital social no direito societário brasileiro. Seu objetivo é demonstrar, do ponto de vista jurídico, os malefícios e benefícios que o instituto promove. Apesar de ser tido como um conceito clássico e essencial no Brasil para as sociedades com limitação de responsabilidade de seus sócios, este instituto vem sendo cada vez mais criticado no sentido de que não desempenha suas funções clássicas (organização, produção e proteção de credores) de maneira efetiva nos dias atuais.

Nesse contexto, o direito societário moderno vem passando por uma evolução no sentido de questionar a efetividade de seus institutos. A análise aqui proposta do capital social segue esse raciocínio.

Para auxiliar na interpretação do instituto no Brasil, serão estudadas as lições e legislações dos ordenamentos europeu e norte-americano, nos quais o tema já foi amplamente debatido. O tratamento dado pelo *Revised Model Business Corporation Act*, legislação modelo norte-americana, e pela Segunda Diretiva do Capital da União Europeia ao instituto serão comparados com o tratamento da Lei das S.A. para o capital social.

Por fim, serão identificadas particularidades do instituto do capital social no Brasil em relação aos ordenamentos estrangeiros, que demonstram que uma eventual supressão do conceito de capital social no Brasil possuiria características próprias que não estão presentes na Europa e nos Estados Unidos. Nesse contexto, serão identificados os custos legislativos que uma eventual mudança do regime de capital social teria no sistema legislativo brasileiro.

Palavras—chave:

Capital social; funções do capital social; proteção de credores; direito societário contemporâneo; *Revised Model Business Corporation Act*; Segunda Diretiva do Capital da União Europeia.

Introdução

O capital social é um conceito em crise. Dentre os diversos institutos existentes no direito societário, este tem sido objeto de diversas críticas pela literatura jurídica — em especial a norte-americana — a ponto de levar vários países a questionarem a necessidade de manutenção deste conceito no âmbito de suas legislações pátrias.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a mudança que o regime do capital social tem passado nas últimas décadas, a fim de determinar se o instituto cumpre as funções que lhe foram historicamente atribuídas. Isso porque, apesar de este conceito ter sido interpretado pelos juristas, durante mais de três séculos, como um “dogma” do direito societário, desde o final do século XX ele tem sido posto em xeque.

Nesse sentido, referimo-nos à evolução pela qual vem passando o direito societário, no qual a análise sobre a efetividade que os institutos societários clássicos desempenham na prática empresarial contemporânea mostra-se de fundamental importância para determinar sua utilidade no sistema jurídico vigente. Por meio de tal análise, alguns doutrinadores afirmam que a legislação sobre o capital social não cumpre, efetivamente, os objetivos a que se propõe.

Apesar da existência de extensa doutrina estrangeira questionando o conceito de capital social — e, conseqüentemente, propondo a flexibilização ou extinção de tal conceito dos respectivos ordenamentos pátrios —, no Brasil o tema não é discutido com tal magnitude. Mais do que isso, são poucos os trabalhos acadêmicos que cuidaram de questionar a noção de capital social à luz das particularidades da legislação brasileira.

Não se pretende, contudo, chegar a uma conclusão final sobre o tema, tendo em vista a limitação inerente a um trabalho de monografia. O que se pretende, não obstante, é que o leitor tenha uma visão geral de como o tema vem sendo tratado nos ordenamentos estrangeiro e pátrio, e tire a sua conclusão — com base nos argumentos expostos a seguir — se o capital social merece a ampla importância que lhe é dada pela legislação societária brasileira.

Metodologia

Temos o seguinte problema geral de pesquisa: “o conceito de capital social, tal como originalmente concebido, é necessário dentro do atual estágio de desenvolvimento do direito societário brasileiro?”.

No âmbito de análise deste problema geral, é possível identificar alguns problemas específicos, que também serão tratados ao longo deste trabalho. São eles: (i) as funções atribuídas ao capital social são efetivamente desempenhadas por ele?; (ii) os benefícios associados ao capital social superam seus custos para prática empresarial? (iii) as funções do capital social são desempe-

nhadas por outros institutos societários de maneira mais eficiente?; e, finalmente, (iv) a noção de capital social pode ser, parcial ou totalmente, suprimida do ordenamento jurídico pátrio em razão desses outros institutos?

A hipótese aqui levantada é que o capital social não é um conceito necessário para o direito societário brasileiro, posto que: (i) não desempenha de maneira efetiva as funções a ele atribuídas; (ii) traz custos para a prática empresarial que superam os seus benefícios; (iii) existem institutos societários alternativos que promovem as funções do capital de maneira mais eficiente; e (iv) o capital social pode ser suprimido, parcial ou totalmente, do ordenamento pátrio vigente.

Para que a referida hipótese seja testada, elaborou-se um estudo eminentemente teórico, no qual foram analisados trabalhos acadêmicos, pareceres jurídicos, precedentes, projetos de legislação e legislações societárias sobre o tema. Esse referencial teórico demonstra o tratamento do capital social nos direitos brasileiro, norte-americano e europeu. Na primeira parte do trabalho, procuraremos fazer uma descrição do instituto segundo os doutrinadores brasileiros e estrangeiros. Na segunda parte, com um viés mais crítico, analisaremos as legislações estrangeiras sobre o tema e questionaremos a noção de capital social concebida no Brasil.

Considerações Iniciais

Antes de se debruçar sobre o tema, é importante tecer algumas considerações preliminares para contextualizar o objeto deste trabalho.

Primeiramente, o conceito de capital social abrange diferentes áreas do conhecimento, de modo que tal conceituação extrapola a esfera do direito societário. Como é sabido, o capital social exerce um papel relevante no âmbito das ciências contábeis, do direito tributário e das finanças empresariais.

Consequentemente, uma possível alteração no regramento do capital social acarretaria mudanças, diretas ou indiretas, para outras áreas do conhecimento — as quais não serão abordadas neste trabalho. Limitaremos o nosso campo de análise ao direito societário, mesmo que conceitos financeiros e contábeis possam ser invocados eventualmente, para melhor entendimento do tema.

Segundo, pelo fato de a matéria do capital social estar codificada no direito brasileiro, a supressão ou relativização deste conceito demandaria uma alteração da legislação vigente. A alteração legislativa, por definição, envolve custos diversos relacionados à mudança do sistema em vigor, que transcendem o âmbito de análise deste trabalho. Não obstante, o trabalho cuidará de expor, em linhas gerais, quais seriam os principais desafios enfrentados pelo legislador brasileiro caso uma reforma da legislação societária viesse a ocorrer.

Terceiro, as referências legislativas a respeito do capital social, aqui expostas, serão consideradas observando, majoritariamente, o regime jurídico das sociedades anônimas abertas e fechadas, reguladas pela Lei 6.404, de 1976 (“Lei das S.A.”). Tal escolha se deu pelo fato de as sociedades anônimas demonstrarem, na máxima proporção, os potenciais conflitos de interesses entre os sócios¹ e *stakeholders*² (aqui incluídos os credores) da sociedade — conflitos esses que estão, em maior ou menor grau, presentes nos demais tipos societários.

As considerações sobre o capital social são aplicáveis, em termos gerais, a todas as sociedades personificadas do direito brasileiro, que possuem o instituto do capital social por definição. As considerações sobre o capital social ganham destaque, porém, no âmbito das sociedades com limitação da responsabilidade em relação ao patrimônio dos sócios — como é o caso das sociedades limitadas e das sociedades anônimas.

Ao contrário, no caso das sociedades personificadas sem limitação de responsabilidade, as considerações a respeito do instituto são menos relevantes pelo fato de o patrimônio dos sócios garantir as dívidas sociais em sua plenitude — não exigindo, portanto, uma tutela especial que vise à manutenção de parcela do patrimônio social.

Convém, por último, fazermos uma nota a respeito da utilização de análises do direito comparado para justificar alterações institucionais no ordenamento jurídico do Brasil.

Como é de se esperar, considerações e conceitos legais advindos de outro país não podem, pura e simplesmente, serem incorporados ao ordenamento pátrio como se as funções que desenvolveram naquele ordenamento fossem análogas àquelas que serão desenvolvidas em um regime jurídico distinto. A

1 A referência aos nomes “sócio” ou “acionista” da sociedade, no âmbito deste trabalho, denota a ideia não só de propriedade das ações, como também a ideia de controle e gerenciamento das atividades sociais. Nesse contexto, a distinção entre os proprietários da empresa (acionistas em geral) e seus controladores (acionistas controladores ou administradores), tão abordado pela doutrina societária, não será relevante. O conflito primordial aqui abordado se dará nos âmbitos interno e externo da companhia, ou seja, entre os sócios/administradores e os *stakeholders*.

2 O termo *stakeholders*, advindo da teoria institucionalista das sociedades, se refere a todas as pessoas que se relacionam, direta ou indiretamente, com a sociedade, sendo, portanto, atingidas pelas decisões de gestão que são tomadas dentro dela. Nesse sentido, temos a explicação de CERZETTI: “As chamadas *stakeholder theory*, *institutionalist conception* ou, ainda, a *social entity conception* concebem a companhia não apenas como uma propriedade privada dos acionistas, e que deve atuar apenas no interesse desses agentes, mas como uma entidade de relevância pública e cuja administração deve estar atenta aos diferentes interesses por ela abrangidos”. CERZETTI, Sheila Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações*. São Paulo, Malheiros, 2012, p.166.

incorporação de conceitos estrangeiros demanda, pois, uma adaptação aos princípios e fundamentos que regem o direito brasileiro.³

Observados esses cuidados, a análise do direito comparado se mostra como um instrumento de fundamental importância para o aprimoramento das legislações nacionais. Nesse sentido, Ascarelli ilustra com maestria a importância de tal análise:

O direito comparado representa o meio para ampliar a nossa experiência jurídica no espaço, meio semelhante ao que a história representa quanto ao tempo; permite-nos, através do enriquecimento da nossa experiência, entender e avaliar melhor os diversos sistemas jurídicos, e, pois, reconstruir os traços fundamentais do direito na civilização atual ou em determinada época histórica, e as linhas básicas do seu desenvolvimento; auxilia-nos a compreender as relações entre as normas jurídicas e a subjacente realidade social; dá-nos as razões das diferenças jurídicas; leva-nos à modéstia e à tolerância que decorrem do ampliado da experiência. O direito comparado constitui auxílio indispensável para o progresso jurídico dos diversos países, oferecendo a possibilidade de utilizar, cada qual, as alheias experiências. ⁴ (grifou-se)

Nesse sentido, procuramos fazer uma análise crítica de cada um dos institutos alienígenas apresentados, à luz do sistema jurídico vigente no Brasil, chegando assim a uma conclusão mais apurada sobre cada um dos conceitos apresentados.

Estrutura do trabalho

O trabalho divide-se em duas partes.

Na primeira parte, cuidaremos de expor a noção e as funções tipicamente atribuídas ao capital social no âmbito do direito societário. Aqui serão introduzidos conceitos importantes para o entendimento do instituto, como limi-

3 Diversos autores demonstram a necessidade de interpretar as análises de direito comparado de acordo com o ambiente institucional de cada país. Segundo MILHAUPT e PISTOR, existe uma tendência de que soluções desenvolvidas internamente (i.e., sem transposição de soluções estrangeiras) sejam mais eficientes no enfrentamento de questões. O sucesso da transposição dependerá, então, de questões peculiares ao sistema jurídico para o qual se transportam os mecanismos, cf. “our theory is that a legal transplant fits the host jurisdiction if it is sufficiently responsive to demand that the legal community integrates the transplanted law into the surrounding legal system”. MILHAUPT, Curtis J., PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism — What corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago, The University of Chicago Press, 2008, p. 210.

4 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Quorum, 2008, p. 34.

tação de responsabilidade, responsabilidade patrimonial e patrimônio social. Também serão expostas as funções e os princípios associados ao capital social e o regime jurídico vigente nos termos da legislação societária brasileira, em especial da Lei das S.A..

Na segunda parte do trabalho, far-se-á uma análise do instituto à luz do direito comparado e das novas teorias do direito societário. Esta parte será composta por duas seções. Na primeira delas, expor-se-á o tratamento dado ao capital social nos Estados Unidos da América e na Europa. Como veremos, a doutrina norte-americana se mostra, em sua maioria, favorável à abolição do conceito de capital social, ao passo que os autores europeus veem tal afirmativa com mais cautela, tendendo à afirmação do instituto.

A segunda seção cuidará de questionar o instituto do capital social com base nas novas teorizações sobre o tema. As três funções originalmente atribuídas ao capital social (produção, organização e proteção de credores) serão analisadas de maneira crítica, de modo a demonstrar se elas são efetivas em relação ao que se propõem. Também será feita uma análise dos custos e benefícios relacionados à alteração das regras sobre o capital social no direito brasileiro, identificando custos institucionais e legislativos relacionados a uma possível mudança do ordenamento jurídico no tocante ao instituto apresentado.

Parte I — Noção e funções do Capital Social à luz do Direito Societário Clássico e da legislação societária vigente

1.1. Noções gerais sobre o capital social

A noção de capital social, historicamente concebida com a criação das Companhias das Índias dos séculos XVII e XVIII⁵, evoluiu de maneira substancial ao longo dos séculos, passando por diversas formulações até chegar ao significado pelo qual hoje é conhecido. Apesar da longa idade, o capital social não possui uma definição singular e pacífica.

A falta de homogeneidade acerca do significado do capital social foi notada por diversos autores, que chegaram a interpretá-lo como “uma figura miste-

5 Interessante notar que as Companhias das Índias do século XVII e XVIII, precursoras das sociedades anônimas modernas, não foram as primeiras sociedades a reunirem recursos de grande volume para consecução de um empreendimento comercial — papel que cumpriu às Companhias privilegiadas com a concessão régia desenvolvidas no século XVI. O capital social, porém somente ganhou importância a partir do século XVII, como esclarece DOMINGUES: “Note-se que, ao contrário do que sucedia nas companhias privilegiadas do século XVI — as quais eram constituídas, via de regra, para a concretização de um único objectivo (v.g., uma viagem), cuja consecução determinava o reembolso aos sócios do capital investido com réditos eventualmente resultantes do empreendimento realizado -, as companhias coloniais dos sécs. XVII e XVIII destinavam-se a perdurar no tempo, o que implicou a consagração de um princípio de permanência do capital”. DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Variações sobre o Capital Social*. Coimbra, Almedina, 2009, p. 63.

riosa que exige esforço para a captação de sua natureza”,⁶ e que “não há área do direito societário mais confusa e misteriosa”.⁷

Se a princípio ele foi criado para atender, primordialmente, aos interesses dos sócios que aportaram dinheiro na sociedade, ao longo do tempo ele adquiriu o objetivo primordial de tutela dos interesses dos credores. Essa oscilação, ora privilegiando os sócios e a companhia, ora privilegiando os credores, permanece até a atualidade e é objeto dos mais acalorados debates entre os doutrinadores.

Antes de analisarmos a definição jurídica do capital social e as funções a ele atribuídas, cabe analisar dois conceitos societários que estão intimamente relacionados a ele: a limitação de responsabilidade e o patrimônio social.

1.1.1 Relação entre limitação de responsabilidade e capital social

A limitação de responsabilidade é característica essencial às companhias e demais sociedades de responsabilidade limitada, e teve papel fundamental no desenvolvimento da atividade comercial. Ela estabelece, como regra geral, que somente o patrimônio da sociedade responderá pelas suas obrigações para com terceiros.

A limitação da responsabilidade nasce, portanto, como uma forma de segregar o patrimônio dos sócios e da sociedade, de modo que os credores desta última não poderão invocar o patrimônio dos sócios para saldar as obrigações sociais. O patrimônio da sociedade, composto por todos os seus bens e direitos, responde integralmente pelo risco do negócio.

Tal limitação, conforme amplamente explicitada pela doutrina societária, foi de extrema importância para o desenvolvimento da atividade comercial. Não fosse a regra de limitação da responsabilidade, os investidores tenderiam a limitar os seus investimentos em empreendimentos menores e pouco arriscados, tendo em vista que uma participação pequena em uma sociedade poderia resultar no comprometimento de seus bens pessoais, não vinculados ao negócio.

No âmbito das sociedades anônimas, a falta de tal limitação seria ainda mais problemática em razão dos elevados riscos atrelados a seus negócios. O investidor dificilmente compraria uma ação de uma companhia aberta, caso houvesse o risco de comprometer seu patrimônio para além do valor investido. Sobre a importância desta limitação e sua razão econômica, utilizamo-nos das palavras de Jensen e Meckling:

6 ASCENSÃO, J. Oliveira. *Direito comercial*, Volume IV, *Sociedades Comerciais*. Lisboa: 2000, p. 147. *Apud* DOMINGUES, Paulo de Tarso, *op. cit.*, p. 33.

7 HAMILTON, R. *The Law of Corporations*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 2000, p. 163. *Apud* DOMINGUES, Paulo de Tarso, *op. cit.*, p. 33.

[O]ne of the attractive features of the corporate form vis-a-vis individual proprietorships or partnerships is the limited liability feature of equity claims in corporations. Without this provision each and every investor purchasing one or more shares of a corporation would be potentially liable to the full extent of his personal wealth for the debts of the corporation. Few individuals would find this a desirable risk to accept and the major benefits to be obtained from risk reduction through diversification would be to a large extent unobtainable.⁸ (grifou-se)

Ao passo que possibilitou a limitação de riscos do ponto de vista dos sócios, a limitação de responsabilidade tornou necessária a criação de um regramento especial que tratasse do patrimônio social. Nesse âmbito, expõe Penteado:

O capital social aparece, assim, nos sistemas legais de filiação romano-germânica, como um instituto destinado a tornar possível a limitação da responsabilidade, mediante um conjunto de normas inderrogáveis, inclusive de natureza penal, que visam tutelar aquele patrimônio especial, subtraído do conjunto geral de bens dos sócios, para formar a base patrimonial da sociedade.⁹ (grifou-se)

Desse modo, o capital social surge como um contraponto à regra de limitação de responsabilidade. Se esta limita o interesse dos credores no sentido de impossibilitá-los de perseguir o patrimônio dos sócios para saldar suas dívidas, aquela visa reequilibrar esses mesmos interesses.

É com fundamento na ideia de proteção aos credores que parte da doutrina societária defende a manutenção das regras de capital social conforme originalmente concebidas. É nesse sentido a lição de Bulhões Pedreira:

Se os sócios tivessem liberdade ilimitada de promover a transferência de bens da sociedade para seus patrimônios, inclusive em prejuízo dos credores sociais, o regime de responsabilidade patrimonial deixaria de ser eficaz nas sociedades. Daí as

8 JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs And Ownership Structure*. Journal of Financial Economics 305-360, North-Holland Publishing Company, 1976, p. 331.

9 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 13-14.

disposições sobre responsabilidade solidária dos sócios de alguns tipos de sociedade, e sobre o capital social — como mecanismo de garantia dos credores — nos tipos de sociedade em que a responsabilidade de todos os sócios é limitada.¹⁰ (grifou-se)

Esses dois conceitos estiveram, portanto, intimamente ligados desde o momento da criação do instituto do capital social. Porém, alguns autores argumentam que essa ligação não se mostra tão determinante nos tempos atuais.

No momento de sua criação, a limitação de responsabilidade inovou ao criar uma exceção à regra de responsabilização patrimonial dos sócios, sendo, portanto, uma vantagem dada aos sócios das empresas que demandaria uma compensação aos credores. Atualmente, porém, a doutrina societária contemporânea, em especial a norte-americana, interpreta a limitação de responsabilidade como regra essencial a determinados tipos de empresa, como as companhias. É sob essa perspectiva que os autores Easterbrook e Fischel afirmam que “as características essenciais das companhias abertas dependem de um instituto como a limitação de responsabilidade”.¹¹

Segundo esta visão, a limitação de responsabilidade beneficiaria a empresa como um todo e, conseqüentemente, seus sócios e *stakeholders*. Com isso, a limitação de responsabilidade não deveria ser interpretada como um “privilégio” dado aos sócios em prejuízo dos credores sociais — como faz a maior parte dos doutrinadores europeus. Nesse sentido, expõe Macey:

The basic justification for European-style legal capital rules aimed at protecting is that compliance with such rules is the price that firms must pay to obtain the benefits of limited liability. Under this view, limited liability is a “privilege” which benefits shareholders but hurt fixed claimants. To obtain this benefit, under a typical European legal capital regime, shareholders must make contributions of a minimum value (capital) to the company, and the company may not return these contributions to the shareholders during the company’s life. ¹² (grifou-se)

10 BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia: Conceitos e Fundamentos*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 419.

11 EASTERBROOK, Frank H; FISHEL, Daniel R. *The Economic Structure of Corporate Law*. Harvard University Press, 1991, p. 41. Em tradução livre.

12 MACEY, Jonathan R.; ENRIQUES, Luca. *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 1413, 2001, p. 1173.

Para este autor, a regra da limitação de responsabilidade não justificaria a existência do capital social, tratando-se, portanto, de conceitos distintos, não atrelados um ao outro. Não haveria necessidade de reequilibrar os direitos dos credores em face à limitação de responsabilidade gozada pelos sócios.

1.1.2. Distinção entre capital e patrimônio social

A segunda conceituação importante diz respeito à distinção entre patrimônio e capital.

O patrimônio social, conforme o próprio nome já infere, representa as relações de crédito e débito da sociedade, que compõe o balanço da sociedade, e cuja diferença irá resultar no patrimônio líquido, i.e., no montante líquido que ultrapassa as obrigações devidas a terceiros.

O capital social, por sua vez, é uma cifra rígida que é fixada no ato constitutivo da sociedade e determina o valor inicial aportado pelos sócios no negócio (assumindo-se que a contribuição dos sócios foi destinada integralmente à conta de capital social, sem a ocorrência de ágio que, como veremos, é destinado à conta de reserva de capital).

Se, a princípio, no momento de constituição da sociedade, esses valores coincidem, a tendência é que, com a evolução das atividades comerciais desenvolvidas pela empresa, o seu patrimônio se distancie daquele valor inicialmente aportado.

No decorrer das atividades da empresa, o patrimônio social será superior ao capital social, no caso de aferimento de lucros; ou inferior, caso a sociedade apresente perdas.

Utilizando-se da primeira hipótese, à medida que a sociedade auferir lucros e maximizar os valores de seus ativos, o patrimônio social será aumentado, de modo que a cifra nominal fixada no estatuto da empresa restará cada vez mais desatualizada em relação ao patrimônio mutável da empresa.

Sobre essa diferenciação temos a visão de Ascarelli:

Temos, pois, de um lado, o conjunto dos bens da sociedade, isto é, o seu patrimônio; o valor real desses bens muda necessariamente com as oscilações do mercado e com o andamento dos negócios; a sua avaliação, juntamente com a indicação do passivo, é fixada nos balanços sociais; de outro lado, o capital social, resultante não só dos balanços, mas do estatuto social, e que não pode ser modificado a não ser que observadas as normas a respeito.¹³ (grifou-se)

13 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Quorum, 2008, p. 469.

Desse modo, o capital social está contido no patrimônio da sociedade, representando uma cifra fixa que não corresponde à variação patrimonial da empresa¹⁴.

Do ponto de vista jurídico, o patrimônio pode ser definido como o conjunto de relações jurídicas, dotadas de valor econômico, nas quais a pessoa figura como parte. Essa universalidade de direitos e obrigações forma o patrimônio da sociedade, que por sua vez responde integralmente pelas dívidas sociais presentes e futuras, consoante a regra de responsabilidade patrimonial vigente no direito brasileiro.

Tal regra encontra-se presente no art. 391¹⁵ da Lei 10.406, de 2002 (“Código Civil” ou “CC”), e no art. 789¹⁶ da Lei 13.105, de 2015 (“Código de Processo Civil” ou “CPC”). Em conjunto com a regra da limitação da responsabilidade acima exposta, a regra da responsabilidade patrimonial torna claro que somente os bens das sociedades irão responder pelas dívidas com seus respectivos credores.

Por fim, cabe notar, como bem observado por Domingues, que, ao contrário do patrimônio social, cuja existência se confunde com a própria noção de sociedade, o capital social trata de uma convenção, criada para tutelar os interesses dos sócios e dos *stakeholders* da sociedade. Sobre o assunto:

Note-se, contudo, que — ao contrário do patrimônio que, nos termos vistos, é um elemento natural de toda e qualquer sociedade — o capital social não existe ou não tem que existir em todas as sociedades, não sendo, pois um “elemento conceitualmente essencial” à noção de sociedade em geral.¹⁷ (grifou-se)

Não é difícil visualizar, pelo exposto até então, que o capital social é um valor convencionado pelos sócios, distante da dinâmica patrimonial da sociedade.

1.1.3. Definição jurídica do capital social

Ao contrário do que pode parecer, a noção de capital social está sujeita a uma pluralidade de interpretações pelos doutrinadores. Em sua concepção clássica, o capital social representa a contribuição dos sócios para a sociedade, no momento de sua constituição.

14 Apesar de ser descrito como uma cifra rígida e fixa, o capital social admite mudanças desde que obedecidos determinados parâmetros legais. São os casos de variação do capital social, como o aumento e na redução de capital. Cf. será mostrado, as variações do capital social, nos termos da Lei das S.A., envolvem procedimentos burocráticos, principalmente no caso das companhias abertas, que dificultam a alteração do capital.

15 Cf. “Art. 391. *Pelo inadimplemento das obrigações responde todos os bens do devedor*”, CC.

16 Cf. “Art. 789. *O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei*”, CPC.

17 DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Variações sobre o Capital Social*. Coimbra, Almedina, 2009, p. 36.

Nas palavras de Lamy Filho:

O capital social é a cifra, fixada no estatuto social, do montante das contribuições prometidas pelos sócios para formação da companhia que a lei submete à regime cogente, cujo fim é proteger os credores sociais.

Os fundadores (na constituição da companhia) e os órgãos sociais (durante a vida da sociedade) estipulam no estatuto o valor do capital social, que somente pode ser modificado com observância das normas legais.¹⁸

Ainda segundo a acepção clássica do capital social, temos o ensinamento de Carvalho de Mendonça:

O capital social é o fundo originário e essencial da sociedade, fixado pela vontade dos sócios; é o montante constituído para base das operações. Os sócios podem, modificando ou alterando a cláusula contratual que o determina, aumentá-lo ou diminuí-lo livremente, desde que não ofendam direitos de terceiros; podem reforçá-lo com a instituição de um fundo de reserva, formado mediante certa percentagem deduzida dos lucros líquidos em cada exercício.¹⁹ (grifou-se)

Tais definições tratam da dimensão formalista do capital social, fixado pelos sócios na constituição da sociedade. Essa visão é ampliada por autores como Domingues, que definem uma segunda faceta do capital social, atrelada aos bens que o capital representa e mutável em sua essência:

É, na verdade, incontornável que o capital social é, e pode considerar-se, a cifra formal que consta do pacto, como afirma a concepção nominalista. Esta é, porém, apenas uma das faces da medalha (que pode designar por capital social nominal ou formal). Há, contudo, outra face a que importa atender. [...]

Assim vistas as coisas, o capital social é, não apenas a cifra que consta do lado direito do balanço, mas igualmente aqueles bens da sociedade, qualitativamente não determinados, mas con-

18 BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 193.

19 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Volume III*. Rio de Janeiro, 1958, p. 29.

tabilisticamente destinados a cobrir a cobrir a referida cifra e que constituem a tal outra face da medalha (que pode apelidar-se de capital social real).²⁰ (grifou-se)

Para além dessas duas noções, trazemos os ensinamentos de Ascarelli:

O capital é, porém, um “índice” do patrimônio líquido social. Interessa aos credores atuais da sociedade, pois que indica-lhes ter, a sociedade, um ativo superior ao seu passivo, podendo, por isso, satisfazer as suas dívidas mesmo que o valor do ativo venha a diminuir; interessa aos que venham a ser credores da sociedade indicando-lhes a solvabilidade desta; interessa aos adquirentes de ações, porque constitui um índice do patrimônio líquido social ao qual passam a participar adquirindo ações.²¹

Das definições acima expostas, podemos extrair ao menos três acepções para o capital social: (i) como cifra formal e abstrata; (ii) como cifra contábil; e (iii) como capital real.

Como *cifra formal e abstrata*, o capital social é o valor fixado nos atos constitutivos da sociedade, representando o valor declarado pelos sócios e que estes, depois de subscreverem as suas participações, deverão integralizar na sociedade a fim de constituir o seu patrimônio social inicial. Aqui o capital é interpretado como uma cifra nominal e rígida, descolada da realidade da empresa. Esse valor é resultado da soma dos valores nominais das participações societárias de cada um dos sócios. Do ponto de vista destes, representa a contribuição que cada um dos sócios aportou na sociedade²².

A segunda acepção do capital social interpreta-o como *cifra contábil* — i.e., o capital social representa uma parte do valor líquido da sociedade, a diferença entre o ativo social e o seu passivo (o valor devido a terceiros). No momento de constituição do capital, o patrimônio líquido corresponde exclusivamente ao valor constante na conta de capital social, — excetuados os casos em que haja emissão de ações com prêmio ou ágio, nos quais parte do valor contribuído será destinada à conta de reserva de capital.

20 DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 54.

21 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Quorum, 2008, p. 468.

22 A interpretação do capital social como correspondente às contribuições aportadas pelos sócios não ganha respaldo na prática empresarial moderna. É que a subscrição de ações a título de ágio é bastante comum no âmbito das companhias, principalmente pelo fato do valor integralizado a título de ágio possuir vantagens tributárias no Brasil. Não raro, os acionistas das companhias promovem aumentos de capital cuja parcela destinada à conta de reserva de capital supera, em muito, a conta de capital social.

A alocação contábil do capital social se dá, portanto, do lado direito do balanço, tendo em vista que representa as obrigações da sociedade para com os sócios. À medida que a sociedade se desenvolve, outros valores podem surgir na conta do patrimônio líquido, a título de lucros, reservas, ou prejuízos. A conta de capital social, porém, permanecerá fixa no balanço da empresa e sem a possibilidade de distribuição para os sócios (assim como a conta de reserva de capital, que somente poderá ser distribuída a título de dividendos para no caso de ações preferenciais, obedecidas as disposições legais), a não ser nos casos em que haja aumento ou redução de capital, que devem obedecer aos trâmites fixados na legislação societária.

Em complemento às acepções anteriores, parte da doutrina interpreta o capital como elemento não estático, sujeito a variações no decorrer da vida social — o chamado de *capital real ou variável*. Na lição de Vivante, “ao contrário do patrimônio ou capital efetivo, essencialmente mutável, está o capital nominal da sociedade, fixado permanentemente por uma cifra contratual, que exerce uma função contábil e jurídica, uma existência de direito e não de fato”.²³

Isso porque o capital social real — independente de ser fixado no estatuto social pelos sócios (cifra formal) ou corresponder a uma conta no balanço da sociedade (cifra contábil) — está sujeito a variações de acordo com o modo com o qual os sócios ou administradores se utilizam dos bens da sociedade. A única limitação legal para utilização desses bens diz respeito ao objeto social, já que os sócios não podem se utilizar dos bens sociais para o desenvolvimento de atividades alheias ao objeto social.

Nesse âmbito, no exercício da atividade empresarial, os sócios sujeitam os bens sociais ao risco do negócio, podendo tal patrimônio variar negativamente em função da acumulação de prejuízos no exercício social. Desse modo, o capital social real (i.e., o conjunto de bens da sociedade que estão vinculados àquele capital) poderá se decompor ao longo dos exercícios sociais, em decorrência da diminuição do patrimônio líquido da sociedade.

Levado ao extremo, a realização recorrente de prejuízos poderá levar a empresa a se tornar insolvente, de modo que os bens e direitos que a sociedade possui em seu balanço não serão suficientes para honrar suas dívidas. Nessa situação, é possível observar que o capital social real estará reduzido à zero, mesmo que conste um valor figurativo no estatuto social da sociedade^{24 25}.

23 VIVANTE, Cesare. *Trattato de Diritto Commerciale*. Milano, Francesco Vallardi, 1935, p. 192. Apud GARCIA, Alexandre. *A Redução do Capital Social (em companhias abertas e fechadas)*. Dissertação em Mestrado - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 39.

24 Este raciocínio será desenvolvido na segunda parte do trabalho, em especial no item 2.2.2, que expõe a crítica ao capital social como garantidor dos bens sociais aos credores.

25 Interessante perceber que a legislação societária brasileira, apesar de adotar primordialmente a visão formalista do capital social, reconheceu em alguns aspectos a noção de

Esta terceira acepção promove uma maior ligação entre o capital social e a realidade empresarial. Mesmo assim, ela não equipara o capital social ao patrimônio líquido da sociedade. Para ilustrar tal diferenciação, vejamos o caso de uma companhia que aufera lucros ao fim do exercício-social e destina parte desses lucros à companhia (deliberando transferência de determinado valor para as contas de reservas) e parte aos sócios (por meio da distribuição de dividendos). Em nenhum dos dois casos haverá aumento do capital social — salvo se, posteriormente, o montante destinado à companhia for capitalizado via incorporação de lucros e reservas (art. 169, Lei das S.A.). O capital social real, pois, ainda guarda distância com o patrimônio líquido.

Desse modo, percebe-se que, independente da acepção adotada, o capital social continua a figurar como um elemento ilustrativo, não atinente à realidade da empresa. É, pois, um *nomen iuris* que, mesmo sem representar a realidade da empresa, tem merecido um regramento jurídico próprio. Os próximos parágrafos cuidarão de expor às regras atinentes ao do capital social no direito brasileiro.

1.2. O regime jurídico do capital social segundo a legislação societária brasileira

Conforme colocado nas considerações iniciais deste trabalho, serão estudadas, majoritariamente, as regras aplicáveis às sociedades por ações, não obstante a possível utilização dos argumentos expostos também para as sociedades limitadas.

Sobre as regras que tratam do capital social, discorre Ascarelli:

Em torno do conceito da tutela do capital social podem-se reagrupar duas séries de normas: a primeira, regulando a constituição da sociedade, tem em vista fazer com que o valor efetivo do patrimônio inicial da sociedade não seja inferior ao capital; a segunda tem em vista tutelar a integridade do capital social durante a vida da sociedade, levando em conta a gestão da empresa.²⁶ (grifou-se)

A Lei das S.A. segue a sistemática exposta pelo autor. Primeiramente, a Lei determina que o capital social terá seu valor fixado no estatuto social (art. 5º da Lei das S.A.); somente podendo ser modificado de acordo com a lei e o estatuto social (art. 6º); sendo formado por contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro (art. 7º).

capital social real. É o caso, por exemplo, do art. 173 da Lei das S.A., que permite a redução do capital social até o limite dos prejuízos acumulados ou caso se julgue-o excessivo.

26 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Quorum, 2008, p. 473.

Três princípios do capital social são extraídos dos dispositivos supracitados: da fixidez, da irrevogabilidade, e da realidade. O *princípio da fixidez* se refere ao fato que o capital social deve permanecer, em regra, inalterado, estando suas variações sujeitas a uma série de procedimentos legais e burocráticos, como ocorre nos casos de aumento e redução do capital. Já o *princípio da irrevogabilidade* demonstra que os sócios não poderão, em regra, retirar da sociedade o investimento que nela aportaram, salvo no caso de liquidação da sociedade, que deverá observar a ordem de liquidação na qual os credores deverão ser pagos a frente dos acionistas (nos termos dos arts. 208 a 218 da Lei das S.A.), ou naquelas situações onde os sócios podem reaver os bens sociais sem a ocorrência de liquidação como, por exemplo, nos casos de redução de capital ou reembolso de ações dos acionistas que exercem seu direito de retirada (art. 45 c/c art. 137).

Já o *princípio da efetividade* visa atribuir valores efetivos ao patrimônio social, de modo que os bens registrados no balanço patrimonial não sejam inferiores aos valores subscritos e integralizados por cada um dos sócios. Sobre esse princípio temos os ensinamentos de Gonçalves Neto:

O princípio da efetividade do capital social, também conhecido como da determinação e unidade do capital social, significa que o valor estampado a título de capital no estatuto da sociedade anônima há de corresponder, realmente, à somatória dos valores das contribuições dos acionistas, reunidas para o empreendimento comum. O capital social deve retratar com precisão os valores em dinheiro ou em bens que os sócios trouxeram para sua formação (isto é, para a formação do patrimônio da sociedade).²⁷

Nesse sentido, destacam-se os seguintes artigos da Lei das S.A.: art. 8º (sobre o método para avaliação de bens a serem capitalizados na sociedade), art. 10 (que fixa a responsabilidade do subscritor pela realidade dos bens integralizados) e art. 106 (que determina a responsabilidade do sócio remisso pela integralização do valor subscrito).

Essas normas, em conjunto, têm por finalidade tornar o capital social composto por valores monetários efetivos, que permitam o desenvolvimento das atividades da empresa. A legislação societária não fixa, porém, nenhuma regra de capital mínimo para as companhias, podendo a efetividade deste valor ser diminuída no caso de fixação de um capital social menor frente às obrigações da companhia.

27 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das Companhias ou Sociedades Anônimas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

Já quanto à segunda série de regras — visando tutelar a *integridade do capital social no decorrer da vida da companhia* — podemos dividi-las em dois grupos: (i) regras que regulam a variação positiva e negativa do capital social; (ii) regras limitadoras das distribuições de bens patrimoniais aos sócios.

As regras sobre variação do capital social — principalmente as que regulam o aumento (art. 166 e seguintes da Lei das S.A.) e redução do capital (arts. 173 e 174) — conquanto importantes para o entendimento do instituto do capital social como um todo, não serão objeto de estudo aprofundado neste trabalho.

²⁸ Essas regras tratam de procedimentos burocráticos que visam, por um lado, permitir a entrada de novos recursos na companhia sem que haja diluição dos sócios já existentes e, por outro, garantir um mínimo de realidade à figura do capital social, permitindo sua redução quando excessivo em relação ao objeto social ou quando os prejuízos acumulados consumiram os ativos da sociedade.

As regras limitadoras da distribuição de bens aos sócios têm um raciocínio diverso: impedem que os ativos da sociedade sejam transferidos para os sócios em prejuízo aos interesses dos *stakeholders*. Nesse sentido, temos os seguintes dispositivos da Lei das S.A.: art. 30 (vedando a negociação pela companhia de ações de sua emissão); art. 44 (limitando as operações de amortização e resgate aos saldos de lucros e reservas); art. 174 (sujeitando a redução de capital a não oposição dos credores quirografários); e art. 201 (vedando a distribuição de dividendos pela sociedade além da conta de capital social).

A regra do art. 201 tem uma importância fundamental no sentido de impedir a distribuição dos bens sociais aos sócios, sendo considerada a principal forma de proteção aos interesses dos credores sociais.²⁹ Ela foi adotada por vários ordenamentos jurídicos estrangeiros para garantir os interesses dos credores frente aos potenciais conflitos de interesse entre credores e acionistas, conforme abordaremos no estudo de direito comparado da seção 2.1.

²⁸ Essas normas procedimentais são importantes para manutenção do capital social como cifra rígida no balanço da sociedade, mas não se relacionam de maneira direta com as razões para criação do instituto. Isso porque, uma vez criado o capital social, com as funções a ele inerentes, são necessárias regras que regulem sua variação. O problema de pesquisa aqui apresentado, por outro lado, questiona a existência do instituto e avalia sua possível extinção. Com base neste raciocínio, se confirmada a hipótese de que o capital social é desnecessário e pode ser extinto no direito brasileiro, as regras sobre sua variação tornam-se menos relevantes. Desse modo, será dado enfoque neste trabalho às regras limitadoras de distribuição de bens aos sócios, já que elas dialogam diretamente com a função de proteção dos credores sociais e com a motivação para o surgimento do instituto.

²⁹ As regras de distribuição serão tratadas com mais detalhes na segunda parte do trabalho, na qual será discutida a efetividade delas como mecanismo para proteção dos interesses dos credores (em especial a regra do art. 201) e os modelos normativos alternativos que almejam atingir os mesmos objetivos.

Este dispositivo tutela o *princípio da intangibilidade* do capital social, segundo o qual os valores investidos pelos sócios na sociedade devem permanecer em seu patrimônio para consecução de suas atividades. Nas palavras de Eizirik:

Em decorrência do princípio da intangibilidade do capital social, a companhia não pode pagar dividendos enquanto apresentar prejuízos acumulados de exercícios anteriores. Nessa hipótese, os lucros auferidos pela sociedade, ao invés de serem distribuídos aos acionistas, deverão ser utilizados para absorver os prejuízos. Assim, o artigo 189 [da Lei das S.A.] estabelece que do resultado do exercício serão deduzidos, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o imposto de renda. Além disso, também com o fim de assegurar a integridade do capital social, a Lei das S.A. enuncia taxativamente no caput deste artigo os únicos valores que podem servir de suporte ao pagamento de dividendos, quais sejam: lucros líquidos do exercício, reservas de lucros e, excepcionalmente, reservas de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o artigo 17, §6º. ³⁰ (grifou-se)

O capital torna-se, portanto, intangível do ponto de vista dos sócios, já que estes somente poderão reaver o investimento em caso de liquidação da sociedade, respeitando a ordem de preferência dos credores, ou nas hipóteses de redução de capital, regate ou reembolso de ações pela sociedade, descritas na legislação societária.

1.3. As funções do capital social

São três as funções atribuídas pela doutrina ao capital social: de produção, de organização, e de proteção dos credores.

Apesar desta última função (*proteção de credores*) ser a mais conhecida no âmbito societário, principalmente em função da valorização demasiada que tomou durante os séculos XIX e XX, as funções de organização e produção se mostram igualmente relevantes para os autores que tratam do tema, por regularem as relações internas entre os sócios e a criação de valor dentro da sociedade.

1.3.1. A função de produção

A função de produção se mostrou de extrema importância para fins de concretização dos objetivos sociais fixados na constituição da sociedade. Segundo a

30 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada, Volume III*. São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 84.

lição de Domingues, esta função foi a primeira a ser desenvolvida pelo capital social, no âmbito das Companhias das Índias no século XVII:

A questão do capital social era, pois, uma questão puramente interna da sociedade, que respeitava apenas aos sócios e “que não interessava ao público”. Dito de outra forma, a tutela dos interesses de terceiros — dir-se-ia hoje, a função de garantia de credores — estava, então, arredada do regime do capital social destas Companhias.³¹

Desse modo, tal função foi de fundamental importância durante a constituição das primeiras companhias, possibilitando a contribuição dos sócios por meio de recursos que comporiam o patrimônio social e possibilitariam o desenvolvimento do empreendimento comercial. Precedeu a função de proteção de credores, cujo crescimento remete à necessidade de privilegiar os interesses dos sócios em razão da limitação da responsabilidade instituída pelas legislações setecentistas.

Nesse sentido, expõe Penteado:

Na opinião de muitos autores, sobretudo os economistas, a significação primordial do capital social no âmbito da disciplina das companhias reside em sua vocação de, desde que devidamente estruturado, propiciar a geração de lucros segundo as metas e objetivos preestabelecidos; a sua serventia em termos de garantia para os credores, que os juristas põem em relevo ao analisá-lo, nada mais seria, segundo esta concepção, do que uma consequência da função de produtividade do capital.³² (grifou-se)

Como se vê, a contribuição dos sócios para o capital social se mostrou de suma importância para o desenvolvimento comercial das sociedades, desde o desenvolvimento das companhias de navegação do século XVII (que demandavam investimentos em larga escala) até o desenvolvimento das sociedades atuais que também demandam a contribuição de capital próprio por parte dos acionistas.

A função de produção reconhece no capital social a função de desenvolvedor do empreendimento empresarial, já que os recursos aportados pelos sócios serão de fundamental importância para que a companhia cumpra os objetivo de maximização dos lucros e geração de valor. O capital próprio dos

31 DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Variações sobre o Capital Social*. Coimbra, Almedina, 2009, p. 63.

32 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 61.

sócios funciona, nesse contexto, como movimentador dos fatores de produção reunidos dentro da sociedade.

Tal fenômeno de produção também é interpretado por outras áreas do conhecimento, como no caso das finanças empresariais. Neste caso, a contribuição dos sócios é um elemento importante na determinação da estrutura de capital ótimo da empresa. O financiamento pelo capital próprio dos sócios (denominado na literatura estrangeira de *equity*) contrapõe-se ao financiamento via capital de terceiros, exigíveis a longo prazo (dívida). A depender do tipo de negócio desenvolvido pela empresa e de suas possibilidades de captação de recursos, a estrutura financeira irá ser composta por mais *equity* ou mais dívida³³.

Como se percebe pelo exposto acima, a noção de capital social, do ponto de vista financeiro, não é essencial para determinar a contribuição dos sócios à sociedade. Esta contribuição estará relacionada a conceitos como custo de capital e a estrutura ótima de financiamento da empresa, exercendo o capital social um papel figurativo nesse aspecto.

1.3.2. A função de organização

A função de organização trata o capital social como mecanismo de determinação da participação de cada um dos sócios na sociedade. À medida que se identifica os sócios da sociedade como detentores de uma parcela do capital social, as relações entre os sócios têm por referência este capital e, desta forma, a governança dentro da sociedade pode ser determinada pelo percentual que cada sócio detém no montante total do capital.

Tal função permite uma estruturação dos direitos políticos e econômicos dos sócios dentro da sociedade.

Em relação aos direitos políticos, o capital social delimita: (i) em sentido amplo, o direito ao voto por parte dos acionistas detentores de ações votantes (art. 110 da Lei das S.A.: cada ação corresponde a um voto nas deliberações assembleares); (ii) em sentido restrito, o direito dos acionistas minoritários para eleger em separado administradores na sociedade (art. 141, §4º: eleição em separado de conselheiro de administração); (iii) determinar os quoruns de instalação da assembleia (art. 125: quorum de instalação, em primeira convocação, de um quarto do capital social); (iv) direito de fiscalização dos livros sociais (art. 105: direito de exibição dos livros sócias para acionistas detentores de mais de 5% do capital social em caso de graves suspeitas sobre as atividades sociais).

33 Cabe notar que, a despeito de algumas sociedades com características próprias possuírem um grau de limitação à alavancagem, como é o caso das instituições bancárias e securitárias, em geral não há limitação à quantidade de débito que uma empresa pode contrair, de modo que o mercado irá determinar até que ponto a empresa poderá se financiar por capital de terceiros.

Quanto aos direitos patrimoniais, temos as seguintes utilizações exemplificativas do capital social: (v) determinação da parcela de dividendos a serem recebidas por cada um dos sócios; (vi) direito dos sócios ao acervo social no caso de liquidação da companhia (art. 208 e seguintes); (vii) direito de preferência dos sócios em caso de aumento de capital por emissão de novas ações (art. 171); (viii) direito dos sócios de não terem a participação diluída pela emissão de ações abaixo do valor nominal (art. 13) ou abaixo do valor econômico da ação (art. 170).

Em relação aos itens (vii) e (viii), tratam-se de mecanismos que procuram evitar a diluição da participação do sócio pela perda de participação na sociedade ou pela perda do valor de suas ações. Em relação ao valor nominal, porém, a sua efetividade como mecanismo de proteção aos sócios se mostra limitada, sendo esta inclusive a razão pela qual se instituiu o regime de ações com e sem valor nominal pela Lei das S.A.³⁴.

Como se nota pelos parágrafos acima, a legislação societária brasileira coloca o capital social como figura central para organização dos direitos dos sócios dentro das companhias. A sua referência se faz presente mesmo em situações nas quais se poderia referir à quantidade de ações dos acionistas sem menção ao capital social³⁵.

1.3.3. A função de garantia dos credores

Depois de apresentadas as duas primeiras funções do capital social, cabe tratarmos da função de garantia dos credores, comumente referida como a razão de ser do instituto.

Atualmente, este é o principal elemento utilizado pelos doutrinadores que defendem a manutenção da figura do capital social. Na visão desses autores, o capital social, juntamente com os princípios a ele inerentes, seria a principal forma de garantir a satisfação dos interesses dos credores diante da possibilidade de apropriação dos bens sociais pelos sócios.

Como vimos, a regra de limitação da responsabilidade trouxe a ideia de que a discricionariedade dos sócios para determinar a destinação do patrimônio social deve sofrer limites, mitigando os incentivos perversos que os sócios teriam para utilizar e distribuir os bens sociais à custa dos credores.

34 Conforme será visto nas seções posteriores, o instituto do valor nominal das ações foi sendo flexibilizado pelas legislações estrangeiras a ponto de tornar-se facultativo para as companhias. Este exemplo contribui para esta exposição, pois se trata de um caso em que o entendimento estrangeiro sobre a matéria (notadamente dos Estados Unidos) foi incorporado à legislação societária brasileira para melhor atender a realidade econômica das empresas.

35 Voltaremos a essa questão na seção 2.2.1, que contesta a efetividade da função de organização do capital.

Portanto, a efetividade da proteção dos credores depende então do capital social, que possibilitaria a retenção dos bens sociais no patrimônio da sociedade. O capital social, conforme explicação clássica de Vivante, funcionaria “como um recipiente destinado a medir o trigo, que ora supera a medida e ora não chega a enchê-la”.³⁶ O trigo, nessa analogia, representa o patrimônio mutável da sociedade, em contraposição ao recipiente estático que é o capital. O copo deveria estar sempre cheio, sendo permitida a distribuição aos sócios somente do montante que entornasse a medida.

A ideia foi traduzida na doutrina societária pelo termo “cifra de retenção”, aqui explicado segundo as palavras de Penteado:

O capital funciona, perante o patrimônio da sociedade, como “cifra de retenção”, prendendo ao ativo bens suficientes para equilibrá-la; os credores, com esse mecanismo, contam com um índice de garantia patrimonial que mede a variação do patrimônio social em relação ao importe de bens que os acionistas vincularam aos negócios que constituem o objeto social.

O capital social é, assim, uma cifra, uma medida, uma referência fixa, ou de pouca mutabilidade, que visa garantir aos credores que determinada quantidade de bens, atrelada fundamentalmente aos aportes feitos pelos sócios, permanecerá vinculada ao negócio.³⁷ (grifou-se)

A cifra do capital figuraria, pois, como um “colchão” para os credores — uma garantia de que tal valor restaria protegido de eventuais distribuições deliberadas pelos sócios ou administradores da sociedade.

Sem o instituto do capital social, os credores sociais restariam desprotegidos pelo ordenamento jurídico, de modo que os sócios gozariam de uma situação de vantagem injustificada. Somente o capital, com todos os princípios a ele inerentes, possibilitaria o equilíbrio entre os direitos dos sócios, da sociedade e de seus *stakeholders*. Sobre a função do capital social como garantia de credores, citamos Gonçalves Neto:

36 Cf. “Em imagem muitas vezes repetida, prossegue Vivante, “o capital cumpre, em face do patrimônio, a função de um recipiente destinado a medir o trigo, que ora supera a medida, ora não chega a enchê-la”. Esse reservatório tem que estar sempre cheio e os sócios só podem receber como dividendos o que “entornar” da medida, o que supera aquela “cifra de retenção” que está inscrita no passivo da sociedade. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 193.

37 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Op. cit.*, p. 37.

Tal entendimento [do capital social como garantia de credores] justifica-se sob esta ótica: sendo o capital social o mínimo do ativo que a sociedade obriga-se a conservar, do qual os acionistas não têm direito de dispor senão depois de dissolvida e liquidada a sociedade, os credores nele podem balizar-se na expectativa (mas não na certeza) de que os sócios nada receberão da sociedade enquanto ela não estiver com suas finanças equilibradas — o que, como já dito, soa extremamente artificial. De todo modo, essa garantia concretiza-se pela impossibilidade de os acionistas repartirem entre si valores patrimoniais da companhia enquanto a somatória deles não ultrapassar a cifra do capital social previsto no estatuto ou devolverem as quantias assim recebidas. Na feliz expressão de Joaquín Garrigues, “porque o patrimônio da sociedade é a única garantia dos credores, o legislador formulou certas normas de defesa do capital social, ou, melhor dito, de defesa do patrimônio retido pelo capital social”.³⁸ (grifou-se)

A passagem demonstra, em linhas gerais, que a ideia do capital social como garantia dos credores funda-se em um fundamento artificial, alheio a realidade da empresa. Este argumento será desenvolvido na segunda parte do trabalho. Serão enfrentadas questões como: o capital protege de forma efetiva os bens sociais atrelados aos credores; o capital social pode ser fixado em valor irrisório de modo a não atender as funções para o qual foi projetado?

Afinal, utilizando-se do exemplo do recipiente de trigo idealizado por Vivante, de que adianta o recipiente se ele é muito pequeno para guardar a quantidade de trigo produzida; ou se simplesmente não há trigo para guardar?

Parte II — Análise do Capital Social à luz do Direito Comparado e das novas teorias do Direito Societário

2.1. Evolução do tratamento dado ao capital social no direito comparado

O tratamento legal dado ao capital social nos Estados Unidos e na Europa tomou rumos distintos nas últimas décadas. Se a princípio ambos os ordenamentos consideravam o capital social como elemento essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais, a partir da segunda metade do século XX a matéria tomou rumos diversos nos dois sistemas.

Ao longo das décadas, o regime do capital social nos Estados Unidos foi sendo progressivamente flexibilizado — até o ponto em que a noção de *legal*

38 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Op. cit.*, p. 68.

capital foi completamente abolida por diversas legislações societárias estaduais. Já o contexto europeu, no âmbito da legislação comunitária dos Estados-membros da União Europeia, seguiu no sentido de fortalecimento do instituto.

Estudaremos a seguir os dois sistemas do capital social — para, em seguida, fazermos um contraponto entre tratamento dado ao capital no direito comparado e aquele dado pela legislação brasileira.

Antes disso, cabe uma consideração a respeito da experiência norte-americana. Apesar de alguns críticos considerarem a experiência americana como jovial se comparada ao direito europeu, é interessante observar que — no âmbito do direito empresarial — tal afirmação não se mostra verdadeira.

A experiência norte-americana após a Revolução Industrial, com o crescente desenvolvimento das relações comerciais no país, possibilitou que o direito societário se desenvolvesse de uma maneira extremamente orgânica e em consonância com a realidade empresarial que o país estava passando.

Utilizamo-nos das palavras de Ascarelli sobre esta questão:

É neste âmbito [das relações comerciais] que os sistemas de *common law* são mais desenvolvidos do que a de sistemas continentais; é neste âmbito que, se quisesse, América do Norte teria a ensinar para a Europa e não por ser mais jovem, mas porque, se cabe o trocadilho, é mais velha, por ser mais desenvolvida tecnicamente na produção em massa e, conseqüentemente, relativamente mais rica no desenvolvimento jurídico de problemas e mais viva a sua consciência jurídica que na Europa, a qual — em relação às várias condições técnicas e econômicas — ainda é muitas vezes inspirada por um sistema industrial com menor desenvolvimento da produção em massa.

A influência inegável que, justamente e especialmente na prática, exerce o exemplo norte-americano em países da América Latina e também nos europeus, no tema das sociedades anônimas (e não apenas em conexão com investimentos na América do Norte), é fruto da experiência mais rica da América do Norte nestes problemas.³⁹ (grifou-se)

2.1.1. A experiência norte-americana

2.1.1.1. O tratamento jurisprudencial do capital social

O direito norte-americano, como integrante do sistema de *common law*, estabeleceu as primeiras diretrizes sobre o capital social pela via jurisprudencial.

39 ASCARELLI, Túllio. *Interpretazione del Diritto e Studio Del Diritto Comparato*. Rivista, 1954, p. 177. Em tradução livre.

O primeiro caso a tratar sobre a matéria foi *Wood v. Dummer*, datado de 1824, tratando da falência de um banco comercial. Os administradores da referida sociedade, constituída sob a forma de companhia, deliberaram pela distribuição da maior parte dos ativos da sociedade para os acionistas, de modo que os credores tiveram seus direitos violados.

A decisão judicial no caso tutelou o interesse dos credores, ao estabelecer que os bens aportados pelos sócios na sociedade não poderiam ser retirados destas antes de satisfeitas todas as obrigações para com terceiros. O patrimônio social funcionaria assim como um fundo social cujo objetivo primordial seria atender aos interesses dos credores. Tal posição deu início a *trust fund theory*; conforme Hamilton:

*The so-called “trust-fund” doctrine [states] that the capital stock of a corporation is a trust fund for the payment of its debts; its contention being that such a “bonus” issue of stock creates, in case of the subsequent insolvency of the corporation, a liability on part of the stockholder in favor of creditors to pay for it, notwithstanding his contract with the corporation to the contrary.*⁴⁰

Tem-se, portanto, um limite na utilização do capital social pelos sócios. A ordem de distribuição dos ativos da sociedade, no caso de liquidação, seria primeiramente para os credores que, após plenamente adimplidos em suas obrigações, liberariam a distribuição de capital para os sócios. O capital social figuraria, assim, como limite à distribuição de bens pelos sócios — limite este que popularmente conhecido na doutrina norte-americana como *measuring rod*.

É possível notar que a noção de capital social como *measuring rod* e *trust fund* é semelhante ao princípio da intangibilidade do capital próprio nascido no sistema continental europeu e ao qual somos filiados.

A fim de garantir o fortalecimento do conceito de *stock capital*, a jurisprudência norte-americana evoluiu seu entendimento para tutelar a efetividade do capital social. Desse modo, considerou-se que os sócios estariam obrigados a aportar valores efetivos, em termos monetários, que correspondessem ao valor nominal das ações (que, até a segunda metade do século XX era um valor mandatório para todas as ações das companhias norte-americanas).

Seguindo este princípio do capital, a sociedade e seus sócios poderiam julgar o acionista responsável pelo valor integralizado a menor na sociedade, em prejuízo dos demais acionistas e credores; ou, em outras palavras: “o acio-

40 HAMILTON, Robert W.; MACEY, Jonathan R.; MOLL, Douglas K. *Cases and Materials on Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*. American Casebook Series, Thompson Reuters, 2010, p. 279.

nista é responsável na medida da diferença entre o valor nominal das ações e o montante efetivamente pago; e somente na medida necessária para satisfação da pretensão dos credores”.⁴¹

Essa obrigação visava mitigar o problema das chamadas *watered stock*, que correspondiam àquelas ações que eram integralizadas com bens em valores inferiores ao valor nominal, restando, portanto, “aguadas” e sem valor real.

Essa obrigação imposta aos sócios visava garantir que o valor declarado no momento da subscrição corresponda ao valor efetivo dos bens que compõe o patrimônio social.

Mais uma vez, é possível perceber que a similaridade entre o conceito proposto pela jurisprudência norte-americana e o princípio da realidade do capital social tutelado nas legislações europeias e brasileira — o que confirma o entendimento que ambos os ordenamentos estavam, até a metade do século XX, em sintonia quanto ao tratamento do capital social.

2.1.1.2. A evolução das legislações societárias estadunidenses sobre o capital social

Os princípios fixados pela jurisprudência americana foram incorporados às legislações societárias dos estados norte-americanos⁴². Apesar do movimento de criação de legislações societárias estaduais datar da primeira metade do século XIX⁴³, as legislações societárias passaram a regular de forma ampla somente no final daquele século.

Nesse sentido, a edição da legislação societária do Estado de Nova Jersey em 1896, seguido legislação de Delaware e em 1899, iniciaram o movimento de competição pelos estados para incorporação de empresas em seus territórios. Tal movimento possibilitou a flexibilização das regras de direito societário para melhor atender aos interesses das empresas — que veio a ser denominada por alguns autores como “*race to the bottom*”, em razão das legislações tornarem-se mais permissivas e liberais.

41 HAMILTON, Robert W. *Op. cit.*, p. 285. Em tradução livre.

42 Conforme o ordenamento norte-americano, a competência para legislar sobre direito societário é primariamente dos estados; enquanto as matérias relacionadas ao mercado financeiro e de valores mobiliários são de competência federal. Alguns dispositivos societários específicos da legislação societária, contudo, são tratados por legislações federais específicas, como é o caso da remuneração de administradores de companhias tratada pelo Sarbanes-Oxley Act de 2002, e que se sobrepôs as legislações societárias estaduais sobre o tema.

43 Sobre a evolução das legislações societárias americanas, tem-se: “*Originally, states legislatures approved each individual corporate charter. The first general incorporation statutes permitting business to incorporate by action of an administrative agency without specific legislative approval were adopted in Pennsylvania in 1836 and Connecticut in 1840. This innovation quickly became popular so that [...] by 1890, all states had adopted general incorporation statutes*”. HAMILTON, Robert W., *op. cit.*, p. 137.

No âmbito do capital social, porém, a matéria encontra relativa unidade dentro da legislação dos diferentes estados. Um importante fator que contribuiu para esse fato foi a elaboração do *Model Business Corporation Act* ("MBCA"), que é um modelo de texto legislativo emitido pela *American Bar Association*, pela primeira vez, em 1950. Tal modelo é adotado, total ou parcialmente, pela maioria das legislações societárias estaduais e será utilizado como base para o estudo da legislação norte-americana neste trabalho.

Nesse sentido, o modelo adotou inicialmente, a exemplo das legislações societárias então vigentes, o regime de capital social (*capital stock*) somado a existência de ações com valor nominal (*par value*). No entanto, o tratamento dado a esses institutos sofreu grande transformação em razão da forma com a qual as companhias fixavam o valor nominal de suas ações.

No início da prática empresarial americana, grande parte das companhias adotava o regime de *high par stock*, no qual as ações possuíam elevado valor nominal de forma a representar o real valor aportado pelos sócios na constituição da sociedade. Com o tempo, porém, as empresas perceberam que o valor nominal elevado das ações trazia imensos entraves à prática empresarial, como por exemplo, no caso de emissão de novas ações onde o valor de mercado destas é menor que o valor nominal.

Em vista a eliminar os custos do regime descrito, as companhias começaram a fixar um valor nominal baixo para as ações, no momento de constituição da sociedade, o que deu início ao movimento da *low par stock* ou *low par share*. Desse modo, as ações subscritas eram fixadas com um valor nominal abaixo do valor efetivamente investido, de modo que o capital social nominal da companhia seria diferente do capital social real (i.e., o montante efetivamente destinado ao balanço da empresa). Desta dicotomia entre o capital fixado no estatuto e aquele de fato contribuído pelos sócios, surge o termo *legal capital* (i.e., o capital fixado no estatuto social apenas para fins legais). Aqui, o capital social é determinado pela soma dos valores nominais de cada uma das ações.

Diante da clara inefetividade do conceito de valor nominal para prática societária, parte das legislações societárias estaduais alteraram seus sistemas para tutelar o regime de *no par shares* — ou ações sem valor nominal — de maneira mandatária ou opcional. É o que se extrai da passagem:

In over twenty states, the articles of incorporation must state the "par value" of the shares of each class (or state that the shares are issued "with no par value" or "without par value"). The remaining states, like the MBCA, either have eliminated entirely or made optional the concept of par value. The current trend is toward the elimination of this concept as an historical anomaly. Par value pro-

visions involve archaic and confusing common law concepts of legal capital and watered stock. ⁴⁴ (grifou-se)

Com a extinção do valor nominal das ações surge a necessidade de determinação do valor do capital social por outros parâmetros. A solução legislativa adotada pelos ordenamentos que excluíram o valor nominal foi exigir que conselho de administração fixasse o valor da contribuição dos sócios destinada à conta do *stated capital*. Além disso, alguns estados permitiram a fixação de prêmio no preço de emissão das ações, de modo que o conselho poderá destinar parte da contribuição à conta de *capital surplus*^{45 46}.

Contudo, tal sistemática passou por ampla revisão nos Estados Unidos na década de 80.

Em 1984, a *American Bar Association*, em conformidade com o desenvolvimento da doutrina e legislação norte-americana sobre o tema, acabou por consagrar o conceito de *no par value* e por eliminar totalmente o conceito de capital social da legislação societária modelo. ⁴⁷

O *Revised Model Business Corporation Act* ("RMBCA"), instituído naquele ano, aboliu a noção de capital social, de modo que os atos constitutivos da empresa deveriam fazer referência somente ao número de ações por ela emitidas, à classe dessas ações, e o número máximo de ações que a companhia está autorizada a emitir. É o que se extrai do §6.01 deste regramento:

§ 6.01. AUTHORIZED SHARES

(a) The articles of incorporation must set forth any classes of shares and series of shares within a class, and the number of shares of each class and series, that the corporation is authorized to issue. If more than one class or series of shares is authorized, the articles of incorporation must prescribe a distinguishing designation for each class or series and must describe, prior to the issuance of shares of a class or series, the terms, including the preferences, rights, and limitations, of that class or series. (grifou-se)

⁴⁴ HAMILTON, Robert W., *op. cit.*, p. 278.

⁴⁵ Cf. "Not all states give the directors total freedom to allocate the proceeds from no par shares to capital surplus. Some states do not permit such allocation at all, while others permit only partial allocation". HAMILTON, Robert W., *op. cit.*, p. 290.

⁴⁶ As contas de *stated capital* e *capital surplus* são análogas às contas de capital social e reserva de capital, reguladas pela Lei das S.A. no art. 178 e seguintes.

⁴⁷ Os argumentos doutrinários que levaram à supressão do conceito de capital social nos Estados Unidos serão desenvolvidos na seção 2.2.

Com isso, a organização dos direitos políticos e patrimoniais dos sócios passou a depender do número de ações que cada sócio detém em relação ao número total de ações emitidas pela companhia. Como se vê, é possível obter a proporção de participação detida por cada um dos acionistas em relação aos demais acionistas, mesmo sem a noção de capital social.

Importante perceber que, mesmo nos estados em que o capital social veio a ser suprimido, foram mantidas regras limitadoras de distribuição dos bens sociais aos sócios. Os direitos dos credores foram tutelados, portanto, através de mecanismos alternativos, quais sejam, a realização de testes pelos acionistas para determinar a possibilidade de distribuição de bens aos sócios. Esses testes são denominados teste de solvabilidade (*equity insolvency test*) e teste de balanço (*balance sheet test*) e serão estudados na seção 2.2.2.

2.1.2. A experiência europeia

2.1.2.1. Desenvolvimento da legislação comunitária europeia sobre o capital social

Até a década de 70, os países europeus possuíam legislações societárias próprias⁴⁸, sem necessidade de harmonização entre elas. A maior parte dos países europeus seguia a doutrina do capital social clássica, conforme apresentada na primeira parte da monografia. Essa situação não se verificou no regime legal inglês, cuja noção de capital social era mais flexível, se assemelhando à doutrina de *common law* americana. A Inglaterra, porém, não aboliu o conceito de capital social do seu ordenamento como fez os Estados Unidos.

A primeira legislação comunitária sobre matéria de sociedades comerciais surgiu em 1968, com a Primeira Diretiva da União Europeia sobre Sociedades, fixando regras mandatórias que deveriam se obedecidas por todas as legislações societárias nacionais. Foi, contudo, com o advento da Segunda Diretiva da União Europeia sobre Sociedades (“Segunda Diretiva”), conhecida como diretiva do capital, em 1976, que a matéria do capital social foi exaustivamente tratada no âmbito comunitário.

Diversas foram as críticas feitas contra a Segunda Diretiva, principalmente fundadas na literatura norte-americana de que as regras de capital social seriam inefetivas na busca pela proteção dos credores. Segundo essa corrente doutrinária, as regras da Segunda Diretiva causariam um “engessamento” das sociedades anônimas, principalmente as abertas, que estariam sujeitas a custos maiores sem serem beneficiados por tais regras.

As críticas ao regime aplicável a Segunda Diretiva levaram a Comissão Europeia, instituição responsável pela elaboração de projetos de legislação den-

48 A legislação própria de cada dos Estados europeus não será objeto deste trabalho, que se concentrará na legislação comunitária sobre o tema.

tro do bloco, no final da década de 90 e início dos anos 2000, a encomendarem a elaboração de estudos com o objetivo de fornecer recomendações para modernização do direito societário europeu.

O mais conhecido desses estudos é o chamado Relatório Winter⁴⁹, elaborado por renomado grupo de juristas em 2002. O estudo previu três abordagens distintas que poderiam ser adotadas em relação ao regime do capital social: (i) abordagem baseada nas proposições do grupo SLIM⁵⁰, no sentido de flexibilização das regras do capital social em temas como ações sem valor nominal, negociação das próprias ações pela companhia, hipóteses de resgate de ações, etc.; (ii) abordagem baseada na experiência americana, eliminando completamente o conceito de capital social e adotando o sistema legal tal como concebido pelo RMBCA, com a eliminação do valor nominal das ações, distribuição de dividendos com base nos testes de solvência e balanço, competência do conselho de administração para distribuir lucros; liberdade de aquisição das próprias ações pela companhia etc.; e (iii) um regime intermediário, visando à eliminação do conceito de capital social, mas mantendo algumas características essenciais do sistema europeu, principalmente no tocante aos direitos dos sócios. Sobre este terceiro enfoque:

However, this approach does not copy the US capital regime but rebuilds the regime from a European point of view, making use of some ideas coming from the US experience and from other legal systems. In this third approach, the elimination of legal capital is contemplated, along with the introduction of no-par value shares. However, the power to issue capital could in principle remain in the general meeting of shareholders, and pre-emptive rights could also be kept as a general rule. The protection of creditors could come by means of a solvency test applied to distributions and capital transactions between the company and its sharehol-

49 O relatório, apelidado em referência ao presidente do grupo de estudos Jaap Winter, é intitulado *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts* e foi divulgado em sua versão final em novembro de 2002, cf. disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf>. Há ainda um documento preliminar que foi elaborado pelo mesmo grupo a fim de colocar em consulta pública suas conclusões, cf. disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_en.pdf>. Acesso em 20/05/2015.

50 Trata-se da iniciativa *Simpler Legislation for the Internal Market*, criada pela Comissão Europeia em 1996, para estudar mecanismos de simplificação da legislação comunitária. Em 1998, foi elaborado documento pelo grupo de estudos de direito societário, que propôs formas de flexibilizar a Segunda Diretiva, como, por exemplo, a tutela as ações sem valor nominal; flexibilização do regime de aquisição de ações da própria emissão pela companhia; flexibilização das situações de resgate de ações, entre outros; cf. disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/official/6037en.pdf>. Acesso em 11/05/2015.

*ders. If more security ex ante is deemed to be appropriate it could be provided that a company intending to pay a dividend needs to have assets exceeding its liabilities at least by ten per cent. As for shareholders' rights, shares could give rights to shareholders in proportion to their fractional interest in the company.*⁵¹ (grifou-se)

A conclusão final do Relatório Winter, após rodada de audiência pública, foi no sentido de que, a curto prazo, a abordagem (i) seria a mais recomendável, promovendo modernizações nas regras do capital sem a sua eliminação; a longo prazo, contudo, deveriam ser feitos estudos aprofundados pela Comissão Europeia a fim de elaborar um modelo alternativo que eliminasse o conceito de capital social e mantivesse os institutos próprios do direito europeu, consoante abordagem (iii)⁵².

Tais estudos demonstram a possibilidade de mudanças nas regras comunitárias sobre o capital social, utilizando prioritariamente as regras do modelo norte-americano.

Sobre a possibilidade de adaptação da legislação europeia ao modelo norte-americano, é relevante a observação feita no Relatório Winter de que eventuais mudanças legislativas demandariam a consideração os institutos societários já existentes na Europa, de modo que as práticas norte-americanas fossem replicadas de acordo com o ambiente institucional europeu. Essa lição também deve ser levada em consideração no Brasil, conforme abordaremos na seção 2.2.3.

2.1.2.2. O regramento dado pela Segunda Diretiva ao capital social

A Segunda Diretiva tratou de regras atinentes ao capital mínimo; formas de subscrição e integralização do capital social; aumento e redução do capital social; limites à distribuição de dividendos aos sócios, dentre outras regras aplicáveis às sociedades anônimas constituídas no território da União Europeia.

51 COMISSÃO EUROPÉIA. *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts*, 2002, cf. disponível em < http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_en.pdf>, p. 25. Acesso em 11/05/2015.

52 Interessante notar que, mesmo se eliminado o conceito de capital social, o estudo sugere que tal modelo deveria ser optativo para os Estados-membros determinarem o tratamento dado ao instituto em suas legislações domésticas, de modo a ser adaptado às características institucionais de cada país. Cf. *"The Commission should, at a later stage, conduct a review into the feasibility of an alternative regime, based on the third approach. The alternative regime need not replace the capital formation and maintenance rules of the Directive [and] could be offered as an alternative option for Member States, who should be able to freely decide to change to the new regime and impose it on companies subject to their jurisdiction"*. COMISSÃO EUROPÉIA. *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, 2002, disponível em < http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf>, p. 81. Acesso em 20/05/2015.

Em geral, as regras presentes na Segunda Diretiva são similares as da Lei das S.A., destacando-se os dispositivos: limitação à emissão de ações abaixo do valor nominal, se existente (art. 8º da Segunda Diretiva); obrigação do acionista pela integralização das ações subscritas (art. 14º); competência da assembleia geral para deliberar sobre aumento (art. 29º) e redução de capital (art. 34º); estabelecimento do direito de preferência dos acionistas em caso de aumentos de capital por subscrição de novas ações (art. 33º).

A Diretiva fixa também regras de capital mínimo para constituição das sociedades. Estabelece o art. 6º que para constituição de sociedade “*os Estados-Membros devem exigir a subscrição de um capital mínimo que não pode ser fixado em montante inferior a 25.000 EUR*”, sendo que apenas 25 por cento deste valor precisa ser integralizado no ato de subscrição (art. 9º).

Em relação à limitação de distribuição de dividendos pelas companhias, estabelece o art. 17º:

Artigo 17º

1. Excetuando casos de redução do capital subscrito, nenhuma distribuição pode ser feita aos acionistas sempre que, na data de encerramento do último exercício, o ativo líquido, tal como resulta das contas anuais, for inferior, ou passasse a sê-lo por força de uma tal distribuição, à soma do montante do capital subscrito e das reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir.

2. Ao montante do capital subscrito indicado no n.º 1 deduz-se o capital subscrito ainda não exigido, quando este último não estiver contabilizado no ativo do balanço.

3. O montante da distribuição feita aos acionistas não pode exceder o montante dos resultados do último exercício encerrado, acrescido dos lucros transitados, bem como de fundos retirados de reservas disponíveis para este efeito, e deduzido das perdas transitadas, bem como dos valores levados a reserva, nos termos da lei ou dos estatutos. (grifou-se)

O art. 17.1 contém a previsão já conhecida de não pode haver distribuição dos lucros em prejuízo ao capital social, análoga ao art. 201 da Lei das S.A., com algumas particularidades. Não são especificadas, no regramento europeu, as reservas legais que não serão passíveis de distribuição (como, por exemplo, a conta de reserva de capital). Ademais, o dispositivo europeu limita a distribuição aos lucros do último exercício encerrado, sendo possível a utilização de lucros retidos pela companhia somente se elas superarem as perdas do exercício em questão.

O art. 19º da Diretiva do Capital também merece destaque, estabelecendo a seguinte regra:

Artigo 19º

1. No caso de perda grave do capital subscrito, deve ser convocada uma assembleia geral no prazo fixado pelas legislações dos Estados-Membros, para examinar se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adotada qualquer outra medida.

2. Para os efeitos previstos no n.º 1, a legislação de um Estado-Membro não pode fixar em mais de metade do capital subscrito o montante da perda considerada grave.

Este dispositivo tem como fundamento trazer a conhecimento dos sócios situações nas quais o patrimônio da empresa é reduzido em montante substancial, de modo que estes possam tomar as medidas cabíveis na tentativa de recompor o patrimônio social ou, julgando que as perdas comprometem a continuidade das atividades da companhia, possam optar pela dissolução da sociedade.

Pelo exposto, tiramos que a legislação europeia se assemelha em grande medida ao direito brasileiro, trazendo regras que procuram tutelar os princípios da fixidez, da irrevogabilidade, da realidade e da intangibilidade já conhecidos.

A partir da próxima seção, cuidaremos de expor as críticas feitas ao regime do capital social europeu, igualmente aplicáveis ao caso brasileiro.

2.2. Críticas ao instituto do capital social

Até o momento, demonstramos primordialmente o conceito do capital social nos termos da doutrina clássica, que interpreta o instituto do capital social como essencial para o equilíbrio dos interesses dos sócios, da sociedade e de seus *stakeholders*. O instituto do capital social — e todos os princípios a ele inerentes — seriam determinantes para que as funções de organização, produção e proteção de terceiros fossem devidamente tuteladas.

Vários doutrinadores, principalmente a partir da segunda metade do século XX, procuraram combater a visão do capital social como elemento essencial para o funcionamento das empresas. Para eles, os custos inerentes ao capital social superam os benefícios dele provenientes (em especial o benefício proporcionado aos credores).

Desse modo, a eliminação do capital social representaria uma melhor tutela dos sócios, da sociedade e dos *stakeholders*, tendo em vista a eliminação dos custos que impõe ao desenvolvimento da vida empresarial.

Mesmo assim, ao passo que alguns criticam o instituto e a própria razão de sua existência, pelo fato de não cumprirem na realidade as funções que lhes

são atribuídas pela legislação societária, outros visualizam tais críticas como um chamado para que sejam reforçadas as regras do capital social, de modo a melhor atender os interesses dos credores e dos sócios.⁵³

2.2.1. Análise da efetividade das funções de produção e organização desempenhadas pelo capital social

2.2.1.1. Da efetividade do capital social com elemento de produção

Conforme adiantado na seção 1.3.1, as finanças empresariais trazem os conceitos de capital próprio (*equity*) e capital de terceiros (dívida) como integrantes da estrutura de capital da empresa. É a partir da análise dos custos do capital próprio e de terceiros que a companhia irá determinar a melhor forma de se financiar. Do ponto de vista financeiro, a empresa deseja alocar os seus recursos de modo que o retorno obtido com o investimento seja maior que o custo total do capital.⁵⁴

Mas a determinação da relação ótima entre *equity* e dívida é complexa do ponto de vista do gestor da empresa⁵⁵. Tal determinação levará em conta dois fatores: a solidez do empreendimento e uma possível majoração no retorno sobre os ativos da sociedade. Sobre essa questão, mostra-se relevante os ensinamentos de Posner:

There are several reasons why corporations have debt as well as equity in their capital structures, though one reason has been challenged: that it increases the stockholders rate of return by making their investment a leveraged one. [...] Another explanation is that a mixture of equity and debt capital enables the corpora-

53 Cf. “Se é verdade que as críticas mencionadas [sobre o capital social], não tiveram peso para levar à supressão do instituto em tela, não é menos exato que foram de grande serventia, ao chamarem a atenção para a necessidade de aprimorar a sua disciplina; afinal, se a defesa dos credores é imperfeita com a noção de capital, não significa isto que deva ser abandonada, cumprindo, antes disso, reforçá-la”. PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*. São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 43.

54 Cf. “O retorno do investimento é gerado pelos ativos, que são financiados pelo capital próprio e de terceiros. Portanto, para aumentar a riqueza dos acionistas ou sócios, o retorno sobre o ativo total (RAT) deve ser superior ao custo do capital próprio e de terceiros.” HOJI, Masakazu. *Administração Financeira e Orçamentária*. São Paulo, Editora Atlas, 2010, p. 191.

55 A depender da conjuntura econômica e de fatores relacionados ao desenvolvimento do mercado financeiro de cada país, as empresas optam por uma maior ou menor quantidade de débito na sua estrutura. Alguns autores sustentam, porém, que o *equity* vem perdendo importância para a dívida nos tempos atuais, principalmente no caso das companhias abertas, cf. “While primary attention is paid to equity securities in this casebook, it should be pointed out that from an economic standpoint, debt financing is considerably more important than equity financing. Most large publicly held corporations regularly engage in debt financing, but rarely raise capital through issuance of equity securities”. HAMILTON, *op. cit.*, p. 295.

*tion to provide different risk-return packages to meet the varying preferences of investors. [...] Investment in a corporation that has only equity capital provides uniform expected risk and return for all investors. As soon as the corporation borrows, the expected risk and return to the shareholders will rise; they will now have a leveraged investment.*⁵⁶ (grifou-se)

O *equity* tem, a princípio, um custo menor do ponto de vista da sociedade, já que ela não pagará juros para os sócios que somente poderão reaver o valor investido na sociedade em caso de liquidação (ou, conforme visto, em situações previstas em lei nas quais seja permitido à companhia pagar pelas as ações dos sócios via reembolso, resgate ou redução de capital). A dívida, por sua vez, fornece, a um custo mais alto, a possibilidade da firma se alavancar e utilizar os recursos de terceiros mediante o pagamento de remuneração sobre o capital (juros).

O financiamento de uma companhia aberta via emissão de debêntures, por exemplo, permite a ela acesso ao crédito de terceiros mediante ao pagamento de uma taxa pré-fixada — o que difere de um aumento de capital em que os recursos seriam capitalizados na conta do capital social ou de reserva de capital (em caso de emissão com prêmio de emissão ou ágio). Quanto maior a dívida de terceiros no balanço da empresa, maior será o passivo fixo que ela terá para remunerar os seus financiadores. Funciona o débito então como uma via de mão dupla: a companhia pode auferir lucros maiores se investir os recursos de terceiros de maneira satisfatória, mas estará sujeita a um risco de insolvência maior, podendo amargar altos prejuízos caso a variação positiva do patrimônio líquido não seja suficiente para cobrir o custo da dívida.

Desse modo, do ponto de vista financeiro, a noção de capital social não é necessária ou determinante para avaliação do montante de capital próprio que os sócios irão investir na sociedade. A decisão da companhia sobre a forma com a qual irá captar os recursos para desenvolver sua atividade não passa pelo conceito de capital social.

A vinculação do capital social à função de produção, em termos práticos, não passa de uma constatação histórica da importância do capital próprio dos sócios para o desenvolvimento das atividades empresárias — sendo tal capital próprio chamado de capital social em determinados países.

Pelo exposto, notamos, mais uma vez, estarmos diante de uma situação na qual a realidade empresarial não se utiliza do conceito de capital social, fixado no início da vida societária e que resta esquecido no âmbito do financiamento da empresa.

56 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York, Aspen Publishers, 2011, p. 540.

Uma ressalva deve ser feita nos casos das legislações societárias que estabelecem regras de capital mínimo para as sociedades ⁵⁷. Tais regras fixam um montante aporte mínimo que deve ser feito pelos sócios na constituição da sociedade. Em geral são montantes relativamente baixos que evitam a constituição de empresas de menor porte que gozem do benefício da limitação de responsabilidade. Nesses casos, percebemos o capital social, mesmo que de uma forma bastante restrita, adquire relevância na produção da empresa.

2.2.1.2. Da efetividade do capital como elemento de organização

O raciocínio invocado na seção anterior também nos parece aplicável à função de organização, no sentido que o capital não se demonstraria essencial para organização dos direitos dos sócios dentro da sociedade. A função de organização por ele desempenhada poderia ser cumprida de outra maneira, qual seja a identificação dos sócios por meio do número de ações que possuem, e não da parcela que detêm dentro do capital social.

Assim, a ideia de organizar a empresa sem a figura do capital social seria perfeitamente aplicável diante da existência de outras formas de se referirem aos sócios e à parcela de participação por eles detida. No caso brasileiro, a Lei das S.A. poderia ter adotado outros parâmetros para determinar a organização interna das empresas.

Forma de organização alternativa das companhias é aquela adotada pelas legislações societárias norte-americanas no contexto do RMBCA. Como visto, a seção 6.01 deste diploma dispõe que o estatuto social das companhias deve conter somente o número de ações emitidas pela companhia e o número de ações que ela está autorizada a emitir.

Ainda assim, o contexto histórico de utilização do capital social não pode ser ignorado. O Brasil, em razão da vinculação histórica ao direito continental europeu, é um exemplo onde tanto a legislação societária quanto o ambiente empresarial utilizam-se maciçamente deste conceito. Aqui, os custos de implementação de uma legislação que alterasse o capital social tenderiam a ser bastante elevados. ⁵⁸

Por todo o exposto, conclui-se que o benefício trazido pelo capital social, no âmbito da organização, é parcial, já que ele cumpre de forma efetiva sua função — mas poderia ser facilmente substituído por outra forma organizacional, no caso de supressão legal no instituto.

⁵⁷ Tais regras serão tratadas na próxima seção 2.2.2.

⁵⁸ Em teoria, as mudanças das regras de organização da sociedade (do regime do capital para o regime de ações emitidas/autorizadas) não demandariam custos altos. Na prática, porém, o custo de implementação desta transição pode ser bastante alto, tendo em vista o custo que as empresas e o ambiente institucional teriam de incorrer para se adaptarem a um novo sistema. Essa questão será explorada com mais detalhes na seção 2.2.3.

2.2.2. Análise da efetividade do conceito de capital social como garantia dos interesses de credores

2.2.2.1. Aspectos gerais sobre a efetividade de proteção aos credores

Conforme posto nas seções anteriores, a garantia dos credores é a principal função atribuída ao capital social, de modo que vários doutrinadores atribuem a ela a razão do instituto existir.

Segundo este pensamento clássico defendido por grandes doutrinadores, esta “cifra de retenção” — ou *measuring rod* para os doutrinadores norte-americanos — representaria a melhor forma de tutelar os interesses dos credores, dos sócios e da sociedade.

Ao contrário dos defensores do instituto, outros autores sustentam que os benefícios proporcionados pelas regras do capital para proteção de credores seriam pequenos comparados com os custos aos quais se sujeitam a companhia e todos os sujeitos que se relacionam com ela. Kraakman é um dos adeptos a esta corrente:

We hasten to add that the benefits of legal protections for creditors come at a cost. In theory, they are supposed to reduce costs but, in practice, they can also increase transaction costs when they are overly rigid and intrusive. Here, as elsewhere in corporate law, the point is not to eliminate opportunism entirely but to bring its costs into rough equilibrium with the costs of controlling it. ⁵⁹ (grifou-se)

Podemos identificar, assim, dois polos de interesse distintos neste cenário. De um lado, temos os interesses dos credores que desejam impedir os sócios de se aproveitarem da situação de controle sobre o patrimônio em que se encontram; de outro, o interesse dos sócios de poder utilizar o capital da empresa da melhor forma a maximizar o lucro, podendo reaver parcela do investimento quando a manutenção de recursos na empresa não for desejada do ponto de vista da sociedade.

Sobre o comportamento oportunista o qual os sócios podem praticar, temos a lição de Macey e Enriques:

Shareholders of companies with debt have strong incentives to act opportunistically at the expense of existing creditors in a wide variety of ways. First, shareholders can engage in asset diversion. They can make distribution to themselves in the form of

59 KRAAKMAN, Reiner; Et. al. *The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*. Nova York, Oxford University Press, 2204, p. 73.

*dividend payments, share buy-backs, and excessive salaries. All of these distributions reduce the equity cushion upon which creditors depend when they extend credit to a company. Second, shareholders can engage in claim dilution. They can do so by issuing additional debt of the same or higher priority, thereby eliminating the advantage of existing creditors' claims on a company's assets if the company becomes insolvent. Higher leverage might, of course, also increase the value of the equity outstanding claims. [...] Finally, and perhaps most importantly, shareholders can transfer wealth from fixed claimants to themselves by pursuing investment projects that are riskier than the creditors had contemplated when they extended the credit.*⁶⁰ (grifou-se)

Desse modo, seja pela distribuição de dividendos ou pela aplicação dos recursos alavancados da empresa em projetos que os acionistas não explorariam caso a sociedade estivesse financiada 100% por *equity*, os acionistas estariam nesses casos tentados a agirem contra os interesses dos credores que se sairiam prejudicados.

A existência desses polos de interesse diversos demanda a criação de regras que limitadoras da utilização de recursos pelos sócios. Mas essa limitação não pode ser absoluta. Isso prejudicaria a empresa, seus sócios e, em última análise, seus *stakeholders*. É o que extraímos da lição de Armour:

*It might be thought that a straightforward solution would simply be to ban all asset transfers to shareholders. However, there may be circumstances in which such transfers are efficient. Where a firm has surplus cash and no good projects in which to invest, it is efficient for the money to be returned to shareholders for investment elsewhere, rather than be poured into and underperforming project. The problem in this case is the flipside of that where no restriction obtains.*⁶¹ (grifou-se)

2.2.2.2. Regras fixadoras de capital mínimo v. regras limitadoras de distribuição
Ante o exposto, de que maneira às normas societárias poderiam limitar a utilização do capital pelos sócios? A doutrina distingue dois conjuntos de regras

60 MACEY, Jonathan R.; ENRIQUES, Luca. *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 1413, pp. 1168-1169.

61 ARMOUR, John. *Legal Capital: An Outdated Concept?* European Business Organization Law Review, 2006, p. 7.

que seriam destinadas a este fim: (i) regras fixadoras de um capital mínimo para as sociedades; (ii) regras limitadoras da distribuição de bens dos sócios para as sociedades.

As *regras fixadoras de capital mínimo* visam atender ao interesse principal dos credores involuntários⁶², comumente associados à ideia de partes mais fracas, tendo em vista que as empresas constituídas abaixo de determinado valor não seriam economicamente viáveis, face ao risco que o desenvolvimento da sua atividade empresarial representa para a comunidade em geral.

As regras de capital mínimo relacionam-se ao conceito de limitação da responsabilidade. Do ponto de vista estatal, a limitação da responsabilidade (vista como um privilégio dado a determinados tipos societários) não poderia ser concedida a qualquer empresa. Uma empresa com o capital extremamente baixo, segundo esta visão, não poderia adotar um tipo societário dotado de limitação de responsabilidade aos sócios, já que eles estariam “blindados” sem uma efetiva contrapartida financeira.

Conforme amplamente difundido pela doutrina moderna, tais regras carecem de razão econômica — já que o mercado, em si, possui mecanismos suficientes para determinar quando uma determinada sociedade empresária seria economicamente viável. Se uma sociedade limitada ou companhia consegue se viabilizar economicamente, isso já seria indicativo suficiente da sua capacidade de produção. As regras de capital mínimo teriam, como resultado prático, apenas barrarem empreendimentos menores que fomentariam o sistema econômico.

As regras de capital social mínimo não se mantiveram na maior parte dos ordenamentos legais. No caso brasileiro, não há regras de capital mínimo para as sociedades limitadas e sociedades anônimas, apesar do sistema valer para as sociedades de responsabilidade limitada com um só sócio — as EIRELI's. No âmbito europeu, conforme analisado, Segunda Diretiva estabelece o capital mínimo de 25 mil euros para as companhias constituídas em um dos Estados-Membros.

As *regras limitadoras de distribuição do capital para os sócios*, por sua vez, são as mais relevantes no contexto global, tendo em vista que são adotadas, em maior ou menor grau, por todas as legislações societárias.

62 Sobre os tipos de credores sociais, a doutrina norte-americana os divide em *non-adjusting creditors* e *adjusting creditors*. Os credores involuntários estariam incluídos na primeira definição, tendo em vista que eles não são ajustáveis e não contratam com a empresa previamente à constituição do crédito. É o caso, por exemplo, de pescadores que sofreram danos ambientais causados por uma companhia que atua em sua comunidade. Ao contrário, os credores “ajustáveis” seriam aqueles que definiram previamente com a empresa os termos da sua relação creditícia, como ocorre com um banco que concede empréstimo a uma companhia. Esses credores, ao contrário dos primeiros, não seriam os principais destinatários das regras de proteção aos credores já que, (a) eles analisaram a situação patrimonial da empresa antes de contratar com ela; e (b) eles escolheram negociar com a empresa e fixaram uma taxa de remuneração para o seu crédito em consonância com o risco do negócio.

Seja no início do desenvolvimento norte-americano (com a teoria do *trust fund*), seja na Europa (por meio do princípio da intangibilidade), as teorias societárias perceberam a necessidade de impedir que os sócios, que possuem o poder de determinar os rumos da empresa, se valessem desta situação para promover distribuições que violariam a ordem mandatária de que os sócios não podem reaver o dinheiro aportado na companhia antes dos credores.

A literatura sobre finanças fornece uma série alguns parâmetros a fim de determinar qual seria a melhor forma de compatibilizar as regras de distribuição de uma companhia. A ideia principal é que tais regras deveriam, de uma lado, impedir o comportamento oportunista dos sócios e, de outro, possibilitar a melhor utilização do capital investido na empresa.

Sendo assim, não seria vantajoso para empresa reter capital em seu patrimônio se este não resultasse em uma majoração dos lucros para empresa. Se o capital investido não for efetivamente utilizado para empresa, a melhor destinação dos recursos seria a devolução destes para o sócio. Tal ideia é desenvolvida por Jensen, que se refere ao capital não utilizado pela empresa como *free cash flow*:

Free cash flow is cash flow in excess of that required to fund all projects that have net present values when discounted at the relevant cost of capital. Conflicts of interest between shareholders and managers over payout policies are especially severe when the organization generates substantial free cash flow. The problem is how to motivate managers to disgorge the cash rather than investing it at below the cost of capital or wasting it on organization inefficiencies. ⁶³ (grifou-se)

Conforme esta passagem, há uma tendência para que o órgão que irá deliberar a distribuição de lucros (no caso do Brasil, a assembleia de acionistas; no caso norte-americano, o conselho de administração) mantenha retido determinado montante dentro da empresa quando, do ponto de vista econômico, a melhor destinação daqueles recursos seria a distribuição para os sócios. A deliberação sobre distribuição de lucros aos sócios deveria, portanto, passar pela referida análise econômica.

Do ponto de vista dos credores, a distribuição de lucros se mostraria prejudicial, pois retiraria da sociedade ativos que, em regra, seriam utilizados para saldar as dívidas da sociedade. A regra de distribuição ótima, portanto, deveria tutelar esses polos de interesse distintos existentes dentro da sociedade. Nesse sentido, Shayer:

⁶³ JENSEN, Michael C. *Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers*. American Economic Review, Vol. 76, 1986, p. 323.

Consequentemente, como princípio norteador, para equilibrar adequadamente os interesses da sociedade, dos sócios e dos credores do ponto de vista financeiro, a Lei Societária deve, a um só tempo, permitir *ex ante* à sociedade distribuir os bens patrimoniais aos sócios sempre que a sociedade não tiver acesso a projetos cuja taxa de retorno seja superior ao seu custo de capital, de forma a se preservar o valor da sociedade, mas desde que tal distribuição não afete a capacidade da sociedade de honrar pontualmente suas obrigações, de forma a não se prejudicar os credores sociais.⁶⁴

No contexto prático, a principal regra limitadora das distribuições feitas pela sociedade aos sócios é a que condiciona a distribuição de dividendos para os sócios ao auferimento de lucros para além do valor fixado para o capital social. Essa regra, como visto, está formalizada no art. 17.1 da Segunda Diretiva, no art. 201 da Lei das S.A., e em algumas legislações estaduais norte-americanas que ainda mantêm o conceito de *stated capital* e *capital surplus*.

Essa regra — em grande parte fundamentadora da existência do capital social — é contestada por inúmeros motivos já que, segundo seus críticos, traz muitos custos e poucos benefícios para o ambiente empresarial, não cumprindo, pois, o papel de “balanceamento” exposto nos parágrafos anteriores. A efetividade de tais regras será contestada em detalhes no item (C) da próxima seção.

2.2.2.3. Principais argumentos questionadores do capital social

Cuidaremos de expor, abaixo, os principais argumentos trazidos pela doutrina para contestar o capital social como elemento protetivo dos credores, em especial no que tange às regras de distribuição. São eles: (A) o capital social não protege efetivamente os bens sociais atrelados aos credores; (B) o capital social pode ser fixado arbitrariamente de modo a não atender às funções para o qual foi projetado; (C) as regras limitadoras de distribuição não levam em consideração a situação de liquidez e balanço da empresa; e (D) existem mecanismos mais eficientes para promoção da mesma proteção aos credores a custos menores. Cada um desses argumentos será analisado dos parágrafos que seguem.

(A) o capital social não protege efetivamente os bens sociais atrelados aos credores

O ponto de partida para os autores que se utilizam deste argumento já foi adiantado na primeira parte do trabalho: o capital social não garante os

64 SHAYER, Fernando. *A fantasia do capital social*. Revista de Direito Mercantil nº 164/165, Malheiros Editores, 2013, p. 141.

interesses dos credores, em vista que tal garantia é desempenhada pelo patrimônio da empresa. É nesse sentido que ASCARELLI sugere que “[a] garantia dos terceiros está, afinal, nos bens da sociedade, ou seja, no patrimônio social; o valor real da ação se prende, por seu turno, ao patrimônio líquido social”.⁶⁵

Desenvolvemos: o congelamento de determinado valor no balanço da empresa (valor este que corresponde, segundo a noção de capital social real, a bens do ativo que estão vinculados a este passivo) não garante que os credores sociais terão aquele valor disponível para saldar suas dívidas, já que esses bens poderão ser utilizados livremente pelos sócios na consecução do objeto social.

A regra aplicável às sociedades em geral determina que o gerenciamento de suas atividades deverá ter como balizador o objeto social da empresa (art. 2º da Lei das S.A.), de modo que a utilização dos bens sociais para fins alheios ao objeto social torna os acionista controlador (art. 117, § 1º, “a”) e o administrador (art. 153) pessoalmente responsáveis por tais atos.

Isto posto, afastada a limitação à gestão das atividades sociais imposta pelo objeto social, os sócios (leia-se, os controladores e/ou administradores) da companhia estarão livres para utilizarem os ativos da sociedade como bem entenderem, de modo a realizar o seu objeto social e promover a maximização do lucro da empresa. Não há, portanto, qualquer limitação efetiva de utilização aos bens que compõem o patrimônio social. É nesse sentido que argumenta Macey:

*The primary reason that creditors do not give significant weight to legal capital is that, as soon as a firm starts to operate, it can use its capital to purchase assets that decline in value. Because a firm may immediately begin to incur in losses, either merely in the normal course of business or by entering into one of the many kinds of unfair transactions, the initial paid-in capital is a meaningless amount.*⁶⁶ (grifou-se)

Os credores sociais não possuem a garantia, portanto, que os recursos que foram conferidos à sociedade estarão disponíveis para saldar sua dívida. É que os recursos emprestados por terceiros sujeitam-se aos riscos do negócio tanto quanto os recursos aportados pelos sócios. Esta, inclusive, é a característica inerente às relações creditícias em geral, nas quais o credor (ao menos o credor ajustável, i.e., que escolhe voluntariamente se relacionar com a companhia⁶⁷) in-

65 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Quorum, 2008, p. 467.

66 MACEY, Jonathan R. *Op. cit.*, pp. 1186-1187.

67 Para mais detalhes sobre a definição de credor ajustável, ver nota nº 62.

corre no risco do inadimplemento por parte do devedor, e tenta ajustar o risco de crédito ao qual está exposto por meio da contratação de garantias adicionais.

A efetividade do capital social como proteção aos bens da sociedade é, portanto, extremamente baixa, visto que a sociedade (que é uma pessoa jurídica titular de direitos e obrigações) pode “gastar” o seu dinheiro como bem entender, obedecendo às limitações da lei ou do estatuto. Nesse sentido, a sociedade se equipara a qualquer devedor pessoa física, que terá seu risco de crédito avaliado por cada credor no momento do financiamento.

A falta de efetividade do capital social, como mecanismo de proteção aos bens sociais, é explicada por Cavalli:

*Neste sentido é que o capital social, por constituir como que uma “cifra de retenção”, acaba por garantir os credores sociais — mas sem que o conceba como “eficaz garantia dos redores sociais”, pois não haverá, sempre, um conjunto de bens no patrimônio da sociedade para saldar suas obrigações. É que os bens que integram o patrimônio da sociedade podem ser destinados à prática de atos compreendidos no objeto social que resultem em perdas para a sociedade. Esta possibilidade de perda patrimonial, conquanto indesejada, resulta da álea inerente a qualquer atividade negocial.*⁶⁸

O argumento trazido acaba por desconstruir a premissa de que o capital social “congela” os bens do patrimônio social em favor dos credores.

Nesses termos, é possível questionar de a terminologia “cifra de retenção” é a melhor forma de descrever o instituto⁶⁹, já que não há, segundo esta visão crítica, uma retenção efetiva de bens pela sociedade — mas sim uma retenção figurativa no balanço da sociedade.

(B) o capital social pode ser fixado arbitrariamente de modo a não atender às funções para o qual foi projetado

Dos argumentos trazidos, este é o mais criticado pelos defensores do instituto. A ideia posta é que as legislações societárias que tutelam o capital social permitem que este seja fixado de uma forma reduzida ou disfarçada, de modo a não desenvolver as funções e princípios que lhe foram atribuídos.

68 CAVALLI, Cássio. *Notas sobre a Disciplina do Capital Social nas Sociedades Limitadas*, p. 6.

69 Reflete melhor essa ideia o termo norte-americano, *measuring rod*, posto que o capital não passaria de um bastão, um pedaço de madeira, longe da figura idealizada do recipiente de trigo, apontando-se para o fato de que o capital social não desempenha plenamente a função de garantia que a ele é atribuída.

É que, pelo fato de inexistirem limites objetivos para sua determinação, o capital social pode ser livremente fixado pelos sócios, não havendo uma necessária correspondência entre os negócios desenvolvidos pela empresa e o valor fixado no estatuto. Os sócios podem fixar um montante extremamente reduzido para conta de capital social, desproporcional às dívidas contraídas pela sociedade.

Essa é uma prática extremamente comum no âmbito das sociedades anônimas e limitadas no Brasil. Não raro, os sócios fixam valores no capital social que guardam pouca ou nenhuma relação com o real volume de ativos que são geridos pela sociedade. Ademais, valores que se mostraram condizentes com as atividades desenvolvidas pela sociedade quando de sua constituição podem se revelar, mais tarde, pequenos em relação ao tamanho que a sociedade atingiu do decorrer de suas atividades.

Os exemplos acima não tratam, no entanto, de operações realizadas de maneira ilegal com intuito de transferir os riscos da atividade empresarial para os credores,⁷⁰ mas sim de operações legítimas e comuns na prática empresarial, que permitem a flexibilização do instituto dentro os parâmetros da legislação vigente.

Estamos diante do caso típico de um dispositivo da legislação societária cuja eficácia ficou comprometida frente ao dinamismo e à evolução da prática mercantil.⁷¹

Os críticos a este raciocínio argumentam que a legislação societária não deve abandonar seus institutos em razão dos agentes privados conseguirem contornar tais regras e da evolução do mercado ser mais rápida que a evolução legislativa. A solução para esses casos seria outra: pensar em novos contornos para tais institutos — como o capital social — de modo a reforçá-los e torná-los menos susceptíveis às flexibilizações pelo mercado.

70 Nesse âmbito, cabe destacar que a hipótese de subcapitalização é considerada pela doutrina e jurisprudência como uma das causas para desconsideração da personalidade jurídica dos sócios, nos termos do artigo 50 do CC, cf. “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

71 O caso brasileiro traz vários exemplos nos quais dispositivos da Lei das S.A. foram flexibilizados pela prática empresarial. Para citar alguns: os sócios podem emitir as ações com preço de emissão sem limite, de modo a maior parte das ações irem para a conta de reserva de capital; é possível que haja redução do capital social por prejuízos acumulados com o consequente aumento de modo a contornar as regras contra diluição injustificada dos sócios; são legítimas as operações na qual se reduz o capital social por prejuízos acumulados e, no exercício social seguinte, se distribui lucros pela variação positiva do patrimônio líquido.

(C) as regras limitadoras de distribuição não levam em consideração a situação de liquidez e balanço da empresa

Juntamente com o argumento (A), voltaremos a questionar a noção do capital social dentro da realidade fática da empresa moderna. Como visto no início desta seção, uma das possibilidades de atuação oportunista dos acionistas em detrimento dos credores sociais diz respeito à distribuição de lucros de modo a deixar a companhia insolvente ou ilíquida.

Os riscos de liquidez e solvabilidade são inerentes à atividade de qualquer empresa e se referem a situações de dificuldade que poderão ser enfrentadas por ela no decorrer de suas atividades. Tais dificuldades, caso não sejam contornadas, poderão torná-la insolvente. A insolvência estará caracterizada no balanço da empresa quando seu passivo superar o ativo, de modo que ela não tenha patrimônio líquido suficiente para saldar suas obrigações.

Uma situação de não liquidez diz respeito a fenômeno diverso, porém correlato: os ativos da sociedade podem ser ilíquidos (i.e., difíceis de serem transformados em moeda), de modo que esta não consiga converter os ativos a valor presente com facilidade. É o caso, por exemplo, de uma companhia cuja maior parte dos ativos esteja em imóveis (que, mesmo quando valorizados, não são facilmente transformáveis em moeda em um curto espaço de tempo).

Uma situação de iliquidez pode transformar-se numa situação de insolvência: se a companhia perceber que não conseguirá se desfazer de determinado ativo em tempo suficiente para honrar suas obrigações, ela terá de promover a venda desses ativos a um valor mais baixo (com um elevado deságio em relação ao valor de mercado do bem) em vista à rapidez que necessita de recursos. Esse deságio que a companhia terá de incorrer para venda de seu ativo ilíquido e obtenção de recursos no presente pode levá-la a uma situação de insolvência, na qual a soma dos ativos se torna menor que as obrigações frente a terceiros.

Nesse sentido, temos a lição de Ramunssen e Skeel que demonstra que problemas financeiros (relacionados à liquidez) e problemas de econômicos (solvência) estão interligados:

Economic distress and financial distress are conceptually distinct. Some firms that are quite healthy in the economic sense nevertheless cannot pay off their bills because they have excessive debt. On the other hand, some firms have no trouble paying their bills because they have sufficient cash on hand yet still are running at an operating loss. Despite the distinction between these two types of distress, they are positively correlated. Firms in economic distress, are often in financial distress as well. Indeed, it is often

*the cause that the economic distress is what is causing the financial distress.*⁷²

Mas como tal situação de liquidez e solvência se relaciona com o capital social? Do ponto de vista dos sócios, a distribuição de dividendos (que são feitos em moeda corrente nacional) pode resultar numa situação de iliquidez para companhia, a ponto de ela não conseguir pagar suas dívidas, ou pior, tornar-se insolvente em um curto espaço de tempo após essa distribuição aos sócios.

Outras áreas do direito — como o falimentar⁷³, o penal⁷⁴, e o cível⁷⁵ — possuem institutos próprios que tutelam o interesse dos credores de modo a evitar que os devedores (no caso, a companhia) transfiram bens a terceiros (sócios ou administradores), esvaziando assim o seu patrimônio para o não pagamento de suas dívidas.

Já no âmbito da Lei das S.A., temos a regra já citada do art. 201 que veda a distribuição de dividendos à custa do capital. Como se percebe, tal regra não leva em consideração a situação financeira da empresa. Segundo os autores críticos a este regime, não haveria efetividade na proteção dos credores, já que essas regras podem permitir a distribuição de dividendos quando tal distribuição for desfavorável para empresa; ou vedar a distribuição quando claramente tal transferência não irá acarretar em nenhum prejuízo aos credores.

Para ilustrar essa situação, vejamos os dois exemplos descritos abaixo:

72 RAMUNSEN, Robert K.; SKEEL JR, David A. *The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law*. ABI Law Review, Vol 3:85, p.89.

73 No âmbito do direito falimentar, os artigos 129 e 130 regulam dois tipos de ações, chamadas revocatórias, que tutelam aos interesses dos credores: “a primeira trata de ineficácia pura e simples, em relação à massa, tenham ou não os contratantes conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção de fraudar credores; a segunda argui a ineficácia relativamente à massa dos atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com ele contratar”. NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial & Empresa*. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

74 O art. 168 da Lei 11.101, de 2005, tipifica penalmente a fraude contra credores na recuperação judicial e na falência. O crime se caracteriza pela prática de atos fraudulentos que causem prejuízo aos credores, antes ou depois da decisão que concede a recuperação judicial ou decreta a falência, com a finalidade de obter vantagem indevida para si ou para terceiros.

75 No âmbito do direito civil, existe o instituto da fraude contra credores, presente nos artigos 158 a 161 do CC, e pode ser caracterizada como “todo ato prejudicial ao credor (*eventusdamni*), por tornar o devedor insolvente ou ter sido praticado em estado de insolvência. Não exige o Código o requisito da má-fé (*consilium fraudis*), que, aliás, ordinariamente, se presume, porém, que não é essencial para determinar a fraude e tornar anulável o ato. Houve, assim, uma simplificação na teoria da fraude contra credores, pois os civilistas pátrios, sem divergência, consideravam a má-fé elemento constitutivo da fraude contra credores, ainda que essa doutrina nem sempre se acomodasse aos casos da vida real. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 1956, p. 287.

<i>Exemplo 1</i>		<i>Exemplo 2</i>	
Ativo	Passivo	Ativo	Passivo
Caixa = R\$ 200.000	Dívidas de curto prazo com fornecedores = R\$ 50.000	Caixa = R\$ 10.000	Dívidas de curto prazo com fornecedores = R\$ 200.000
Estoque = R\$ 100.000	Dívida bancária de médio prazo = R\$ 50.000	Estoque = R\$ 100.000	Financiamento bancário a curto e médio prazo = R\$ 500.000
Títulos de renda fixa = R\$ 200.000	Financiamento de longo prazo via emissão de debêntures = R\$ 100.000	Investimento em letra de crédito resgatável em 10 anos = R\$ 200.000	
Títulos do tesouro resgatáveis semanalmente = R\$ 200.000		Imóvel da sede = R\$ 690.000	
Fábrica = R\$ 300.000	Patrimônio líquido		Patrimônio líquido
	Capital social = R\$ 750.000		Capital social = R\$ 100.000
	Reserva de lucros acumulados = R\$ 50.000		Reserva de lucros acumulados = R\$ 200.000

Analisando esses dois exemplos, percebemos que a companhia demonstrada no *Exemplo 1* é mais sólida, em termos financeiros, do que a companhia descrita no segundo exemplo.

No primeiro caso, trata-se de uma companhia cuja situação financeira e econômica é favorável. Seus ativos são em sua maioria líquidos, facilmente conversíveis em moeda, ao passo que a maior parte das obrigações perante terceiros são de médio/longo prazo, de modo que não vencerão nos próximos meses. Ademais, a relação *debt/equity* da companhia é baixa, de modo que a companhia é financiada em sua grande maioria pelo capital próprio dos sócios. Em termos financeiros, se os sócios decidissem distribuir dividendos no montante de R\$ 200.000,00 — ao final de exercício social que não resultou em lucros nem prejuízos anuais — não haveria prejuízo para sociedade ou seus credores, pois ela continua capaz de honrar suas obrigações e manter o empreendimento funcionando.

Já no *Exemplo 2*, trata-se de uma companhia cuja situação financeira encontra-se deteriorada. Os ativos que compõem seu balanço são, em maioria,

ilíquidos, e as obrigações de curto prazo firmadas com bancos e fornecedores devem vencer em um curto espaço de tempo. A companhia está com um alto grau de alavancagem, já que suas obrigações com terceiros superam em duas vezes o capital aportado pelos sócios. Em suma, os dados apresentados sugerem que a companhia do *Exemplo 2* corre sérios riscos financeiros (já que não possui ativos líquidos para salvar as dívidas que vencem a curto prazo) e econômicos (já que suas obrigações perante terceiros são bem maiores que o capital próprio investido). A distribuição de dividendos aos sócios — no mesmo montante de R\$ 200.000,00 — poderia comprometer seriamente a solvabilidade da empresa.

Ao contrário da análise financeira descrita, a regra limitadora da distribuição de dividendos permitiria as seguintes distribuições: os sócios estariam restritos à distribuição de R\$ 50.000,00 (relativos à conta de lucros acumulados) no primeiro exemplo, e poderiam distribuir a totalidade dos R\$ 200.000,00 no segundo.

Em termos práticos, tais exemplos demonstram que a regra de distribuição de dividendos (vinculada ao regime do capital social) ignora na sua plenitude a situação de liquidez e solvência das empresas. Como se viu, a situação de dificuldade enfrentada pela companhia do *Exemplo 2* não é levada em consideração para determinação da possibilidade de distribuir dividendos.

Isto demonstra que a utilização do capital social como limitador para a distribuição de lucros da companhia para os sócios, ao contrário do que pode parecer, não beneficia os interesses dos credores. Muito pelo contrário, ele poderia até legitimar a distribuição lícita de dividendos nos casos em que a situação financeira e contábil da empresa demandariam a retenção de recursos no empreendimento social. Tal método, seguindo os críticos do capital, seria ineficiente e traria mais custos do que benefícios para sociedade e seus *stakeholders*.

Sobre o assunto temos a lição de Macey e Enriques:

*The European-style balance-sheet test is an inefficient way to discriminate between lawful and unlawful distributions because it is based on historical book values. The typical ratio of market capitalization (a reliable estimate of the “true” value of a company) to book value is much higher today than in the past, because ideas now account for profitability more than assets do.*⁷⁶

Segundo a visão crítica, a regra estática que limita a distribuição de dividendos em razão do capital social não atende a nenhum interesse real dos acionistas e dos credores quanto à preservação dos bens sociais. Assim, um

76 MACEY, Jonathan R.. *Op. cit.*, p. 1196.

regime alternativo de limitação à distribuição de dividendos que levasse em consideração a situação financeira da empresa seria essencial para garantir a efetividade das regras de proteção aos credores. Trataremos deste assunto no item seguinte.

(D) existem mecanismos mais eficientes para promoção da mesma proteção aos credores a custos menores

A limitação de distribuição de bens da sociedade para os sócios está presente, de diferentes formas, em todos os regimes jurídicos que tutelam o capital social. Enquanto o Brasil e os países integrantes da União Europeia preveem regras limitadoras nos moldes discutidos no item (C), a maior parte das legislações estaduais dos Estados Unidos⁷⁷ estabelece o chamado duplo teste de distribuição.

Dispõe o § 6.40 do RMBCA:

§ 6.40. DISTRIBUTIONS TO SHAREHOLDERS

(a) A board of directors may authorize and the corporation may make distributions to its shareholders subject to restriction by the articles of incorporation and the limitation in subsection (c).

(b) If the board of directors does not fix the record date for determining shareholders entitled to a distribution (other than one involving a purchase, redemption, or other acquisition of the corporation's shares), it is the date the board of directors authorizes the distribution.

(c) No distribution may be made if, after giving it effect:

(1) the corporation would not be able to pay its debts as they become due in the usual course of business; or

(2) the corporation's total assets would be less than the sum of its total liabilities plus (unless the articles of incorporation permit otherwise) the amount that would be needed, if the corporation were to be dissolved at the time of the distribution, to satisfy the preferential rights upon dissolution of shareholders whose preferential rights are superior to those receiving the distribution.

⁷⁷ Para maiores informações sobre as formas de restrição às distribuições adotadas pelas legislações estaduais americanas, ver PETERSON, Craig A.; HAWKER, Norman W.. *Does Corporate Law Matter? Legal Capital Restrictions on Stock Distributions*. 31 Akron Law Review n° 175, 1998. Segundo esse estudo, em 1998, 23 dos 50 estados norte-americanos adotavam o modelo de distribuição previsto no RMBCA.

(d) The board of directors may base a determination that a distribution is not prohibited under subsection (c) either on financial statements prepared on the basis of accounting practices and principles that are reasonable in the circumstances or on a fair valuation or other method that is reasonable in the circumstances. (grifou-se)

As regras expostas no § 6.40 (c)(1) e (c)(2) acima tratam, respectivamente, do teste de solvabilidade (*equity insolvency test*) e do teste de balanço (*balance sheet test*). Enquanto o primeiro lida especificamente com o problema de solvabilidade da empresa, de modo que ela não poderá fazer a distribuição se disso resultar uma situação de iliquidez na qual a companhia não possa honrar suas obrigações; o segundo é um teste com base no balanço patrimonial da empresa, no qual a companhia não poderá realizar distribuição de dividendos se disso resultar um patrimônio líquido negativo.

Sobre a evolução histórica que resultou na adoção desses dois testes de distribuição pelo RMBCA, expõe Hamilton:

One of the important issues faced by the revisers of the Model Act was whether the validity of distributions should be measured by an insolvency test, or whether both an insolvency test and a balance sheet test should be retained. A balance sheet test requires consideration of underlying accounting principles if the test is to have any substance. The decision to retain the balance sheet test by the Committee was based on several considerations: The historical reliance on balance sheet tests in state statutes [...] and the desire for specific tests, so far as practical, in evaluating the lawfulness of distributions. ⁷⁸

Por meio dessa passagem, percebemos algumas deficiências associadas a cada um dos testes. O teste de solvabilidade, condizente com a realidade financeira da empresa, envolve um conceito de difícil determinação, pois a empresa não poderá distribuir dividendos quando não “puder pagar suas dívidas assim que se tornem devidas”. No contexto em que o conselho de administração (no caso dos Estados Unidos) ou os acionistas (no caso brasileiro) deliberam tal distribuição, eles não terão um modelo objetivo para basear sua decisão, que dependerá de uma análise subjetiva da situação em que a empresa se encontra.

⁷⁸ HAMILTON, Robert W.. *Op. cit.*, pp. 366-367.

Nesse contexto, a utilização de um teste de balanço cumpre o papel de traçar um limite objetivo para não distribuição dos sócios. Tal limitação, porém, é bem menor que a fixada pela regra do capital social, já que neste caso somente se impede que a companhia fique com o patrimônio líquido negativo. Aqui não há qualquer “colchão” que deva permanecer na empresa.

A combinação desses dois testes, segundo os doutrinadores norte-americanos, cuidaria de uma melhor maneira dos interesses tanto dos credores como das empresas devedoras, levando em consideração a situação real destas — ao contrário do que faz a regra de não distribuição com base no capital social.

Este duplo teste fornece aos conselheiros de administração das companhias norte-americanas uma maior discricionariedade no momento de determinar a conveniência de distribuir dividendos para os acionistas. Isso não significa, porém, que eles possuem liberdade irrestrita para promover a transferência de bens da sociedade para os sócios, pois estão sujeitos às normas de conduta e aos deveres fiduciários a eles impostos.⁷⁹

Mesmo assim, tal sistema de duplo regime também está sujeito a críticas.

Parte da doutrina afirma que o referido teste, a semelhança das críticas ao capital social, também não tutelariam de forma adequada os interesses dos credores, por três motivos principais: (i) o duplo teste estabelece parâmetros subjetivos para distribuição de dividendos aos sócios, que são facilmente manipulados pelos sócios e podem aumentar as chances de ocorrerem comportamentos oportunistas pelos sócios em prejuízo aos credores; (ii) não há a retenção de qualquer parcela do patrimônio líquido, por menor que seja, para garantir os interesses dos credores; e (iii) a inexistência de qualquer “colchão” permite que os valores inicialmente contribuídos pelos sócios sejam reavidos sem que haja a liquidação da sociedade, contrariando o princípio societário de que o capital próprio sujeita-se ao risco do negócio.

Sobre esse último ponto, a inexistência de qualquer restrição à distribuição pelo teste de balanço (salvo a limitação de patrimônio líquido negativo) vai de encontro à ideia de que o valor aportado pelos sócios da sociedade deve ser vinculado ao patrimônio social durante toda a vida da sociedade. A distribuição que fosse além do capital investido pelos sócios equivaleria a uma verdadeira liquidação parcial da sociedade, já que ela estaria restituindo aos sócios os valores que foram aportados no início da vida social.

Nesse sentido, temos a crítica de Domingues:

79 O regime norte-americano, assim com o brasileiro, estabelece os deveres fiduciários que deverão ser observados pelos administradores ao praticarem atos de gestão dentro da companhia, protegendo-se assim os interesses dos sócios e dos *stakeholders* da sociedade. Mesmo assim, o regime de responsabilização dos administradores nos Estados Unidos difere de forma substancial do regime brasileiro, em grande parte devido à figura dos *trusts*, próprios dos países de *common law*, conforme tratado na próxima seção.

Não nos parece, no entanto, que [o duplo teste de distribuição] seja a melhor solução. Com efeito, sobre os sócios recai a obrigação de contribuir para a sociedade. A esta obrigação está subjacente, para além do mais, uma função de produção e garantia de credores, pelo que se deve entender que os valores correspondentes às entradas deverão, em princípio, permanecer na sociedade até que seja decidido [...] que tais montantes podem ser devolvidos aos sócios.⁸⁰(grifou-se)

A existência dessas críticas levou à elaboração de métodos alternativos de restrição à distribuição de bens da sociedade aos sócios. Nesse sentido, tentou-se criar mecanismos que não fossem tão restritivos quanto o capital social, mas também não tão liberais quanto o duplo teste de distribuição. A ideia seria reter ao menos uma parcela do capital próprio dentro do patrimônio da empresa.

É o caso, por exemplo, do *California Corporations Code*, que prevê como regra o *balance sheet earned surplus test* (semelhante à vedação de distribuição de dividendos presente no art. 201 da Lei das S.A.), mas que permite aos conselheiros de administração afastarem tal regra caso obedeçam a um outro teste: o *restrictive ratio test statute*. Tal teste envolve uma série de regras contáveis que devem ser obedecidas pelos administradores a fim de que realizem uma maior distribuição dos lucros, quando comparada ao primeiro teste. Em termos simplificados, o teste prevê que ao final da sua aplicação a companhia deverá restar com seu patrimônio líquido ao menos 25% maior que o seu passivo da sociedade⁸¹.

Outra solução, constante inclusive do Relatório Winter, seria a determinação de uma razão mínima entre o patrimônio líquido da empresa e o seu passivo que deveria ser mantida após a distribuição de dividendos. Tal determi-

80 DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Variações sobre o Capital Social*. Coimbra, Almedina, p. 571.

81 DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 118. Nesse sentido, PETERSON e HAWKER: "California's financial distribution laws are in many ways the most restrictive. Like the RMBCA, the California statute focuses on distributions to shareholders rather than dividends per se. The provisions for distribution are based on a corporation's current financial condition. Corporations must satisfy an equitable insolvency limitation and one of two alternative balance sheet tests. Section 500(a) of the California Code allows financial distributions if the amount of earned surplus immediately prior to the distribution is at least equal to the amount of the distribution. Alternatively, the distribution may be made if immediately after giving effect thereto: (1) the sum of the corporation's net tangible assets is at least equal to one and one-quarter its liabilities not including deferred taxes, deferred income, and other deferred credits; and (2) the current assets would be at least equal to the firm's current liabilities". PETERSON, Craig A.; HAWKER, Norman W.. *Does Corporate Law Matter? Legal Capital Restrictions on Stock Distributions*. 31 Akron Law Review n° 175, 1998, p. 11.

nação nada mais seria que uma maneira simplificada de determinar o nível de endividamento permitido para a companhia no caso de distribuição de dividendos, à semelhança do que faz a legislação californiana de forma mais complexa.

Não pretendemos adentrar no mérito de tais testes, por envolverem conceitos contábeis e financeiros que fogem ao escopo deste trabalho.

Cabe notar, porém, que os modelos alternativos ao duplo teste de distribuição previsto no RMBCA formulam regras de adequação de capital que, a depender de seu teor, podem acabar por restringir a alavancagem e a distribuição de dividendos de uma forma até mais gravosa que o regime do capital social.

Essas soluções demonstram uma possibilidade de transformação do regime de regulação do capital social para um regime de regulação da solvabilidade das empresas que limita o endividamento das companhias. Na maioria dos países europeus e americanos, tal limite à alavancagem das empresas somente é aplicável para setores regulados nos quais a falência das instituições envolve um risco sistêmico (como no caso das instituições integrantes do sistema financeiro). A extensão deste tipo de regulação, em menor grau, para todas as companhias seria uma alternativa para substituição do conceito de capital social.

Sobre o papel da regulação estatal como limitadora das atividades das companhias, temos Posner:

*Given that limited liability may generate external costs because a corporation may have involuntary creditors (not only tort victims, but also tax and regulatory authorities) and that bankruptcy is a source of social cost rather than merely a method of transferring wealth to and among creditors, it is arguable that the government should take a more active role in assuring the solvency of corporations. This could be accomplished by requiring that a corporation maintain a fixed ratio of equity to liabilities and by limiting the corporation's right to engage in risky enterprises. This is the regime in banking and in European corporate law. In both instances, however, there is continuous regulatory scrutiny of the corporation by an administrative agency, a statist solution that has thus far been resisted in most nonfinancial industries in the United States.*⁸² (grifou-se)

Desse modo, a interferência estatal no sentido de garantir a solvência de determinadas companhias (como ocorre com as instituições financeiras) relaciona-se à discussão sobre até que ponto o estado deve intervir na solvabili-

82 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York, Aspen Publishers, 2011, p. 539.

dade dessas companhias, e até que ponto esta regulação acarretará em custos demasiados ao ambiente empresarial. Tal raciocínio demonstra que a limitação ao endividamento das companhias envolve uma questão mais abrangente, a respeito do papel do estado dentro do sistema econômico.

2.2.3. Os custos e benefícios da flexibilização do capital social no direito brasileiro

Demonstramos, nas seções anteriores, argumentos contra e a favor da manutenção do regime de capital social, conforme as diferentes interpretações sobre o tema. Nesta última seção, cabe expormos algumas questões práticas que foram levantadas pelos autores brasileiros em relação à possibilidade de adaptação, ou não, do regime jurídico brasileiro para um regime mais próximo ao norte-americano.

Primeiramente, no tocante às regras de organização do capital social, mostramos que a Lei das S.A. tem toda a sua estrutura baseada na noção de capital social, fazendo referência ao instituto em vários artigos que tratam dos direitos políticos e patrimoniais dos sócios. Com efeito, uma mudança no regime do capital social significaria uma mudança de vários dispositivos da lei — o que num contexto prático envolveria custos institucionais e legislativos elevados.

Sobre esse assunto, fazemos referência às considerações de Lamy Filho sobre a necessidade de atualização da Lei das S.A.:

No direito continental europeu — como no nosso que a ele está filiado — a garantia dos credores nas sociedades em que os sócios têm responsabilidade limitada, como nas anônimas, repousa no conceito de capital social e nos princípios que regem a sua formação, de unidade, realidade e intangibilidade. Esses princípios estão presentes e permeiam quase todos os dispositivos da Lei das S.A. [...]

A Lei teve presente a conveniência de aceitar certas inovações, desde que pudesse fazê-lo sem sacrifício de nossos conceitos tradicionais. Assim, acolheu a ação sem valor nominal e a possibilidade do capital autorizado mas, seguindo a lição de Ascarelli, manteve, na plenitude, o conceito de capital social com todos os seus atributos.⁸³

Pela passagem exposta, vemos que a Lei das S.A. trouxe como um de seus pilares os princípios do capital social e por isso, na visão de um de seus

83 LAMY FILHO, Alfredo. *Considerações sobre a Elaboração da Lei de S.A. e sua Necessária Atualização*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais n.º 51, 2011, p. 249-250.

formuladores, a supressão do instituto não seria conveniente já que sacrificaria muitos conceitos tradicionais nela inseridos.

A passagem remete-nos à teoria de *path dependence*, segundo a qual mudanças institucionais dentro do sistema jurídico vigente esbarram nos custos de transição que resultam da tentativa de adaptação dos conceitos jurídicos clássicos ao novo sistema⁸⁴. Esses custos de adaptação podem, inclusive, superar os benefícios trazidos pelas mudanças propostas — incentivando a manutenção do regime jurídico vigente. É a ideia de que a “mudança para o outro caminho” é, em si, custosa demais a ponto de inviabilizar a transição para outro modelo normativo, ainda que mais eficiente.

Outra preocupação acerca de uma possível mudança no conceito de capital social, amplamente utilizado na realidade brasileira, refere-se à consideração dos impactos que a mudança legislativa teria no aumento dos custos internos e externos da empresa.

Isso leva à necessidade de elaboração de regras de transição e direito intertemporal para adaptação das empresas — como, por exemplo, regra que instituísse que a necessidade de deliberação em assembleia geral, por maioria qualificada dos sócios, para alteração do regime de capital social da companhia, sendo conferido direito de retirada para os sócios fossem contrários a tal deliberação. Ademais, para resguardar os interesses dos credores, uma possibilidade seria a fixação de prazo para oposição de credores a contar da publicação de deliberação assemblear que extinguiu o capital social da companhia (a semelhança do prazo de sessenta dias previsto no artigo 174 para hipótese de redução de capital).

Outra consideração, proferida por Lamy Filho, diz respeito às diferenças institucionais entre os regimes brasileiro e norte-americano, de modo que al-

84 O exemplo a seguir descreve o fenômeno do *path dependence* de forma clara: “*Consider the most basic instance of path dependency. We are on a road and wonder why it winds and goes here instead of there, when a straight road would be a much easier drive. Today’s road depends on what path was taken before. Decades ago, a fur trader cut a path through the woods, and the trader, bent on avoiding a wolves’ den and other dangerous sites, took a winding indirect route. Were the fur trader a better hunter of wolves, the trader might have chosen a straighter path. Late travelers continued to deepen and broaden the road even after dangerous sites were gone. [...] Today’s road, dependent on the path taken by the trader decades ago, is not the one that the authorities would lay down if they were choosing their road today. But society, having invested in the path itself and in the resources alongside the path, is better off keeping the winding road on its current path than paying to build another. Occasionally, the path-dependent road becomes so costly that a society rips up and builds a new one. [...] Path dependence could permit structures that were once satisfactory to become inefficient but not be worth changing, thus rendering the path-determined structures regrettable even though they are left intact. Or path dependence could lead to highly inefficient structures that society cannot eliminate*” (grifou-se). ROE, Mark J.. *Chaos and Evolution in Law and Economics*. Harvard Law Review 641, 1996, pp. 643-647.

guns institutos próprios deste sistema não seriam aplicáveis ao caso brasileiro. Sobre o assunto:

Por outro lado, e isso é relevante no entendimento do problema, Inglaterra e Estados Unidos dispõem de uma instituição inexistente nos sistemas romanísticos, qual seja o *trust* ou a “fidúcia”, que embasa a solução e o julgamento de todas as situações que envolvem questões de confiança. [...]

O sistema do *trust* reconhece ao *trustee* uma liberdade de ação (com a consequente responsabilidade) que inexiste na administração e no funcionamento das companhias nos sistemas romanísticos como o nosso, atrelados, todos, a normas estritas de ação.⁸⁵

A figura do *trust* representaria uma característica essencial aos países de *common law* e que, portanto, não seria aplicável ao caso brasileiro, no qual tal instituto não está presente. Isso porque, no direito societário norte-americano, os administradores de companhias são tratados como gestores do patrimônio de terceiros, razão pela qual lhes compete observar uma série de responsabilidades que derivam dessa relação de confiança. No Brasil, a relação entre acionistas e administradores é tratada primordialmente por regras de conduta — de modo que as características presentes em nossa legislação societária não seriam equiparáveis o modelo norte-americano.

De fato, a figura dos *trusts* não encontra nenhum substituto ideal no regime jurídico brasileiro, representando uma figura típica do direito norte-americano que não guarda identidade com nenhum instituto jurídico do ordenamento pátrio. A Lei das S.A. não adota esse regime para caracterização dos administradores da companhia, e a incorporação do conceito dos *trusts* na legislação societária vigente demandaria uma ampla reforma deste regramento — o que não encontra respaldo com a realidade societária atual.

Outra diferença a ser considerada entre diz respeito ao órgão que delibera a distribuição de dividendos. Nos Estados Unidos, a competência para deliberação da distribuição é do conselho de administração, enquanto no Brasil a competência é dos acionistas, que deverão deliberar sobre a destinação do lucro líquido em sede de assembleia geral ordinária (art. 132 da Lei das S.A.). Este é um ponto que deve ser levado em consideração nos estudos sobre custos e benefícios da supressão do capital social no Brasil. Os acionistas, em tese, por serem os beneficiários diretos da distribuição de dividendos, pos-

85 LAMY FILHO, Alfredo. *Capital Social: Conceitos, Atributos, O Capital Social no Sistema Jurídico Americano*. Revista de Direito Renovar nº 13, 1999, p. 40-41.

suiriam um incentivo maior para aprovarem a distribuição desfavorável para os credores, principalmente em situações em que a companhia estivesse em situação de dificuldade.

Mesmo diante das diferenças constatadas entre os dois sistemas, acreditamos que as questões trazidas acima não se colocam, a princípio, como obstáculos intransponíveis para supressão do conceito de capital social no Brasil.

A nosso ver, tais obstáculos poderiam ser contornados por meio da adoção de um modelo de capital próprio do Brasil — somente inspirado no modelo norte-americano — que tratasse especificamente de cada uma das particularidades do capital social no direito brasileiro e reduzisse os potenciais conflitos de interesse entre sócios e administradores no momento em que estes deliberassem ou recomendassem a distribuição de lucros.

Por fim, cabe notar que não existem estudos sobre como se daria uma eventual transição da legislação atual para uma legislação sem a figura do capital social, e quais os custos e benefícios específicos que estariam atrelados à mudança. Desse modo, não é possível prever qual seria a magnitude dos custos para supressão do conceito de capital social — e se eles seriam superiores aos benefícios trazidos pelo capital social no direito brasileiro.

Conclusão

Ao final deste trabalho, percebe-se que o entendimento sobre a necessidade (ou não) do capital social está longe de ser unânime.

Na primeira parte da monografia, demonstramos como alguns autores caracterizam o capital social como a melhor forma de garantir os interesses dos sócios e *stakeholders* da sociedade; ao passo que, na segunda parte, expusemos a tendência crescente de questionamento do instituto à luz dos ensinamentos trazidos pelas doutrinas norte-americana e europeia, principalmente no que tange à efetividade desse instituto.

Para fins de conclusão de nossa análise, cabe retomarmos as quatro hipóteses de pesquisa explicitadas no início do trabalho. A hipótese (i) dispõe que *o capital social não desempenha de maneira efetiva as funções a ele atribuídas*. Por tudo que foi exposto, acreditamos que — ao menos no que tange às funções de produção e proteção de credores — o instituto não atinge os objetivos a que se propõe.

Quanto à função de organização, porém, nota-se que o capital social exerce um papel fundamental no direito brasileiro, principalmente no contexto da Lei das S.A., de modo que os custos envolvidos na substituição de tal conceito seriam, em tese, altos. Nada impediria, porém, que os artigos que identificassem os acionistas com base na parcela detida no capital social fossem alterados para incluir expressões como “acionistas detentores de ____% do número

total de ações votantes da sociedade” ou “acionistas que detenham ___% do número total de ações da companhia”.

Partimos então para segunda hipótese de pesquisa: (ii) o capital *social* traz custos para a prática empresarial que superam os seus benefícios. Analisando o sistema norte-americano, a resposta tende a ser afirmativa, já que a maioria das legislações societárias estaduais extinguiu esse conceito de modo a livrar suas companhias dos custos a que o capital social as submete. No contexto brasileiro, porém, nos parece que ainda não há elementos suficientes que demonstrem que os custos do capital social no ambiente empresarial superam os seus benefícios.

A hipótese (iii) estabelece que *existem institutos societários alternativos que promovem as funções do capital de maneira mais eficiente*. À semelhança do argumento anterior, os institutos societários alternativos adotados pelo RMBCA e demais legislações norte-americanas (duplo teste de distribuição; limite ao endividamento das companhias) inferem que estes seriam instrumentos mais eficientes no contexto empresarial — sendo que ainda não há uma resposta definitiva quanto ao regime adotado no Brasil, principalmente em vista das particularidades do ordenamento societário brasileiro, expostas na seção anterior.

Por fim, a hipótese (iv) dispõe que *o capital social pode ser suprimido, parcial ou totalmente, do ordenamento pátrio vigente*. Parece-nos audacioso afirmar que o capital social no Brasil deve ser suprimido da Lei das S.A. segundo o ambiente empresarial vigente.

As conclusões expostas ao longo do trabalho demonstram, porém, uma tendência para o questionamento do instituto no Brasil, mas ainda é cedo para prever se esta irá ou não se concretizar.

Mesmo assim, independente da teoria a que se filie — contra ou a favor do capital social — parece certo que este atualmente é um conceito falho, o qual precisa ser repensado no âmbito da legislação atual de forma a proteger efetivamente os interesses dos agentes que se relacionam com a sociedade.

Bibliografia

ARMOUR, John. *Legal Capital: An Outdated Concept?* European Business Organization Law Review, 2006.

ASCARELLI, Tullio *Interpretazione del Diritto e Studio Del Diritto Comparato*. Rivista, 1954.

_____. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Quorum, 2008.

BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 1956.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia: Conceitos e Fundamentos*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

_____; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Volume III. Rio de Janeiro, 1958.

CAVALLI, Cássio. *Notas sobre a Disciplina do Capital Social nas Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro, 2009.

_____. *Empresa, Direito e Economia*. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

CEREZETTI, Sheila Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações*. São Paulo, Malheiros, 2012.

COMISSÃO EUROPÉIA. *Recommendations by the Company Law Slim Working Group on the Simplification of the First and Second Company Law Directives*, 1999, disponível em < http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/official/6037en.pdf>.

COMISSÃO EUROPÉIA. *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, 2002, disponível em < http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf>.

COMISSÃO EUROPÉIA. *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts*, 2002, disponível em < http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_en.pdf>.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Variações sobre o Capital Social*. Coimbra, Almedina, 2009.

EASTERBROOK, Frank H; FISHEL, Daniel R. *The Economic Structure of Corporate Law*. Harvard University Press, 1991.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo, Quartier Latin, 2011.

FERRAN, Eilís. *The Place for Creditor Protection on the Agenda for Modernization of Company Law in the European Union*. European Corporate Governance Institute Law Working Paper nº 51, 2005.

GARCIA, Alexandre Hildebrand Garcia. *Título: A Redução do Capital Social (em companhias abertas e fechadas)*. Dissertação em Mestrado — Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual das Companhias ou Sociedades Anônimas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

HAMILTON, Robert W.. *The Law of Corporations*. Minnesota, West Publishing Company, 2000.

_____; MACEY, Johathan R.; MOLL, Douglas K. *Cases and Materials on Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*. American Casebook Series. Thompson Reuters, 2010.

HOJI, Masakazu. *Administração Financeira e Orçamentária*. São Paulo, Editora Atlas, 2010.

JENSEN, Michael C. *Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers*. American Economic Review, Vol. 76, 1986.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs And Ownership Structure*. Journal of Financial Economics 305-360, North-Holland Publishing Company, 1976.

KRAAKMAN, Reiner; Et. al. *The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*. Nova York, Oxford University Press, 2009.

LAMY FILHO, Alfredo. *Capital Social: Conceitos, Atributos, O Capital Social no Sistema Jurídico Americano*. Revista de Direito Renovar nº 13, 1999.

_____. *Considerações sobre a Elaboração da Lei de S.A. e sua Necessária Atualização*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais n.º 51, 2011.

LORIA, Eli. *Título: Estrutura e Função do Capital Social na Companhia Aberta*. Dissertação em Mestrado — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MACEY, Jonathan R.; ENRIQUES, Luca. *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 1413, 2001.

MILHAUPT, Curtis J., PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism — What corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago, The University of Chicago Press, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial & Empresa*. 7ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2012.

PENTEADO, Mauto Rodrigues. *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, 1988.

PETERSON, Craig A.; HAWKER, Norman W.. *Does Corporate Law Matter? Legal Capital Restrictions on Stock Distributions*. 31 Akron Law Review nº 175, 1998.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York, Aspen Publishers, 2011.

ROE, Mark J.. *Chaos and Evolution in Law and Economics*. Harvard Law Review 641, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

SHAYER, Fernando. *A fantasia do capital social*. Revista de Direito Mercantil nº 164/165, São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 2012.

COMPATIBILIZANDO MEIOS COM FINS: É NECESSÁRIO REGULAR A DISTRIBUIÇÃO DE BOLSAS DO PROUNI POR CURSO?

JOÃO MARCELO DA COSTA E SILVA LIMA

RESUMO

Este trabalho demonstrará, em um primeiro momento, como o Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar a lei que instituiu o ProUni em sede de controle constitucional abstrato, alterou o objetivo atribuído ao programa pelo Poder Executivo. Argumenta-se que, se levada a sério, a decisão do STF, embora tenha declarado constitucional o ProUni, traz consigo consequências normativas que exigem alterações no desenho do ProUni, que agora passa a ter um compromisso com a empregabilidade de seus beneficiários. Em seguida, este trabalho avaliará a compatibilidade do ProUni com seu “novo” objetivo normativo e, ao cumprir essa tarefa, chamará atenção para o seguinte problema: embora o ProUni impacte positivamente no índice de empregabilidade dos alunos, não os direciona às carreias mais valoradas no mercado de trabalho. Por fim, sustentar-se-á que se a alteração do objetivo normativo do Programa feita pelo STF for levada a sério, há indícios de que a distribuição de bolsas do ProUni precisaria ser alterada para passar a priorizar cursos “estratégicos”. Isso porque — segue o argumento — ao conferir ao Programa a tarefa de “reduzir desigualdades sociais”, o STF incorporou ao ProUni um novo compromisso, o de garantir que todos (ou quase todos) seus beneficiários concluam seus cursos de educação superior e passem a ocupar vagas de trabalho bem-remuneradas.

Palavras-chave

Objetivo normativo. STF. Educação Superior. ProUni. Empregabilidade.

Introdução

Em 25 de setembro de 2013, a Presidente Dilma Rousseff apresentou seu plano de investimentos em infraestrutura a um auditório repleto de investidores internacionais na sede do banco Goldman Sachs, em Nova York. Essa reunião passou para a história, pois, nela, Dilma Rousseff disse que “advogado é custo, engenheiro é produtividade”. A mídia capturou essa frase, que provocou gargalhadas da plateia. Por trás dessas palavras, Dilma reafirmou uma prioridade

de seu governo em termos de política de educação: formar mais engenheiros, em prol do desenvolvimento do Brasil. É inclusive por essa razão que criou o programa Ciência Sem Fronteiras, em 2011, inaugurando-o com o seguinte comentário: “O Brasil precisar dar um salto em inovação, ciência e tecnologia”¹.

Diversas evidências corroboram a conclusão de Dilma Rousseff: de fato, o Brasil carece de mão de obra formada em engenharia, ciência e tecnologia, como os relatórios da empresa de consultoria Manpower reiteram ano após ano². Além da carência de engenheiros, cientistas³ e profissionais especializados em tecnologia da informação identificada pela Presidente, há indícios de que, no Brasil, também faltam médicos, enfermeiros e dentistas, que, ademais, estão geograficamente mal distribuídos⁴. É difícil negar que uma política de educação que priorize a formação de engenheiros, cientistas, médicos e profissionais especializados em tecnologia de informação (TI) contribuirá para um aumento da produtividade e do ritmo de inovação do Brasil, bem como em melhora no bem-estar da população. Por outro lado, esses profissionais estão em falta no Brasil, e instituições de ensino superior (IES) não os formam na mesma quantidade que bacharéis em direito, administração de empresas e pedagogia⁵.

Em 2011, Carlos Ragazzo, colunista do *blog* “Direito e Desenvolvimento” da Revista Exame, publicou um *post* intitulado “Ensino Superior e Oferta de Trabalho”⁶ em que faz a seguinte constatação: embora o lógico fosse que os até então 170 mil alunos já formados pelo Programa Universidade Para Todos (ProUni), uma política pública de educação criada pelo Ministério de Educação e Cultura (MEC) durante o primeiro mandato do governo Lula, e os 900 mil que estavam à época recebendo as bolsas — fossem das carreiras mais demandadas pelo mercado de trabalho brasileiro, não era isso que estava ocorrendo. Na prática, até 2011, as IES que aderiram ao ProUni ofertavam predominantemente vagas para cursos de administração e direito. Ou seja, os estudantes de baixa renda beneficiários do ProUni não estavam, majoritariamente, se formando para atuar em mercados com déficit de mão de obra, e, portanto, com condições de absorvê-los.

Já no início de 2014, o então Ministro da Educação e Cultura Aloísio Mercadante confirmou, em anúncio de abertura de mais um semestre de oferta de bolsas no Prouni, o cenário já notado por Ragazzo em 2011: administração e direito dominam, ainda hoje, a distribuição de bolsas ofertadas pelas IES aderentes ao ProUni. Ragazzo também notou que a quantidade de bolsas ofertadas

1 NOSSA, 2014.

2 BONFANTI e MARTINS, 2012.

3 Entre os cientistas mais requisitados em razão da escassez, estão biólogos e geólogos. COSTA, 2012.

4 COLLUCCI, 2013. Ver também: VEJA, 2013.

5 TANEGUKI, 2011.

6 RAGAZZO, 2011.

para cursos voltados a mercados de trabalho deficitários, i.e., em crescimento e com muita oferta de vagas, é baixa. Seriam essas carreiras as de “engenheiros (dos mais diferentes tipos), geólogos, arquitetos e para profissões relacionadas à informática (como profissionais de TI em geral)” (RAGAZZO, 2011). A primeira vista, esses cursos parecem coincidir com alguns dos que a Presidente Dilma Rousseff está priorizando para que o Brasil dê esse “salto em inovação, ciência e tecnologia”.

Nesse contexto, este trabalho demonstrará, em um primeiro momento, como o Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar a lei que instituiu o ProUni em sede de controle constitucional abstrato, alterou o objetivo atribuído ao programa pelo Poder Executivo, que o desenhou e negociou sua aprovação no Congresso Nacional. Argumenta-se que, se levada a sério, a decisão do STF, embora tenha declarado constitucional o ProUni, ao rejeitar as teses de inconstitucionalidade suscitadas pelos autores da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Confederação Nacional de Estabelecimentos de Ensino — CONFENEN e DEM), traz consigo consequências normativas que podem exigir alterações no desenho do ProUni. De fato, mostrar-se-á como o STF afunilou o objetivo do ProUni, que quando idealizado pelo Poder Executivo era a “universalização do acesso ao ensino superior”, ao conferir ao Programa a missão de reduzir desigualdades sociais.

Na sequência, este trabalho avaliará a compatibilidade do ProUni com seu “novo” objetivo normativo e, ao cumprir essa tarefa, chamará atenção para o seguinte problema: embora o ProUni impacte positivamente no índice de empregabilidade dos alunos, não os direciona suficientemente às carreias mais valoradas no mercado de trabalho, que coincidem com as carreiras que podem ser acessadas por meio de cursos de educação superior chamados de “estratégicos” para o desenvolvimento do Brasil (alguns dos quais já cobertos por programas sociais como o Ciência Sem Fronteiras e o Mais Médicos). Para levar a cabo essa avaliação do Programa com seu objetivo normativo (aquele a ele atribuído pelo STF), este trabalho não enfrentará argumentos de justiça, e sim compilados de dados estatísticos que descrevem a situação atual da distribuição de bolsas do programa, bem como dados objetivos gerais sobre o grau de empregabilidade de cursos superiores.

Ao final, desejamos avançar a seguinte conclusão: se a alteração do objetivo normativo do Programa feita pelo STF for levada a sério, há indícios de que a distribuição de bolsas do ProUni precisaria ser alterada para passar a priorizar cursos estratégicos. Isso porque — segue o argumento — ao conferir ao Programa a tarefa de “reduzir desigualdades sociais”, o STF incorporou ao ProUni um novo compromisso, o de garantir que todos (ou quase todos) os seus beneficiários concluam seus cursos de educação superior e passem a ocupar vagas de trabalho bem-remuneradas.

Não se explorará, neste texto, se esse compromisso (com empregabilidade) é desejável ou compatível com a estrutura do ProUni. O texto se limita a chamar atenção para dados estatísticos que parecem indicar que, tal como está estruturada a distribuição de bolsas do ProUni hoje, a promoção do objetivo de redução de desigualdades sociais via incremento da empregabilidade (bem-remunerada) de seus beneficiários está comprometida. Em última análise, interessa observar aqui como até mesmo ao ser deferente ao Poder Executivo e declarar a constitucionalidade de uma política pública, a justificativa de constitucionalidade do STF pode exigir alterações nessa política pública para que ela esteja compatível com o ordenamento jurídico.

1. Qual é o objetivo social que o ProUni persegue?

Há consenso, na literatura e opinião pública brasileira e internacional, que a educação é fundamental para o aumento da qualidade de vida de indivíduos⁷. De modo geral, quanto mais educado for um indivíduo, mais oportunidades de trabalho terá⁸. Da mesma forma, quanto mais oportunidades de trabalho, esse indivíduo terá mais chances de “escolher” o emprego que maximize sua qualidade de vida (aquele que lhe proporcione o maior retorno financeiro possível). É claro que, aqui, o critério utilizado para medir qualidade de vida é renda⁹. Renda também será a métrica, ao longo deste trabalho, para medir o grau de inclusão social de um indivíduo. Sem essa simplificação, este trabalho não teria como avançar. Essa simplificação, por sua vez, é aceita por trabalhos acadêmicos que atribuem à educação superior a função de dotar indivíduos de maiores qualificações para o momento em que forem procurar postos de trabalho¹⁰.

7 Com efeito, segundo Barbosa, a relação entre educação e a percepção de desenvolvimento de uma sociedade se deve ao fato de nenhum país poder aspirar ao desenvolvimento e independência econômica sem que possua um sistema de educação superior de qualidade. Na visão do referido autor, educação superior está se tornando, a cada dia, mais importante do que recursos materiais como fator de desenvolvimento humano. A respeito, ver: BARBOSA e BARBOSA, 2002. Em linha semelhante, Pestana afirma que, atualmente, a educação é da maior importância para o pleno exercício da cidadania, bem como para o desempenho de atividades do dia a dia. O autor enfatiza que se trata, também, de condição essencial para a existência de uma sociedade justa, integrada e solidária (PESTANA, 2001. p. 53-63).

8 Para um trabalho que desenvolve sofisticadamente a relação entre educação e nível de renda, ver: CATANI e HEY, 2007.

9 O principal mecanismo internacional de mensuração de qualidade de vida é o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), concebido por Amartya Sen e Mahbub ul Haq em 1990, e posteriormente publicado pelo Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas. O problema de utilizar o IDH neste trabalho é a quantidade de variáveis com que o índice trabalha (uma das quais é renda). Outro mecanismo disseminado de mensuração de qualidade de vida é o *World Happiness Report*, publicado pelas Nações Unidas em conjunto com o IDH. O mecanismo também depende de uma série de variáveis como expectativa de vida, etc., que são difíceis de coletar e analisar com confiança sem suporte técnico. A respeito de outros mecanismos de mensuração de qualidade de vida, ver: OCDE, 2013.

10 CATANI e HEY, *Ibidem*. Ver também: LUCCHESI, 2005. pp. 199-206.

Feito esse esclarecimento, passamos agora a estudar o ProUni sob três dimensões: (a) a história do acesso à educação superior no Brasil, que justificou a criação do ProUni; (b) o funcionamento do Programa (quais são os atores relevantes da fase de execução do ProUni — alunos, instituições de ensino superior e o MEC — e o papel por eles desempenhado); e (c) o objetivo social do ProUni, i.e., a transformação social que o ProUni deve, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, promover.

1.1. Acesso à educação superior no Brasil e o aparecimento do ProUni

1.1.1. A estratégia de expansão da educação superior dos anos 1960 a 1990

Nos anos 1960, o Estado brasileiro internalizou a simplificação feita acima — que o papel da educação superior é instrumento para incremento de renda, que, por sua vez, aumenta a qualidade de vida do indivíduo. Para atender às necessidades que se fizeram presentes em razão da expansão do desenvolvimento econômico (e, consequentemente, às exigências do mercado de trabalho), passou-se a implementar políticas centradas em investimentos em educação superior¹¹. De fato, até o começo da década de 1960, a educação superior não chegava a 100.000 alunos, mas, entre 1960 e 1967, registrou-se um crescimento médio de 12,5% no número de matrículas¹². Nos anos 1970, diante da necessidade de incluir um grande número de alunos brasileiros (aprovados em vestibulares, mas impossibilitados de ingressar em instituições de ensino superior por falta de vagas), o segmento da educação superior sofreu um processo de expansão maciça, subsidiado pelo Estado e embalado pelo milagre econômico¹³.

É em razão desse processo de expansão em massa do ensino superior que universidades particulares ganharam importância e passaram a ser consideradas importantes componentes da política brasileira de educação superior¹⁴. Mas não foi apenas o Estado que passou a se interessar por universidades particulares, que começaram a albergar o “excedente” de alunos que universidades públicas não tinham meios para comportar: o segmento da educação superior torna-se, desde então, altamente atrativo para empresários, que nele enxergavam um negócio muito lucrativo. Essa é uma das explicações para o fato de que a expansão dos anos 1970 ter sido marcada por uma profunda assimetria nas taxas de crescimento. Com efeito, se o segmento público de instituições de ensino superior ampliou em aproximadamente 16% ao ano o número de alunos

11 Sobre esse momento das políticas públicas de educação brasileiras, ver: SOUZA, 1981.

12 CARVALHO, 2011. p. 276.

13 Em estudo de 2002, Carvalho mostra como, entre 1968 e 1974, o ciclo expansivo do segmento de educação superior foi extremamente intenso, levando à extraordinária expansão de aproximadamente 24% ao ano (CARVALHO, 2002).

14 Ver, a esse respeito: SAMPAIO, 2000.

matriculados, o segmento privado registrou um impressionante crescimento de 31% ao ano¹⁵.

A lucratividade da indústria de educação superior resultava de estratégia dos governos militares que consistia na concessão de incentivos e isenções fiscais para apoiar a atuação privada “no projeto de desenvolvimento nacional, beneficiando uma ampla gama de setores em diferentes áreas”¹⁶. A Constituição de 1967 estabelecia a não incidência de impostos sobre renda, patrimônio e serviços dos estabelecimentos de ensino de qualquer natureza, o que levou as instituições privadas de ensino superior a gozarem de imunidade fiscal desde sua criação, não precisando recolher aos cofres públicos a receita tributária devida. Anotam Carvalho e Lopreato que esse instrumento foi essencial “para o crescimento intensivo dessas estruturas na prosperidade econômica, garantindo (...) a continuidade da atividade da empresa educacional no período de crise por meio da redução do impacto sobre custos e despesas”¹⁷.

Entretanto, esse processo de expansão do ensino superior trouxe consigo um preço bastante alto: com raras exceções, as universidades particulares criadas a partir dos anos 1970 eram (e até hoje são) de qualidade inferior às públicas, seja em razão da formação do corpo docente, seja do perfil do corpo discente¹⁸. Por outro lado, entre 1980 e 1994 — período que engloba o fim do regime autoritário e o início do processo de redemocratização —, o segmento privado apresentou baixíssimo aumento de matrículas. Mais especificamente, em 1981, 1984-1985 e 1991, houve queda no número de matrículas privadas, enquanto as públicas cresciam a taxas módicas, o que levou Carvalho a escrever que “não é exagero dizer que o traço distintivo desse último período foi a estagnação da educação superior, marcada pelo crescimento negativo de sua rede predominante”¹⁹. A rede predominante era, naquela época e ainda hoje, aquela constituída pelas instituições privadas de ensino superior.

1.1.2. O Governo FHC e o primeiro Plano Nacional da Educação

O fôlego estatal para resolver essa crise do ensino superior atingiu seu ápice no final da década de noventa, quando, em razão da necessidade premente de reformulação do estado da educação no país, o Governo Fernando Henrique Cardoso promulgou o Plano Nacional da Educação (Lei n. 10.172, de 9 de janeiro de 2001) ao ritmo das seguintes palavras: “a educação superior

15 CARVALHO, *Op. cit.* p. 277.

16 CARVALHO e LOPREATO, 2005. p. 99.

17 CARVALHO e LOPREATO, *Ibidem*.

18 Ver, sobre o tema: BARREIRO e TERRIBILI FILHO, 2007. p. 81-102.

19 CARVALHO. *Op. cit.* p. 278.

enfrenta, no Brasil, sérios problemas, que se agravarão, se o Plano Nacional de Educação não estabelecer uma política que promova sua renovação e desenvolvimento”²⁰.

A Lei 10.172, cuja atenção se voltava à educação brasileira em geral, tinha uma preocupação bastante clara quanto ao futuro da educação superior do país: “como resultado conjugado de fatores demográficos, aumento das exigências do mercado de trabalho, além das políticas de melhoria do ensino médio, prevê-se uma explosão na demanda por educação superior”²¹. Naturalmente, para responder ao temor de explosão de demanda sem o devido acompanhamento da oferta por educação superior, fazia-se premente, novamente, a expansão do segmento de ensino superior, razão pela qual seria preciso aumentar o número e tamanho de instituições de ensino superior, mas sem perda de qualidade. O Plano Nacional da Educação foi, inclusive, bastante ambicioso ao estabelecer suas metas para a educação superior no Brasil: almejava-se que, até 2010, 30% dos jovens de 18 a 24 estivessem matriculados em cursos desse nível de ensino no país²².

A meta tinha sua razão de ser. O setor de educação superior por mais que tenha, ao longo de sua história, sido beneficiado pelo Estado, que tinha interesse na sua expansão, adentrou o século XXI atendendo a pouquíssimos jovens. O Censo PNAD/IBGE de 2004 revelou que apenas 10,63% dos jovens brasileiros entre 18 e 24 anos de idade frequentavam cursos de ensino superior²³, contra 67,83% de jovens dessa faixa etária que não frequentavam nível de ensino algum. O mesmo Censo também mostrou que, em 2004, dos estudantes — ou seja, pessoas que cursem algum nível de ensino — de 18 a 24 anos, apenas 33,02% estavam matriculados em cursos de educação superior, contra 47,56% que se encontravam no nível médio (incluindo estudantes de pré-vestibular)²⁴. Por mais que não seja razoável esperar que todos os brasileiros entre 18 e 24 estivessem frequentando cursos de educação superior (ou que todos os estudantes entre 18 e 24 estivessem nesse nível de ensino), os números do PNAD/IBGE indicam que, em 2004, o acesso à educação superior era reservado a

20 Este trecho foi extraído do corpo do Plano Nacional de Educação, disponível eletronicamente em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm. Acesso em: 19/11/2014.

21 Idem nota de rodapé n. 20, *supra*.

22 Interessante notar que, não obstante a meta fixada, segundo a Síntese dos Indicadores Sociais, publicada, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ao final de 2009, apenas 13,7% da população daquela faixa etária cursava a educação superior no Brasil.

23 Essa categoria inclui estudantes de curso de mestrado e doutorado.

24 Segundo Carvalho, “Este quadro é explicado, por um lado, pelo retorno aos bancos escolares de profissionais em busca do diploma de nível superior como credencial de qualificação e promoção funcional e, por outro, pelo atraso e pelo abandono (temporário ou definitivo) escolar que fazem parte da realidade nacional” (CARVALHO, 2006. p. 992).

pouquíssimos jovens²⁵, ainda mais se compararmos nossos números com os dos demais países da América Latina²⁶ e do mundo²⁷.

A educação superior não podia, entretanto, ficar unicamente à mercê do objetivo pragmático da expansão da oferta. A experiência brasileira mostrou que isso não é suficiente: da expansão pura e simples beneficia-se apenas um reduzido número de estudantes, oriundo de classes mais favorecidas da população brasileira²⁸. Ao longo de sua história, a educação superior no Brasil apresentou-se como um domínio acessível somente aos jovens das camadas mais ricas da população²⁹. Havia uma clara desigualdade e injustiça na alocação dos jovens em instituições de ensino superior — para padrões internacionais, a educação superior nacional caracterizava-se como um sistema de elites³⁰. Enquanto os mais ricos realizavam estudos secundários em escolas privadas de boa qualidade, o que assegurava o acesso às melhores instituições de ensino superior — que eram, em sua grande maioria, públicas, os jovens mais pobres frequentavam, com sorte, escolas secundárias públicas (em sua grande maioria de qualidade inferior às privadas), o que dificultava imensamente o acesso à educação superior. Afinal, esses jovens menos favorecidos teriam que pagar por uma educação superior de qualidade inferior.

Por mais que não se deva descartar que, entre as causas das dificuldades de acesso às instituições de ensino superior estejam (i) a elevada relação

25 Essa constatação é ainda mais forte se analisarmos os dados de distribuição segundo níveis de ensino (fundamental, médio, pré-vestibular e superior) por região geográfica no Brasil. O PNAD/IBGE revelou, em 2003, que, enquanto 48,6% dos estudantes entre 18 e 24 anos no Sul do país frequentavam cursos de educação superior e, no Sudeste esse número era 41%, no Nordeste eram apenas 15,4% os jovens entre 18 e 24 que cursavam a educação superior, e no Norte esse número era 16,7%.

26 Segundo dados da IESALC/UNESCO e da BADEINSCO/CEPAL, em 2003 a taxa bruta de acesso ao ensino superior era de 59,8% na Argentina, 42,4% no Chile, 39,4% na Bolívia e apenas 20% no Brasil. Dos países da América Latina, apenas a Guyana (6,1%) perdeu para o Brasil no ranking.

27 De acordo com dados da OCDE, a taxa de acesso à educação superior da população entre 18 e 24 era, em 2004, correspondente a 32,6% na Alemanha, 53,1% na Argentina, 65,4% na Bélgica, 55,9% na Austrália, 65,9% nos Estados Unidos, 29,9% na Suíça, 24,8% no México e apenas 10,6% no Brasil.

28 SARAIVA e NUNES, 2011. p. 944.

29 NEVES, RAIZER e FACHINETTO, 2007, p.142.

30 Essa conclusão é de Carvalho (CARVALHO, 2006, *Op. cit.* p. 280), que analisou dados de educação superior de meados da década de 90, que revelaram que apenas 6% da população na faixa etária entre 18 a 24 anos encontravam-se matriculada em uma instituição de ensino superior. Carvalho enquadrou essa informação na classificação de Martin Trow, que estabelece três categorias de sistema de educação superior, cujo critério de distinção é a taxa de escolaridade líquida. A taxa de escolaridade líquida é a relação entre o número de matrículas na faixa etária teoricamente adequada para enfrentar este nível de ensino e população dessa faixa. De acordo com as categorias de Trow, está-se diante de um sistema de elite quando a taxa de escolaridade líquida é inferior a 15%. Um sistema de massas, por sua vez, é aquele cuja escolaridade líquida varia entre 15% e 50%. Por fim, um sistema universal apresenta o indicador acima de 50%. Para maiores informações sobre a classificação de Trow, ver: TROW, 1973. Pp. 55-101. Para uma reflexão mais atual da classificação de Trow, ver: TROW, 2005.

candidato/vaga para ingresso nos cursos das instituições públicas de ensino superior e (ii) o número reduzido de instituições públicas de ensino superior, o que, por si só, justificaria a expansão da oferta de ensino superior — pública e privada — como política pública satisfatória para a atingir o objetivo da ampliação do acesso, há fatores igualmente importantes que obstaculizam o ingresso de indivíduos no ensino superior. Uma formação deficiente na educação básica, dificuldades de conciliar trabalho e estudo e, principalmente, o custo das mensalidades de instituições privadas de ensino superior, também contribuem para o emperramento da ampliação de acesso à educação superior.

Em 2001, esse cenário de desigualdade de acesso ao ensino superior era bastante evidente: o IBGE revelou que as classes desfavorecidas praticamente não frequentavam nem universidades públicas, nem privadas³¹. Era preciso lidar com esse problema e, como vimos acima, o Plano Nacional de Educação já havia ditado uma meta de acesso ao ensino superior bastante ambiciosa em 1999. O governo havia, originalmente, planejado lidar com o déficit de acesso jovem ao ensino superior — e honrar a sua meta prevista no Plano de Educação Superior — via incremento de gastos públicos com educação, que, segundo a proposta original do Plano, deveria atingir o mínimo de 7%. Relatam Pacheco e Ristoff que isso exigia uma ampliação dos recursos à razão de 0,5% do PIB, anualmente, nos primeiros anos do Plano e de 0,6% no quinto ano. Entretanto, essa meta foi vetada pelo presidente, à época, Fernando Henrique Cardoso. Como resultado, observam os autores, “a ampliação expressiva das vagas pelo poder público ficou seriamente comprometida, passando a expansão a depender quase exclusivamente da força do mercado”³².

Assim, a gestão FHC passou a tratar o crescimento da demanda potencial por ensino superior — impulsionado, dentre outras razões, pela melhoria das condições da população brasileira em razão da estabilidade econômica de seu governo³³ — via incentivos à iniciativa privada, com a chancela do Conselho Nacional de Educação (CNE). O CNE encorajou a abertura de novos cursos em locais isolados, bem como a criação de instituições³⁴. A iniciativa privada, por sua vez, não perdeu a janela de oportunidades aberta pelo Estado, razão pela qual o governo FHC foi marcado pela revitalização da expansão do segmento

31 O IBGE mostrou, inclusive, que universidades privadas albergavam 50% dos 10% mais ricos da população brasileira, enquanto universidades públicas albergavam 34,4% dessa parcela mais abastada da população. Ver: IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios 2001. Rio de Janeiro: IBGE, 2003.

32 PACHECO e RISTOFF, 2004. p. 6. A participação pública no ensino superior começou a retrair com a gestão FHC. Se no começo do 1º mandato de FHC o segmento federal detinha 21% do total de matrículas em instituições de ensino superior, em 2002 (final do 2º mandato do FHC), essa percentagem havia caído para apenas 15%.

33 CARVALHO, 2006, *Op. cit.* p. 280.

34 CARVALHO, *Ibidem*.

de ensino superior privado, após forte período de estagnação durante os anos 80 e começo dos anos 90. De fato, entre 1995 e 2002, o segmento privado apresentou incremento na oferta de cursos em torno de 14% ao ano, enquanto o público (federal) cresceu apenas 8% ao ano³⁵.

1.2. A educação superior no governo Lula e o aparecimento do ProUni

1.2.1. A idealização do ProUni no Governo Lula

Após anos de aceleração do crescimento do segmento de ensino superior privado, esse ritmo de expansão das matrículas reduziu-se com a chegada de Lula ao poder, em 2003³⁶. Uma razão para essa desaceleração reside no diagnóstico, feito pelo governo Lula, de que a expansão pela via privada não resolveu o problema da baixa escolaridade (média e superior) no Brasil³⁷. Por isso, a chamada Reforma Universitária do governo Lula — uma série de discussões e propostas para promover a democratização do acesso à educação superior brasileira oriunda de seu programa de governo — baseou-se em três eixos centrais: (i) expansão da universidade pública gratuita; (ii) revisão do mecanismo de financiamento estudantil; e (iii) concessão de bolsas de estudo³⁸.

Entre os primeiros passos da Reforma estava a “edição de medidas que, a um só tempo, suprissem a necessidade de ampliação da rede de ensino superior e não implicassem gastos para a União”³⁹. É nesse contexto que se insere o ProUni, criado em maio de 2004 por meio da Medida Provisória n. 213/2004, posteriormente convertido na Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Segundo Catani, Hey e Gilioli, o ProUni:

[...]promove o acesso à educação superior com baixo custo para o governo, isto é, uma engenharia administrativa que equilibra impacto popular, atendimento às demandas do setor privado e regulação de contas do Estado, cumprindo a meta do Plano Nacional de Educação.

35 A explosão de oferta do ensino superior privado fica especialmente evidente se considerarmos a divisão entre instituições privadas lucrativas e não lucrativas, que passou a existir desde 1999. Se considerarmos essa divisão, observa-se, entre 1999 e 2002, um crescimento médio de 28,5% ao ano (CARVALHO, 2006, *Op. cit.* p. 281).

36 No caso das instituições privadas sem fins lucrativos, essa diminuição de ritmo beirou a estagnação: enquanto no governo FHC as matrículas nesse setor cresciam a, aproximadamente, 10% ao ano, durante o governo Lula o crescimento foi inferior a 3% ao ano e abaixo do incremento do segmento público federal. CARVALHO, *Op. cit.* 282.

37 CARVALHO, *Op. cit.* p. 283.

38 HADDAD e BACHUR, 2004.

39 MANCEBO, 2004, p. 80.

Ademais, os autores afirmam que o Programa visa a atender ao aumento da demanda por acesso à educação superior, o que faz lançando mão da alta ociosidade característica do ensino superior privado (em 2002, 35% das vagas, em 2003, 42% e em 2004, 49,5%). A engenharia jurídico-financeira do ProUni parece ser altamente benéfica para as contas públicas. Referindo-se ao primeiro ano do Programa, Almeida estimou a renúncia fiscal em R\$ 50 milhões, contra R\$ 340 milhões para gerar o mesmo número de vagas em instituições públicas de ensino superior⁴⁰.

1.2.2. Quem faz jus ao ProUni e sob que condições?

As bolsas do ProUni são destinadas a estudantes que tenham cursado o ensino médio completo em escolas da rede pública ou em instituições privadas como bolsistas integrais, bem como a estudantes portadores de deficiências, a professores de rede pública de ensino (para cursos de Licenciatura, Normal superior e Pedagogia, independentemente de renda). Trata-se de benefício concedido ao estudante pelo governo federal que não está condicionado a qualquer forma de restituição financeira ao governo: “concluído o curso o bolsista não fica devendo nada aos cofres públicos”⁴¹.

Os bolsistas, que devem cumprir requisitos de desempenho acadêmico estabelecidos pelo MEC, são selecionados da seguinte forma: (i) em primeiro lugar, são pré-selecionados pelos resultados e perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) — ou por outros critérios sujeitos à definição do MEC — e, subsequentemente, (ii) escolhidos pela instituição de ensino superior almejada, segundo critérios internos. À instituição de ensino superior compete aferir a veracidade das informações prestadas pelo candidato⁴².

Os bolsistas do ProUni estão autorizados a transferir a utilização de suas bolsas de estudo para outro curso, mesmo que para outro turno, campus, ou até mesmo outra instituição de ensino. Os bolsistas podem, também, trancar a matrícula de acordo com as normas da instituição, solicitando, para tanto, a suspensão do usufruto da bolsa. Entretanto, o período em que a bolsa está sus-

40 ALMEIDA, 2006, p. 86.

41 AMARAL e OLIVEIRA, 2011, p. 27.

42 Quanto a esse ponto, é interessante notar que, em novembro de 2009, o MEC encerrou “1.766 bolsas de estudos e desvinculou 15 instituições de ensino superior em decorrência de irregularidades verificadas pela Secretaria de Educação Superior. Conforme noticiado, o encerramento das bolsas ocorreu após o cruzamento de informações do cadastro de bolsas com outros bancos de dados como a Relação Anual das Informações Sociais e o Registro Nacional de Veículos Automotores (RENAVAM). A verificação da situação dos bolsistas junto ao RENAVAM identificou 1.699 estudantes possivelmente proprietários de veículos automotores considerados incompatíveis como o perfil socioeconômico do ProUni e, ainda, 43 bolsistas que já haviam concluído outro curso superior. No caso das IES [Instituições de Ensino Superior], 15 faculdades foram desligadas do ProUni por apresentarem irregularidades na oferta de bolsas” (AMARAL e OLIVEIRA, *Op. cit.* p. 28).

pensa se converte em efetiva utilização, o que quer dizer que é descontado do seu prazo total de utilização. Para continuar usufruindo do ProUni, os bolsistas devem ser aprovados em, no mínimo, 75% das disciplinas cursadas em cada período letivo. Cabe notar, ainda, que é vedada à instituição de ensino superior (IES) cobrar dos bolsistas integrais as matérias cursadas novamente em razão de reprovação.

Visando a garantir a continuidade de estudo dos bolsistas, criou-se a Bolsa Permanência, de até R\$ 300,00 mensais, voltado apenas para beneficiários do ProUni com bolsa integral não suspensa, matriculados em cursos presenciais com, no mínimo, seis semestres de duração e cuja carga horária média seja igual ou superior a seis horas diárias de aula⁴³.

1.2.3. As obrigações das IES aderentes ao ProUni

As obrigações a serem cumpridas pelas IES aderentes ao ProUni devem encontrar-se previstas em um termo de compromisso. É dele que devem constar as seguintes cláusulas imprescindíveis: (i) proporção de bolsas de estudo oferecidas por curso, turno e unidade; (ii) percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou indígenas e negros autodeclarados — esse percentual deve ser igual ao de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou negros, na respectiva unidade da Federação, de acordo com o último censo do IBGE divulgado.

Cumpra às IES participantes do ProUni oferecer uma bolsa integral para o equivalente a 10,7 de estudantes regularmente pagantes e matriculados ao final do correspondente período letivo anterior. Essas instituições ficam, ao longo do período de vigência do termo de adesão, isentas do recolhimento das seguintes contribuições e impostos: (i) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS; (ii) Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS; (iii) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSSL; e (iv) Imposto de Renda da Pessoa Jurídica — IRPJ. A atratividade dessas isenções fiscais explica a alta taxa de aderência das instituições de ensino superior ao ProUni, com variação desprezível desde a criação do Programa, como se pode ver na Tabela 1, abaixo.

43 Destaque-se, entretanto, que a concessão da Bolsa Permanência está condicionada à disponibilidade orçamentária e financeira do MEC.

Tabela 1 — Variação de adesão ao ProUni por parte de IES

Ano	Semestre	IES com oferta
2005	1º	1.132
2006	1º	1.150
2006	2º	791
2007	1º	1.206
2007	2º	877
2008	1º	1.227
2008	2º	1.001
2009	1º	1.249
2009	2º	993
2010	1º	1.302
2010	1º	971
2011	1º	1.273
2011	2º	1.035
2012	1º	1.319
2012	2º	1.041
2013	1º	1.078
2013	2º	919

Fonte: MEC. Serviço de Informação ao Cidadão — e-SIC. (11/2013)

Note-se que o objetivo imediato do Programa Universidade Para Todos é a concessão de bolsas de estudo (parciais e integrais) para pessoas desfavorecidas segundo os critérios (de renda, cor, etc.) do Programa. Entretanto, para avaliar esse programa social, é importante fazer outra pergunta que o contexto histórico que justificou sua criação e os aspectos mais importantes de seu funcionamento nos ajuda a responder: de acordo com nosso ordenamento jurídico, qual é o objetivo social que a concessão de bolsas do ProUni visa a promover?

1.3. Fixando o objetivo social do ProUni: o parâmetro de avaliação do Programa

1.3.1. Como avaliar políticas públicas?

A pergunta é o centro para este trabalho, que buscará, no Capítulo 2, examinar o desempenho do Programa. Avaliação de desempenho de um programa social é, para fins deste trabalho, a tarefa de verificar a compatibilidade da fase de execução de um programa social com seu objetivo — quanto mais compatível for a fase de execução com o objetivo do programa, melhor é seu desempenho. O objetivo, por sua vez, é a transformação social que o programa (social) visa a alcançar. Exemplos de objetivos são a erradicação da fome ou do preconceito, e também a inclusão social de grupos historicamente desfavorecidos.

Há diversas formas de se avaliar o desempenho de um programa social. A maneira mais tradicional — e frequente — é conhecida como a “acadêmica”, ou mais formal, voltada ao estudo da efetividade das políticas, tratando especificamente de seus impactos e benefícios⁴⁴. Recorda uma pesquisa de satisfação do usuário. Assim, para estudos desse tipo, o programa social é positivo para a sociedade se seus beneficiários estão satisfeitos com o impacto do programa em suas vidas. E se o programa social é positivo, ele cumpre seu objetivo. Há algumas pesquisas nesse sentido sobre o ProUni, e elas em geral tendem a tecer conclusões positivas sobre o programa, pelo menos em sua dimensão de satisfação do beneficiário⁴⁵.

Outra forma bastante comum de avaliar o desempenho de um programa social consiste em verificar a sua compatibilidade com o objetivo que o avaliador considera que o programa deve promover. Tal objetivo pode ou não coincidir com aquele que as normas que criaram o programa anunciaram. Se o programa social não está promovendo o objetivo que o avaliador entende ser o “correto” ou “desejável”, seu desempenho é baixo. Há alguns estudos dessa natureza que tratam especificamente do ProUni⁴⁶. Em geral, esses estudos criticam a estrutura do programa por entender que o Estado deveria concentrar suas políticas públicas de educação superior em universidades públicas. Não concordam, portanto, com o modelo escolhido para promover o acesso à educação superior, pois entendem que ele simplesmente privilegia injustificadamente a iniciativa privada.

44 Avaliações dessa natureza envolvem, em geral, *surveys* de percepção, entre outras ferramentas para medir a realidade do programa da perspectiva de seus beneficiários. A respeito, ver: CUNHA, 2014.

45 Ver, e.g., o estudo de Saraiva e Nunes (SARAIVA e NUNES, *Op. cit.* nota de rodapé n. 15). Ver também: AMARAL e OLIVEIRA, *Op. cit.* nota de rodapé n. 27). Daniela Patti do Amaral e Fátima Bayma de Oliveira complementaram seu estudo sobre as trajetórias pessoais de egressos do ProUni na zona Oeste do Rio de Janeiro: AMARAL e OLIVEIRA, *Op. cit.* p. 861-890.

46 Ver, e.g., CATANI, HEY e GILIOLI, 2006. p. 125-140. Ver também: NEVES, RAIZER e FACHINETTO, *Op cit.* p. 124-157.

A presente monografia procura avaliar o ProUni de uma maneira diferente das duas formas descritas acima. O que se pretende fazer aqui é avaliar a compatibilidade do Programa com seu objetivo normativamente definido⁴⁷. O conteúdo de “objetivo normativamente definido” é aquele atribuído por atores estatais competentes para criar e aprovar a lei que prevê o programa social e aqueles que têm competência para revogá-la⁴⁸. É, então, o conteúdo atribuído ao objetivo do programa pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Por trás da análise jaz a seguinte pergunta: qual o impacto da participação de um Poder da República que não concebeu uma dada política na formulação dessa política pública? A resposta a essa pergunta, neste trabalho, se limitará a descrever o impacto, e não a qualificá-lo ou valorá-lo.

47 Ao fazer uma pergunta de pesquisa dessa natureza, este trabalho declaradamente se alinha às agendas de pesquisa propostas por Salama e Coutinho, que, em seus trabalhos, sugerem formas de avaliação jurídica da qualidade de políticas públicas. A respeito das agendas, ver: SALAMA, 2008. p. 4-58; ver também FARIA e COUTINHO, 2013. p. 181-200.

48 A distinção entre as formas de avaliação tem motivação prática: as três formas de avaliação de políticas públicas rapidamente descritas acima podem gerar resultados diferentes. Com efeito, se quiséssemos avaliar a política pública sob a abordagem “acadêmica”, não precisaríamos fixar um objetivo para a política; não há, portanto, exame de compatibilidade da execução e o objetivo normativo. Bastaria, nesse sentido, que nós, avaliadores, sentíssemos que a satisfação dos beneficiários da política é alta. O grau de subjetividade das conclusões traçadas a partir dessa forma de análise de políticas públicas é muito grande. De forma semelhante, se fôssemos avaliar uma política pública da segunda forma descrita acima — em que o avaliador estabelece discricionariamente o objetivo ideal que a política deve perseguir — teríamos que fazer um exame de compatibilidade entre a política e o objetivo normativo. Entretanto, mesmo se fizessemos esse exame de compatibilidade e tivéssemos um “norte” (o objetivo estabelecido) que guiasse nossa análise, toda a empreitada de avaliação da política pública estaria, necessariamente, revestida de amplo grau de subjetividade do avaliador. Afinal, por que aceitar o que o avaliador entende “desejável” para uma política pública? O que nos compele ao convencimento de que o objetivo desse avaliador é desejável para todos? Por fim, a maneira de analisar uma política pública proposta por nós aqui visa a eliminar, em certo grau, a subjetividade da análise. Queremos fazer um exame de compatibilidade da política, pois é só dessa forma que conseguimos aferir espaço para seu aperfeiçoamento. Entretanto, queremos fazer esse exame da política de maneira legítima e interna ao ordenamento jurídico; se, dentro do Estado Democrático Brasileiro, conferirmos a uma política o objetivo Y, torna-se mais fácil construir um argumento de aperfeiçoamento da política pública. Há muito desgaste em tentar convencer seu auditório de que seu objetivo é desejável. Esse desgaste é bem menor se o seu objetivo é oficial, atribuído legitimamente pelo Estado brasileiro. Nesse sentido, ao longo deste texto utilizamos o que Mangabeira Unger denomina de “metodologia reconstrutiva”, típica do pensamento jurídico tradicional (e alheio à imaginação institucional) e definida por Arguelhes como: “uma abordagem de um dado problema jurídico, político, filosófico ou histórico que tenta identificar os compromissos centrais da prática social em exame para, a partir daí, construir critérios para decidir quando e como nossas instituições se desviam das aspirações e promessas que supostamente justificariam sua criação”. Diz Arguelhes que a “análise jurídica racionalizadora, forma dominante de pensamento jurídico, é um tipo de metodologia reconstrutiva”. Arguelhes complementa que a análise jurídica racionalizadora é uma forma de pensamento jurídico que “encara as estruturas básicas do direito vigente como se fossem expressão de um plano — um conjunto predeterminado, coerente e intocável de promessas que podem e devem ser cumpridas, ainda que de forma gradual”. Ver: ARGUELHES, 2011, p. 79-80.

1.3.2. Da Exposição de Motivos ao Julgamento da ADI 3330: em busca do objetivo normativo do ProUni

No Brasil de hoje, não há como dizer que o objetivo normativo — aquele conferido pelo ordenamento jurídico pátrio — de uma política pública encontra-se previsto unicamente na lei que a institui. Longe disso, a estrutura institucional do Brasil pós-1988, em que os Três Poderes da República possuem independência e em que a separação dos poderes é cláusula pétrea, torna a delimitação do objetivo de uma política pública algo, em muitos casos, extremamente complexo e problemático. Há situações em que a política pública — que, em geral, é concebida pelo Poder Executivo — não encontra resistência no Poder Legislativo e, tampouco, no Judiciário. O objetivo dessas políticas públicas, portanto, pode ser encontrado na Exposição de Motivos da Lei que a criou. Entretanto, há outras que, em razão da interação institucional entre os Três Poderes, terminam sendo produto de uma formulação muito mais complexa e externa ao Poder Executivo, que a concebeu⁴⁹. Esse é o caso do ProUni, conforme se descreverá a seguir.

O ProUni foi concebido pelo Poder Executivo, que apresentou a Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 213/2014 (Exposição Interministerial nº 061/2004/MEC/MF), posteriormente convertida na lei que instituiu o Programa. Pela redação da Exposição de Motivos, o ProUni seria “uma política de acesso democrático ao ensino superior”, ou, dito de forma mais completa, “um programa de democratização do ensino superior mediante a concessão de bolsas de estudo”.

49 Esse fenômeno de interação entre os poderes vem sendo muito estudado por constitucionalistas e cientistas políticos, com foco no Poder Judiciário. Ele se aproxima, analiticamente, do que Brandão chama de fenômeno da “inevitabilidade da interação entre os departamentos estatais para a definição do sentido da Constituição”. Citando Eskridge, Brandão explora modelos de interpretação dinâmica do direito, em que o Judiciário não simplesmente aplica suas preferências, e sim as submete a um jogo político sequencial, do qual participam o Poder Legislativo e Poder Executivo também. Explica Brandão que esse jogo “seria um corolário da separação dos poderes, especialmente dos mecanismos de freios e contrapesos, pois tal princípio atribuiria dimensão dinâmica à interpretação do direito. Com efeito, a aprovação de lei exige, via de regra, a comunhão entre as preferências de uma maioria parlamentar e do Presidente da República (diante do seu poder de veto). Por outro lado, o controle de constitucionalidade permite ao Judiciário invalidar a lei, de maneira que a sua preferência também será relevante para o deslinde da questão, embora não seja definitiva como decorreria de um regime de supremacia judicial, pois os demais “poderes” poderão reagir à decisão de inconstitucionalidade pelos instrumentos anteriormente arrolados. Em suma, a solução final para a questão será fruto da interação entre as preferências dos ‘poderes’”. Complementa Brandão que: “antes do início do ‘jogo da separação dos poderes’, cada jogador tem uma preferência (dita crua) que pode ser posicionada em um determinado ponto de uma linha. A premissa fundamental é a de que os atores não aplicarão ingenuamente as suas preferências cruas, mas, diante do risco de elas serem afastadas pelas preferências dos demais jogadores, cada um deles atuará estrategicamente para que o resultado da interação seja o mais próximo possível da sua preferência inicial, a qual, portanto, será alterada no mínimo necessário para que se possa vencer a disputa” (BRANDÃO, 2012, p. 253).

Mas o que seria uma política de democratização de acesso ao ensino superior? Todos participam igualmente de algo que é democrático, por definição. Seria, portanto, o ProUni uma política pública universalizante? Ou seja, o objetivo do ProUni seria universalizar o acesso à educação superior? Se analisarmos a história do acesso à educação superior no Brasil, acima sucintamente descrita, percebemos que a resposta a essa pergunta não pode ser positiva. Afinal, o acesso à educação superior é obstáculo apenas para um grupo específico de brasileiros, razão pela qual, como vimos, apenas a alunos que cumpram critérios de baixa renda estão habilitados ao Programa. Ademais, os números globais de bolsas ofertadas pelo ProUni nos últimos anos nos indicam que há uma certa estabilidade no número total de bolsas ofertadas por ano desde 2009 (embora 2012 tenha fugido à regra). Os números dos últimos anos não parecem indicar um esforço de ampliação do número de bolsas ofertadas por ano, o que sugere que, para os formuladores do Programa, o ProUni já oferta um número desejável de bolsas por ano, e não almejará universalizar acesso em sentido literal (i.e., não tentará abranger todos os brasileiros em idade para, ou que queiram cursar o ensino superior).

Tabela 2 — Número total de bolsas ofertadas pelo ProUni por ano

Ano	2005	2006	2007	2008	2009
N. de bolsas	112,275	138,668	163,854	225,005	247,643
Ano	—	2010	2011	2012	2013
N. de bolsas		241,273	254,598	284,622	252,374

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do SisProuni de 2005-2013.

Após ser concebido pelo Poder Executivo, o ProUni foi aprovado pelo Legislativo como uma ação reparatória do Estado brasileiro. De acordo com Kers-tenetzky, a ação reparatória é aquela:

[...] necessária para restituir a grupos sociais o acesso efetivo a direitos universais formalmente iguais — acesso que teria sido perdido como resultado de injustiças passadas, em virtude, por exemplo, de desiguais oportunidades de realização de gerações passadas que se transmitiram às presentes na perpetuação da desigualdade de recursos e capacidades. Sem a ação/política/programa, focalizados nesses grupos, aqueles direitos

são letra morta ou se cumprirão apenas em um horizonte temporal muito distante.⁵⁰

O direito universal formalmente igual a que o ProUni quer garantir acesso efetivo é o direito à educação, previsto no *caput* do art. 6º da Constituição Federal. Já o grupo social em que o ProUni foca sua atenção é aquele composto por pessoas que, atualmente, não são capazes de chegar à educação superior no Brasil, pública e privada. Como mencionado, são em geral pessoas que não tiveram acesso à educação secundária de qualidade e, por isso, não conseguem competir em nível de igualdade com os demais por vagas em universidades públicas e, ao mesmo tempo, não possuem recursos financeiros para pagar a matrícula de universidades particulares. Dessa forma, a “democratização do acesso”, no sentido da supramencionada Exposição de Motivos que deu origem ao ProUni, é a correção de desigualdade de oportunidade (de acesso à educação superior).

Mas é apenas esse o objetivo do ProUni: reduzir uma desigualdade de oportunidade de acesso ao ensino superior? Se for esse o caso, a execução do ProUni seria cada vez mais compatível com seu propósito quanto mais bolsas fossem distribuídas a pessoas desfavorecidas e focalizadas pelo Programa (negros, pessoas com renda baixa, etc.). No entanto, porque seria vantajoso simplesmente incluir um grupo de pessoas historicamente excluídas em cursos de educação superior? Frequentar um curso de educação necessariamente implica em transformação social, o que justificaria um programa social voltado para a promoção dessa atividade?

Com essas perguntas, almeja-se chamar atenção para a importância de definir o conteúdo do objetivo normativamente definido de um programa social. Afinal, é ele que deve orientar importantes escolhas a serem feitas por agentes responsáveis pela fase de execução de um programa social. No caso concreto, se entendermos que “acesso democrático ao ensino superior” significa que o Programa deve preocupar-se exclusivamente em garantir a frequência de alunos desfavorecidos em instituições privadas de ensino superior, o ProUni deve, para promover seu objetivo, se concentrar em aumentar o universo de bolsas que concede a estudantes menos favorecidos.

Entretanto, a tarefa do ProUni não é apenas essa em razão da ADI 3330. Nela, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, julgou improcedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), que questionava a constitucionalidade de alguns dispositivos da lei que instituiu o ProUni (Lei n. 11.096/2005) e passou a regular a atuação de entidades de assistência social no ensino superior. Essa

⁵⁰ KERSTENETZKY, 2006, p. 570.

ADI foi anexada à ADI 3314, ajuizada pelo partido DEM, por ter exatamente o mesmo objeto. O julgamento começou em 02 de abril de 2008 e o acórdão do STF foi publicado em 3 de maio de 2012⁵¹.

É interessante analisar os votos proferidos pelos Ministros do STF nesse caso. Joaquim Barbosa, em seu voto-vista, refutou os argumentos da CONFE-NEN e do DEM, alegando ser o ProUni coerente com diversos dispositivos que preveem a redução de desigualdades sociais. Para embasar esse argumento, citou dados do Censo Anual de 2008 do MEC e do Instituto Nacional de Estudos de Pesquisa Educacional (INEP), que diziam haver, naquele ano, uma oferta de 2,98 milhões de vagas nas universidades de todo o país, das quais 1,478 milhão estavam ociosas. O censo indicava que a maior parte dessas vagas ociosas se localizava em universidades privadas, sendo a causa atribuída a esse estado de coisas a dificuldade financeira das famílias de pagar o estudo superior de seus filhos. O Ministro Joaquim Barbosa também afirmou que, ao financiar a bolsa total para alunos de famílias com renda até 1,5 salário mínimo e parcial para aqueles egressos de famílias com renda de até três salários mínimos, “o ProUni representa importante fator de inserção social”⁵², o que se confirmaria por outra pesquisa, elaborada em 2009 pelo Ibope, de acordo com a qual 56% dos alunos apoiados pelo ProUni já trabalhavam quando iniciaram seu curso superior, mas seu nível de emprego aumentou 80% após o Programa (fato que naturalmente contribui para a melhoria da renda de suas famílias). Ademais, Joaquim Barbosa mostrou dados que apontam ser o custo de cada bolsa do programa inferior ao custo por aluno em universidades públicas e, também, privadas.

Que o objetivo do ProUni não é apenas garantir o acesso de um grupo desfavorecido ao ensino superior, mas também reduzir desigualdades sociais, promovendo a inserção social desse grupo no mercado de trabalho não foi a conclusão apenas do voto de Joaquim Barbosa. A ementa do STF referente à ADI 3330 tem a seguinte redação:

Não há outro modo de **concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade**. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar

51 De acordo com o informativo do STF: “a Confenen sustentava que a MP e a lei em que foi convertida ofendem o artigo 62 da Constituição Federal (CF) e, por via de consequência, ao princípio da separação dos Poderes da República Federativa, consagrado no artigo 2º da CF, caracterizando-se a usurpação legislativa pelo chefe do Executivo, ante a ausência de ‘estado de necessidade legislativo’, que autorizaria a utilização de Medida Provisória. Sustentava, ainda, que os artigos 10 e 11 da lei impugnada violam os artigos 146, II e 195, parágrafo 7º, da Constituição, por invadirem seara reservada a lei complementar, ao pretenderem “conceituar entidade beneficente de assistência social”, e ao estabelecerem ‘requisitos para que a entidade possa ser considerada beneficente de assistência social’” (STF, 2012).

52 STF. *Ibidem*.

a imposição do valor da igualdade. **A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras.** Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. **A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos,** como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. **A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (‘ciclos cumulativos de desvantagens competitivas’).** Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem”. (grifo nosso)

O voto do relator do caso, o Ministro Ayres Britto foi, como se disse, seguido pela maioria do Plenário do STF. Em razão disso, é possível dizer que o STF — e não só Joaquim Barbosa e Ayres Britto — “afunilou” (i.e., delimitou) o conteúdo do objetivo social que deve ser perseguido pelo ProUni⁵³? Acredita-

53 Como bem nota Taylor, não há muita produção acadêmica brasileira que incorpore o Judiciário à análise da tomada de decisões governamentais, como, por exemplo, a decisão de implementar ou aperfeiçoar uma política pública. Não obstante, a literatura já é capaz de nos oferecer alguns subsídios analíticos, que inclusive ajudam a compreender o “afunilamento” do objetivo normativo do ProUni feito pelo STF. Em grande medida, o STF participou de uma reformulação do ProUni, uma política pública do Poder Executivo, mas não deixou de

mos que a resposta pode ser afirmativa, mas, para tanto, precisamos definir o critério de “aderência” ao acórdão reproduzido acima. Afinal, embora a maioria dos ministros tenha votado com o relator, isso não equivale necessariamente a dizer que a *ratio decidendi* de todos é compatível com a do relator⁵⁴.

Para fins deste trabalho, consideraremos que todos os Ministros que não tenham explicitamente discordado da justificativa da decisão de confirmação de constitucionalidade acima — i.e., que o ProUni objetiva a reduzir desigualdades sociais — aderiram, por exclusão, ao voto do relator. Só aqueles que expressamente se manifestaram contra a justificativa reproduzida acima é que não serão considerados aderentes ao Programa. Como dito, apenas o Ministro Marco Aurélio divergiu do relator no caso em apreço, mas não porque discordou que o propósito do ProUni é reduzir desigualdades sociais⁵⁵. Outros

fazer isso sem se manter deferente ao Poder Executivo (declarando a constitucionalidade do Programa). Esse comportamento do STF encontra respaldo em vários trabalhos internacionais que entendem ser a postura deferente de cortes constitucionais uma maneira de minimizar o risco de perder uma parcela de seu poder para um Executivo como o brasileiro, i.e., zeloso de suas abundantes prerrogativas políticas. No Brasil, o argumento foi desenvolvido por Koerner, que argumenta que o STF vem agindo de maneira cautelosa e, em última análise, conservadora com o intuito de evitar potenciais conflitos com o Executivo. KOERNER, A., 2009. pp. 26, pp.337-362. Taylor também contribuiu para uma melhor compreensão do papel do Judiciário em geral na formulação de políticas públicas, destacando também que o “Judiciário pode ter um impacto significativo (embora meramente reativo) na legitimação de propostas majoritárias”. Acreditamos que, no caso do ProUni em análise, o afunilamento pode ser compreendido como um efeito colateral (porém verificável e com implicações normativas) e talvez até não intencional da decisão deferente do STF, que atuava, no caso, na legitimação de uma proposta majoritária do Executivo brasileiro. Para uma discussão mais ampla, focada na dimensão madisoniana da atuação do Poder Judiciário e seu impacto na formulação de políticas públicas brasileiras, ver: TAYLOR, M. M., 2007.

54 Nesse sentido, Vojvodic *et. al.* fazem uma interessante distinção entre, de um lado, uma votação unânime, e de outro, uma única *ratio decidendi*. Com base nessa distinção, os autores identificaram, em estudo sobre o processo decisório do STF, grupos de argumentos distintos nos votos de ministros que, no entanto, votaram unanimamente determinado assunto. Ou seja, não há necessariamente correspondência entre a fundamentação dos votos dos ministros e o resultado dessa fundamentação (por exemplo, declaração de constitucionalidade de uma lei vs. declaração de inconstitucionalidade de uma lei). Após analisar um caso concreto em que o STF decidiu unanimemente uma questão, mas com quatro *ratio decidendis* distintas, Vojvodic *et. al.* concluíram que: “Nota-se (...) a dificuldade em se determinar, ainda que em um caso de decisão unânime, qual foi a decisão tomada pelo Tribunal como um todo. Ainda que se entenda que o voto do ministro relator, que guia a tomada de decisão dos demais ministros, tem um peso maior na fundamentação do caso, podendo-se entender que a partir dele seria possível extrair a *ratio decidendi*, não há como deixar de considerar o fato de que fundamentações conflitantes como o voto do ministro relator relativizavam a adequação dessa *ratio decidendi* ao que foi efetivamente decidido pelo Tribunal. A unanimidade se dá tão-somente com relação ao dispositivo da decisão, o elemento questionado por meio da ADI, mas não se reflete no momento da justificação dessa solução dada pelo Tribunal” (VOJVODIC *et. al.*, 2009, p. 31).

55 Pelo contrário, o Ministro Marco Aurélio focou nas outras questões jurídicas em jogo no caso (vide nota de rodapé n. 51), conforme descrito a seguir: “Para o ministro Marco Aurélio, o projeto de lei originalmente apresentado pelo Executivo ao Congresso Nacional com o intuito de criar o ProUni foi atropelado pela MP. Ainda segundo ele, a medida provisória contém diversos vícios, como, por exemplo, não respeitar os requisitos de urgência e rele-

ministros, como Rosa Weber, Luiz Fux e Gilmar Mendes também proferiram seus respectivos votos-vista, mas apenas para ressaltar a conclusão do acórdão (que o ProUni se justifica por objetivar reduzir desigualdades sociais)⁵⁶ ou para endereçar outras questões jurídicas em jogo⁵⁷.

Diante disso, podemos dizer que o STF deixou claro que a execução do ProUni jamais será compatível com seu objetivo social se o acesso à educação superior não implicar necessariamente em redução de desigualdades sociais e for capaz de promover a inserção social do grupo desfavorecido e focalizado pelo Programa.

1.3.3. Implicações da ADI 3330 para o desenho do ProUni

Verifica-se que o STF, ao julgar a constitucionalidade do ProUni, fez uma associação entre redução de desigualdades e empregabilidade. De fato, o Joaquim Barbosa, por exemplo, citou dados de empregabilidade dos beneficiários do Programa (Ibope), e logo no parágrafo seguinte, conclui que as “características do Programa demonstram, portanto, não apenas o preenchimento dos requisitos para sua validade e compatibilidade constitucional, mas, principalmente,

vância previstos na Constituição Federal, e regular matéria tributária (prevê isenção fiscal às universidades que aderirem ao ProUni), o que somente pode ser feito por meio de lei complementar. ‘O Poder Executivo abandonou o projeto tendo em conta a polivalência que ganhou a medida provisória e potencializando requisitos (da urgência e relevância) editou a medida provisória’, ponderou. Ele observou ainda que pouco importa que a MP tenha sido convertida em lei. ‘O vício originário quanto à edição da medida provisória contamina a lei de conversão. A lei de conversão, em síntese, é válida se válida se mostrar a medida provisória’, concluiu ao citar o jurista Celso Antonio Bandeira de Mello. O ministro Marco Aurélio também questionou o fato de a lei prever sanções, a serem aplicadas pelo Ministério da Educação, para instituições que descumprirem as obrigações assumidas no termo de adesão ao ProUni. ‘Sob esse ângulo, se tem um maltrato à autonomia universitária’, afirmou. Ao final de seu voto, o ministro defendeu que o Estado invista em universidades públicas, ao invés de ‘compelir a iniciativa privada fazer o que o próprio Estado deveria fazer.’” (STF, 2012).

- 56 Com efeito, o Ministro Luiz Fux entendeu que: “A isonomia, no caso concreto, reclama tratamento isonômico, tratando igual os iguais e desigualmente os desiguais. Um dos sub-princípios da isonomia na Constituição Federal, no seu artigo 206, é garantir a igualdade de acesso à educação”, afirmou, lembrando que há um paradoxo no Brasil no qual alunos de escolas públicas têm dificuldade de acesso às universidades federais e estaduais, que são as melhores do país, por conta da baixa qualidade dos colégios públicos” (STF, 2012).
- 57 É o caso de Rosa Weber, por exemplo, que “destacou que as alegações de violação aos princípios da isonomia, autonomia universitária e livre iniciativa já foram abordados em seu voto na ação julgada há duas semanas pelo STF, quanto ao critério de cotas da Universidade de Brasília (ADPF 186)” (STF, 2012). De modo semelhante, Fux “sustentou que a lei que criou o ProUni não limitou o poder estatal de tributar ao conceder isenção às entidades que aderem ao programa. ‘A lei apenas estabelece critérios para que as entidades possam se enquadrar no programa. Isso nada tem a ver com o poder de tributar’, apontou”. Fux também “rebateu o argumento de que o programa fere a isonomia ao repassar verbas para universidades privadas que instituírem ações afirmativas, reservando bolsas para alunos que cursaram o ensino médio em escolas públicas, sendo que boa parte delas deve ser concedida a negros, índios e portadores de necessidades especiais”.

que os frutos de sua aplicação já estão sendo colhidos pelo público-alvo". Do mesmo modo, a expressão "ciclos competitivos de desvantagens econômicas", incorporada ao acórdão do STF na ADI 3330 acima, refere-se a um conceito fruto de uma associação forte entre oportunidades de educação e ascensão social⁵⁸. Assim, embora o STF tenha reconhecido a importância de corrigir desigualdade de oportunidade de acesso à educação superior, entendeu também que a garantia de acesso à educação de grupos historicamente desfavorecidos se enquadra (e contribui para) em uma transformação social mais abrangente, que é a de redução de desigualdades sociais do país.

Aqui se faz necessário um esclarecimento. A premissa do argumento de que o STF "afunilou" o objetivo normativo originalmente atribuído ao Programa pelo Poder Executivo é que há, conceitualmente, uma diferença entre (i) o objetivo de reduzir desigualdades sociais e (ii) o objetivo de universalizar (ou democratizar) acesso ao ensino superior⁵⁹. No caso de (ii), estamos nos referin-

58 Nas palavras de Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto-vista: "Como todos sabemos, a pobreza crônica, que perpassa diversas gerações e atinge um contingente considerável de famílias do nosso país, é fruto da falta de oportunidades educacionais, o que leva, por via de consequência, **a uma certa inconsistência na mobilidade social. Isto caracteriza, em essência, o que poderíamos qualificar como 'ciclos cumulativos de desvantagens competitivas', elemento de bloqueio sócio-econômico que confina milhões de brasileiros a viver eternamente na pobreza**" (grifo e sublinhado nosso).

59 Na literatura, há quem argumente de modo muito convincente que não há — nem deve haver — distinção conceitual entre, de um lado, o objetivo de proteger direitos tidos como universais, mas que, na prática, são usufruídos apenas pelos mais privilegiados de uma dada sociedade, e, de outro, o objetivo de reduzir desigualdades sociais. Portugal Gouvêa formula da seguinte forma a crítica a quem tenta traçar essa distinção: "(...) it could be argued that the protection of such rights is not meant to reduce social inequality, but instead to offer guarantees for a series of rights that are in essence universal. To advance this argument, however, three other questions must be addressed, three points that raise issues of considerable complexity: (i) the preservation of democracy in countries characterized by inequality hinges on an effective reduction in economic inequality; (ii) in consideration of the limited resources at each society's disposal to combat economic inequality and the resulting violation of rights, those resources must be invested in the most redistributive manner possible to avoid the perpetuation of privileges; and (iii) protecting social and economic rights in a way that inadvertently results in greater benefits for the wealthy instead of the poor obviously delegitimizes both the democratic system and the very discourse of basic rights, which could lead to institutional crisis. The conclusion, until these points are no longer valid, must be that the protection of social and economic rights cannot be justified in terms of each one's value considered individually as universal, but rather by their effectiveness in distributing resources, as the preponderant argument is that the implementation of each of these rights must result in a reduction of social and economic inequality" (PORTUGAL GOUVÊA, 2013, p. 461). Parece-nos, entretanto, que embora extremamente sofisticada, a crítica de Portugal Gouvêa ignora todo o valor da dimensão reparatória de algumas políticas públicas focalizadas. Há casos em que o Estado — e a sociedade — possui uma dívida histórica com um grupo social desfavorecido, e não há como argumentar que, nesses casos, toda política pública tenha que ignorar o fator histórico e só ser implementada se for estruturada de maneira a reduzir, no agregado, desigualdades sociais. Há sim valor intrínseco à proteção de direitos sociais e econômicos quando o objetivo é torná-los efetivos para grupos que historicamente não tiveram como inclui-los. O ProUni parece, de fato, ter sido originalmente estruturado com base nessa lógica: escolheu o grupo desfavorecido e

do, como foi dito, a uma ação reparatória focalizada, em que a política pública cumpre o propósito de tutelar o direito para restituir a grupos sociais o acesso efetivo a direitos universais formalmente iguais — em geral direitos econômicos e sociais. A transformação social pretendida é, no caso das ações reparatórias, a própria efetivação do direito universal formalmente igual, que, no nosso caso, corresponderia à garantia de acesso ao ensino superior para jovens desfavorecidos via ProUni. Se essa efetivação levar, no agregado, à redução de desigualdades sociais é outra história (embora isso seja, naturalmente, desejável). Não há, no caso de ações reparatórias, um compromisso imediato, nem necessário, com a redução de desigualdades e sim com a efetivação de um direito, pois se assume aí que a proteção do direito via política reparatória se justifica pelo próprio valor do direito em si. No caso de (i), a transformação social pretendida é a redução de desigualdades. Qualquer política pública que tenha como objetivo a redução de desigualdades necessariamente assume um compromisso imediato e necessário com a redução de desigualdades em sentido literal (perdõem a redundância). Sendo assim, se o ProUni tivesse como objetivo normativo a redução de desigualdades (o que sustentamos efetivamente ser o caso diante da decisão do STF), teria que ser estruturado de maneira a aumentar a renda de seus beneficiários⁶⁰, pois essa é a métrica para medir o nível de desigualdade social empregada para fins deste trabalho. Nesse sentido, o ProUni teria que assumir um compromisso com a empregabilidade de seus beneficiários.

O STF não inovou ao associar, em abstrato, incremento de empregabilidade com redução de desigualdades sociais. E nem precisava ter feito essa associação explicitamente: ela se presume no momento em que o STF atribui ao ProUni o objetivo de reduzir desigualdades sociais. Como assinalamos no começo deste trabalho, quanto mais oportunidades de trabalho tiver um indivíduo, mais chances ele terá de “escolher” o emprego que maximize sua qualidade de vida (lembrando que mensuramos “qualidade de vida” utilizando o critério renda, por simplificação). Se isso é verdade para todos, é especialmente certo para um beneficiário do ProUni, parte de um grupo social historicamente desfavorecido. Não se pretende gastar muita tinta aqui para explicar a evidente relação entre empregabilidade e redução de desigualdades sociais⁶¹.

foi apresentado, no Executivo e no Congresso, como um Programa voltado para garantir o acesso efetivo desse grupo ao ensino superior. Não há, nesse caso, um compromisso forte com a redução de desigualdades, embora seja desejável que, no futuro, as desigualdades sociais do país reduzam e que, em alguma medida, o ProUni tenha contribuído para isso.

60 Isso porque, como já assinalado, renda é a métrica empregada para medir o nível de desigualdade social neste trabalho.

61 Arroyo mostra como políticas educacionais têm historicamente sido instigadas pelas diversas tentativas de reduzir desigualdades sociais. O elo entre políticas educacionais e a correção de desigualdades sociais é, justamente, a questão da empregabilidade. É por essa razão que se observa uma tendência à “profissionalização” dos cursos de educação

Assumiremos que, mantidas iguais todas as demais variáveis, quanto mais fácil for para todos os brasileiros conseguir um emprego bem-remunerado, menor será a desigualdade social no país.

Em termos práticos, ao fazer a associação entre empregabilidade e redução de desigualdades, o STF alterou o desenho institucional do ProUni. Como vimos, o Programa foi estruturado como uma política social focalizada de ação reparatória. Entretanto, ao incorporar a variável “redução de desigualdades” e, consequentemente, “empregabilidade” entre os objetivos a serem alcançados pelo ProUni, o STF transformou o Programa em uma política social de focalização como condicionalidade. Ou seja, para o STF, o ProUni consiste em uma ação focalizada do Estado para atingir a solução de um problema previamente especificado: a redução de desigualdades. Em políticas sociais dessa natureza, a focalização serve como “um aumento de eficiência local, isto é, eficiência na solução desse problema específico: para obter A, é melhor gastar em X ou em Z?”⁶².

Nota-se que, embora não deva ser um objetivo ignorado pelo ProUni após a decisão do STF, o acesso por si só do estudante desfavorecido ao ensino superior não é, aqui, o fim último da política (não basta tornar efetivo aos desfavorecidos o direito formalmente igual à educação). O objetivo da política, passa, em última análise, a ser a redução de desigualdades, e as variáveis com que o ProUni trabalha para obter essa redução devem ser reexaminadas à luz desse “novo” objetivo.

2. Avaliação da compatibilidade da implementação do prouni com seu objetivo

Deixamos o capítulo anterior com um recorte metodológico claro. Não nos propomos a avaliar, com algum critério de justiça preestabelecido, como deve ser o ProUni. Não tomamos a liberdade de fazer um juízo de valor sobre qual fim deve a política promover. Aqui a questão é outra: diante de um objetivo normativo estabelecido pelo Poder Público (no nosso caso, o STF, que, por ora⁶³,

superior, cada vez mais preocupados em oferecer ferramentas de trabalho a seus alunos, para garantir empregabilidade. Cf. ARROYO, 2010 p. 1381-1416. Ver também, a respeito: SUBIRATS, 2010. p. 115.

62 Complementa a autora que “parte da solução do problema [aquele previamente especificado pela política social] depende de conhecimento mais denso sobre aspectos demográficos, sociológicos e territoriais da privação que se quer atender ou do direito que se quer implementar, além dos aspectos propriamente econômicos. A avaliação de políticas públicas já experimentadas de modo incremental é também parte importante da busca de soluções. E aqui, é evidente que a eficiência do gasto é crucial; dela depende a existência de recursos para serem gastos em outras áreas estratégicas”. KERSTENETZKY, 2006, p. 570.

63 A última palavra do STF é sempre provisória. Nesse sentido, Brandão explora a existência, na Constituição, de mecanismos de superação normativa de decisões constitucionais do STF, como, por exemplo, as emendas constitucionais. Nas palavras do autor, “a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais permitiu que fossem superadas decisões do STF que, embora fundadas em elementos técnicos e textuais, produziam efeitos práticos

deu a “última palavra” sobre o conteúdo da política), o ProUni está funcionando adequadamente? Ou seja, dados objetivos de sua fase de execução sugerem haver compatibilidade entre o Programa e seu objetivo?

A pergunta é, evidentemente, muito abrangente. Para respondê-la, precisaremos injetar uma dose considerável de discricionariedade analítica. Na introdução deste trabalho, já sugerimos que parece haver uma série de mercados de trabalho em que há déficit de mão de obra. Tudo indica que, neles, as chances de empregabilidade são maiores do que nos demais. Isso porque neles a demanda parece ser significativamente maior do que a oferta (de mão de obra). Nessa linha de raciocínio, faria sentido direcionar os beneficiários do ProUni a esses mercados de trabalho em que a mão de obra é deficitária? Essa seria a melhor forma de gastar com o ProUni para conseguir aumentar a empregabilidade de seus beneficiários e, conseqüentemente, reduzir desigualdades sociais?

Lembremos que, diante da decisão do STF, o ProUni parece ter passado a ser uma política social de focalização como condicionalidade. Lembremos também que, como esclarece Kerstenetzky, o dilema típico de formuladores de políticas sociais desse tipo é: “para obter A, é melhor gastar em X ou em Z”⁶⁴? O cobertor da política social é curto. Neste trabalho, argumentou-se até agora que “A” equivale a “redução de desigualdades sociais via incremento de empregabilidade”. Já “X” equivaleria à atual distribuição de bolsas do ProUni, que parece não priorizar cursos em que há déficit de mão de obra (confirmaremos isso no tópico 2.2. abaixo). Por fim, “Z” consistiria em uma distribuição de bolsas do ProUni que priorizasse esses cursos deficitários, ou, “estratégicos”⁶⁵.

muito ruins” (BRANDÃO, 2012, p. 299). Ademais, como bem nota o autor, “o fato de o STF se julgar competente para declarar inconstitucionais emendas constitucionais à luz dos limites ao poder de reforma não consiste em prova irrefutável de que há supremacia judicial no Brasil. A uma, pois o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade do STF não atinge o Legislativo, de modo que não há óbice a que aprove emenda constitucional idêntica à declarada inconstitucional. A duas, porque o STF tem atuado com cautela nesse particular, o que, aliás, é natural, pois sendo a declaração de inconstitucionalidade de emenda mais grave do que a invalidação de lei, os citados limites institucionais à discricionariedade judicial falam mais alto nesta seara. A três, pois as cláusulas pétreas devem ser interpretadas sob uma perspectiva de neutralidade política, na qual o STF deve se limitar a proteger as precondições da democracia do alcance do poder constituinte derivado, conferindo ao último um amplo espectro de atuação” (BRANDÃO, *Op. cit.* p. 326).

64 KERSTENETZKY, 2006, p. 570.

65 Entendemos que são apenas essas as variáveis (as que chamamos acima de “X” e “Y”) que devem ser sopesadas para examinar qual é a melhor forma de gastar com o ProUni para reduzir desigualdades da forma mais eficiente. Não há dúvida, de fato, sobre se a focalização em um grupo de beneficiários desfavorecidos é a maneira mais eficiente de reduzir desigualdades sociais. Afinal, os mais pobres, castigados pela dificuldade de chegar ao ensino superior, tiveram sempre muita dificuldade para melhorar de vida no Brasil. Diversos dados elencados acima mostram como é precário o acesso ao ensino superior de grupos de renda mais baixa. Além deles, é também importante ter em mente que, no Brasil, pobres encontram mais dificuldades para se empregarem. De acordo com o estudo “A Desigualdade no Desemprego no Brasil Metropolitano”, publicado pelo IPEA em 2011, dentre os 10%

Diante disso, cumpre, agora, delimitar o conceito de cursos “estratégicos” para fins deste trabalho, o que passa a ser feita abaixo.

2.1. Os cursos “estratégicos”

Imaginemos um formulador de política pública na área de educação superior que recebe a seguinte ordem: “você tem recursos escassos no valor de X para investir em educação superior da melhor forma, pensando no desenvolvimento do país”. Diante dessa informação — que deve ser corriqueira, tendo em vista o nível de desenvolvimento brasileiro — como deveria agir o tal formulador de políticas públicas? Posto de forma mais abrangente, será que há “cursos estratégicos” que o Estado deve priorizar (e efetivamente prioriza)?

Gostaríamos de pensar que sim. Afinal, é mais do que verdade que há mercados de trabalho em que existe mais oferta de empregos do que demanda e a razão parece residir no (baixo) ritmo com que o Brasil vem formando profissionais capazes de atuar nesses mercados⁶⁶. Mas a pergunta não tem resposta clara. Fizemos inúmeras pesquisas no site do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), do MEC, do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) e da Secretaria de Assuntos Estratégicos em busca de relatórios (ou análogos) abrangentes que diagnosticassem os mercados de trabalho efetivamente deficitários e, a partir disso, indicassem quais as prioridades de investimento em educação superior no Brasil com base em critérios de priorização pré-definidos, refletidos e empiricamente fundamentados, porém não encontramos o que procurávamos. Encontramos, entretanto,, como anteriormente dito, estudos de autoria da iniciativa privada e também de alguns órgãos do governo que mapeiam os mercados de trabalho brasileiros em que há falta de mão de obra⁶⁷.

de trabalhadores brasileiros com menor rendimento, a elevação da taxa de desemprego foi de 44,2% (de 23,1% a 33,3%) entre 2005 e 2010, e no segundo decil (trabalhadores na faixa entre 10%-20% de menor renda), a taxa de desemprego aumentou apenas 2,6% nesse período. O estudo do IPEA não só revela que a taxa de desemprego dos trabalhadores brasileiros mais pobres aumentou, mas também que, para os demais integrantes da pirâmide social brasileira, a taxa de desemprego aumentou. Como se pode ver, para os 10% com maior renda no Brasil, a taxa de desemprego diminuiu 57,1%. Ou seja, quanto maior for o poder aquisitivo de um brasileiro, maiores são suas chances de conseguir um emprego. Inversamente, quanto mais pobre seja um cidadão, menores são suas chances de se empregar. Esses números nos dizem que pobres têm muitas chances de serem desempregados e, quando estão empregados, ganham menos do que os mais ricos (o que, inclusive, os perpetua como integrantes da faixa mais desfavorecida da população). Ver: IPEA, 2011. p. 5.

66 É o que sugerem algumas reportagens comentando pesquisas de mercado já citadas na introdução e ao longo deste trabalho. Para uma abordagem mais técnica dos mercados em que há, atualmente, déficit de mão de obra, ver: NASCIMENTO, MACIENTE e ASSIS, 2014, p. 32.

67 A consultoria Manpower Group, por exemplo, chegou a concluir no final de 2012 que, a cada ano no Brasil, mais de 20 mil vagas de trabalho no setor de engenharia ficam em aberto porque não se formaram profissionais em número suficiente para ocupá-las, o que explica a criação de cursos de engenharia voltados para áreas cada vez mais delimitadas (é o caso

Nem todo mercado de trabalho em que há déficit de mão de obra necessariamente merece prioritariamente investimento. Há, sem dúvida, alguns mercados, dentre os que têm déficit de mão de obra, que devem receber prioridade. Afinal, o governo vem investindo pesadamente em políticas públicas focalizadas em alguns cursos de ensino superior. O Programa Mais Médicos (Lei 12.871/13)⁶⁸, do governo Rousseff, baseia-se na premissa de que há uma situação emergencial no país consistente na falta de médicos para suprir a população de maneira adequada. Com efeito, de acordo com as informações do site do referido programa:

Com a convocação de médicos para atuar na atenção básica de periferias de grandes cidades e municípios do interior do país, o Governo Federal garantirá mais médicos para o Brasil e mais saúde para você. **As vagas serão oferecidas prioritariamente a médicos brasileiros**, interessados em atuar nas regiões onde faltam profissionais. **No caso do não preenchimento de todas as vagas, o Brasil aceitará candidaturas de estrangeiros, com a intenção de resolver esse problema, que é emergencial para o país.** Os municípios não podem esperar seis, sete ou oito anos para que recebam médicos para atender a população brasileira. **Hoje, o Brasil possui 1,8 médicos por mil habitantes. Esse índice é menor do que em outros países**, como a Argentina (3,2), Uruguai (3,7), Portugal (3,9) e Espanha (4). Além da carência dos profissionais, o Brasil sofre com uma distribuição desigual de médicos nas regiões — 22 estados possuem número de médicos abaixo da média nacional.⁶⁹

O estudo em que se baseou o diagnóstico de que há carência de médicos no país é o “Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde”, elaborado pelo Tribunal de Contas da União⁷⁰. Assim, no caso da saúde, a ação focalizada do Estado por meio do Programa Mais Médicos encontra-se, por exemplo, res-

de Engenharia de Petróleo & Gás, por exemplo). Outra área apontada pela pesquisa como carente de mão de obra qualificada é a de tecnologia da informação. Ver, a respeito, MAN-POWER, 2014.

68 Mais conhecido como “Programa Mais Cubanos”, em razão da controversa contratação de médicos oriundos de Cuba para suprir a falta mão de obra no setor no Brasil. Para um panorama da controvérsia, ver: Estadão. *Programa “Mais Cubanos”*. <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,programa-mais-cubanos-imp-,1117290>. Acesso em: 10/11/2014.

69 Trecho extraído de: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos/mais-sobre-mais-medicos/5953-como-funciona-o-programa>. Acesso em: 10/11/2014.

70 TCU, 2014.

paldada em estudos empíricos, que mostram com clareza a profundidade do déficit de mão de obra no mercado de trabalho dos médicos brasileiros. Mas esse estudo é exceção, como a própria introdução do documento esclarece:

Por determinação da Presidência do Tribunal de Contas da União, acolhendo sugestão do Ministro Raimundo Carreiro efetuada na Sessão Plenária de 24/04/2013, iniciou-se a elaboração de relatórios sistêmicos e temáticos sobre funções de governo específicas, visando aprimorar o controle externo exercido pelo TCU e subsidiar os trabalhos das Comissões do Congresso Nacional e de suas Casas Legislativas. Essa iniciativa reforça uma atuação do Tribunal cada vez mais focada em temas considerados relevantes, a qual decorre de um processo que vem sendo construído com sucesso pelas últimas gestões”. (grifado e sublinhado)

A leitura dos trechos reproduzidos acima permite concluir: (i) que o relatório é novidade; (ii) que o relatório é focado em um tema “considerado relevante”, que é a saúde⁷¹; (iii) que embora exista o desejo de institucionalizar a iniciativa, o estudo é, por enquanto, episódico (pelo menos aquele que versa sobre o setor de saúde especificamente). Nem os trechos acima, nem o resto do relatório nos ajudam a entender por que razão (além de pesquisas eleitorais, claro) a saúde entra na categoria relevante e outros setores não. Qual é o critério? Ou a escolha é discricionária, baseada na “impressão” que o Governo tem dos desejos da população, com base — talvez — em uma ou outra pesquisa de opinião e “abaixo-assinado”?

Só no contexto de um estudo abrangente do mercado de trabalho brasileiro elaborado com o intuito de definir prioridades de investimento em educação superior é que se poderá conceituar esse critério (ou conjunto de critérios) de modo adequado, sanando eventuais dúvidas. É ele que terá que dizer que X faz com que uma carreira seja considerada “prioritária”, mais necessitada do que outras de ação complementar do Estado (como é o caso da saúde, complementada pelo Programa Mais Médicos, por exemplo).

Outra ação de governo recente que também parece partir da premissa de que há mercados de trabalho considerados prioritários é o Programa Ciência Sem Fronteiras. De acordo com o art. 1º do Decreto 7.642/11, que instituiu o Programa, seu objetivo é:

71 Diversas pesquisas eleitorais afinal apontam a saúde como alvo prioritário de investimentos públicos. A título exemplificativo, ver: SARDINHA, 2014. Ver também: JORNAL NACIONAL, 2014. Ver também: CNI-IBOPE, 2014.

[...] propiciar a formação e capacitação de pessoas com elevada qualificação em universidades, instituições de educação profissional e tecnológica, e centros de pesquisa estrangeiros de excelência, **além de atrair** para o Brasil jovens talentos e pesquisadores estrangeiros de elevada qualificação, **em áreas de conhecimento definidas como prioritárias**. (grifado e sublinhado)

Estabelece, por sua vez, o art. 5º, III, c) do referido decreto que o site institucional do Programa Ciência Sem Fronteiras que compete ao Comitê de Acompanhamento e Assessoramento do Programa, vinculado ao MEC e ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação propor as áreas prioritárias do Programa, que são hoje: (i) Engenharias e demais áreas tecnológicas; (ii) Ciências Exatas e da Terra; (iii) Biologia, Ciências Biomédicas e da Saúde; (iv) Computação e Tecnologias da Informação; (v) Tecnologia Aeroespacial; (vi) Fármacos; (vii) Produção Agrícola Sustentável; (viii) Petróleo, Gás e Carvão Mineral; (ix) Energias Renováveis; (x) Tecnologia Mineral; (xi) Biotecnologia; (xii) Nanotecnologia e Novos Materiais; (xiii) Tecnologias de Prevenção e Mitigação de Desastres Naturais; (xiv) Biodiversidade e Bioprospecção; (xv) Ciências do Mar; (xvi) Indústria Criativa (voltada a produtos e processos para desenvolvimento tecnológico e inovação); (xvii) Novas Tecnologias de Engenharia Construtiva; (xviii) Formação de Tecnólogos.

As ciências sociais aplicadas (Direito, Economia, Administração, etc.) não são, atualmente, contempladas pelo Programa Ciência Sem Fronteiras. Tal situação é fruto de uma decisão discricionária do supramencionado Comitê. Entretanto, é curioso notar que o Programa Ciência Sem Fronteiras concentra-se justamente em áreas que, na introdução desta monografia, foram superficialmente identificadas — com base em pesquisas públicas e privadas divulgadas por reportagens — como aquelas em que falta mão de obra qualificada no Brasil⁷².

Com o intuito de tornar a pesquisa o mais completa possível, fizemos um pedido de acesso a informação no Sistema Eletrônico do Serviço de Informa-

72 Há outras iniciativas governamentais, mais recentes até do que o Programa Ciência Sem Fronteira e o Mais Médicos que também sinalizam, implicitamente, para a existência de uma priorização de cursos superiores com base em algum critério pré-estabelecido do que é um curso “estratégico” para o país. A Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE), por exemplo, anunciou que está, atualmente, estudando uma maneira de encorajar a imigração de pessoas que tenham alta especialização em nível técnico e também em curso superior, como instrumento para auxiliar no desenvolvimento da qualificação dos trabalhadores brasileiros. Quando concluírem esse estudo, espera-se que o produto ofertado pela SAE parta de uma seleção prévia de *quais formações* são prioritárias, i.e., estratégicas, ou que admita que o desenvolvimento econômico do país pode ser beneficiado com a importação de *qualquer mão de obra* qualificada (o que é improvável). A respeito do tema, ver: SAE, 2014.

ções ao Cidadão (e-SIC)⁷³. Em resposta ao pedido⁷⁴, o MTE foi, infelizmente, inconclusivo. Sugeriu a busca nos sites da Dieese, Sindicatos, FIESP, IBGE⁷⁵, que tampouco contêm os estudos que estamos procurando. Nenhum deles, afinal, seleciona “cursos estratégicos”, que mereçam prioridade de investimentos públicos, com base em critérios pré-estabelecidos.

Fundamentalmente, o problema de inexistir um estudo como esse⁷⁶ não é tanto não sabermos (nós e o Estado) quais carreiras de ensino superior desembocam em mercados de trabalho deficitários. Afinal, temos conhecimento, por pesquisas da iniciativa privada, de quais são esses mercados que estão demandando mão de obra qualificada “XYZ” (ciências biológicas, geologia, as engenharias de todos os tipos, medicina, etc.). A questão é mais que, na ausência de um estudo dessa natureza, não temos certeza de que mercados de trabalho efetivamente deficitários devemos priorizar. Como fazer escolhas políticas de investimento em educação dessa forma?

Com base em critérios públicos e pré-estabelecidos (hoje aparentemente inexistentes, mas muito necessários) para classificação de um curso como estratégico, poderíamos, por exemplo, descobrir que o Estado brasileiro está priorizando os cursos errados, em razão de pressão política pura e simples. Confiamos que nosso leitor concorde que isso é indesejável, principalmente por duas razões.

73 O Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC), criado em razão da entrada em vigor da Lei 12.527/11 (“Lei de Acesso à Informação”) possibilita que qualquer pessoa, física ou jurídica, encaminhe pedidos de acesso à informação, acompanhe o prazo e receba a resposta da solicitação realizada para órgãos e entidades do Executivo Federal. A pessoa pode também entrar com recursos e apresentar reclamações.

74 A íntegra do pedido direcionado ao Ministério do Trabalho e ao Ministério da Educação foi o seguinte: “Prezado, Pesquisei no site do Ministério do Trabalho para ver se encontrava estudos sobre profissões ou setores em que há déficit de mão de obra no Brasil, bem como profissões em que há mais brasileiros formados do que a demanda do mercado comporta (mercados de trabalho saturados). Não encontrei informações nesse sentido, mas gostaria de saber se elas existem (ou se existe algo próximo). O que encontrei de mais próximo foi um estudo encomendado ao IPEA intitulado “Mercado de Trabalho: Conjuntura e Análise”. Há outros que identifiquem as profissões em que a demanda por mão de obra supera a oferta? Acredito que tais estudos existem, pois devem ter norteado a decisão do Governo de implantar, por exemplo, o Programa Ciência Sem Fronteiras, ou a trazer médicos de Cuba ao Brasil, ou a trazer engenheiros do exterior ao Brasil. Qualquer ajuda seria bem-vinda, mas acredito que o governo dispõe de informações sobre esses cursos. Caso contrário, não seria possível fazer o diagnóstico de que falta mão de obra nessas áreas cobertas por programas como o Programa Ciência Sem Fronteiras ou o que financiou a vinda de médicos cubanos”.

75 A íntegra da resposta do MTE foi a seguinte: “Em atenção a sua mensagem, informamos que a direcionamos a Coordenação Geral de Estatísticas do Trabalho, que presta as seguintes orientações: Esclarecemos que este órgão só possui dados de admissão e desligamentos. Para chegar a conclusões como as desses programas são feitos estudos abrangentes. Sugerimos a busca nos seguintes: Dieese, Sindicatos, FIESP, IBGE. Caso deseje informações mais precisas deste órgão, favor especificar sua solicitação”.

76 Não existir ou realmente estar muito bem escondido nos arquivos públicos de algum ministério, ou em algum canto não identificado pelo Google e pelo senso comum de um navegador corriqueiro de *sites* institucionais públicos.

Em primeiro lugar, porque, como já assinalado, o cobertor de qualquer política social é curto — é sempre necessário que o gasto público seja feito da forma mais eficiente possível, como preceitua o art. 37, *caput* da Constituição Federal. Notamos acima que isso é especialmente verdade no caso de políticas sociais focalizadas com condicionalidade, como é o caso do ProUni diante da decisão do STF.

Em segundo lugar, porque a educação precisa ser cada vez mais tratada como política de Estado, não de governo, suscetível a pressões políticas e mudanças repentinas em seu planejamento e agenda⁷⁷. Historicamente, as pressões políticas e mudanças repentinas no planejamento da política de ensino superior comprometem a qualidade da educação no Brasil. Vimos, no primeiro Capítulo do trabalho, que o foco da ação governamental no ensino superior variou imensamente entre governos (da ditadura militar, passando pelo governo FHC, entrando no governo Lula, e hoje no governo Rousseff). Será que essas alterações constantes de planejamento não afetaram demais a qualidade da educação superior brasileira? Pelos índices indicados acima (*vide* o Capítulo I), parece que sim, embora a situação esteja indubitavelmente melhorando⁷⁸.

É preciso não só ampliar acesso e garantir a qualidade da educação superior brasileira, como também assegurar certa consistência da política pública voltada a aprimorá-la, respondendo a perguntas como: educação para que e para quem? E mais do que qualquer outra coisa, necessitamos priorizar investimentos, criando um conceito público, debatido e empiricamente fundamentado, do que são de fato os cursos estratégicos (podemos chamá-los de

77 É interessante notar que, ao elaborar sua proposta de Constituição em 1986 (“Muda Brasil: Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático”), Comparato fez esforço para incorporar a distinção entre “política de Estado” e “política de Governo” ao futuro texto constitucional. A ideia de Comparato era inserir “o planejamento na estrutura institucional do Estado brasileiro, ao criar órgãos autônomos de elaboração e fiscalização dos planos de desenvolvimento, tanto na União quanto nos Estados”. De acordo com Comparato, o propósito da criação desses órgãos autônomos seria “livrar a grande política do desenvolvimento das pequenas injunções da rivalidade pessoal ou partidária e criar condições para que o interesse geral prevaleça sobre os interesses particulares”. Comparato havia, portanto, diagnosticado a infeliz distinção prática entre políticas públicas motivadas em grande medida por interesses particulares (que podemos aqui incorporar ao conceito de “Políticas de Governo”), e aquelas motivadas pelo interesse geral, constitucionalmente sedimentado (seriam essas políticas muito próximas do que chamamos de “Políticas de Estado”). Ver: COMPARATO, 1988, p. 24.

78 Essas constatações parecem inclusive ter desembocado na ideia, do governo Rousseff (em grande parte devido à pressão política das Jornadas de Julho), de elaborar o novo Plano Nacional de Educação (PNE). O PNE foi aprovado em 25 de junho de 2014 como lei ordinária (Lei n. 13.005/14) — o que lhe reveste do caráter de “política de Estado”, como o PNE do governo FHC - após passar pelo Congresso Nacional. Dentre as 20 metas fixadas pelo Estado brasileiro até 2024, estão as seguintes: (i) Aumentar a taxa bruta de matrícula da educação superior para 50% da população entre 18 a 24 anos (“assegurando a qualidade”) e expandir as matrículas no setor público em pelo menos 40%; (ii) Elevar as matrículas na pós-graduação *stricto sensu* para atingir a titulação anual de 60 mil mestres e 25 mil doutores.

prioritários também) para o desenvolvimento inclusivo do Brasil. Na (aparente) ausência desse conceito, no presente trabalho optamos por selecionar cursos que consideramos estratégicos tendo presente os “sinais” que todos os supra-mencionados programas de ampliação e aperfeiçoamento do ensino superior parecem nos dar. De fato, como já referido, ao escolher priorizar a área da saúde com o Programa Mais Médicos, e as áreas de tecnologia, engenharia, biologia e criatividade com o Programa Ciência Sem Fronteiras, o Poder Público nos sinaliza (e pelo menos acreditamos ser razoável que de fato sinalize) quais são as áreas em que há déficit de mão de obra qualificada, com ensino superior.

2.2. A distribuição das bolsas do ProUni

Estabelecido o conceito de “cursos estratégicos” para fins deste trabalho, temos agora que verificar se é fato que, no momento, o ProUni não prioriza esses cursos ditos estratégicos.

2.2.1. Comparando a proporção de bolsas ofertadas para cursos estratégicos com a proporção oferecida para cursos não estratégicos

Para tanto, pesquisamos como vem funcionando a distribuição de bolsas do ProUni nos últimos anos. Embora, como dissemos, o ex-ministro da Educação tenha anunciado publicamente algumas informações sobre a distribuição das bolsas ProUni (esclarecendo inclusive que até hoje direito e administração são os cursos mais oferecidos pelo Programa), não encontramos uma base de dados completa sobre o tema na *internet*, mas apenas notícias que tocavam de forma superficial no assunto. Desse modo, recorreremos novamente ao e-SIC, que nos forneceu uma lista completa, porém muito confusa, de bolsas por curso ofertadas pelo Programa, a partir do SisProUni (banco de dados do ProUni).

A primeira impressão que tivemos ao analisar o documento foi de que a oferta de bolsas do ProUni é extremamente diversificada. De fato, as IES aderentes ao Programa ofertaram, ao longo de sua história (2005-2014), desde bolsas em cursos “tradicionais”, como direito, economia, administração, medicina, e as mais diversas engenharias, até cinco bolsas para o curso superior “Produtores e Músicos de Rock” em 2011, por exemplo. Há também oferecimento de bolsas no curso de “Tradutor e Intérprete”, “Papel e Celulose” e “Visagismo e Estética Capilar”. Todos esses cursos entram na conta das “bolsas ofertadas pelo ProUni” anunciada semestralmente pelo governo. Assim sendo, nos parece que qualquer conclusão baseada em dados de representatividade das bolsas de cada curso deva ser lida com certo tempero, pois o cálculo do universo de bolsas do programa envolve uma série de cursos atípicos que são ofertados, mas não necessariamente ocupados por beneficiários do Programa.

A segunda impressão é que o diagnóstico feito por Ragazzo em 2011 parece se aproximar bastante da realidade atual, conforme explicitado na Tabela 2 abaixo. Nessa tabela, selecionamos dois cursos considerados “não estratégicos”, por não estarem cobertos por qualquer dos supramencionados programas públicos “sinalizadores”: Direito e administração. Além disso, também selecionamos também alguns cursos considerados “estratégicos”, por estarem sendo diretamente priorizados por esses programas públicos “sinalizadores”: Engenharia, ciências biológicas, ciência da computação, medicina e geologia⁷⁹.

Tabela 3 — A distribuição das bolsas do ProUni por cursos estratégicos e não estratégicos

Curso de ensino superior	No. de bolsas ofertadas em 2012	No. de bolsas ofertadas em 2013	No. de bolsas ofertadas no primeiro semestre de 2014
Administração	34,721	29,695	21,281
Direito	18,612	17,834	13,794
Engenharia ⁸⁰	20,496 ⁸¹	22,650 ⁸²	19,837 ⁸³
Ciências biológicas ⁸⁴	5,555 ⁸⁵	5,040 ⁸⁶	1,921 ⁸⁷
Medicina	1,059	1,021	693
Geologia	32	33	37
Ciência da computação	2,326	2,201	1,737

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do SisProuni de 2012, 2013 e 2014.

79 Tão importante para a indústria de Petróleo & Gás brasileira, especialmente na nova era do Pré-Sal.

80 Os cursos classificados como “Engenharia” são todos aqueles indicados como “Engenharia de X, Y ou Z” na planilha do SisProuni que nos foi fornecida. Exatamente que cursos são esses varia de ano em ano, de acordo com a oferta das IES aderentes ao ProUni. Dessa forma, abrir-se-á nota de rodapé para esclarecer exatamente que cursos são esses por ano.

81 Em 2012, os cursos considerados como “engenharia” foram: (i) Engenharia; (ii) Engenharia Aeronáutica; (iii) Engenharia Aeronáutica e Espaço; (iv) Engenharia Agrícola; (v) Engenharia Agrícola e Ambiental; (vi) Engenharia Agrônômica; (vii) Engenharia Ambiental; (viii) Engenharia Ambiental e Energias Renováveis; (ix) Engenharia Ambiental e Sanitária; (x) Engenharia Automotiva; (xi) Engenharia Bioenergética; (xii) Engenharia Biomédica; (xiii) Engenharia Civil e Ambiental; (xiv) Engenharia Civil; (xv) Engenharia da Computação; (xvi) Engenharia de Alimentos; (xvii) Engenharia de Automoção e Controle; (xviii) Engenharia de Bioprocessos; (xix) Engenharia de Bioprocessos e Biotecnologia; (xx) Engenharia de Computação; (xxi) Engenharia de Controle e Automoção; (xxii) Engenharia de Energia; (xxiii) Engenharia de Materiais; (xxiv) Engenharia de Minas; ; (xxv) Engenharia de Petróleo; ; (xxvi) Engenharia de Petróleo; (xxvii) Engenharia de Produção; (xxviii) Engenharia de Produção Agroindustrial; (xxix) Engenharia de Petróleo e Gás; ; (xxx) Engenharia de Produção Agroindustrial; (xxxi) Engenharia de Produção e Qualidade; (xxxii) Engenharia de Produção Mecânica; (xxxiii) Engenharia de Segurança no Trabalho; (xxxiv) Engenharia de Software; (xxxv) Engenharia de Telecomunicações; (xxxvi) Engenharia Elétrica; (xxxvii) Engenharia Eletrônica; (xxxviii) Engenharia Eletrônica e de Telecomunicação; (xxxix) Engenharia em Nanotecnologia; (xxxx) Engenharia Florestal; (xxxxi) Engenharia Industrial Mecânica; (xxx-

A Tabela 3 pretende retratar o cenário recente de distribuição de bolsas do ProUni, razão pela qual escolhemos dados de 2012, 2013 e primeiro semestre de 2014. Ao ler a tabela (e suas respectivas notas de rodapé), concluímos que há importantes limitações metodológicas. Em primeiro lugar, percebemos que a categoria “Engenharia” é extremamente abrangente, englobando desde Engenharia Mecatrônica até Engenharia de Segurança no Trabalho. O recorte amplo, englobando todos os cursos denominados de “Engenharia”, é conservador: preferimos errar para mais, a que para menos⁸². Esse viés generoso, entretanto, talvez não nos faça escapar de algumas conclusões já antecipadas ao longo do trabalho. Ademais, alguns cursos de engenharia poderiam estar englobados no conceito de ciências biológicas, como “Engenharia Bioenergética” ou “Engenharia Biomédica”. Da mesma forma, “Engenharia de Software” não parece muito distante de Ciência da Computação.

Não há como resolver com segurança essa questão. Os dados do SisProuni fornecidos pelo e-SIC foram assim segmentados: é dessa forma que o Poder Público controla a distribuição de cursos do ProUni. Entretanto, é certo que já podemos, com alguma segurança (até porque protegidos pelo conservadorismo) deduzir algumas conclusões, mesmo que preliminares.

A primeira delas, que salta aos olhos, é que a oferta de bolsas do ProUni parece de fato estar bastante concentrada em Administração e Direito. Das 191,625 vagas ofertadas no primeiro semestre de 2014, por exemplo, 35,075 foram para esses cursos, o que representa ao redor de 18,3% do total de cur-

xii) Engenharia Mecânica; (xxxxiii) Engenharia Mecânica Automotiva; (xxxxiv) Engenharia Mecatrônica; (xxxxv) Engenharia Metalúrgica; e (xxxxv) Engenharia Química

82 Embora possa haver, no conjunto de engenharias, alguns cursos de baixa empregabilidade em termos relativos, isso não compromete as conclusões que seguem. Mesmo as engenharias de mais baixa empregabilidade estão sendo aqui incluídas no bolo de cursos “estratégicos”. Se separássemos as engenharias de baixa empregabilidade das demais, chegaríamos à conclusão de que o ProUni oferta cursos estratégicos em uma proporção ainda menor do que a que estamos dimensionando aqui. Assim, o diagnóstico de que o ProUni prioriza cursos não estratégicos ganharia mais força, e não menos.

83 Em 2013, os cursos considerados como “engenharia” foram os mesmos que 2013, com exceção de (i) Engenharia de Agrimensura; e (ii) Engenharia Cartográfica e de Agrimensura.

84 Em 2014, os cursos considerados como “engenharia” foram os mesmos que em 2013.

85 Os cursos classificados como “Ciências biológicas” são todos aqueles indicados na planilha do SisProuni como sendo ligados, pelo nome, à biologia, biotecnologia, bioenergia, etc. Esses cursos também variam de ano em ano. Assim, abrir-se-á nota de rodapé para esclarecer exatamente que cursos são esses por ano.

86 Em 2012, os cursos considerados como “ciências biológicas” foram os seguintes: (i) Bioenergia; (ii) Biologia; (iii) Biomedicina; (iv) Biotecnologia; (v) Biotecnologia industrial; (vi) Ciências biológicas; (vii) Ciências biológicas — modalidade médica.

87 Em 2013, os cursos considerados como “ciências biológicas” foram os seguintes: (i) Bioenergia; (ii) Biologia; (iii) Biomedicina; (iv) Biotecnologia; (v) Biotecnologia industrial; (vi) Ciências biológicas.

88 Em 2014, os cursos considerados como “ciências biológicas” foram os mesmos que 2013. Ver nota de rodapé n. 75, supra.

sos ofertados. Em 2013, a representatividade de Administração e Direito em relação ao total de vagas oferecidas foi, por sua vez, cerca de 18,33%, número muito parecido ao do primeiro semestre de 2014. Já em 2012, esse número foi aproximadamente 18,73%.

Considerando as limitações metodológicas do agrupamento de dados feito na Tabela 2, acreditamos ser apressado chegar conclusões muito aprofundadas tomando isoladamente cada curso estratégico para análise. Acreditamos que seja mais proveitoso, neste momento, comparar a representatividade dos cursos “não estratégicos” com a dos cursos estratégicos⁸⁹. Em 2014, o conjunto de bolsas estratégicas da Tabela 2 representou aproximadamente 12,64%. Em 2013, esse número correspondeu a aproximadamente 12,02% e, em 2012, cerca de 10%.

Os dados trazidos acima parecem mostrar que há de fato um descompasso significativo entre a quantidade de bolsas ofertadas para os cursos de Administração e Direito (exemplos de cursos “não estratégicos”, dentre outros vários) e as que são ofertadas para diversos cursos estratégicos. Fomos conservadores com as contas feitas acima. Consideramos puramente Administração e Direito de um lado, e agrupamos uma série de cursos (vide todas as engenharias das notas de rodapé n. 69 e 70, *supra*) que formam o conjunto de cursos estratégicos da Tabela 2. Mesmo agrupando todos os conjuntos de cursos não estratégicos (cinco conjuntos de cursos), a representatividade deles em relação ao total de cursos ofertados pelo ProUni tem sido, pelo menos nos últimos três anos, menor do que a que corresponde à soma das bolsas ofertadas em Administração e Direito no mesmo período.

Dito isso, podemos concluir que há fortes indícios estatísticos de que hoje o ProUni está oferecendo maior número de vagas para cursos não estratégicos do que para cursos estratégicos. Cabe, no entanto, a seguinte pergunta: diante da proximidade, de 2012 até hoje, dos índices de representatividade das bolsas oferecidas para cursos estratégicos e “não estratégicos”⁹⁰, não seria razoável supor que a distribuição de bolsas já é de alguma forma regulada pelo governo? A dúvida é importante, e particularmente impacta o teor das conclusões do trabalho.

2.2.2. Como funciona atualmente a regulação da proporção de bolsas por curso do ProUni?

A já comentada Lei nº 11.096/05, que instituiu o ProUni, não define de modo específico como será feita a distribuição de bolsas por curso universitário. Não

89 Embora seja impossível reconhecer, pelo menos superficialmente, que a quantidade de bolsas abrangidas pelo amplo conceito de “Engenharia” adotado neste trabalho, é muito elevada em 2012, 2013 e 2014.

90 Como mostrado acima, estima-se que os cursos “não estratégicos” sempre correspondendo a algo em torno de 18% do total, enquanto cursos estratégicos correspondem em geral a 12% do total.

estipula, nem sequer faz alusão a um conceito análogo ao dos “cursos prioritários” do supramencionado decreto que instituiu o Programa Ciência Sem Fronteiras. O máximo que a lei fala em matéria de distribuição de bolsas é:

- Nos artigos 5º e 10º, que as instituições participantes do Prouni devem oferecer as bolsas do Programa em todos os seus cursos e turnos, observadas determinadas proporções matemáticas⁹¹; e
- No art. 7º, que as obrigações a serem cumpridas pelas IES deverão encontrar-se previstas no termo de adesão ao ProUni e, dentre as obrigações, devem constar necessariamente cláusulas que definam a proporção de bolsas de estudo oferecidas por curso, turno e unidade.

Ou seja, é o termo de adesão ao Programa que estabelece qual a proporção de bolsas de estudo oferecidas por curso. Mas essa definição é arbitrária? Como são definidas as bolsas que ofertarão para direito, quantas para administração e quantas para medicina, por exemplo? Diante da ausência de informações na lei e nos documentos públicos pertinentes sobre o ProUni, recorreremos novamente ao e-SIC⁹², direcionando o pedido ao MEC. Em resposta, fomos informados de que:

[...] o número de bolsas a serem ofertadas por curso e turno é calculado conforme estabelecido em portaria editada pelo Ministério da Educação a cada processo seletivo. Para conhecimento das regras, sugere-se a leitura da Portaria Normativa MEC n.º 11, de 23 de abril de 2014, em anexo, que dispôs sobre os procedimentos para a adesão das instituições ao processo seletivo do Prouni referente ao segundo semestre de 2014, estabelecendo em seu

91 Para instituições privadas de ensino superior com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficentes, a proporção é a seguinte: “Uma bolsa integral para o equivalente a 10,7 estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados, em cursos efetivamente instalados, ou uma bolsa integral para cada vinte e dois estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados em cursos efetivamente instalados, desde que ofereça, adicionalmente, quantidade de bolsas parciais de 50% ou de 25% na proporção necessária para que a soma dos benefícios concedidos atinja o equivalente a 8,5% da receita anual dos períodos letivos que já têm bolsistas do Prouni”. Já para instituições privadas de ensino superior beneficente de assistência social, a proporção é a seguinte: “Uma bolsa integral para o equivalente a nove estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados, em cursos efetivamente instalados”.

92 O pedido foi formulado da seguinte forma: “Gostaria que fosse oficialmente esclarecido como é feita a escolha da quantidade de bolsas que será oferecida por curso. Ou seja, quem escolhe, por exemplo, que a quantidade de bolsas no curso Direito, Pedagogia e Ciências Contábeis será maior do que as demais? São as IES ou é o MEC? Ainda, com base em que critérios é feita tal escolha? Eles não estão disponíveis ao público, mas são de interesse do cidadão”.

art. 12 a fórmula para cálculo do número de bolsas a serem ofertadas pelas instituições privadas de ensino superior participantes do Programa.

Fazendo uma análise detida da referida Portaria, nos deparamos com a redação do parágrafo 2º do art. 4º, *in verbis*: “A oferta de bolsas adicionais limita-se ao número de vagas autorizadas para cada curso e turno, subtraídas as correspondentes bolsas obrigatórias ofertadas”. O trecho “número de vagas autorizadas para cada curso” nos permite concluir que há um *cap* de que o ProUni ofertará semestralmente por cada curso.

Ademais, ao ler o art. 12, cuja consulta foi sugerida pelo MEC em resposta ao pedido de e-SIC, constatamos que se trata de compilação de fórmulas aritméticas dedicadas a apurar qual o número mínimo de bolsas por curso que cada IES deveria ofertar. Está longe das ambições deste trabalho compreender inteiramente as fórmulas matemáticas transcritas no art. 12. O que importa, para fins desta monografia e dos argumentos a serem desenvolvidos a seguir, é confirmar que existe algum tipo de regulação da distribuição de bolsas por curso ofertadas pela IES.

2.3. A incompatibilidade revelada?

Pelos nossos cálculos conservadores do tópico anterior, as bolsas ofertadas para Administração e Direito vêm correspondendo, nos últimos três anos, a entre 6% e 8% a mais do que o conjunto de bolsas voltadas para o que chamamos de “cursos estratégicos” (uma amostragem de cursos estratégicos selecionada para fins meramente ilustrativos, sem muito rigor metodológico, em razão da qualidade dos dados). E se abandonarmos a comparação com cursos de Administração e Direito, notamos que não só um punhado importante de cursos não estratégicos representa menos do que apenas dois cursos não estratégicos, mas também que em termos absolutos, a representatividade desse conjunto de cursos estratégicos se dá em relação ao total de bolsas ofertadas nos últimos três anos pelo Programa.

Sendo esse o caso, cumpre avaliar se a atual política de distribuição de bolsas do ProUni compromete a empregabilidade dos beneficiários, em última análise tornando o Programa incompatível com seu objetivo normativo definido pelo STF.

2.3.1. O impacto do ProUni sobre empregabilidade: levantando as evidências

Trata-se de tarefa difícil e ambiciosa, que não tem como se esgotar ao final deste trabalho. Podemos, no entanto, oferecer alguns subsídios. Em primeiro lugar, cabe perguntar: atualmente, com a distribuição de bolsas do Programa

em vigor, os alunos do ProUni estão todos, ou em grande parte, desempregados? Há alguns estudos que procuram responder a essa pergunta, e em geral lhe dão resposta negativa.

Amaral e Oliveira, por exemplo, concluíram em 2011 uma pesquisa empírica (questionários enviados a beneficiários do ProUni que terminaram a graduação) dedicada a testar a seguinte hipótese: transcorridos ao menos dois anos de conclusão do curso, esses beneficiários terão construído novas trajetórias profissionais e de vida. O que se procurava saber, com a pesquisa, é se o ProUni teve um impacto na qualidade de vida dos egressos. De acordo com as referidas autoras, “os dados iniciais, apesar das suas limitações, indicam que, como política pública, o ProUni tem demonstrado eficácia pela baixa taxa de evasão e que os egressos experimentaram novas trajetórias profissionais e pessoais” (AMARAL & OLIVEIRA, 2011, p. 861).

Dois anos antes da publicação da pesquisa de Amaral e Oliveira, o MEC encomendou uma pesquisa ao Ibope⁹³, que foi citada no supramencionado voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 3330. Nessa pesquisa, foram ouvidos 1.200 recém-formados beneficiários do ProUni em estados de todas as regiões do país. De acordo com os dados da pesquisa, 80% dos entrevistados informaram que estavam terminando seus cursos superiores e se encaminhariam em seguida a um emprego garantido. De acordo com estimativas do Ibope, esse índice correspondia a 56% antes de os estudantes entrarem no Programa. Ou seja, pela pesquisa do Ibope, o ProUni aumentou em 24% a empregabilidade de seus beneficiários. Interessa também notar que, segundo essa pesquisa, 68% dos entrevistados afirmaram que a renda de suas famílias aumentou desde a entrada na faculdade. Entretanto, desses 68%, a maioria, 40%, classificou o aumento de renda como “pequeno”. O restante, 28%, afirmou que a renda familiar aumentou “muito”.

Disso podemos concluir que, pelos dados do Ibope, o ProUni (i) impacta na empregabilidade de seus beneficiários (a aumenta em aproximadamente 24%); (ii) propicia aumento de renda familiar dos beneficiários; (iii) o aumento de renda não é, em geral, significativo (e sim “pequeno”, de acordo com os entrevistados). Amaral e Oliveira parecem ter chegado a uma conclusão semelhante. Não há, portanto, como dizer que o ProUni não esteja contribuindo para, em alguma medida, aumentar a renda de seus beneficiários. Parece então haver hoje, com a atual distribuição das bolsas do ProUni (que não prioriza cursos estratégicos), compatibilidade entre a fase de execução do Programa e seu objetivo normativo (i.e., reduzir desigualdades sociais por meio do aumento de

93 MEC, 2009.

renda de seus beneficiários)? Depende dos parâmetros que utilizaremos para mensurar essa “compatibilidade”.

2.3.2. A distinção entre honrar e promover: capturando maneiras específicas de aferir a “compatibilidade” de políticas públicas com o ordenamento jurídico

O pano de fundo da compatibilidade do ProUni com seu objetivo normativo é, como viemos delineando, o impacto que o Programa produz na empregabilidade de seus beneficiários. Mas ele não é muito útil se quisermos fixar “metas” para o Programa. Ou seja, não nos ajuda a definir se o impacto de 24% sobre a empregabilidade dos beneficiários do ProUni é o suficiente para considerar o Programa “compatível”. E 20%, é compatível ou incompatível? E 30%?

Não nos parece útil (ou até mesmo justificável) mensurar compatibilidade de uma forma completamente pré-determinada (fixando uma percentagem específica de impacto no índice de empregabilidade dos indivíduos, por exemplo). Aqui, compatibilidade é, em última análise, o grau de obediência de uma política pública a seu objetivo normativo. Se uma política pública obedecer a seu objetivo normativo, mas puder, com alterações, passar a obedecer mais esse objetivo, será mais compatível, e, portanto, mais desejável. Nesse contexto, para mensurarmos compatibilidade, precisamos concordar com a maneira específica com que a política pública, em fase de execução, deve cumprir o dever de fidelidade ao seu objetivo normativo, pois nem sempre há só uma⁹⁴.

Ao estudar a compatibilização de argumentos consequencialistas com o ordenamento jurídico, Arguelhes recorreu a trabalhos de Philip Pettit no campo da filosofia moral⁹⁵. Nos escritos de Pettit, a distinção entre honrar e promover evidencia duas formas diferentes de como reagir (ou responder) a valores. Para explicitar a diferença entre honrar e promover um valor, Pettit exemplifica:

Suppose I decide, in a moment of intellectualist enthusiasm, that what matters above all in human life is that people understand the history of their species and their universe. How ought I to respond to this perceived value? Is my primary responsibility to **honour** it in my own life, bearing witness to the importance of such understanding by devoting myself to it? Or is my primary responsibility rather to **promote** such understanding generally, say by spending most of my time on proselytizing and politics, giving only the hours I cannot better spend to the development of my understanding? **Is the proper response to the value one**

94 ARGUELHES, 2005. p. 9.

95 Arguelhes recorreu especificamente ao seguinte trabalho: PETTIT, 1993.

of promoting its general realization, honouring it in my own actions only when there is nothing better I can do to promote it?
(grifamos)

Para a abordagem consequencialista, a reação mais adequada a valores é buscar promovê-los, e não apenas honrá-los. Como bem notou Arguelhes, a distinção se aplica perfeitamente a decisões institucionais, e não apenas a reações individuais a valores⁹⁶. Neste trabalho, a decisão institucional relevante e em análise é aquela que culminou na atual regulação da distribuição de bolsas do ProUni, que pelos dados levantados acima, parece priorizar cursos não estratégicos e menosprezar cursos estratégicos. Afinal, a regulação legislativa e do MEC se limita a estabelecer *caps* no número de vagas oferecidas por curso.

Nem toda decisão promove normas em longo prazo e as preserva (i.e. honra) em curto prazo. Está aí o espaço para nossa conclusão: sabemos que o ProUni honra seu objetivo normativo (como dissemos, há pesquisas empíricas que confirmam que, tal como está, o ProUni de fato melhora a vida de seus beneficiários ao aumentar a empregabilidade), pois não há como dizer que, da maneira como vem funcionando o Programa, está ele desobedecendo, em curto prazo, tal objetivo⁹⁷. Ou seja, do ponto de vista de cada beneficiário do Programa, o Prouni facilita a obtenção de um diploma universitário, ao mesmo tempo em que melhora a qualidade de vida do beneficiário em algumas dimensões. Mas temos indícios suficientemente críveis de que o ProUni, tal como está, promove seu objetivo normativo de redução de desigualdades sociais no agregado?

2.3.3. Conclusões sobre a compatibilidade entre ProUni e seu objetivo normativo

Para responder afirmativamente à pergunta feita acima, teríamos que ter indícios de que as carreiras que podem ser acessadas por meio dos cursos Administração e Direito aumentam significativamente a renda dos alunos do ProUni. Como vimos acima, há evidências de que muitos (80%) dos beneficiários do ProUni saem empregados. Mas isso não é a mesma coisa que aumentar ren-

96 Arguelhes exemplifica da seguinte forma a distinção entre honrar e promover de Pettit: “Os mesmos problemas surgem na esfera das decisões institucionais — o que inclui as decisões judiciais, especialmente dos tribunais superiores. A Suprema Corte dos EUA, por exemplo, está imersa em uma forte tradição de valorização da liberdade de expressão. Não há dúvida de que as instituições judiciais dos EUA devem responder de alguma forma a esse valor. Mas a pergunta de Pettit permanece: devo procurar honrar a liberdade de expressão ou me esforçar para promovê-la, ainda que isso implique violá-la no curto prazo, em um julgamento específico?” (ARGUELHES, *Op. cit.* p. 10).

97 Como dissemos, há pesquisas empíricas que confirmam que, tal como está, o ProUni de fato melhora a vida de seus beneficiários ao aumentar empregabilidade.

dimentos (tanto que a maior parte dos entrevistados da pesquisa do Ibope de 2009 disse que o aumento de renda produzido pela empregabilidade foi “pequeno”). Assim sendo, precisamos determinar os ganhos trabalhistas de diferentes carreiras universitárias.

A questão foi avaliada recentemente pelo atual ministro interino da SAE e Presidente do IPEA, Marcelo Néri, que reconheceu que a preocupação de como o mercado valora diferentes profissões é também fundamental para o desenho de políticas públicas educacionais, e citou como exemplo o próprio ProUni⁹⁸. Com base em microdados do Censo Demográfico de 2010, Néri examinou o impacto de diferentes cursos de educação superior no desempenho trabalhista observado posteriormente em pessoas com as mesmas condições iniciais de renda, gênero, estado e tamanho de cidade. Em seguida, organizou os resultados na forma de *ranking*, mostrando quais cursos superiores ofereciam o melhor retorno pessoal com base em quatro critérios: (i) salário; (ii) jornada; (iii) ocupação; (iv) cobertura previdenciária. Abaixo estão os resultados desse *ranking*.

		Salário		Jornada		Ocupação		Cobertura Previ	
		R\$ mensais	Rank	Hr Sem	Rank	Taxa (%)	Rank	Taxa (%)	Rank
1	MEDICINA	6940,12	1	42,03	45	91,81	1	90,72	10
2	ODONTOLOGIA	4238,65	8	37,46	12	89,96	3	78,63	43
3	ENGENHARIA CIVIL	4604,41	3	41,74	43	90,11	2	87,96	28
4	ENGENHARIA MECANICA E METALURGICA	4258,69	7	40,96	32	89,17	5	90,53	11
5	SERVIÇOS DE TRANSPORTES	4460,89	5	41,91	44	89,14	6	91,47	6
6	ESTATÍSTICA	5416,10	2	39,05	20	81,82	31	89,70	16
7	ENGENHARIA ELÉTRICA E AUTOMAÇÃO	3734,10	15	41,73	42	88,07	7	90,92	8
8	ENGENHARIA (OUTROS)	4168,05	10	41,01	34	85,74	14	89,48	19
9	SETOR MILITAR E DE DEFESA	4433,67	6	42,46	47	83,63	20	97,15	1
10	COMPUTAÇÃO	2886,57	28	40,73	30	89,61	4	90,50	12
11	ENGENHARIA QUIMICA	4549,12	4	41,53	40	83,39	22	91,07	7
12	ARQUITETURA E URBANISMO	4206,01	9	39,78	24	86,84	9	74,31	47
13	SERVIÇOS DE SEGURANÇA	2785,47	32	41,41	38	87,23	8	94,57	2
14	DIREITO	4104,84	11	38,94	18	83,28	25	79,71	42
15	FARMÁCIA	2964,38	26	40,88	31	85,53	16	92,54	4

Fonte: IPEA/CPS, 2010

Em seguida, Néri elaborou *ranking* semelhante, mas que conferiu peso 2 (em dobro) a salário e computava negativamente uma alta jornada de trabalho

98 Nas palavras de Néri, “É fundamental saber como o mercado valora diferentes profissões, tanto na escolha privada de carreira como na decisão pública de conceder financiamento — no Programa de Financiamento Estudantil (Fies), no Programa Universidade para Todos (Prouni), ou, ainda, na abertura de faculdades. Mesmo ao gestor de políticas, o retorno privado é o componente mais fundamental do retorno social” (NÉRI, 2014. p. 7).

(dizendo que “afinal, nem todos são *workaholics*, ou pelo menos gostam disso”). Abaixo estão os resultados a que chegou com base nessa metodologia.

		Salário *		Jornada		Ocupação		Cobertura	
		R\$	Rank	Hr	Rank	Taxa (%)	Rank	Taxa (%)	Rank
1	MEDICINA	8459,45	1	41,94	41	97,07	1	93,38	5
2	ODONTOLOGIA	5367,31	7	38,24	14	96,22	2	83,23	43
3	SERVIÇOS DE TRANSPORTES	6052,56	3	38,90	17	93,56	14	93,25	6
4	ENGENHARIA CIVIL	5768,19	5	42,12	44	95,72	3	90,68	28
5	SETOR MILITAR E DE DEFESA	7695,84	2	41,91	39	90,63	44	97,13	1
6	ENGENHARIA MECANICA E METALURGICA	5500,30	6	42,89	48	94,36	6	92,93	8
7	ENGENHARIA (OUTROS)	5242,91	8	40,74	29	93,11	19	92,11	14
8	ENGENHARIA QUIMICA	5815,28	4	41,91	40	92,58	31	92,57	10
9	MATEMÁTICA	2811,40	40	38,00	12	94,39	5	93,15	7
10	ESTATÍSTICA	4780,29	10	40,43	26	93,08	21	92,57	11
11	EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO DE PROFESSORES	2420,73	46	36,36	4	94,13	8	92,32	13
12	ENGENHARIA ELÉTRICA E AUTOMAÇÃO	4835,37	9	41,47	35	93,37	17	92,69	9
13	FARMÁCIA	4067,68	17	42,65	47	94,30	7	93,72	4
14	LETRAS, LINGUAS E CULTURAS	2654,21	44	37,08	6	93,66	12	92,02	15
15	ARQUITETURA E URBANISMO	4744,30	11	40,36	25	94,69	4	78,12	47

Fonte: IPEA/CPS, 2010

Para o leitor atento, será impossível não notar que, coincidentemente (i) em nenhuma dessas tabelas reproduzidas acima administração e direito ocupam os primeiros lugares — na primeira delas, direito ocupa o 14º, e administração sequer aparece entre os 15º primeiros; na segunda, nem direito nem administração aparecem entre os primeiros 15; (ii) nas duas tabelas, muitos dos cursos que foram considerados “estratégicos” ou “prioritários” ao longo deste trabalho encontram-se presentes em ambas as tabelas: (a) medicina; (b) engenharia; (c) ciência da computação, etc.

Temos, portanto, a seguinte situação: o ProUni impacta positivamente no índice de empregabilidade dos alunos, mas não os direciona às carreiras mais valoradas no mercado de trabalho, que, em grande medida, coincidem com o que chamamos ao longo deste estudo de carreiras acessadas por cursos considerados estratégicos. É claro que a transformação social ocasionada pelo simples fato de que agora 80% dos jovens beneficiários do ProUni, e não 56%, estão conseguindo emprego, é indubitável. Mas, tendo indícios de que (i) o país precisa de mão de obra qualificada em áreas em que o ProUni não está focando a distribuição de bolsas (os cursos estratégicos); (ii) os cursos estratégicos têm, em sua maioria, potencial para realmente provocarem uma mudança no padrão de vida dos beneficiários do ProUni⁹⁹, não poderíamos construir um

99 Este argumento ganha ainda mais força se considerarmos que a maior parte dos jovens respondeu ao Ibope em 2009 (i.e., com a atual distribuição de bolsas por curso) que o aumento de renda era “pequeno”, pois se uma pessoa desfavorecida avaliou como “pequeno”

argumento consequencialista convincente no sentido de que, atualmente, o Programa não promove seu objetivo normativo, tal como definido pelo STF?

De acordo com a definição de Arguelhes, um argumento jurídico consequencialista é aquele que “fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão”¹⁰⁰. Diante do quadro traçado, este trabalho gostaria de concluir sua avaliação dos possíveis efeitos da decisão culminou na atual regulação da distribuição de bolsas do ProUni. Será que, em longo prazo, o ProUni será capaz mesmo de reduzir desigualdades sociais se grande parte das bolsas que oferta direciona os beneficiários — que, infelizmente, por pertencerem a uma camada mais humilde da população, esbarram nas “barreiras” mencionadas por Pochmann¹⁰¹ — a carreiras em que o retorno pessoal não é tão alto? Será que o ProUni não efetivamente promoveria (e não apenas honrará) seu objetivo normativo se passasse a regular a diversidade de bolsas e exigir que haja mais concentração de oferta em cursos estratégicos? Os dados objetivos reproduzidos acima podem ser lidos de forma a concluirmos que não.

Este argumento jurídico consequencialista não se baseia tanto em precaução, i.e., na tentativa de impedir algum possível efeito negativo advindo de uma decisão institucional. De fato, não se pretende aqui justificar nossa sugestão de regular a distribuição de cursos ofertados pelo ProUni com base em algum possível efeito propriamente negativo associado à situação atual do Programa. O foco aqui está mais em aperfeiçoar a ação do Estado, tendo como parâmetro um objetivo oficialmente reconhecido do Programa, e insistimos delimitado em última análise pelo STF.

Verificamos que o ProUni pode gastar seus recursos — de novo, aqui referidos de forma abrangente, englobando também esforços para redefinir a dis-

o aumento de renda, sendo que sua utilidade marginal é muito maior com o aumento do que uma pessoa mais endinheirada, “pequeno” deve realmente ser um aumento de renda ínfimo.

100 ARGUELHES, *Op. cit.* p. 5.

101 Em 2009, Márcio Pochmann, então Presidente do IPEA, disse, em entrevista ao Globo ao divulgar uma pesquisa análoga à supracitada de 2011, que a razão dessa patente desigualdade (pobres enfrentando mais dificuldades para se empregar do que os demais) se deve a “barreiras do ponto de vista da inserção no mercado”, dentre as quais está o preconceito. Isso faz com que, mesmo quando o pobre estuda, suas chances de se empregar são ainda mais baixas do que as dos ricos com a mesma formação. O preconceito, funil para a ascensão social, se manifesta de diversas formas. Exemplifica Pochmann que, em processos seletivos feitos pelo setor privado, “Não perguntam se a pessoa sabe inglês, mas sim quem visitou Nova Iorque ou Londres no último ano, ou onde a pessoa mora. É uma série de questões muito próxima do preconceito”. Além disso, a rede social do candidato a uma vaga de emprego no setor privado também influencia na contratação: “As empresas têm uma lista de pessoas interessadas em trabalhar. Quem forma a lista é quem já trabalha, que na maior parte das vezes, não são os pobres. Vai-se criando essa rede de relações sociais”, disse Pochmann (MARTELLO, 2009). Esses argumentos foram tratados com maior rigor em publicações acadêmicas de Pochmann, como, por exemplo: POCHMANN, 2005. p. 39-43; POCHMANN, 2010, p. 127.

tribuição de bolsas do Programa — de uma maneira mais eficiente para reduzir desigualdades sociais via incremento de empregabilidade para garantir a ascensão social da maior parcela possível de seus beneficiários. Ao regular a distribuição de bolsas por curso, direcionando-as a cursos estratégicos, pode vir a promover mais adequadamente seu objetivo normativo, pois garantirá a seus beneficiários espaço em carreiras (i) melhor remuneradas do que Administração e Direito; (ii) em que há déficit de mão de obra, e, portanto, maior procura.

Conclusão

Este trabalho fluiu com base na seguinte premissa: é necessário levar a sério a decisão do STF sobre a constitucionalidade do ProUni. Sendo assim, o tom que o trabalho desenvolveu se pautou por uma fidelidade até mesmo cega à conclusão que o STF chegou sobre o objetivo que o ProUni deve promover. Não optamos, acima, por problematizar o objetivo normativo do ProUni atribuído pelo STF e sim por realizar um exame de adequação (ou compatibilidade) entre esse objetivo e o Programa, em fase de execução.

Argumentamos, em um primeiro momento, que o STF afunilou o objetivo conferido ao Programa pelo Poder Executivo, que era universalizar o acesso ao ensino superior, atribuindo-lhe um objetivo muito mais específico, i.e., o de reduzir desigualdades sociais. Ao fazer isso, o STF forçou, sem notar, uma associação entre, de um lado, redução de desigualdades e, de outro, empregabilidade e ascensão social (que pressupõe um incremento significativo de renda). Essa associação foi inclusive reconhecida explicitamente por Joaquim Barbosa em seu voto-vista, em que o ministro qualifica o ProUni como “importante fator reinserção social”, que estava cumprindo seu dever, entre outras razões, por garantir emprego a 80% de seus beneficiários segundo pesquisa do IBOPE. Entretanto, sustentamos que mesmo os ministros que não fizeram essa associação explícita acabaram por incorporar ao Programa um compromisso (antes existente) com garantia da empregabilidade e significativo aumento de renda de seus beneficiários, até porque, em termos práticos, não há como promover a redução de desigualdades de um país sem garantir empregos bem-remunerados aos mais pobres.

Em um segundo momento, após realizarmos um exame de compatibilidade entre o ProUni e seu objetivo (aquele atribuído em última análise pelo STF) chegamos à seguinte conclusão: o ProUni atualmente honra — no jargão consequencialista proposto por Pettit e revisitado por Arguelhes — seu objetivo, pois garante certa empregabilidade. Entretanto, também vimos que, em longo prazo e no agregado, há indícios de que a ambição de promover (também no jargão consequencialista) o objetivo de redução de desigualdades sociais está comprometida, em razão da atual distribuição de bolsas do Programa, que não

prioriza o que chamamos de “cursos estratégicos”. De fato, dados objetivos revelam que cursos estratégicos em geral pagam mais do que Administração e Direito, os dois cursos atualmente preferidos pelo ProUni em termos de distribuição de bolsas. Mas não só isso. Por serem estratégicos, esses cursos desembocam em mercados de trabalho em que reconhecidamente há déficit de mão de obra. Logo, as barreiras sociais que pobres enfrentam para se empregarem — aquelas descritas por Pochmann — podem pesar menos. Ou seja, há algumas evidências de que o potencial de empregabilidade que possuem cursos estratégicos pode ser maior do que o potencial de empregabilidade de cursos não estratégicos. Isso, por si só, nos basta para concluir — dentro de estrutura deste trabalho — que os órgãos governamentais responsáveis pela execução do ProUni deveriam, se quiserem levar a sério a decisão do STF na ADI 3330, estudar a possibilidade de ampliar a oferta de bolsas para cursos estratégicos.

A seguinte dúvida fica: será que o ProUni é a política pública adequada para realizar essa empreitada? Será que faz sentido atribuir a uma política pública com as características do ProUni — íntima relação com a iniciativa privada, envergadura nacional, etc. — a tarefa de garantir a empregabilidade de todos (ou, pelo menos, praticamente todos) seus beneficiários? Essas perguntas merecem endereçamento futuro. Por enquanto, sabemos que o ProUni, que vem oferecendo um número considerável de bolsas a estudantes brasileiros desfavorecidos, cumpre uma importantíssima tarefa: garante a entrada desses estudantes em cursos superiores. Sem o ProUni, o acesso a esses cursos superiores seria praticamente impossível. Em razão disso, no momento, a execução do Programa parece sugerir que um objetivo como o de “corrigir uma desigualdade de oportunidade de acesso ao ensino superior”, típico de uma ação reparatória do Estado, seja mais compatível com a sua estrutura. E ele é possivelmente tão importante quanto à redução de desigualdades. É de fato impossível deixar de reconhecer o mérito do Programa, que, pelos números arrolados na Tabela 2, *supra*, tem a capacidade de permitir que mais de 200 mil estudantes pobres consigam acessar o ensino superior, o que antes do aparecimento do Programa parecia ser uma vitória que demoraria muito mais para se concretizar no Brasil.

Se efetivamente acatado, o direcionamento de bolsas a cursos estratégicos claramente repercutiria significativamente nas contas de uma IES aderente ao Programa, e poderia inclusive culminar numa redução global das bolsas ofertadas, pois um aluno de engenharia e medicina, por exemplo, evidentemente custa mais que um aluno de direito ou administração. Logo, a escolha entre o objetivo normativo atribuído ao ProUni pelo Executivo (correção de uma desigualdade de oportunidade de acesso ao ensino superior) e aquele atribuído

pelo STF (redução de desigualdades sociais) se traduz, em última análise, em um *trade-off* entre:

- (i) a concessão de um maior número de bolsas e, consequentemente, maior alcance social e capacidade de funcionar adequadamente como ação reparatória voltada para a correção de uma desigualdade de oportunidade. Nesse caso, a atual distribuição de bolsas sugere que, no entanto, o Programa será dotado de menor potencial de empregabilidade no agregado; e
- (ii) a concessão de um menor número de bolsas e, portanto, menor alcance social e capacidade de funcionar adequadamente como ação reparatória voltada para a correção de uma desigualdade de oportunidade. Nesse caso, um direcionamento de bolsas a cursos estratégicos parece sugerir que o Programa será dotado de maior potencial de empregabilidade no agregado.

Isso nos faz pensar que, como o ProUni foi estruturalmente concebido pelo Poder Executivo justamente como ação reparatória voltada para a correção da desigualdade de oportunidade de acesso ao ensino superior, talvez o custo de oportunidade de alterar a estratégia e organização do ProUni para que passe a efetivamente promover o objetivo de redução de desigualdades seja proibitivo. Essa suposição — cuja formulação só se faz possível por meio deste trabalho — precisa ser explorada futuramente. Por ora, nos sobra apenas notar, como já fazem muitos¹⁰², como pode ser problemática a participação do Judiciário na formulação de políticas públicas complexas.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Sergio Campos de. **O avanço da privatização na educação brasileira: o ProUni como uma nova estratégia para a transferência de recursos públicos para o setor privado**, Niterói: Dissertação (Mestrado em Educação) — Universidade Federal Fluminense, 2006.

¹⁰² Para uma crítica semelhante à atuação do STF no contexto das políticas públicas de saúde no Brasil, ver: PORTUGAL GOUVÊA, 2013. Arguelhes e Leal também catalogam uma série de estudos que recorrem acriticamente ao argumento das “capacidades institucionais” tecido por Sunstein e Vermuele para criticar escolhas do Poder Judiciário em casos envolvendo questões jurídicas, políticas, sociais e econômicas de alta complexidade. Ver ARGUELHES & LEAL, 2011.

AMARAL, D.P.; OLIVEIRA, Fatima Bayma de. **O ProUni e a conclusão do ensino superior: questões introdutórias sobre os egressos do programa na zona oeste do Rio de Janeiro**, São Paulo: Fundação Cesgranrio, v. 19, 2011.

_____. **O Prouni e a Conclusão do Ensino Superior: Novas Trajetórias Pessoais e Profissionais dos Egressos**, São Paulo: Fundação Cesgranrio; v. 19, 2011. p. 861-890.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização**. In: XIV Encontro Nacional do CONPEDI, 2005, Fortaleza. Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>. Acesso em: 12/11/2014.

_____. **Entre Ideias e Instituições: Mangabeira Unger e a “Situação Constitucional” do Brasil**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 257, 2011, pp. 73-89. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8586/7323>. Acesso em: 13/11/2014

_____; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Rio de Janeiro: Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 38, p. 7-50, 2011. Disponível em: http://direitoestado-sociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf. Acesso em: 22/11/2014

ARROYO, Miguel G. **Políticas educacionais e desigualdades: à procura de novos significados**. Campinas: Educ. Soc., v. 31, n. 113, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v31n113/17>. Acesso em: 12/11/2014.

BARBOSA, M. BARBOSA, M.M. **A inclusão e a diversidade no ensino superior**. Anápolis: Educação e Mudança, n. 9/10, 2002, p. 15-29.

BARREIRO, I.M.F.; TERRIBILI FILHO, A. **Educação superior no período noturno no Brasil: políticas, intenções e omissões**. Ensaio: avaliação de política pública da Educação. Rio de Janeiro: Unesp, v. 15, n. 54, 2007. p. 81-102.

BONFANTI, Cristiani; MARTINS, Victor. **Brasil tem meio milhão de vagas. Saiba onde falta mão de obra**. Belo Horizonte: Estado de Minas, 2012. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2012/03/11/internas_economia,282759/brasil-tem-meio-milhao-de-vagas.shtml. Acesso em: 01/06/2014.

CARVALHO, Cristina H.A. **Reforma Universitária e os Mecanismos de Incentivo à Expansão do Ensino Superior Privado no Brasil (1964-1984)**. Campinas: Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Economia da UNICAMP, 2002.

_____. LOPREATO, Francisco L. C. **Finanças públicas, renúncia fiscal e o ProUni no governo Lula**. Piracicaba: Impulso, v. 16, n. 40, 2005.

_____. **O PROUNI no governo Lula e o jogo político em torno do acesso ao ensino superior**. São Paulo: Educação & Sociedade (Impresso), v. 27, 2006.

_____. **A política pública para a educação superior no Brasil (1995-2008): ruptura e/ou continuidade?** Campinas: Tese de Doutorado apresentada ao Instituto de Economia da UNICAMP, 2011.

CATANI, A. M. ; HEY, Ana Paula ; GILIOLI, Renato de Sousa Porto. **Prouni: democratização do acesso às instituições de ensino superior?** Curitiba: Educar em Revista, v. 29, 2006, p. 125-140.

CATANI, A.M.; HEY, A.P. **A educação superior no Brasil e as tendências das políticas de ampliação de acesso**. Atos de pesquisa em educação. Blumenau: v. 2, n. 3, 2007, p. 414-429.

COLLUCCI, Cláudia. **Onde falta médico, faltam dentistas e enfermeiros, mostra pesquisa**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/09/1335144-onde-falta-medico-falta-dentistas-e-enfermeiros-mostra-pesquisa.shtml>. Acesso em: 01/06/2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil: Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático**. Brasília: Editora Brasiliense, 1986.

CNI-IBOPE. **Retratos da sociedade brasileira: problemas e prioridades do Brasil para 2014**. Brasília: CNI, 2014. Disponível em: http://www.sistemafindes.org.br/download/pesquisa_cni-ibope-problemas_e_prioridades_2014.pdf. Acesso em: 10/11/2014.

COSTA, Rachel. **Empregos garantidos e salários promissores: saiba onde estão as oportunidades de trabalho com boa remuneração entre as novas carreiras e as tradicionais, e conheça as especialidades que têm mais futuro em cada profissão**. São Paulo: Istoé independente, Comportamento, n. 2235, 2012. Dis-

ponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/235726_EMPREGOS+GARANTIDOS+E+SALARIOS+PROMISSORES. Acesso em: 01/06/2014.

CUNHA, C.G.S. **Avaliação de políticas públicas e programas governamentais: tendências recentes e experiências no Brasil**. Porto Alegre: 2014. Disponível em: <http://www.seplag.rs.gov.br>. Acesso em: 06/08/2014.

FARIA, C. A. P.; COUTINHO, Diogo R.. **O Direito nas Políticas Públicas**. In: Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria. (Org.). *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. 1 ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Editora Unesp e Editora Fiocruz, v. 1, 2013, p. 181-200.

HADDAD, Fernando; BACHUR, João Paulo. **Um passo atrás, dois à frente**. São Paulo: Folha de S.Paulo, “Tendências/Debates”, 2004. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1112200409.htm>. Acesso em 04/06/2014.

IPEA. **Desemprego e desigualdade no Brasil Metropolitano**. Brasília: Comunicados IPEA, n. 76, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110210_comunicadoipea76.pdf. Acesso em: 11/12/2014.

JORNAL NACIONAL. **Pesquisa revela que saúde pública é a principal preocupação dos eleitores**. Jornal Nacional, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2014/08/pesquisa-revela-que-saude-publica-e-principal-preocupacao-dos-eleitores.html>. Acesso em: 10/11/2014

KERSTENETZKY, C. L. **Políticas Sociais: Focalização ou Universalização?** São Paulo: Revista de Economia Política, v. 26, 2006.

KOERNER, A. **Direito e modernização periférica. Por uma análise sociopolítica do pensamento jurídico constitucional brasileiro pós-1988**, “Teoria Política Latino-Americana”, São Paulo: Hucitec, Vol. 1, Capítulo, ed. 1, 2009, pp. 26, pp.337-362,

LUCCHESI, M.A.S. **La universidad en el contexto de la postglobalizacion: políticas públicas para la universidad brasileña en el umbral del siglo XXI**. Mérida: Educere,, v. 9, n. 29, 2005.

MANCEBO, Deise. **“Universidade para todos”: a privatização em questão**. Campinas: Pro-Posições, v. 15, n. 3 (45), 2004.

MANPOWER. **Pesquisa sobre escassez de talentos: resultados 2013**. 2013. Disponível em: http://www.manpowergroup.com.br/wp-content/uploads/2013/06/Escassez_de_Talentos-2013.pdf. Acesso em: 11/11/2014

MARTELLO, Alexandro. **Mesmo estudando mais, pobre tem dificuldade para ser empregado, diz Ipea**. Brasília: Globo (G1), 2009. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/O,,MUL1313361-5598,00-MESMO+ESTUDANDO+MAIS+POBRE+TEM+DIFICULDADE+PARA+SER+EMPREGADO+DIZ+IPEA.html>. Acesso em: 12/11/2014.

MEC. **Bolsistas revelam em pesquisa as vantagens da graduação**. Brasília: MEC Notícias, 6 de maio de 2009. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13346:bolsistas-revelam-em-pesquisa-as-vantagens-da-graduacao&catid=212. Acesso em: 12/11/2014.

NASCIMENTO, Paulo A. Meyer M.; MACIENTE, Aguinaldo Nogueira; ASSIS, Lucas Rocha Soares de. **As ocupações de nível superior que mais geraram empregos entre 2009 e 2012**. In: IPEA. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior**. Brasília: IPEA, Radar n. 27, 2013, p. 32. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/130703_radar27.pdf. Acesso em: 12/11/2014.

NÉRI, Marcelo Cortes. **Escolhas universitárias e performance trabalhista**. In: IPEA. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior**. Brasília: IPEA, Radar n. 27, 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/130703_radar27.pdf. Acesso em: 12/11/2014.

NEVES, C. E. B.; RAIZER, L.; FACHINETTO, R. F. **Acesso, expansão e equidade na educação superior: novos desafios para a política educacional brasileira**. Porto Alegre: Sociologias (UFRGS), v. 17, 2007.

NOSSA, Leonencio. **Brasil precisa dar salto em ciência e tecnologia, diz Dilma**. Estadão, Política, 26 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,brasil-precisa-dar-salto-em-ciencia-e-tecnologia-diz-dilma,750049,0.htm>. Acesso em: 01/06/2014. Série Documental. Textos para discussão, n. 12.

OCDE. **Measuring well-being and progress**. OECD Better Life Initiative, 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/std/Measuring%20Well-Being%20and%20Progress%20Brochure.pdf>. Acesso em: 23/11/2014.

PACHECO, E.; RISTOFF, D. I. **Educação superior: democratizando o acesso**. Brasília: INEP, 2004.

PESTANA, M.I.G.S. **Avaliação educacional — o sistema nacional de avaliação da educação básica**. In: CARVALHO, M.C.B. et al. Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

PETTIT, P. **Consequentialism**. In SINGER, P (ed.). A Companion to Ethics. 2a ed. Londres: Blackwell, 1993. Disponível em: http://www.princeton.edu/~ppettit/papers/Consequentialism_Companion_1991.pdf. Acesso em: 12/11/2014.

POCHMANN, M. **Desemprego desigual**. São Paulo: Ciência Hoje, n.36, 2005.

_____. **Pobreza, desemprego e desigualdade: anotações importantes sobre o cenário recente no Brasil metropolitano**. In: COELHO, Maria Francisca Pinheiro; TAPAJÓS, Luziele Maria de Souza; RODRIGUES, Monica (Org.). Políticas sociais para o desenvolvimento: superar a pobreza e promover a inclusão. Brasília: UNESCO, 2010, et. seq. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001907/190752por.pdf>. Acesso em: 12/11/2014.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. **Social rights against the poor**. Viena: Vienna Journal on International Constitutional Law, Vol. 7, 4/2013, p. 454-475. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219890. Acesso em: 23/11/2014.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Ensino Superior e Oferta de Trabalho**. Blog Direito e Desenvolvimento, Revista Exame, 24 de agosto de 2011. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/direito-e-desenvolvimento/2011/08/24/ensino-superior-e-oferta-de-trabalho/>. Acesso em: 10/11/2014

SAE. **Secretaria de Assuntos Estratégicos estuda a imigração de talentos estrangeiros**. SAE na Mídia, 13 de maio de 2014. Disponível em: Fonte: <http://www.sae.gov.br/site/?p=22922#ixzz3liKJDz5E>. Acesso em: 11/10/2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Cadernos Direito GV, v. 5, p. 4-58, 2008.

SAMPAIO, H. **Ensino superior no Brasil: o setor privado**. São Paulo: Hucitec/Fapes, 2000.

SARAIVA, L. A. S.; NUNES, A. S.. **A efetividade de programas sociais de acesso à educação superior: o caso do PROUNI**. Revista de Administração Pública (Impresso), v. 45, p. 941-964, 2011.

SARDINHA, Edison. **Eleitor quer prioridade para saúde, segurança e educação, diz CNI/Ibope**. Congresso em Foco, 12 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/eleitor-quer-prioridade-para-saude-seguranca-e-educacao-diz-cniiboep/>. Acesso em: 10/11/2014.

SOUZA, M.I.S. **Os empresários e a educação**. Petrópolis: Vozes, 1981.

STF. **Supremo declara constitucionalidade do ProUni**. Notícias STF, 03 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206553>. Acesso em: 13/11/2014.

SUBIRATS, Joan. **Quais políticas públicas para qual crise? Transformação social e intervenção do Estado**. In: COELHO, Maria Francisca Pinheiro; TAPAJÓS, Luziele Maria de Souza; RODRIGUES, Monica (Org.). Políticas sociais para o desenvolvimento: superar a pobreza e promover a inclusão. Brasília: UNESCO, 2010, p. 115. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001907/190752por.pdf>. Acesso em: 12/11/2014.

TANEGUKI, Luiza Yoko. **Relatório técnico contendo estudo sobre a atual relação oferta/demanda de cursos de graduação no Brasil, como subsídio ao Conselho Nacional de Educação para a formulação de políticas públicas que possibilitem a melhor distribuição da oferta de vagas no ensino superior de graduação**. Produto 2 do Projeto CNE/UNESCO “Desenvolvimento, aprimoramento e consolidação de uma educação nacional de qualidade. 4 de junho de 2013. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=OCB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mec.gov.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D13948%26Itemid&ei=pXZiVla6E8KZgwTDxIPoDQ&usg=AFQjCNE2x1Y5XhvN4s97sUAfCHP7WOs4Xg&sig2=x2kNyF9SzgFQwNHaiN4rgA&bvm=bv.79189006,d.eXY. Acesso em: 10/11/2014.

TAYLOR, M. M. **O Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Dados, v. 50, 2007.

TCU. **Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde**. Brasília: Tribunal de Contas da União, pp. 1-2. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/>

TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf. Acesso em: 10/11/2014.

TROW, M. **Problems in the transition from Elite to Mass Higher Education**. Policies for Higher Education, from the General Report on the Conference on Future Structures of Post-Secondary Education, pp. 55-101. Paris: OECD. 1973.

_____. **Reflections on the Transition from Elite to Mass to Universal Access: Forms and Phases of Higher Education in Modern Societies since WWII**. Berkeley: Institute of Governmental Studies, UC Berkeley, 2005.

VEJA. **As dez carreiras de nível superior com maior expansão de vagas no Brasil**. Veja, Mercado, 03 de julho de 2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/as-10-carreiras-que-mais-registraram-a-criacao-de-em-pregos-no-brasil>. Acesso em: 13/11/2013.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; CARDOSO, E. L. C.; MACHADO, A.M.F. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF**. São Paulo: Revista Direito GV, v. 9, pp. 21-44, 2009. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/24371/23151>. Acesso em: 23/11/2014.

A DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS EM CONCESSÕES FLORESTAIS: UMA ANÁLISE ECONÔMICO-JURÍDICA DOS RISCOS DECORRENTES DO INVENTÁRIO FLORESTAL AMOSTRAL

PEDRO HENRIQUE DOS REIS SILVA

RESUMO

A Lei 11.284/2006 é um importante marco legal da atividade de gestão florestal do Brasil. O manejo florestal sustentável de florestas públicas, até então exercido exclusivamente pelo Estado, passou a ser passível de concessão com o advento dessa Lei. A chamada “concessão florestal” se insere, portanto, na nova orientação político-econômica brasileira de “desestatização”, privilegiando o princípio da eficiência. Como resultado, a atividade de exploração sustentável de produtos florestais passa a ser transferida pelo Estado, por intermédio do Serviço Florestal Brasileiro, à iniciativa privada.

Para o sucesso de uma concessão florestal, os licitantes interessados precisam de uma estimativa da capacidade produtiva da “Unidade de Manejo Florestal”. O estudo disponibilizado pelo Serviço Florestal Brasileiro para fazer essa estimativa é o inventário florestal que, resumidamente, tem a importante missão de antecipar às características vegetais de área que será objeto da concessão. E os resultados desse estudo são a principal fonte de informação para que o licitante calcule o valor que irá ofertar ao Poder Concedente.

Ocorre que, por questões técnico-metodológicas que fogem ao conhecimento jurídico, os estudos de inventário florestal estão sujeitos a erros de grande escala, retratando, de maneira ilusória, a realidade da vegetação que compõe área que será concedida. Isto é um risco intrínseco à atividade de exploração sustentável de produtos florestais. Diante desse contexto, caberia ao Serviço Florestal Brasileiro administrar o risco do inventário florestal da maneira mais eficiente possível. Entretanto, não é isso que vem ocorrendo nos contratos de concessão florestal.

Sobre a distribuição de riscos em contratos de concessão, a doutrina especializada no tema oferece critérios que, quando seguidos, possibilitam uma alocação dos riscos peculiares a cada atividade à parte que melhor tem condições de geri-los. Esses critérios aumentam a eficiência da concessão. Contudo, os contratos de concessão florestal até hoje celebrados não vêm considerando esses importantes critérios para uma eficiente distribuição de riscos. Como

consequência, o risco do inventário florestal é, igualmente a outros inúmeros riscos, negligenciado por esses contratos, aumentando-se a ineficiência dos contratos de concessão.

Diante desse panorama, os licitantes interessados na concessão adotam duas posturas distintas, ambas igualmente rejeitáveis: a postura do Licitante Conservador e a postura do Licitante Irresponsável. Esses perfis de licitantes geram, respectivamente, ineficiência à concessão e, eventualmente, inviabilidade da concessão. Como resposta a isso — que é exatamente o “problema” que pretendo resolver —, proponho uma solução para melhor administrar o risco do inventário florestal.

Essa solução, inspirada em uma ideia utilizada na minuta do contrato de concessão da Linha 4 do Metrô de São Paulo, e baseando-se nos critérios oferecidos pela doutrina para uma distribuição eficiente dos riscos, propõe algo novo: a fim de tornar a os contratos de concessão florestal mais eficientes, sugere-se que o risco do inventário florestal deve ser alocado na Administração Pública, e, caso o evento indesejável efetivamente ocorra (erro do inventário florestal), deve-se, por meio do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ajustar o valor a ser pago pelo concessionário ao Poder Concedente. Como consequência dessa previsão contratual, as propostas dos licitantes serão mais eficientes, permitindo-se alcançar o objetivo primordial da Lei 11.284/2006: aumento da eficiência da exploração florestal sustentável e preservação do meio ambiente e dos recursos florestais.

Palavras-chave

Concessão florestal. Distribuição de riscos. Risco do inventário florestal. Serviço Florestal Brasileiro. Má administração dos riscos. Licitante Conservador. Licitante Irresponsável. Critérios para alocação de riscos. Aumento de eficiência. Compartilhamento do risco do inventário.

I. Introdução

A partir dos anos 90 o Estado Brasileiro iniciou um processo que deu novos rumos à economia nacional. Como resposta à crise econômica vivida no país na década de 80 adotou-se como diretriz para o Estado Brasileiro a implementação de uma política de desestatização. A partir de então, o objetivo primordial do governo era a redução do papel do Estado na economia.

Com essa nova orientação política, agentes privados passariam a desempenhar atividades que antes eram exercidas eminentemente pelo Estado, como os serviços públicos. Esperava-se, com isso, um enxugamento dos gastos estatais — muitas vezes vistos como desnecessários — e o aumento da eficiência na prestação de determinados serviços, agora prestados pela iniciativa privada. E,

no caso dos serviços públicos, o instrumento jurídico responsável pela transferência da prestação de uma atividade de titularidade do Estado à iniciativa privada é a concessão, instituída e regulada pela Lei 8.987/1995.

O objetivo da concessão simples pode ser visto sob dois aspectos — um *mediato* e um *imediatamente*. Mediatemente significa a vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público, calcada na **necessidade de agilizar a atividade, de conferir maior celeridade na execução e de melhor atender os indivíduos que a solicitam**.¹⁰³ (grifou-se)

O trecho acima transmite a clara noção de eficiência, que a partir de 1998¹⁰⁴ passou a nortear a atuação da Administração Pública. Sobre esse princípio, Carvalho Filho entende que “[o] núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”¹⁰⁵.

Diante desse novo paradigma político, o ordenamento jurídico brasileiro presenciou inúmeras inovações pautadas, via de regra, no estreitamento da relação entre Estado e iniciativa privada. E, nesse embalo, foi editada a Lei 11.284/2006, que, conforme seu preâmbulo, “dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável”. E, como um dos instrumentos para essa gestão, a referida lei prevê a “concessão florestal”, que nada mais é do que a transferência, pelo Estado, à iniciativa privada, da do direito de realizar gestão florestal¹⁰⁶.

Entendido o panorama histórico acima retratado, me dedicarei, no presente trabalho, a analisar um aspecto pontual dos contratos de concessão florestal que vêm sendo celebrados pelo Estado, por intermédio do Serviço Florestal Brasileiro (“SFB”). Esse aspecto diz respeito a um risco específico da atividade de gestão florestal que, conforme demonstrarei, não vem sendo administrado

103 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 371.

104 “A Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no art. 37, caput.”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

105 MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, Jus Podviemi, 2005, p.41 **apud** FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 30.

106 Art. 3º. Para os fins do disposto nesta Lei, consideram-se:

(...)

VII - concessão florestal: delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

da melhor maneira possível. E essa má administração resulta, contraditoriamente, em ineficiência no exercício da atividade de gestão florestal, que, como visto, fora transferida pelo Estado justamente para aumentar a eficiência.

O risco que analisarei consiste no que chamo de “risco do inventário florestal”. O estudo do inventário florestal¹⁰⁷ fornece aos licitantes interessados na concessão florestal subsídios informacionais básicos acerca das características de vegetação da área a ser concedida. Essas informações constantes do inventário florestal amostral são essenciais para que o licitante possa calcular o preço que pretende pagar ao Poder Concedente, caso seja o vencedor da licitação. Ocorre que o inventário florestal, por limitações técnicas metodológicas, está sujeito a erros de grande escala, retratando de maneira equivocada a área objeto da concessão (demonstrarei, no próximo capítulo, as questões metodológicas que expõem o inventário a erro).

Por não haver meios técnicos disponíveis para resolver o “risco do inventário florestal”, **considero que esse risco seja intrínseco aos contratos de concessão florestal**. Esse panorama é o que chamo de “**contexto**”. Com a compreensão do contexto, é possível se debruçar sobre o problema de pesquisa sobre o qual irei trabalhar.

Passa-se, portanto, à fase de apresentação do problema de pesquisa (“**problema**”): dado que o risco do inventário florestal é intrínseco aos contratos regidos pela Lei 11.284/2006, cabe ao SFB administrá-lo da melhor maneira possível, reduzindo as possíveis ineficiências decorrentes desse risco. Contudo, isso não está ocorrendo na prática, e a maneira pela qual esse risco é trabalhado nos contratos de concessão florestal abre margem para ineficiência e, eventualmente, a inviabilidade da concessão.

Em todos os contratos de concessão florestal até hoje celebrados pelo SFB, o risco do inventário sempre foi alocado ao concessionário. Isso quer dizer que, caso o risco se materialize (*i.e.*, caso a estimativa do inventário florestal seja diferente da realidade de vegetação da área a ser concedida), o parceiro privado é quem suportará esse custo. Diante disso, é possível imaginar que os licitantes, sabendo da possibilidade de erro do inventário florestal, adotam duas posturas quando da elaboração de suas propostas:

- (i) Postura conservadora: antecipando os custos que, eventualmente, serão suportados, caso o inventário florestal não reflita a realidade, os

¹⁰⁷ Importante esclarecer que há diferentes modelos de inventários florestais, que não necessariamente são “amostrais”. O modelo que pretendo analisar, contudo, é o “inventário florestal amostral”, que é o estudo divulgado pelo SFB e responsável por embasar o preço a ser ofertado pelo licitante em todas as concessões. Ao longo do trabalho, farei menção tanto a “inventário florestal amostral”, quando a “inventário florestal”, mas a ideia é que sempre me refiro ao estudo realizado por amostragem (“inventário florestal amostral”).

licitantes embutem esses custos no preço que será ofertado ao Poder Concedente — essa é a postura do “Licitante Conservador”. Nesse cenário, o Poder Concedente acaba por arcar com os custos do erro do inventário, mesmo que esse erro não ocorra na prática, gerando, por consequência, ineficiência na concessão;

- (ii) Postura irresponsável: negligenciando a possibilidade de erro do inventário florestal, os licitantes aumentam o preço a ser ofertado ao Poder Concedente — essa é a postura do “Licitante Irresponsável”. Com isso, aumentam-se as chances de esse licitante sair vencedor da licitação. Contudo, caso o risco do inventário florestal se materialize, sua receita será prejudicada, podendo resultar, ao fim, na inviabilidade da concessão.

É esse, portanto, o problema de pesquisa que pretendo solucionar: a má administração do risco do inventário florestal pelo SFB, que, por sua vez, resulta na possibilidade de ocorrência de dois cenários extremamente contrários aos objetivos da concessão idealizada pela Lei 11.284/2006: a ineficiência da concessão e, o pior de todos, a inviabilidade da concessão.

Para que seja possível, ao final, apresentar uma solução satisfatória, estructurei o trabalho da seguinte forma: em um primeiro momento apresentarei ao leitor o inventário florestal, detendo-me a esclarecer a metodologia pela qual esse estudo é realizado. Com isso, pretendo, ao fim desse capítulo, fornecer subsídios para o leitor perceber que o “risco do inventário florestal” está, efetivamente, muito presente em todas as concessões florestais já realizadas e que irão se realizar pelo SFB e, portanto, que é merecedor de especial atenção na elaboração do contrato.

Compreendido os motivos que dão causa a esse risco que aflige os interessados na concessão, passo para uma próxima etapa: esclarecer como a Lei 11.284/2006 e os contratos de concessão florestal até hoje celebrados tratam os riscos decorrentes da atividade, evidenciando-se uma total falta de preocupação em administrá-los da maneira mais eficiente possível. Em seguida, demonstrarei que o risco do inventário florestal não foge ao padrão: é altamente negligenciado e mal administrado pelo SFB, resultando em mais ineficiência.

Posteriormente a isso, apresentarei critérios oferecidos pela doutrina para que o gestor público distribua, da maneira mais eficiente possível, os riscos relacionados à atividade a ser concedida. Com isso, começo a desenhar o cenário para a apresentação da minha proposta, pois, com base nesses critérios, é possível visualizar a ineficiência em alocar o risco do inventário florestal no parceiro privado (como é feito atualmente) e, por consequência, a necessidade de proposição de algo novo em relação à alocação desse risco.

Antes de entrar, definitivamente, no capítulo em que apresentarei o que entendo como solução do “problema”, analisarei duas medidas adotadas pelo SFB que pretendem reduzir as incertezas decorrentes do inventário florestal — ou seja, medidas que buscam modificar o que chamei de “contexto” e não a resolver o “problema”. Nessa seção, restará demonstrado que, apesar das louváveis iniciativas, isso não é suficiente. Os licitantes continuam inseguros em relação aos riscos do inventário e, como a administração desse risco continua mal feita, o “problema” persiste.

Por fim, apresentarei a proposta que entendo como solução para o problema de pesquisa. Inspirado em um modelo de mitigação de riscos utilizado no contrato de concessão da Linha 4 do metrô de São Paulo, proponho que o risco do inventário florestal seja alocado na Administração Pública. Com isso, o risco do evento indesejável (a área da concessão ser menos rentável do que se imaginou no inventário) e do evento desejável (a área da concessão ser mais rentável do que se imaginou no inventário) correrá por conta da Administração Pública, aumentando-se a eficiência da concessão e reduzindo (senão pondo fim) a possibilidade de a concessão se tornar inviável.

II. Delineando o “contexto”: o risco do inventário florestal

Este capítulo tem o objetivo de esclarecer ao leitor o “contexto” (o inevitável risco do inventário florestal) que, por ser mal administrado, dá origem ao “problema” que pretendo solucionar. Ao final desse capítulo, será possível compreender o nível de imprecisão dos resultados do inventário florestal quanto ao volume de madeira existente na área a ser explorada na concessão florestal, e quanto às diferentes qualidades de espécies madeireiras existentes na Unidade de Manejo Florestal Sustentável (“UMF”). E, por fim, será entendido o porquê de isso ser um risco inevitável para a atividade de concessão florestal.

Do ponto de vista da Concessionária, a imprecisão do inventário florestal é percebida como um risco a ser por ela suportado. Em todos os contratos de concessão florestal realizados pelo SFB¹⁰⁸, este “risco de inventário” tem sido integralmente alocado à concessionária.

Como pretendo propor uma solução para a melhor administração desse risco ao qual o concessionário está exposto (reduzindo ineficiência e a possibilidade de inviabilidade da concessão), esta primeira parte do trabalho é de fundamental importância: apenas entendendo como se realiza o inventário

108 Até os dias de hoje, há um total de quatro florestas públicas sob concessão, sendo que uma foi objeto de dois processos distintos: Florestal Nacional do Jamari (RO), Florestal Nacional de Saracá-Taquera (PA), Florestal Nacional de Jacundá (RO), Florestal Nacional de Saracá-Taquera — Lote Sul e Floresta Nacional do Crepori (PA). Informações obtidas em <http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/florestas-sob-concessao/tres-florestas-nacionais-abrigam-concessao-florestal>, acessado em 23/11/2014.

florestal, é que será possível compreender de forma clara o problema a que me proponho solucionar e, por consequência, a eficácia dessa solução.

Portanto, apesar de se tratar de um trabalho jurídico, área do conhecimento na qual a interlocução com análises técnicas de outras áreas não são comuns, entendo que, por questão de metodologia, trata-se de uma etapa primordial para o completo entendimento do problema de pesquisa. Apenas com a compreensão clara desse problema é que se pode sugerir uma solução satisfatória.

Para facilitar a visualização dos conceitos técnicos e jurídicos que irei apresentar, me apegarei a exemplos concretos, a fim de demonstrar, no final, os efeitos práticos do que proponho. Como principal exemplo para as explicações teóricas, trabalharei com o caso da concessão florestal da Florestal Nacional de Caxiuanã, uma das próximas concessões que o Serviço Florestal Brasileiro pretende realizar¹⁰⁹.

Contudo, antes de entrar na análise técnico-metodológica do inventário florestal amostral, ressaltos alguns conceitos jurídicos necessários para o completo entendimento do escopo do trabalho:

II.1. Elementos básicos da Concessão Florestal

II.1.1. As “Florestas Públicas”

Conforme prescreve o art. 1º da Lei de Concessão Florestal, “[e]sta Lei dispõe sobre a gestão de **florestas públicas** para produção sustentável”¹¹⁰ (grifou-se). Depreende-se desta análise que a concessão da gestão florestal pelo Estado à iniciativa privada sempre se dará no interior de uma **floresta pública**.

A fim de auxiliar a compreensão desse termo, o art. 3º, da Lei de Concessão Florestal, dispõe, em seu inciso I, que:

Art. 3º. Para os fins do disposto nesta Lei, consideram-se:

I — florestas públicas: florestas, naturais ou plantadas, localizadas nos diversos biomas brasileiros, **em bens sob o domínio da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou das entidades da administração indireta;** (grifou-se).

¹⁰⁹ Informação obtida em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuanã, acessado em 23/11/2014.

¹¹⁰ “Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a gestão de florestas públicas para produção sustentável, institui o Serviço Florestal Brasileiro - SFB, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, e cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF.”

Portanto, florestas públicas são aquelas florestas localizadas em bens que estão sob domínio de algum ente federativo (União, distrito federal, estado ou município). Focarei em analisar aqui as florestas públicas sob o domínio da União.

II.1.2. As Florestas Nacionais (Flonas) e a “Lei do SNUC”

A Lei 9.985/2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (“Lei do SNUC”), previu uma série de Unidades de Conservação que deverão ser instituídas pela União. Uma das Unidades de Conservação constantes da Lei do SNUC é a Floresta Nacional (“Flona”), conforme prevê o art. 14, III¹¹¹.

A Flona é definida pelo art. 17 da referida lei, que assim dispõe:

Art. 17. A Floresta Nacional é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e **tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais** e a pesquisa científica, **com ênfase em métodos para exploração sustentável** de florestas nativas. (grifou-se)

Percebe-se, com essa definição, a proximidade dos objetivos de uma Flona, com os objetivos de uma concessão florestal: ambos propõem a exploração sustentável dos recursos florestais. Em razão desta “proximidade de objetivos”, todas as concessões florestais realizadas até hoje se deram em Unidades de Conservação que recebem o título de Flona. Cabe frisar, todavia, que “Floresta Pública” é um gênero no qual se insere a espécie “Floresta Nacional”.

II.1.3. Unidade de Manejo Florestal Sustentável

A Unidade de Manejo Florestal Sustentável é exatamente a área da Flona na qual o particular desempenhará a gestão e a exploração sustentável dos produtos florestais (*i.e.*, é a área onde desempenhará o manejo florestal sustentável). Como definição, convém mencionar o art. 3º, VIII, da Lei de Concessão Florestal:

111 Art. 14. Constituem o Grupo das Unidades de Uso Sustentável as seguintes categorias de unidade de conservação:

I - Área de Proteção Ambiental;

II - Área de Relevante Interesse Ecológico;

III - Floresta Nacional;

IV - Reserva Extrativista;

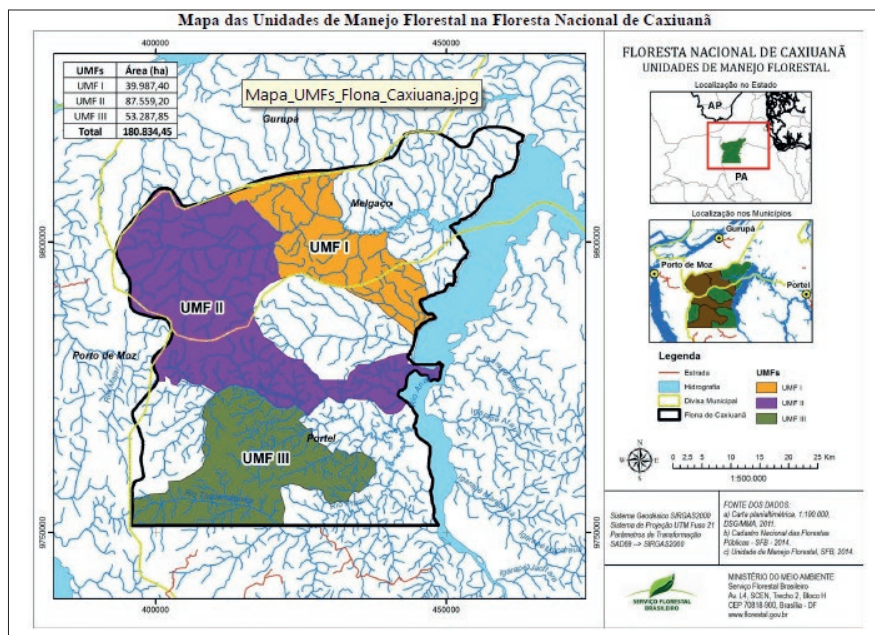
V - Reserva de Fauna;

VI - Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e

VII - Reserva Particular do Patrimônio Natural. (grifou-se)

Apesar de existir desde a década de 60, só em 2014, o Serviço Florestal Brasileiro, objetivando promover a economia local e desenvolver mecanismos de gestão mais eficientes e sustentáveis para essa Unidade de Conservação¹¹², lançou o edital de concessão florestal da Flona de Caxiuanã. Esta concessão se dará mediante a licitação de três UMF's localizadas no interior da Flona. Ou seja, apesar de se falar, usualmente, em “concessão da Flona de Caxiuanã”, não quer dizer que toda a Unidade de Conservação terá sua administração transferida à iniciativa privada, mas apenas alguns espaços específicos em seu interior. A Imagem 2 retrata a área das UMF's que serão objeto do contrato de concessão:

Imagem 2: UMF's que serão concedidas na Flona de Caxiuanã



Fonte: Documento de suporte ao edital da Flona de Caxiuanã, disponibilizada no Site do Serviço Florestal Brasileiro

112 O Serviço Florestal Brasileiro define como objetivo genérico da política de concessões florestais a conservação da cobertura vegetal das florestas brasileiras e o estímulo à economia formal com produtos e serviços oriundos de florestas manejadas. Disponível em <http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/o-que-e-concessao-florestal/concessao-florestal-um-novo-paradigma-de-uso-das-florestas>, acessado em 20/11/2014. Compreende-se, portanto, a ideia de promoção da economia e gestão mais eficiente e sustentável da Unidade de Conservação.

Percebe-se, portanto, que no interior da área da Flona de Caxiuanã, o Serviço Florestal Brasileiro delimitou três UMF's a serem geridas pela iniciativa privada. E cada uma destas UMF's será administrada por um concessionário diferente, conforme dispõe a minuta do Edital desta concessão: “[a]s UMFs constituem lotes distintos e **serão objeto de propostas separadas** para os itens de técnica e preço.”¹¹³ (grifou-se).

Uma vez que o particular se interesse pela gestão de uma UMF, deverá enviar três envelopes que serão avaliados na licitação: o primeiro com os documentos de habilitação; o segundo com a proposta técnica para a gestão da UMF interessada; e o terceiro com a proposta de preço que irá pagar ao Poder Concedente (“Preço Ofertado”), caso seja o vencedor da licitação. E é exatamente neste ponto que o tema do inventário florestal começa a ter relevância.

II.2. O inventário florestal e suas incertezas: o “risco do inventário florestal”

II.2.1. Os objetivos de um inventário florestal

Para elaborar a proposta de preço que irá ofertar ao Poder Concedente, é crucial para o interessado, em qualquer espécie de concessão, saber quanto, aproximadamente, irá auferir de receita a partir da exploração da atividade concedida. E, no caso da concessão florestal, não é diferente: os particulares interessados na concessão precisam saber, com um mínimo de precisão, os valores que irão auferir a título de receita com a exploração dos recursos florestais existentes na UMF. Só assim poderão ter um embasamento mínimo para elaborar a proposta de preço que pretendem pagar ao poder concedente.

Quando se fala em manejo florestal sustentável, o produto mais determinante no sucesso econômico da atividade é a madeira em tora. Apesar de explorar economicamente outras atividades¹¹⁴, a exploração sustentável da madeira em tora é o que garante o sustento da concessão, pois é o produto mais rentável para o concessionário. Sobre esse tema, convém destacar o art. 2º, III da Resolução CD/SFB 25/2014, que define o conceito de “Preço Ofertado” por cada licitante:

113 Disponível em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuanã, acessado em 23/11/2014.

114 Em relação às demais atividades passíveis de exploração, destacam-se: material lenhoso residual (parte aérea da árvore), produtos não madeireiros (produtos vegetais de natureza não lenhosa, incluindo folhas, raízes, cascas, frutos, sementes, gomas, óleos e resinas) e serviços de ecoturismo (hospedagem, atividades esportivas, visitação e observação da natureza e esportes de aventura). Informações obtidas em <http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/o-que-e-concessao-florestal/concessao-florestal-um-novo-paradigma-de-uso-das-florestas>, acessado em 20/11/2014.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Resolução, consideram-se:
(...)

III — Preço Ofertado (PO): valor em real (R\$) ofertado pelos licitantes do certame licitatório, **para o produto madeira em tora, que determina a pontuação da proposta de preço dos licitantes.** (grifou-se)

Nesse cenário, em que a pontuação da proposta de cada licitante é determinada pelo valor ofertado para o produto madeira em tora, é fundamental para o sucesso da concessão que o parceiro privado saiba quanto irá auferir com exploração econômica desse produto. Em razão disso, estimativas com relação ao potencial de exploração madeireira de uma UMF devem garantir um mínimo de segurança.

Apesar de essencial para a concessão florestal, essa estimativa é muito difícil de alcançar. Em razão de regras mercadológicas, certas espécies madeireiras são mais bem avaliadas economicamente do que outras. Em razão disso, para o futuro concessionário o mundo ideal é que, na UMF que irá gerir, existam apenas as espécies de árvores mais valorizadas. Entretanto, o critério econômico não tem menor relevância para a natureza, que apresenta **enorme variação entre espécies de árvores**, com grande variabilidade de madeiras “caras” e “baratas” numa mesma UMF (chamarei essa variação de diferentes “qualidades” da madeira).

Diante desse cenário, o inventário florestal busca conferir o subsídio informacional necessário para que o particular possa calcular, com a maior precisão possível, quanto arrecadará a partir da exploração madeireira.¹¹⁵ A partir do resultado desse cálculo saberá quanto, aproximadamente, poderá pagar ao poder concedente — quanto maior a estimativa de arrecadação, maior o Preço Ofertado e, por consequência, maior a chance de sair vencedor da licitação, tornando-se o concessionário.

Como objetivos gerais do inventário florestal, a seguinte citação esclarece o seu escopo:

O Inventário Florestal é o procedimento para obter informações sobre as características quantitativas e qualitativas da flo-

¹¹⁵ Mais adiante, na seção III.4, dedicarei especial atenção para demonstrar medidas já adotadas pelo SFB para mitigar as incertezas quanto ao volume de madeira existente. Antecipando, uma notória medida já implementada é a possibilidade, conferida pelo edital de licitação, de que os interessados / licitantes visitem a área da concessão e realizem seus próprios estudos.

resta e de muitas outras características das áreas sobre as quais a floresta está desenvolvendo (HUSH et al. 1993). De acordo com Soares et al. (2006) um inventário florestal completo pode fornecer diversas informações entre elas:

- a— Estimativa de área
- b— Descrição da topografia
- c— Mapeamento da propriedade
- d— Descrição de acessos
- e— Facilidade de transporte da madeira
- f— **Estimativa da quantidade e qualidade de diferentes recursos florestais**
- g— Estimativa de crescimento (se o inventário for realizado mais de uma vez).¹¹⁶ (grifou-se)

Em certa medida, todas as sete utilidades acima descritas auxiliam o licitante na elaboração de sua oferta ao Poder Concedente, mas uma em especial é de fundamental importância: a “estimativa da quantidade e qualidade de diferentes recursos florestais”. Portanto, para uma proposta de preço verossímil com a realidade, o licitante deve, prioritariamente, tentar antecipar (i) o **volume** de cada espécie madeireira existente na UMF que pretende gerir, e (ii) a variação no **qualidade** das espécies madeireiras lá existentes.¹¹⁷

Assim, um inventário florestal perfeito seria aquele que abrangesse 100% das árvores de uma UMF, pois, dessa forma, se conheceria exatamente todas as espécies ali existentes, bem como a quantidade de cada uma delas. Acontece que, quando se fala de inventário de florestas públicas, os custos envolvidos em um estudo desse tipo seriam proibitivos. A vasta extensão das áreas florestais, e a enorme quantidade de árvores que (ainda) temos em nossas florestas, exigem que este procedimento seja feito considerando as informações obtidas em pontos amostrais previamente definidos através de técnicas de estatística.

116 Informação disponível em <http://www.matanativa.com.br/br/blog-do-inventario-florestal/entry/o-que-e-inventario-florestal>, acessado em 19/11/2014.

117 A importante função do inventário florestal amostral de antecipar o volume e qualidade das espécies de madeira existentes na Flona também é percebida com a análise do Relatório Final do Inventário da Flona de Caxiuanã, em sua seção 2.2:

“2.2. **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:** Descrever a composição florística com base na identificação botânica das famílias, gêneros e espécies associadas ao seu valor comercial; (...) quantificar e descrever a distribuição diamétrica do povoamento, por espécie, por hectare, das variáveis números de espécies, área basal e volume; (...)”. **Relatório Final do Inventário Florestal Amostrai da Floresta Nacional Caxiuanã**. p. 15, disponível em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuanã, acessado em 23/11/2014.

E é exatamente aí em que se encontra o ponto central do “contexto” que busco apresentar: os resultados de um inventário florestal amostral estão sujeitos a erros de grande escala¹¹⁸, em razão da enorme diversidade de árvores existentes em uma floresta e das enormes áreas que pretendem retratar (isso é inevitável). O “problema” é que, alocar esse risco inteiramente ao concessionário só contribui para a ineficiência da concessão e aumentam as chances de que ela se torne inviável.

Ao calcular a receita que a licitante espera obter com o produto madeira em tora, esse valor consiste em uma função das variáveis **volume** e **preço** da madeira. Assim, ainda que o concessionário encontre na realidade um volume igual ou maior do que estimou com base no inventário florestal, sua receita poderá ficar aquém do esperado, caso as espécies de madeira encontradas sejam menos valorizadas pelo mercado do que se imaginou no inventário. E o contrário também é verdadeiro (caso as espécies existentes estejam em conformidade com a estimativa do inventário florestal, a receita poderá ser impactada se o volume explorado foi menor do que se imaginava).

Portanto, caso algum desses erros de fato ocorra (seja relacionado ao **volume**, ou a **qualidade** da madeira), o Preço Ofertado por um licitante ficará totalmente inviável economicamente. Essa variação entre “receita estimada” e “receita efetiva” poderá refletir em grandes prejuízos ao parceiro privado, pois, como dito, seu sucesso está diretamente ligado à venda para o mercado madeireiro.

Entendido o contexto que dá origem ao problema a que me proponho solucionar (contexto: inventário florestal passível de vultosos erros; problema: ineficiência em alocar o risco do erro do inventário florestal no parceiro privado), cumpre demonstrar que a maneira pela qual o inventário florestal é elaborado, está, efetivamente, abrindo margem para que o contexto sugerido ocorra. Para isto, passo a analisar a metodologia do inventário florestal.

II.2.2. A metodologia do Inventário Florestal

Para estudar a metodologia do inventário florestal, analisei os relatórios de inventários florestais que são elaborados para cada concessão florestal. Nestes relatórios há sempre um capítulo destinado à metodologia utilizada no estudo amostral que gerou o resultado do inventário, e é isso que pretendo esclarecer agora.

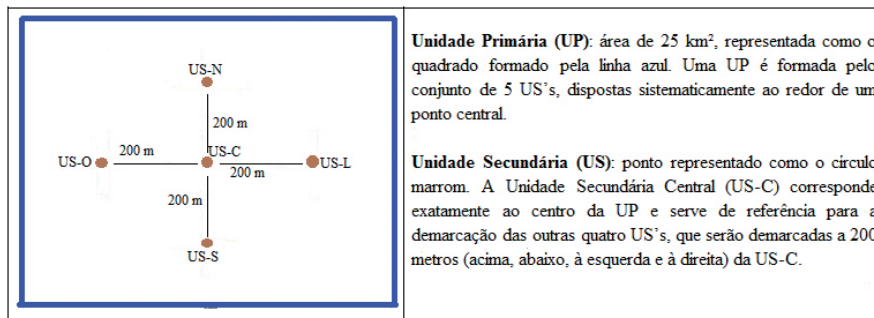
¹¹⁸ Considero “erros de grande escala” os decorrentes do inventário florestal amostral que podem tornar a concessão florestal inviável. É certo que a atividade de gestão florestal sempre considera uma margem de erro do inventário, mas, quando esses erros ultrapassam essa margem razoável, e passam a representar insegurança para o concessionário, entendo que há um erro de grande escala. Portanto, o risco de ocorrência desse erro merece ser melhor administrado nos contratos.

Todas as concessões realizadas pelo SFB adotaram, até o momento, a mesma metodologia para o inventário: a amostragem estratificada em conglomerados. Isto quer dizer que foram escolhidos, aleatoriamente, espaços de terra, com dimensões iguais e pré-estabelecidas, cujo objetivo é analisar o conjunto de árvores, em sua totalidade, existente no interior deste espaço de terra. Vejamos como se dá a escolha do espaço em que a pesquisa será elaborada. As dimensões aqui consideradas foram as mesmas utilizadas no inventário da Flona de Caxiuanã.¹¹⁹

1. Para o cálculo do inventário florestal, o Serviço Florestal Brasileiro sorteia, de forma completamente aleatória, alguns espaços de terra, com dimensões de 5.000 m² x 5.000 m². Cada um destes conglomerados recebe o nome de Unidade Primária (ou “UP”). Cada Unidade Primária possui 25.000 m² de área. Este é o primeiro passo metodológico do inventário florestal, mas, por enquanto, ainda não é realizado nenhum tipo de análise das espécies de árvore ali existentes.
2. Definida as Unidades Primárias, passa-se ao cálculo das Unidades Secundárias: a partir do ponto central da área de uma Unidade Primária, são estabelecidas as cinco Unidades Secundárias, que serão dispostas em forma de cruz. Cada Unidade Primária é composta por cinco Unidades Secundárias, as quais terão 200 metros de distância uma da outra. Portanto, no ponto central da UP terá uma US (US-Centro); duzentos metros acima haverá outra (US-Norte); duzentos metros abaixo, outra US (US-Sul); duzentos metros a oeste, mais uma (US-Oeste); e duzentos metros a leste haverá outra (US-Leste). A Imagem 3 ilustra a disposição das 5 US's que compõe uma UP:
3. Até este momento, nenhum tipo de pesquisa amostral foi realizado. Essas pesquisas só se iniciam com a demarcação das Unidades Terciárias. Cada Unidade Secundária conterà quatro Unidades Terciárias, dispostas em forma de cruz, distribuídas ao redor do ponto da US. Cada Unidade Terciária (UT) mede 20 m x 200 m. É no interior desta área de 4000 m² (representada na imagem abaixo como a área de cor verde) onde são realizados os estudos e medições de cada árvore. A Imagem 4 ilustra a demarcação das Unidades Terciárias:

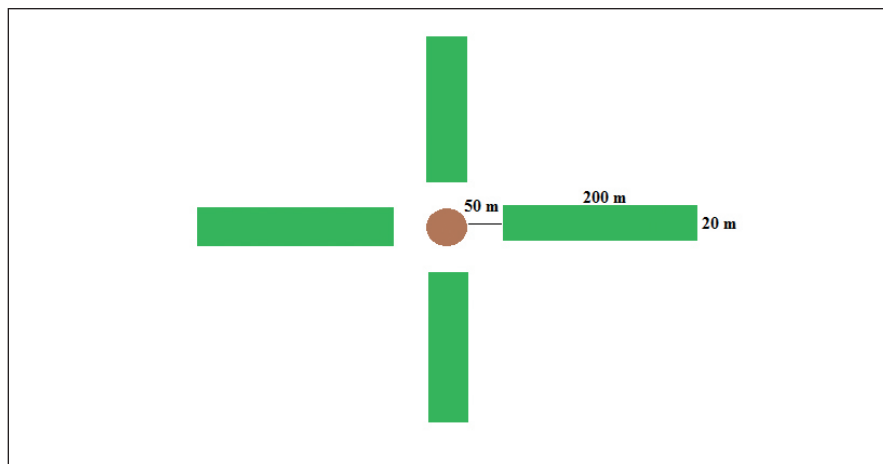
119 Todos os dados aqui mencionados, referente às medidas da Flona de Caxiuanã e de seu inventário florestal, foram obtidas em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuanã, acessado em 23/11/2014.

Imagem 3: Unidades Secundárias no interior de uma Unidade Primária



Fonte: do autor.

Imagem 4: Demarcação das Unidades Terciárias ao redor de uma Unidade Secundária



Fonte: do autor.

4. A demarcação das unidades terciárias se replicará em todas as Unidades Secundárias demarcadas na Unidade Primária, que por sua vez também são replicadas em todas as Unidades Primárias demarcadas aleatoriamente no interior da Flona.
5. Por fim, o resultado da análise das espécies de árvores inseridas no interior de cada Unidade Terciária será considerado para toda a Flona.

Será este o resultado do inventário florestal amostral, que embasará os cálculos do licitante para elaborar sua estimativa de receita com a exploração da UMF que pretende gerir.

Entendida a metodologia adotada pelo Serviço Florestal Brasileiro para realizar a pesquisa amostral das espécies de árvores existentes no interior da Flona que será concedida, passa-se a demonstrar a fragilidade deste tipo de método. Ao fim, restará claro o grande risco a que a atividade de manejo florestal sustentável está sujeita: o resultado do inventário florestal não ser compatível com a realidade no que tange ao volume e qualidade das espécies madeireiras existentes na UMF. Baseando-se mais uma vez nas medidas utilizadas para a concessão da Flona de Caxiuanã, restará claro o “risco do inventário florestal”.

Primeiramente importa lembrar, rapidamente, a dimensão da área da Flona de Caxiuanã, onde se realizou o inventário florestal que passo a descrever: essa Flona possui um total de 330 mil hectares. Isto corresponde a 3.300.000.000 m² (três bilhões, trezentos milhões e trezentos mil metros quadrados)¹²⁰. E, foi exatamente esta a área considerada para o sorteio das unidades primárias que deram início ao cálculo amostral do inventário florestal.

Pois bem, para dar início ao inventário, o Serviço Florestal Brasileiro sorteou no interior dos 330 mil hectares correspondentes à área da Flona de Caxiuanã, seis unidades primárias, cada uma com seus 25.000 m², conforme mencionado acima. A Imagem 5 demonstra como as seis unidades primárias se espalharam pela Flona após o sorteio:

A partir de então, iniciou-se o procedimento de demarcação das Unidades Secundárias e Terciárias no interior das seis unidades primárias sorteadas. Ao fim da demarcação das unidades terciárias, tem-se que:

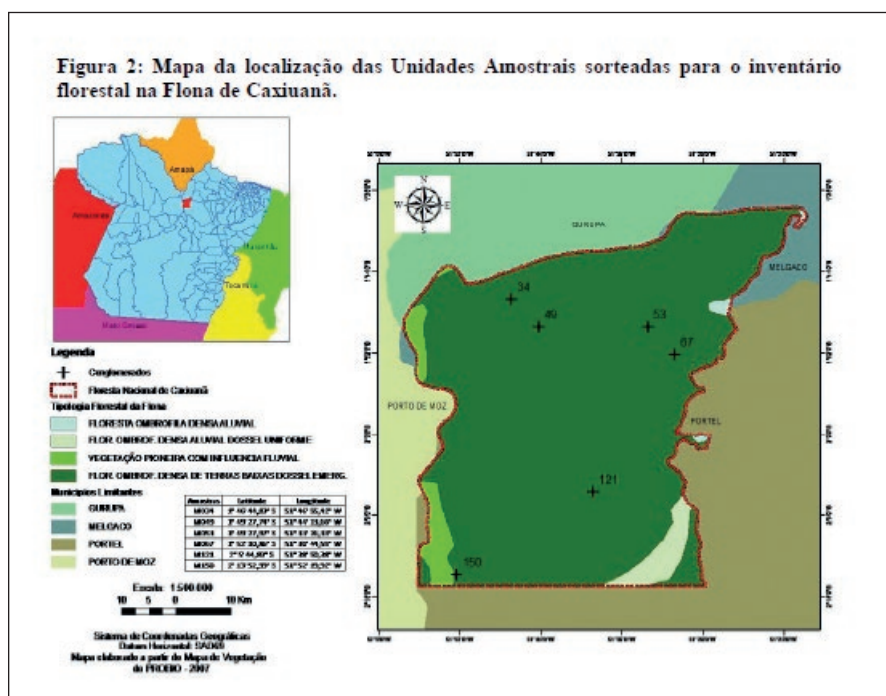
- a) Considerando a demarcação de seis Unidades Primárias; considerando que cada unidade primária possui cinco unidades secundárias; considerando que cada unidade secundária possui quatro unidades terciárias; e considerando que cada unidade terciária possui 4000 m² de área, **a área florestal total analisada pelo Serviço Florestal Brasileiro foi de 480.000 m² — o equivalente a 48 hectares;**¹²¹
- b) Por consequência, o resultado do inventário florestal, que deverá representar a totalidade das árvores de uma área florestal de 330 mil hectares (ou 3.300.000.000 m²), foi alcançado mediante análise de

¹²⁰ 1 hectare corresponde a 10.000 m².

¹²¹ Esse resultado foi obtido a partir dos seguintes cálculos: 4.000 x 4 (UT's) = 16.000 m²; 16.000 x 5 (US's) = 80.000 m²; 80.000 x 6 (UP's) = 480.000 m².

uma área total 480.000 m² (ou 48 hectares). Isso quer dizer que o resultado do inventário florestal será obtido mediante análise de uma área que corresponde a 1/68.750 da área que irá refletir. Isto é: a área onde se realizou a análise florestal (interior das Unidades Terciárias) deveria ser multiplicada por 68.750 vezes para que chegasse ao número correspondente à área da Flona de Caxiuanã (480.000 m² x 68.750 = 3.300.000.000 m²).

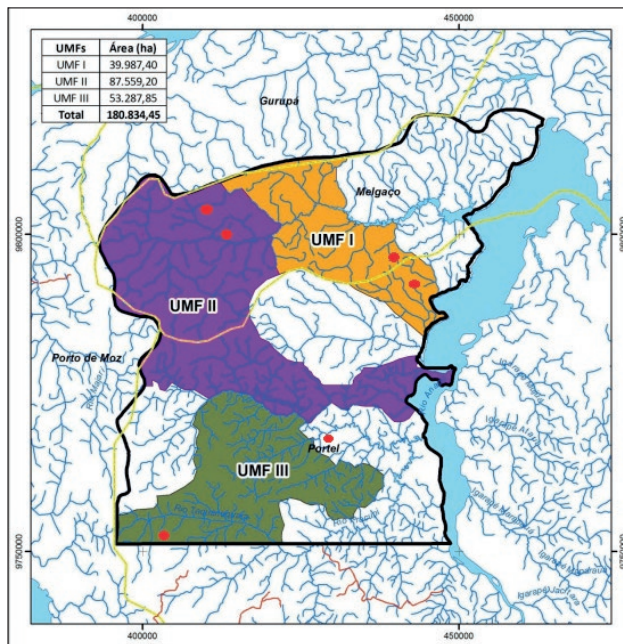
Imagem 5: disposição das Unidades Primárias no interior da Flona de Caxiuanã



Fonte: site do Serviço Florestal Brasileiro

Além disto, ressalte-se que os resultados de análises florestais obtidas em locais pontuais da floresta foram replicados para outras áreas que, eventualmente, apresentam características naturais diferentes, o que resulta em grande variação na distribuição das espécies de árvores no interior da floresta. A Imagem 6 — elaborada sem muito rigor cartográfico — demonstra que os pontos sorteados aleatoriamente como Unidades Primárias (representados em vermelho) se distanciam muito entre si, podendo resultar em alterações de suas características vegetais.

Imagem 6: Unidades Primárias em comparação às UMF's



Fonte: Site do Serviço Florestal Brasileiro com interferências do autor

Além disso, merece relevância o seguinte fato: como o inventário florestal foi preparado para fins de elaboração do Plano de Manejo da Unidade de Conservação, no ano de 2009¹²² — e, nessa época, as Unidades de Manejo ainda não tinham sido estabelecidas —, pode ocorrer de uma das Unidades Primárias sorteadas ficar fora dos limites de todas as UMF's, como ilustrado acima. Repita-se que essa ilustração — diferentemente das demais, obtidas diretamente do *site* do Serviço Florestal Brasileiro — não possui rigor cartográfico, admitindo-se a possibilidade de erro nessa representação. Entretanto, a Imagem 6 nos permite perceber que há possibilidade de uma Unidade Primária ficar fora dos limites das UMF's que serão concedidas.

Os números analisados acima dão a exata noção que proponho como contexto do problema de pesquisa: o inventário florestal amostral realizado na Flona de Caxiuanã (que possui a mesma metodologia dos inventários considerados nas demais concessões florestais) tem grande propensão a não corresponder à realidade que será encontrada quando se iniciar a exploração das

122 Disponível em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuanã, acessado em 23/11/2014.

UMF's. Entretanto, merece destaque um último ponto a respeito desse inventário, que aumenta, nesse caso particularmente, a insegurança do concessionário: o inventário florestal da Flona de Caxiuanã foi realizado 5 anos antes do lançamento do edital de concessão das UMF's.

Conforme se verifica com a análise dos documentos disponibilizados pelo Serviço Florestal Brasileiro em seu *site*, o relatório final de apresentação de resultados do inventário florestal (denominado "Relatório Final do Inventário Florestal Amostral da Floresta Nacional Caxiuanã") foi elaborado em setembro de 2009, ao passo que os documentos de suporte ao edital de concessão florestal da Flona de Caxiuanã foram lançados pelo SFB em 24 de julho de 2014.¹²³

Isto se deu porque o Inventário Florestal que servirá de apoio à concessão florestal não foi elaborado especificamente para este fim, mas para a elaboração do Plano de Manejo da Flona de Caxiuanã. Esta Flona, apesar de ter sido criada pelo Decreto 1.239, de 1961, até o ano de 2009 não possuía o seu "Plano de Manejo"¹²⁴, que é obrigatório para a exploração sustentável dos recursos naturais de qualquer Unidade de Conservação, conforme determina a Lei do SNUC:

Art. 2º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
(...)

XVII — plano de manejo: documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade.

123 Disponível em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuanã, acessado em 23/11/2014.

124 Importante esclarecer que o "Plano de Manejo" a que o inciso XVII do art. 2º da Lei do SNUC se refere é o Plano de Manejo da Unidade de Conservação que, como dito, é o documento técnico responsável por elencar o conjunto de normas que irão nortear os objetivos a serem alcançados pela UC. Esse documento técnico em nada se confunde com o Plano de Manejo Florestal Sustentável ("PMFS"), previsto na Lei 11.284/2006, que é o documento técnico a ser elaborado pelo Concessionário que possibilitará o início das atividades florestais na UMF, após aprovação desse documento pelo órgão ambiental competente. É exatamente esse dos art. 31, I e 18, §5º da Lei 11.284/2006:

"Art. 31. Incumbe ao concessionário:

I - elaborar e executar o PMFS, conforme previsto nas normas técnicas aplicáveis e especificações do contrato;"

Art. 18, §5º. "O início das atividades florestais na unidade de manejo somente poderá ser efetivado com a aprovação do respectivo PMFS pelo órgão competente do Sisnama e a consequente obtenção da licença de operação pelo concessionário."

Nas concessões realizadas pelo Serviço Florestal Brasileiro, os inventários florestais não são elaborados para o fim específico da concessão, mas sim para embasar a elaboração do Plano de Manejo da Unidade de Conservação. Nesse sentido, destaca-se trecho do já mencionado Relatório Final do Inventário Florestal Amostral da Flona de Caxiuanã: “[o] objetivo do inventário florestal por amostragem na Floresta Nacional do Caxiuanã foi subsidiar a elaboração do Plano de Manejo dessa Unidade de Conservação”¹²⁵.

O problema é que, no caso de Caxiuanã, as UMF's da concessão só foram determinadas cinco anos depois da elaboração do inventário, aumentando ainda mais a insegurança e a incerteza do futuro concessionário. Não se pode ter certeza, sequer, se as árvores analisadas pelo estudo (aquelas inseridas dentro das Unidades Terciárias) continuam de pé.

Diante desse panorama o resultado é:

- (i) o particular que pretende concorrer à concessão florestal não pode ter certeza se as árvores anunciadas pelo inventário florestal irão corresponder à realidade estimada;
- (ii) por consequência, é impossível calcular, com precisão, a receita que será auferida com a exploração sustentável da madeira. Este valor pode variar muito (tanto para cima, quanto para baixo) — é exatamente esse risco que chamei de “contexto”;
- (iii) diante desse cenário, o ideal seria que o contrato de concessão alocasse o risco do inventário florestal na parte que tem melhores condições de suportar o evento indesejável (a ocorrência, de fato, de erro no resultado do inventário florestal). Entretanto, os contratos de concessão florestal — inclusive a minuta do edital de Caxiuanã — são silentes quanto a isso. Na história das concessões florestais, esse risco, em razão da absoluta omissão quanto a sua previsão, é assumido somente pelo particular. Isso é o “problema” que pretendo solucionar: a má administração desse risco pelo SFB.
- (iv) Como consequência desse problema de má administração do risco do inventário florestal, apresentam-se dois perfis de licitante para a concessão (os dois devem ser evitados):

125 Disponível em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuanã, acessado em 23/11/2014. **Relatório Final do Inventário Florestal Amostral da Floresta Nacional Caxiuanã**. p. 4.

- a. o Licitante Conservador, que embuti no preço a ser ofertado ao SFB os eventuais custos que serão arcados com a ocorrência do evento indesejável (erro do inventário florestal), caso esse evento efetivamente se materialize. Nesse cenário, a ineficiência é patente, pois o Estado irá sustentar os custos da materialização do risco, mesmo que esse risco não se materialize; ou
- b. o Licitante Irresponsável, que negligencia a possibilidade de erro do inventário florestal, oferecendo um preço ao SFB considerando apenas o acerto estudo amostral. Nesse caso, o Preço Ofertado é superior ao ofertado pelo Licitante Conservador (aumentando as chances de o Licitante Irresponsável vencer a licitação), todavia, caso o risco do inventário florestal se materialize, a receita é altamente impactada, comprometendo, eventualmente, a viabilidade da concessão.

Nesse “contexto” de absoluta incerteza (que é natural e inevitável para o setor, haja vista as limitações técnicas do inventário florestal) será proposto um novo mecanismo para a alocação do risco do inventário florestal, a fim de que o concessionário, no momento de sua oferta, possa se basear nos resultados do inventário florestal, sem, contudo, prejudicar sua receita, caso esse risco se materialize. Essa proposta, caso implementada, irá aumentar significativamente a eficiência da concessão, bem como reduzirá (ou, até mesmo, acabará) com a chance de inviabilidade da concessão por erro do inventário florestal.

Antes de apresentar a proposta que irá sanar o problema aqui delineado, necessário analisar como os contratos de concessão florestal trabalham com o elemento do risco. Ao final do próximo capítulo, ficará ainda mais claro que o SFB não lida da maneira mais adequada (em termos de eficiência) com o risco do inventário florestal. Ficaré ainda mais claro, portanto, o “problema” diagnosticado.

III. Delineando o problema: a má administração do risco do inventário florestal

III.1. Considerações iniciais sobre o instituto da concessão

A Constituição da República, em seu art. 175, caput, previu que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos.**” (grifou-se). A partir dessa base constitucional, foi editada, em 1995, a Lei 8.987/1995, que regulamenta os institutos da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previstos no referido dispositivo constitucional.

Segundo o art. 2º, inciso II dessa lei, o instituto da “concessão de serviço público” pode ser definido como: “concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado” (grifou-se).

Ou seja, o “poder concedente” (Estado) transfere à iniciativa privada a prestação de determinado serviço (público), sempre por conta e risco do parceiro privado. Esta ideia se encaixa perfeitamente à nova orientação política do Estado brasileiro a partir da década de 90, conforme apresentado na Introdução: a desestatização, mediante a transferência pelo Estado à iniciativa privada da prestação de determinados serviços que geravam elevados gastos aos cofres públicos, aumentando-se, por consequência, a eficiência na prestação do serviço concedido.

Ainda sobre a definição de concessão de serviço público, convém citar o entendimento da doutrina. Para Carvalho Filho:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário.¹²⁶

Nesta esteira, foi editada em 2006 a Lei 11.284/2006. Por se tratar de um serviço não abrangido no escopo inicial das concessões comuns regulamentadas pela Lei 8.987/1995 — mas sim um serviço de gestão de florestas públicas visando à produção sustentável — o legislador editou uma nova norma. Manteve-se a premissa de redução do tamanho do Estado; adicionou-se, contudo, a característica da necessidade de preservação ambiental. A fim de ressaltar as semelhanças com as concessões comuns, convém mencionar o art. 3, VII da Lei de Concessão Florestal, que define este serviço:

VII — concessão florestal: delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação

126 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 371.

e demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado. (grifou-se)

Percebe-se, portanto, que as premissas são as mesmas, mas, enquanto o objeto da concessão da Lei 8.987/1995 é a transferência ao particular da **prestação de serviço público**, a concessão da Lei 11.284 se detém a transferir ao parceiro privado **a exploração sustentável de produtos e serviços florestais**.

Sobre as peculiaridades que diferem a concessão objeto da Lei 8.987/1995 e a concessão florestal da Lei 11.284/2006, cabe fazer rápida digressão: em 2007 o Partido Popular Socialista — PPS ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI) em face do art. 10 desta lei. Em suas razões, alega que “o ato normativo impugnado colide com o disposto no artigo 49, inciso XVII, da Constituição do Brasil”¹²⁷ que outorga ao Congresso Nacional a competência para aprovar previamente a alienação ou concessão de terras públicas de área superior a 2.500 há. Como não há previsão legal sobre essa manifestação do Congresso, entende o PPS que o dispositivo legal padece de vício de constitucionalidade.

Em sua manifestação, o Advogado Geral da União defende a constitucionalidade da norma questionada, afirmando que, por meio da celebração de concessão florestal, o Poder Público procura colocar à disposição de particulares, mediante remuneração, o direito de praticar o manejo florestal sustentável, para a exploração de produtos e serviços em determinada área de manejo:

Desde logo, é possível observar que **o objeto do contrato idealizado pela Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006, não é a concessão de uso de bem público**, com finalidade definida, tal como se prevê no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, **mas, sim, o de ter para si o direito de realizar — em nome do Poder Público — o manejo florestal sustentável, para exploração de bens e produtos previamente delimitados, em determinadas unidades de manejo. (...) A diferença entre as duas espécies de concessão, disciplinadas por lei especial, é evidente. Enquanto uma possui como objeto o direito de praticar manejo em florestas públicas, a outra viabiliza a concessão de direito real de uso.**¹²⁸ (grifou-se)

Pois bem, entendidas algumas semelhanças e diferenças entre a concessão comum e a concessão florestal, avança-se sobre o tema objeto deste ca-

127 Trecho extraído do despacho do relator, em 05/12/2007, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2577429>, acessado em 23/11/2014.

128 Advocacia Geral da União, petição de manifestação na ADI 3989, p. 444.

pítulo, passando-se a analisar detidamente como o elemento “risco” é tratado nos contratos de concessão (em especial, nos contratos de concessão florestal), para, posteriormente, compreender a má administração de um risco específico: o “risco do inventário florestal”.

III.2. O tratamento do elemento “risco” nas concessões florestais

Pode-se notar, a partir das duas definições legais de concessão (concessão de serviço público e concessão florestal) acima transcritas, que a palavra “risco” é mencionada em ambas. Percebe-se, desde já, a importância deste elemento para qualquer contrato de concessão.

Entretanto, ambas as leis negligenciam a importância da **distribuição** de riscos, entre poder concedente e parceiro privado, no contrato de concessão. Um dos fatores mais importantes — se não o mais importante — para o sucesso de um contrato de concessão é definido por Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹²⁹ da seguinte maneira: “[a] **distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato**. Trata-se de antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências de ocorrências futuras.” (grifou-se).

A partir desta definição, percebe-se a extrema importância que a alocação de riscos exerce sobre um contrato de concessão. O que ocorre na prática, no entanto, é que a Lei de Concessão Florestal não dá a devida atenção a esse elemento, refletindo no descaso dos contratos de concessão com o elemento risco.

Nos próximos parágrafos demonstrarei, brevemente, como a Lei de Concessão Florestal negligencia essa importante função de qualquer concessão. Em seguida, demonstrarei como a distribuição de riscos é tratada pelos contratos de concessão florestal. Por fim, apresentarei argumentos doutrinários que se preocupam em fornecer ao gestor público critérios para uma distribuição de riscos compromissada com o princípio da eficiência. Entendido esses critérios, será possível compreender que alocar o risco do inventário florestal no parceiro privado não é o mais recomendável, em termos de eficiência, demonstrando-se a necessidade de proposição de algo novo, no que tange à alocação desse risco.

III.2.1. A Lei de Concessão Florestal e a Distribuição de Riscos

O único momento em que a referida lei se preocupa em mencionar o “risco” do contrato de concessão é para afirmar que a concessão florestal correrá “por conta e risco” do parceiro privado. Diferentemente da doutrina, o legislador não se preocupou em mencionar a importância de uma correta distribuição de riscos para o sucesso de uma concessão.

129 RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP**. 1ª edição, 2ª triagem. Editora Malheiros, 2007, p. 117.

O descaso da referida lei com uma distribuição de riscos bem elaborada também pode ser percebido com a análise do art. 30. Esse artigo indica as cláusulas essenciais do contrato de concessão florestal e, dentre seus vinte incisos, sequer um se destina a prever a essencialidade da cláusula de alocação de riscos em um contrato de concessão florestal. O inciso que mais se aproxima disto é o V, que dispõe que é essencial uma cláusula relativa “ao modo, à forma e às condições de exploração de serviços e prática do manejo florestal;” (grifou-se).

Não se defende aqui que a lei preveja, de antemão, todas as hipóteses nas quais o risco deveria ser alocado ao parceiro privado, ou ao Poder Concedente. Entendo, contudo, que o tratamento legal adequado a evitar o “descaso” com uma distribuição de riscos bem elaborada seria, simplesmente, reconhecer a possibilidade de realizar a distribuição de riscos contratualmente, a depender do que for mais conveniente para cada caso. Para isso, o ideal seria haver expressa previsão legal nesse sentido, bem como previsão atribuindo ao gestor público a possibilidade de realizar a “alocação caso a caso” (discricionariedade).

Esse tratamento legal na questão da alocação do risco é discutido pela doutrina. Analogamente ao que faz a Lei 11.284/2006, a Lei 8.987/1995 entende que as concessões de serviço público correrão por conta e risco do concessionário.¹³⁰ Entretanto, avançando sobre o tema, a Lei 11.079/2004, privilegiando a eficiência, prevê expressamente a repartição objetiva dos riscos, facultando ao gestor público alocar os riscos de cada concessão à parte que terá melhores condições de geri-lo. Exatamente nesse sentido, Portugal Ribeiro enaltece os benefícios advindos com a Lei 11.079/2004:

Em relação aos contratos de PPP, da Lei 11.079/04, o art. 5º, inciso III, claramente estabeleceu a possibilidade de repartição pelo contrato dos riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Portanto, em relação às PPPs, não há dúvidas que o art. 65, inciso II, alínea d, não incide para efeito da definição da alocação desses riscos.^{131 132}

130 Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado. (grifou-se)

131 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 84.

132 O mencionado art. 65, II, d, pertence à Lei 8.666/1993 e é emblemático na discussão da matéria sobre distribuição de riscos. Esse destaque ocorre pelo seguinte: por vezes, quando da assinatura de contratos de concessão simples, alocavam-se determinados riscos ao parceiro privado (considerando que ele tinha melhores condições de gerir o risco em questão). En-

Então, em vez de acompanhar os avanços jurídicos (em homenagem ao princípio da eficiência) percebidos com a edição da Lei 11.079/2004, a Lei 11.284/2006, mesmo sendo mais recente, foi retrógrada em relação ao conteúdo de “distribuição de riscos”, incorporando em seu texto conceitos já ultrapassados constantes da Lei 8.987, e transmitindo a ideia de que os riscos da concessão florestal deverão correr por conta e risco do parceiro privado.

Ou seja, apesar de a doutrina considerar que “[a] distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato” de concessão, a Lei é inteiramente omissa quanto a esse assunto. Pela estrita interpretação da lei, depreende-se, inclusive, que todo o risco da atividade concedida deve ser alocado no parceiro privado (pois a atividade corre por “sua conta e risco”), o que é um absurdo jurídico do ponto de vista da eficiência. Como consequência desse “descaso legal” com a distribuição de riscos eficiente, os contratos de concessão florestal até hoje celebrados são eivados do mesmo defeito.

III.2.2. Os Contratos de Concessão Florestal e a distribuição de riscos

Como decorrência da omissão legislativa quanto à necessidade de uma eficiente distribuição de riscos, os contratos de concessão florestal são extremamente insipientes neste assunto. Percebe-se que o intuito é alocar o máximo de riscos no parceiro privado para que, na eventualidade de materialização destes riscos, esta seja a parte responsabilizada pela sua reparação. É bem verdade que, ao longo do tempo, os contratos de concessão florestal vêm avançando no que tange à distribuição de riscos mais eficientes, mas ainda é notória a necessidade de aprimoramento deste aspecto contratual.

A fim de ressaltar o pouco caso dado para uma alocação de riscos eficiente nos contratos de concessão florestal, e os pequenos avanços que têm sido observados neste assunto ao longo do tempo, destacam-se abaixo cláusulas de contratos firmados em diferentes períodos de tempo. Primeiramente, transcrevo a cláusula 13ª do Contrato de Concessão da UMF I da Flona do Jamari (Rondônia), que é a cláusula responsável por dispor sobre os riscos dessa con-

tretanto, diante da materialização do risco, o concessionário, em conduta oportunista, invocava a aplicação do referido dispositivo da lei de licitações, o qual dispõe que os contratos regidos por essa lei poderiam ser alterados, por acordo das partes, *“para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”* (grifou-se). E, o que ocorria eventualmente, era a renegociação do contrato, com base na alegação desses “fatos imprevisíveis” ainda que houvesse previsão contratual explícita alocando esse risco ao parceiro privado (ou seja, não se tratava de fato imprevisível).

cessão. Ressalte-se que essa foi a primeira concessão florestal realizada pelo SFB, assinada em 16/10/2008:

CLÁUSULA 13ª. DOS CUSTOS E RISCOS RELACIONADOS À EXECUÇÃO DO CONTRATO

O **CONCESSIONÁRIO** assumirá sempre, em caráter exclusivo, todos os custos e riscos relacionados com a implementação do PMFS, arcando com todos os prejuízos, quer diretos ou por intermédio de terceiros, no período de vigência deste Contrato, sem direito a qualquer pagamento, reembolso ou indenização, caso a exploração de recursos florestais seja insuficiente para a recuperação dos investimentos realizados e o reembolso das despesas.¹³³

Transcrevo, agora, a minuta da cláusula que dispõe sobre a distribuição de riscos da concessão das UMF's da Flona de Caxiuanã — próxima concessão florestal a ser realizada pelo SFB:

Cláusula 18 — DA ALOCAÇÃO DE RISCOS

A alocação dos riscos associados à execução deste contrato de concessão segue o disposto na subcláusula 18.1, cabendo ao concessionário a responsabilidade pelos demais riscos relacionados à presente concessão.

Subcláusula 18.1 — Riscos atribuídos ao concessionário.

Com exceção dos listados no subitem 18.2 deste contrato, o concessionário é integral e exclusivamente responsável pelos riscos relacionados ao contrato de concessão, notadamente por:

- I. demanda comercial e preços de venda de produtos inferiores aos projetados pelo concessionário;
- II. aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;
- III. variações nas taxas de câmbio;
- IV. atrasos nos processos de licenciamento por ineficiência do concessionário;
- V. ocorrência de danos ambientais e a terceiros relacionados à atuação do concessionário;
- VI. perda da capacidade financeira de execução do contrato;

¹³³ Disponível em: http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/florestas-sob-concessao/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&catid=98&id=1091, acessado em 23/11/2014.

VII. perecimento, destruição, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos bens reversíveis;

VIII. recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento de passivo relacionado à atuação do concessionário;

IX. prejuízos causados a terceiros, pelo concessionário ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ele vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela concessão.

Subcláusula 18.2 — Riscos atribuídos ao poder concedente.

I. redução da área outorgada por sobreposição a atividades econômicas reguladas pelo Estado;

II. redução da área outorgada motivada por fatores sociais;

III. necessidade de investimentos, por parte do concessionário, adicionais às obrigações expressas em contrato;

IV. impedimentos à continuidade da execução do objeto do contrato motivados por fatores imputados ao poder concedente;

V. mudanças normativas, no âmbito do poder concedente que afetem diretamente os encargos e custos de produção;

VI. onerações decorrentes de descobertas arqueológicas;

VII. extinção do contrato por interesse da administração.¹³⁴

Analisando as duas cláusulas contratuais acima transcritas, percebe-se que, em um primeiro momento, o tratamento legal dado à questão da distribuição de riscos (“descaso”) refletia em como o assunto era tratado nos contratos de concessão florestal: a concessão florestal corre “por conta e risco” do concessionário, que assume todos os custos e riscos relacionados à exploração florestal sustentável. Esse entendimento se manteve por muito tempo — todos os contratos de concessão florestal realizados pelo Serviço Florestal Brasileiro até hoje (cinco processos de concessão já foram concluídos) adotam esse mesmo tratamento para os riscos do contrato¹³⁵.

Entretanto, o Serviço Florestal Brasileiro vem avançando no tema. A minuta do contrato de concessão florestal de Caxiuanã prevê, em uma subcláusula, os riscos que serão alocados ao Poder Concedente. Isso demonstra maior pre-

134 Disponível em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuanã, acessado em 23/11/2014.

135 Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/florestas-sob-concessao/tres-florestas-nacionais-abrigam-concessao-florestal>, acessado em 23/11/2014.

ocupação com uma correta distribuição dos riscos e, consequentemente, com uma gestão mais eficiente das próximas UMF's que serão concedidas.

Apesar dos (elogiáveis) avanços percebidos em Caxiuanã no que tange à alocação de riscos mais eficiente, o “problema” aqui apresentado ainda não foi solucionado. Apesar de a minuta desse contrato, pela primeira vez, tentar antecipar possibilidades de eventos indesejáveis que podem ocorrer durante a concessão, o risco do inventário florestal continua sendo negligenciado. O cenário continua propiciando a concorrência entre o Licitante Conservador e o Licitante Irresponsável.

É exatamente nesse cenário que pretendo sugerir uma solução para o problema. Admitindo que a grande probabilidade de erro do inventário florestal em relação à realidade é uma característica intrínseca a qualquer concessão florestal (ainda não temos técnicas aptas a conferir 100% de precisão aos inventários florestais), mas reconhecendo, ao mesmo tempo, que o inventário florestal é insubstituível para esse tipo de concessão (pois é o lastro que o licitante precisa para calcular o preço que irá ofertar) — esse é o “contexto” apresentado —, minha proposta pretende estabelecer mecanismos para administrar esse risco da melhor maneira possível. Com isso, uma vez ocorrido o erro do inventário florestal (materialização do “risco do inventário florestal”), a mitigação desse evento indesejável será a mais eficiente possível.

E para se alcançar o objetivo esperado com essa proposta (qual seja, a maximização da eficiência para lidar com o risco do inventário florestal) será necessário (i) alocar o risco do inventário florestal a uma das partes contratuais e (ii) fazer isso com base em critérios de eficiência pré-estabelecidos pela doutrina, que auxiliam a enxergar a parte contratual mais apta a suportar determinado risco. Sendo assim, a próxima seção desse capítulo terá o objetivo de demonstrar esses critérios, para que, ao fim, possa se sugerir uma alocação eficiente.

III.3. Critérios para uma distribuição de riscos eficiente

Como já foi mencionado aqui, uma distribuição de riscos mal feita implica a redução da eficiência econômica do contrato. Nesse sentido, Maurício Portugal Ribeiro afirma que, “[e]m relação à matriz de riscos, **a maximização da eficiência econômica** do contrato é obtida por meio da **alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo.**”¹³⁶ (grifou-se).

Entendido isso, passa-se a explicar os critérios objetivos pelos quais se entende, no caso concreto, quem (parceiro privado ou Poder Concedente) possui melhores condições de gerenciar um determinado risco. Posteriormente, será possível quem detém melhores condições de gerir especificamente o risco do inventário florestal.

136 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 80.

O primeiro critério consiste na redução das chances de ocorrência do evento indesejável / aumento das chances de ocorrência do evento desejável. Portanto, de acordo com esse primeiro critério:

[...] o risco deve ser sempre alocado à parte que a um custo mais baixo pode reduzir as chances de o evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances do evento desejável ocorrer. Esse critério leva em conta a capacidade das partes de adotar ações preventivas para evitar eventos indesejáveis ou incentivar a ocorrência de eventos desejáveis.¹³⁷ (grifou-se)

Fica nítida a noção de eficiência econômica com a o trecho transcrito acima: não faz sentido alocar um determinado risco a um contratante, se a outra parte contratual consegue, a um custo menor, evitar que o evento indesejável ocorra (ou adotar práticas que favoreçam a ocorrência de eventos positivos).

Como exemplo da utilização desse primeiro critério, menciona-se a alocação ao parceiro privado do risco de atraso na construção de determinado empreendimento em contratos de PPP. Se o parceiro privado é quem realiza as obras e, ainda, é quem detém *expertise* para o gerenciamento do risco de construção — pois atua nesse mercado —, ele arcará com menores custos do que o Estado para **evitar** o atraso nas obras. Em razão disso, é mais eficiente, do ponto de vista econômico, alocar esse risco no parceiro privado.

O segundo critério para definição da parte que tem melhores condições de gerenciar o risco consiste no seguinte: melhor capacidade de reparar os danos decorrentes da materialização do risco. Nas palavras de Portugal Ribeiro, esse critério considera que:

ao invés da capacidade de prevenção dos eventos indesejados, **a capacidade de gerenciar as consequências danosas, caso o evento indesejado se realize.** Por esse critério, **o risco deve ser alocado à parte que pode melhor mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável.**¹³⁸ (grifou-se)

Um ótimo exemplo trabalhado por esse autor em seu livro para demonstrar a aplicação prática desse critério é o caso da concessão do metrô na Inglaterra: como nem o parceiro privado, nem a Administração Pública, têm condições

137 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 80.

138 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 81.

técnicas de reduzir as chances de interferências imprevistas na construção do metrô, como a existência de cabos, dutos ou canais no subsolo (portanto, o primeiro critério é inaplicável), aloca-se o risco no parceiro privado, que terá melhores condições de **remediar** o problema, caso ocorra.

Esses dois primeiros critérios a serem considerados, são destacados também por Marcos Pinto. Na sua visão, esses critérios compõem o que chamou de “primeira diretriz” a ser considerada na tarefa de alocação de riscos: “os riscos de uma PPP devem ser alocados para a parte que puder, a um custo mais baixo, reduzir as chances de que o prejuízo venha a se materializar ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes.”¹³⁹.

Há um terceiro critério considerado pela doutrina: capacidade de “externalizar”¹⁴⁰ os custos de prevenir ou mitigar a materialização do risco. Para a doutrina econômica, externalizar um custo consiste, basicamente, no repasse desse custo, que deveria ser arcado por uma pessoa específica, para terceiros que não têm qualquer relação com o evento indesejável.

Portanto, por esse critério, “os riscos devem ser alocados sempre sobre a parte que tem menores possibilidades de ‘externalizar’ as consequências do evento indesejável, ou seja, repassar para terceiros o custo desses eventos”.¹⁴¹ A explicação lógica que justifica esse critério é que “a possibilidade de repassar facilmente o custo para um terceiro tira geralmente o incentivo da parte para prevenir e remediar adequadamente a ocorrência de eventos indesejáveis.”¹⁴²

A respeito desse tema, é interessante a análise de Portugal Ribeiro, ao afirmar que “considerando que a Administração Pública sempre repassa os seus custos direta ou indiretamente para os contribuintes, a utilização desse critério levaria a priorizar a transferência para o parceiro privado dos riscos.”¹⁴³. Entretanto, isso não deve prevalecer sempre.

Há situações em que o parceiro privado não tem como evitar ou remediar a materialização do risco. É exatamente o caso do risco do inventário florestal.

139 BARBOSA, Marcos Pinto. **Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas**, p. 168. Texto publicado na Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 13, N. 25, P. 155-182, JUN. 2006. Disponível em http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2506.pdf, acessado em 23/11/2014.

140 “Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto.” (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**; tradução Allan Vidal Hastings, Elisete Paes e Lima; Revisão Técnica Carlos Roberto Martins Passos, Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2009).

141 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 81.

142 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 82.

143 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 82.

Para essas situações surge o quarto critério, que, eventualmente, pode se sobrepor ao terceiro.

O quarto critério se aplica às situações em que **não é possível se estabelecer com clareza quem (parceiro privado ou poder concedente)** possui melhores condições para evitar o evento indesejável, ou quem irá remediar esse evento a um custo mais baixo. É exatamente por força da existência de riscos dessa natureza que surgem os perfis do Licitante Conservador e do Licitante Irresponsável.

Como não se possui meios para evitar a ocorrência do evento indesejável, os interessados na concessão tendem, no momento de enviar suas propostas, a embutir no Preço Ofertado os custos que estimam com a ocorrência desse evento. Aplicando essa explicação teórica ao exemplo do inventário florestal, os licitantes tentam precificar o erro do inventário florestal, para embutir esse custo na proposta que fará ao SFB. Com isso, a consequência lógica é que o próprio Estado suportará as consequências do evento indesejável, mesmo que o evento indesejável não ocorra (*i.e.*, mesmo que o inventário florestal esteja compatível com a realidade). Exatamente sobre essa situação, Portugal Ribeiro explica que:

Se, contudo, o parceiro privado não puder encontrar cobertura securitária no mercado, **ele, para se resguardar contra o risco do evento indesejável, incluirá no seu preço o custo total de lidar com os eventos indesejáveis. Isso significa que a Administração Pública e/ou os usuários estarão a pagar pelas consequências do evento indesejado, mesmo em um cenário em que tal evento não ocorra.** Por isso (...) faz sentido alocar o risco sobre a Administração Pública. (grifou-se).

A conclusão acima tem o seguinte racional: alocando aquele risco que é impossível de se evitar na Administração Pública, os custos de sua eventual materialização só serão pagos quando o evento indesejável efetivamente ocorrer. Em contrapartida, alocando esse risco no particular — como fazem os contratos de concessão florestal quanto ao risco do inventário — o custo com a materialização do risco será pago independentemente de sua efetiva materialização. Surge, portanto, o Licitante Conservador, que é altamente ineficiente para a concessão.

Há ainda uma segunda reação possível imaginada para esse cenário: a do Licitante Irresponsável. Nessa visão, o interessado oferta a sua proposta de preço desconsiderando a possibilidade de erro do inventário florestal. Com isso, se compromete a pagar um preço mais benéfico ao Estado, em comparação àquele Licitante Conservador. Entretanto, caso o vencedor da licitação seja o irresponsável, e caso a estimativa do inventário florestal esteja efetivamente errada, será muito difícil fazer jus ao pagamento que se comprometeu, pois

os produtos florestais não renderão toda a receita que calculou. Esse é o pior cenário imaginável, pois poderá resultar na **inviabilidade da concessão florestal**, maculando-se todos os objetivos do Estado de eficiência e preservação ambiental pensados com a edição da Lei 11.284/2004.

O quarto critério serve, portanto, para evitar o surgimento desses dois perfis acima retratado, pois aquele torna a concessão ineficiente, e este torna a concessão inviável, em caso de materialização do risco. Portanto, mediante aplicação desse quarto critério, quando estivermos diante de uma situação na qual seja impossível identificar a parte com melhores condições de **evitar** a ocorrência do evento indesejável, ou com melhores condições de **remediar** o dano, considerando a inexistência de cobertura securitária para o caso, **a solução é atribuir o risco à Administração Pública** (conforme sugere Portugal Ribeiro).

Não é outra a conclusão de Marcos Pinto: ao se referir à hipótese narrada, afirma:

O custo de seguros não deve influenciar a alocação de riscos em uma PPP, exceto **nos casos em que os riscos correspondentes não encontrem cobertura no mercado, ou cujos prêmios sejam proibitivos. Nesses casos, é mais eficiente que o Estado assuma o risco em questão, vendendo sua capacidade de absorção de perdas para o parceiro privado a um preço adequado.**¹⁴⁴ (grifou-se).

Importa mencionar a nota de rodapé 29 utilizada por este autor para explicar sua conclusão: “[e]m tese, essa venda da proteção contra riscos decorre naturalmente do processo de licitação. **Se o risco foi absorvido pelo Estado, o setor privado terá condições de formular propostas mais atrativas, remunerando assim, implicitamente, o Estado.**”¹⁴⁵ (grifou-se).

Como a atividade de gestão florestal — e especificamente o risco do inventário florestal — ainda não dispõe de coberturas securitárias, conclui-se, pela aplicação do quarto critério, ser mais eficiente que a Administração Pública se responsabilize pelo erro da estimativa do inventário, possibilitando aos licitantes a oferta de um preço mais atrativo, sem, contudo, serem irresponsáveis.

144 BARBOSA, Marcos Pinto. **Repatrição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas**, p. 170. Texto publicado na Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 13, N. 25, P. 155-182, JUN. 2006. Disponível em http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2506.pdf, acessado em 23/11/2014.

145 BARBOSA, Marcos Pinto. **Repatrição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas**, p. 170. Texto publicado na Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 13, N. 25, P. 155-182, JUN. 2006. Disponível em http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2506.pdf, acessado em 23/11/2014.

III.4. Medidas adotadas pelo SFB para reduzir as incertezas da concessão: tentando modificar o “contexto”

Nessa seção pretendo analisar medidas já adotadas pelo Serviço Florestal Brasileiro, desde os primeiros contratos de concessão florestal até os mais recentes, que pretendem reduzir o grau de incerteza do concessionário. Meu objetivo é demonstrar que, apesar das preocupações do Poder Concedente que serão aqui apresentadas, os contratos de concessão continuam expostos ao problema delineado por este trabalho: má administração do risco do inventário florestal, resultando em ineficiência da concessão florestal e, eventualmente, na sua inviabilidade.

III.4.1. Visitação às UMF's

A primeira medida que destaco como benéfica para a redução das incertezas relacionadas às espécies de madeira existentes em uma UMF é a possibilidade de visitação, por parte dos interessados, às UMF's que serão concedidas. Com essa medida, os licitantes não ficam totalmente reféns dos dados calculados no inventário florestal amostral e divulgados pelo SFB, podendo elaborar seus próprios cálculos de estimativa de volume e qualidade das espécies madeireiras existentes na UMF que pretendem gerir.

Essa medida foi prevista pela primeira vez no edital de licitação para a concessão da Flona de Saracá-Taquera (Pará), a segunda concessão realizada pelo SFB, datada de agosto de 2010. Desde então, todos os editais de licitação para concessão vêm considerando essa importante medida de redução de incertezas. Ressalte-se que o atual concessionário da Flona de Jamari (Rondônia) — primeira Flona concedida pelo SFB (2008) não contou com essa possibilidade.

Para estabelecer as regras de visitação das UMF's, os editais de licitação disponibilizam um documento anexo denominado “Regras de Visitação”. Contudo, analisando as Regras de Visitação de cada concessão, percebe-se algumas limitações à possibilidade de visitação pelos licitantes. Apesar de ser um importante passo dado pelo SFB, que permite o licitante ter contato direto com a área que pretende gerir, não é essa providência que garantirá ao concessionário total previsibilidade das características vegetais da UMF. Destacam-se algumas limitações extraídas das próprias Regras de Visitação, que contribuem para a manutenção do cenário de insegurança:

a) Baixo número de representantes da empresa durante a visita:

Em nenhuma das quatro concessões já realizadas em que se permitiu a visitação dos licitantes, admitiu-se a possibilidade de visitação de mais de quatro representantes da empresa. Com isso é possível perceber a inexistência de um cenário capaz de garantir ao particular a elaboração de estudos que possibilitem algum tipo de previsibilidade das características vegetais da UMF.

A título exemplificativo convém mencionar a limitação de quatro representantes com um dado extraído do Relatório Final do inventário florestal de Caxiuanã: para a elaboração do inventário florestal dessa Flona, 27 pessoas estavam diretamente envolvidas para a realização dos estudos.¹⁴⁶ Impossível, portanto, conceber que uma visita de quatro pessoas seja capaz de elaborar um estudo completo sobre a UMF.

b) limitação do número de dias para a visitação e logística oferecida:

Outro entrave extraído das Regras de Visitação é a limitação no número de dias para a visitação e, bem como a logística oferecida aos licitantes. Sobre o tema, convém mencionar, mais uma vez, o inventário florestal realizado em Caxiuanã: para a conclusão desse estudo, os contratados do SFB se dedicaram à análise florestal por um período de 23 dias no período de 14 de julho a 5 de agosto de 2008.¹⁴⁷ Para um otimizar o tempo dedicado à elaboração do inventário, a equipe contratada possuía uma ampla logística, com barco (onde via de regra pernoitavam), material de acampamento e cozinheiros, para preparar as refeições dos integrantes do inventário.¹⁴⁸

Esse contexto em nada se aproxima com o que é oferecido aos licitantes durante a visitação: é bem verdade que as Regras de Visitação (considerando todas as visitas já autorizadas pelo SFB) permitiam que o visitante se utilize do apoio logístico que entender necessário (barco, avião, veículos tracionados). Entretanto, é oferecido apenas um dia de visitação para os interessados. Ora, é absolutamente inimaginável que, em um período de algumas horas, seja possível realizar um estudo capaz de conferir previsibilidade quanto ao material vegetal existente na UMF.

Percebe-se, portanto, que a possibilidade de visitação, que passou a ser admitida a partir da concessão da Flona de Saracá-Taquera, apesar de representar um aumento no nível de previsibilidade da UMF que os licitantes pretendem gerir, não pode ser considerada como solução. As limitações impostas pelo SFB ao instituto da visitação impedem o avanço no que diz respeito à redução das incertezas.

146 Relatório do Inventário Florestal Amostral da Floresta Nacional de Caxiuanã, p. 18. Documento disponível em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuana, acessado em 23/11/2014.

147 Relatório do Inventário Florestal Amostral da Floresta Nacional de Caxiuanã, p. 50. Documento disponível em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuana, acessado em 23/11/2014.

148 Relatório do Inventário Florestal Amostral da Floresta Nacional de Caxiuanã, p. 19 a 22. Documento disponível em http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/destaques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuana, acessado em 23/11/2014.

III.4.2. Aumento do prazo para a apresentação das propostas

Outra medida que vem sendo adotada pelo SFB a fim de conferir maiores possibilidades para os licitantes reduzirem suas incertezas sobre a UMF que pretendem gerir vem sendo o constante aumento dos prazos para a elaboração das propostas ao longo das concessões já realizadas. Esse aumento decorre de um maior espaço de tempo entre a data da publicação do edital de licitação da concessão da Flona e a data prevista para a entrega das propostas pelos licitantes.

Esse interregno é útil para que os interessados possam se aprofundar nos estudos sobre a área que será concedida. Com mais tempo para elaborar suas propostas, é possível produzir estudos mais substanciais, reduzindo as incertezas sobre a vegetação da UMF e melhorando a proposta que irão oferecer.

A fim de demonstrar os esforços do SFB para aumentar o prazo para a apresentação das propostas, passo a expor a data da publicação do edital e a data marcada para a apresentação das propostas em cada uma das concessões:

- (i) Flona da Jamari (RO): edital publicado em 13/11/2007; entrega dos envelopes com as propostas agendadas para 07/02/2008. Isso resulta em um período de, aproximadamente, três meses de estudos por parte dos licitantes.
- (ii) Flona de Saracá-Taquera (PA): edital publicado em 28/04/2009; entrega dos envelopes com as propostas agendadas para 14/12/2009. Isso resulta em um período de, aproximadamente, oito meses de estudos por parte dos licitantes.
- (iii) Flona de Jacundá (RO) e Flona de Saracá-Taquera — Lote Sul (PA): editais publicados em 12/04/2012; entrega dos envelopes com as propostas agendadas para 13/09/2012. Isso resulta em um período de, aproximadamente, cinco meses de estudos por parte dos licitantes.
- (iv) Flona do Crepori (PA): edital publicado em 31/05/2013; entrega dos envelopes com as propostas agendadas para 28/01/2014. Isso resulta em um período de, aproximadamente, oito meses de estudos por parte dos licitantes.
- (v) Flona de Altamira (PA) — processo de licitação ainda em trâmite: edital publicado em 27/08/2013; entrega dos envelopes com as propostas agendadas para 12/03/2014. Isso resulta em um período de, aproximadamente, sete meses de estudos por parte dos licitantes.

Percebe-se que o SFB vem concedendo prazos maiores aos licitantes para que possam elaborar seus estudos de forma mais profunda e substancial. Prazos que, no início, não possibilitavam aos licitantes desenvolver estudos aprofundados (como os prazos de três e cinco meses) foram dando espaço, com o avançar dos anos, a prazos mais confortáveis (sete e oito meses), para que as propostas fossem embasadas por estudos mais robustos.

Reconhecidamente as medidas acima mencionadas e implementadas ao longo dos anos pelo SFB — tanto a visitação às UMF's, quanto o aumento dos prazos para a realização de estudos pelos interessados — são importantes para reduzir o grau de incerteza dos licitantes na concessão. Especialmente em relação ao risco do inventário florestal, permite-se que os particulares desenvolvam seus próprios estudos de estimativa do volume e qualidade das espécies de madeira que encontrarão, caso se tornem concessionários. Com isso, não ficam reféns dos dados anunciados pelo SFB.

No entanto, essas medidas não são suficientes. As incongruências entre estimativa e realidade permanecem atormentando os licitantes, pois não sabem, com um nível razoável de certeza, se o resultado estimado para o produto madeira em tora irá se confirmar na prática. Ou seja, por não termos, ainda, condições técnicas capazes de eliminar o risco decorrente das estimativas do inventário florestal (ou reduzi-lo consideravelmente), somos obrigados a permanecer com ele, afinal, é melhor conviver com as incertezas do inventário florestal (e saber administrá-las) do que não ter nenhuma estimativa sobre o potencial de exploração da UMF.

O grande problema, contudo, é que não estamos sabendo administrar esse risco. Alocando-o ao concessionário, permanece o cenário dos dois perfis de licitantes que devem ser evitados: a do Licitante Conservador (que reduz a eficiência da concessão florestal) e a do Licitante Irresponsável (que pode resultar na inviabilidade da concessão caso os estudos amostrais não se confirmem). Diante desse cenário, passo a expor o que imagino como solução.

IV. Apresentação da proposta: mecanismo de bandas

Nesse último capítulo, apresentarei a solução que vislumbro para o problema delineado ao longo do trabalho. Para isso, proponho um mecanismo de compartilhamento de riscos inspirado nas cláusulas do contrato de concessão patrocinada para a operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 do metrô de São Paulo. Aplicando as ideias arquitetadas nessa minuta de contrato, combinando a isso os critérios oferecidos pela doutrina para uma distribuição de riscos eficientes, surge uma solução para o problema decorrente da imprevisibilidade dos inventários florestais.

Essa solução se baseia na ideia de que o risco de o inventário florestal não refletir a realidade das espécies madeireiras inseridas na UMF — que atualmente é inteiramente alocado no parceiro privado — é passível de redistribuição entre concessionário e Poder Concedente. Para isso, devem-se utilizar mecanismos de **reequilíbrio econômico-financeiro**. Sobre o tema, passo a expor brevemente a relação entre o sistema de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e a distribuição de riscos:

IV.1. Distribuição de riscos e Sistema de Reequilíbrio Econômico-Financeiro

Muitas vezes a doutrina, de maneira errônea, define o sistema de equilíbrio econômico-financeiro do contrato como sinônimo da elaboração de uma matriz de riscos. Entretanto, apesar de serem conceitos que muitas vezes caminham juntos na prática, possuem funções distintas. Portanto, nesse item, pretendo demonstrar as diferenças conceituais entre distribuição de riscos e sistema de equilíbrio econômico-financeiro do contrato para, em seguida, esclarecer como esses dois conceitos estão interligados. Restará claro, ao fim, que uma matriz de riscos bem elaborada depende de um sistema de equilíbrio econômico-financeiro bem definido e funcional. Com isso, será possível compreender por completo a proposta que apresentarei como solução para o problema.

Sobre a diferenciação entre os conceitos de equilíbrio econômico-financeiro e matriz de riscos — e as interações desses conceitos — Maurício Portugal Ribeiro explica o seguinte:

A matriz de riscos, ao estipular as responsabilidades de cada uma das partes do contrato, fixa o conjunto de encargos e benefícios de cada parte e, assim, em conjunto com os indicadores de serviços e o sistema de pagamentos, constituem o que a doutrina jurídica costuma chamar de “equação econômico-financeira” do contrato.

Ora, a manutenção no tempo da equação econômico-financeira do contrato, isto é, o cumprimento permanente, e, portanto, estabilização temporal — da distribuição de encargos e benefícios previstos na matriz de riscos contratual —, requer a previsão de um sistema de equilíbrio econômico-financeiro.¹⁴⁹ (grifou-se).

Em outras palavras: a matriz de riscos, como já mencionado, é um dos principais aspectos do contrato de concessão, responsável, junto com outros

149 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 78.

fatores, por estabelecer as **condições** da prestação do serviço objeto da concessão (ou estabelecer a “equação econômico-financeira”). Entretanto, com o passar do tempo, essas condições podem, eventualmente, se modificarem em relação ao que foi imaginado inicialmente. Para essas situações, surge o mecanismo de reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

A fim de melhor compreender a interação desses dois importantes aspectos dos contratos de concessão, cabe mencionar exemplo fornecido por Portugal Ribeiro:

Existem riscos atribuídos no contrato a uma das partes, mas cujos eventos gravosos a eles relacionados afetam adversamente outra parte do contrato. Imagine-se um contrato em que os riscos de caso fortuito e força maior sejam atribuídos ao Poder Concedente e imagine-se que ocorram eventos de força maior que impeçam, por um período, a cobrança de tarifa pelo parceiro privado. Ora, nesse caso, apesar do risco de força maior ser do Poder Concedente, a ocorrência gravosa a ele relacionada (impossibilidade de cobrança de tarifa) afeta diretamente o parceiro privado. Nesse tipo de circunstância, **o sistema de equilíbrio econômico-financeiro é utilizado para indenizar ao parceiro privado o prejuízo decorrente do evento de força maior, de modo a cumprir a matriz de riscos contratual.**¹⁵⁰ (grifou-se)

Com esse exemplo fica clara a função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e sua relação com o elemento risco: dedica-se a cumprir permanentemente o que foi estabelecido na matriz de riscos contratual. Se um determinado evento gravoso, cujo contrato atribui a materialização desse risco a uma parte, é suportado pela outra parte, deve-se “reequilibrar” essa situação, para que a matriz de riscos seja efetivamente cumprida.

Esse aspecto dos contratos de concessão possui grande vinculação com o tema aqui explorado: como visto, a matriz de riscos dos contratos de concessão até hoje realizados alocam o risco de o inventário florestal no parceiro privado, apesar de, como já demonstrado, existirem importantes benefícios em se alocar esse risco na Administração Pública¹⁵¹. Utilizando-se da base teórica sobre os critérios para uma alocação de riscos eficientes, e no exemplo prático da concessão da Linha 4 do metrô de São Paulo, a proposta aqui apresenta-

150 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 79.

151 Esse tema foi explorado na seção III.3, quando analisei os critérios fornecidos pela doutrina para uma alocação de riscos eficiente.

da perpassará pelo sistema de equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque a solução que vislumbro “reequilibrará” o ônus de arcar com a ocorrência de eventos imprevisíveis — inicialmente arcados inteiramente pelo parceiro privado — envolvendo o Poder Concedente nessa equação.

IV.2. Compartilhamento dos riscos: o mecanismo de bandas utilizado no metrô de São Paulo

Apesar de terem objetos distintos, tanto a concessão de transporte público de passageiros, quanto a de exploração sustentável de produtos florestais são altamente dependentes de estimativas bem elaboradas.¹⁵² Enquanto a concessão florestal está altamente relacionada a uma estimativa compatível com a realidade feita pelo inventário florestal, o sucesso da concessão do serviço de transportes de passageiros é relacionado diretamente com uma correta estimativa de sua demanda — só com ambas estimativas bem feitas é possível calcular o preço a ser ofertado ao Poder Concedente no momento da licitação.

Um dos documentos necessários para o lançamento do edital de concessão da Linha 4 do metrô de São Paulo é o **estudo de demanda projetada**, que comporá um dos anexos do contrato de concessão. Nesse estudo, o poder concedente informa aos particulares interessados na concessão quais as **estimativas de demanda para o metrô durante o período de concessão**. Esse estudo é de fundamental importância para a elaboração da proposta do interessado: com base na quantidade de passageiros que o Estado estima que serão transportados por metrô, os particulares são capazes de estimar a receita tarifária a ser gerada pelo projeto.

Da mesma forma ocorre nos contratos de concessão florestal. Com base no volume / qualidade das espécies madeireiras que o Serviço Florestal Brasileiro estima existir na Flona que será objeto da concessão, os interessados elaboram suas propostas de preço que pretendem pagar trimestralmente ao Poder Concedente.

Portanto, em ambos os casos os concessionários são subordinados aos números fornecidos pelos estudos de estimativa. A despeito da possibilidade de que os licitantes elaborem, internamente, seus próprios estudos (seja de demanda projetada, seja de inventário florestal), os dados divulgados pelo Estado vincularão, em larga medida, os cálculos do licitante para seu “Preço Ofertado”, afinal, o Estado é que sempre esteve em melhores condições de realizar os estudos necessários.

152 A rigor, todas as concessões são dependentes de estimativas. Os planos de Negócios que fundamentam a proposta dos licitantes nada mais são do que uma reunião de várias estimativas de diferentes itens que compõem as receitas e custos da concessão de modo sistemático para informar a tomada de decisão de potenciais investidores.

Nessa linha, tem-se que, pensando na concessão do metrô, se o número real de passageiros transportados for muito inferior ao número divulgado pelos estudos de demanda projetada, a receita do concessionário sofrerá um grande impacto negativo — mas, em tese, deverá pagar o Preço Ofertado ao poder concedente do mesmo jeito; da mesma forma ocorre na concessão florestal: se as espécies madeireiras existentes em uma UMF têm qualidade (ou volume) muito inferior ao que foi estimado pelo estudo do inventário florestal, a receita do concessionário sofrerá grande impacto negativo — mas a contraprestação devida ao poder concedente deverá ser paga da mesma forma.

Diante dessa situação, e entendendo que o risco de incompatibilidade entre a demanda projetada e a demanda efetiva não pode ser alocado inteiramente no parceiro privado, a minuta do contrato de concessão do metrô de São Paulo previu um interessante mecanismo de compartilhamento de riscos, seguindo os critérios de eficiência na distribuição de riscos fornecidos pela doutrina e analisados acima.

Esse mecanismo consiste na possibilidade de ajustes periódicos, para mais ou para menos, do valor pago pelo concessionário ao Poder Concedente, caso haja diferença entre os resultados da demanda projetada e da demanda efetiva. Passa-se, portanto, a expor a ideia desenvolvida na minuta do contrato de concessão da Linha 4 do metrô de São Paulo:

- (i) Caso a demanda trimestral efetiva esteja entre 90% e 110% da demanda projetada para o período, não haverá nenhum reajuste nas receitas decorrentes da remuneração obtida pelo concessionário decorrente da tarifa.

Exemplo: se a demanda projetada para os meses de janeiro, fevereiro e março estimava um número total de 100 passageiros utilizando o metrô, e a demanda efetiva desse período tenha ficado entre 90 e 110 passageiros, não haverá nenhum tipo de reajuste em relação à receita auferida pelo concessionário;

- (ii) Caso a demanda trimestral efetiva esteja entre 80% e 90% da demanda projetada para o período, as receitas decorrentes da tarifa paga pelos usuários será ajustada para mais, mediante aplicação de uma fórmula pré-estabelecida.

Exemplo: se a demanda projetada para os meses de janeiro, fevereiro e março estimava um número total de 100 passageiros utilizando o metrô, e a demanda efetiva desse período tenha ficado entre 80 e 90 passageiros, o Poder Concedente deverá subsidiar a diferença de receita ocorrida. Esse subsídio se dará mediante um desconto a ser

aplicado no valor trimestral a ser pago pelo concessionário ao Poder Concedente.

- (iii) Caso a demanda trimestral efetiva esteja entre 80% e 60% da demanda projetada para o período, as receitas decorrentes da tarifa paga pelos usuários será ajustada para mais, aumentando-se ainda mais o subsídio concedido pelo Poder Concedente, mediante aplicação de uma fórmula pré-estabelecida.

Exemplo: se a demanda projetada para os meses de janeiro, fevereiro e março estimava um número de 100 passageiros utilizando o metrô, e a demanda efetiva desse período tenha ficado entre 80 e 60 passageiros, o poder concedente deverá subsidiar a diferença de receita ocorrida — nesse caso, o desconto a ser aplicado no valor pago pelo concessionário ao Poder Concedente será ainda maior do que no cenário “b”.

Da mesma forma que ocorrerão ajustes em favor do concessionário nos casos em que a demanda efetiva ficou abaixo dos resultados estimados pela demanda projetada, ocorrerão similares ajustes em favor do Poder Concedente nos casos em que a demanda efetiva ultrapassar os resultados esperados pela demanda projetada. Nesse cenário, apenas para ilustrar, tem-se que: caso a demanda projetada para os meses de janeiro, fevereiro e março estime um número total de 100 passageiros utilizando o metrô, e a demanda efetiva desse período tenha ficado acima de 110%, o concessionário deverá acrescentar ao preço pago ao poder concedente um valor correspondente a esse acréscimo, que será calculado mediante aplicação de uma fórmula matemática pré-estabelecida.

Fica clara a ideia de “compartilhamento de riscos” entre Poder Concedente e Concessionário com a análise do que ocorrerá na concessão da Linha 4 do metrô de São Paulo. Ao invés de se alocar o risco de erro dos estudos da demanda projetada — que, diga-se, é um risco intrínseco a esse tipo de estudo — inteiramente no parceiro privado, abre-se a possibilidade de o Estado também arcar com eventuais perdas não estimadas inicialmente (aplicando-se o quarto critério para uma alocação de riscos eficientes, aqui apresentado), da mesma forma que ele será beneficiado em caso de eventuais ganhos inicialmente não previstos.

É exatamente isso que se pretende propor para os contratos de concessão florestal. Adequando-se a ideia pensada no setor de transporte de passageiros para a realidade da exploração florestal sustentável, é possível compartilhar os riscos de erro do inventário florestal, eliminando (ou reduzindo consideravelmente) as incertezas do concessionário em relação à receita que irá auferir pela exploração florestal do produto madeira em tora.

IV.3. Proposta da solução para o problema: aplicando o mecanismo de bandas nos contratos de Concessão Florestal

Da mesma forma que o contrato de concessão da linha 4 do metrô de São Paulo prevê ajustes em favor do concessionário caso a demanda de usuários seja inferior ao que foi inicialmente projetado, o preço a ser pago pelo parceiro privado da concessão florestal ao SFB também deverá ser ajustado, caso as espécies de madeira por ele exploradas em um trimestre não correspondam à estimativa feita pelo inventário florestal. E, isso irá refletir no valor que será pago no fim desse trimestre especificamente.

Nesse passo, minha proposta consiste nos seguintes elementos:

1. Para cada grupo de espécies considerados no inventário florestal¹⁵³ deverá ser atribuído um valor estimado por metro cúbico de madeira, calculado com base na média dos valores de mercado das espécies que integram cada grupo. Por exemplo, para cada metro cúbico de madeira em tora explorada, deveria ser atribuído, ao grupo de espécies 1, um valor de 100 reais; ao grupo de espécies 2, um valor de 150 reais; ao grupo de espécies 3, um valor de 200 reais; e ao grupo de espécies 4 um valor de 250 reais;
2. A partir do momento que o concessionário começasse a explorar a madeira, deveria fazer um controle rígido de quais espécies florestais (integrantes de qual grupo de espécies) foram efetivamente exploradas, bem como do volume total explorado. Há, inclusive, sofisticados mecanismos de controle da origem da madeira comercializada pelos concessionários. Destacam-se, por exemplo, rastreamentos da origem da tora e dispositivos de rastreamento dos veículos que fazem o transporte das toras. Utilizando-se desses mecanismos implantados pelo SFB, cujo objetivo inicial é evitar fraudes quanto à comercialização da madeira e à sustentabilidade do material explorado, é possível fazer um rígido controle do efetivo volume de madeira em tora explorado e em qual grupo de espécies esse material se enquadra.
3. Ao fim de um período trimestral, que é, inclusive, o período em que o concessionário deve fazer o pagamento para o Poder Concedente, irá

153 Todos os inventários florestais até hoje realizados por determinação do SFB, ao divulgar seus resultados, dividiram as espécies de árvores encontradas em quatro grupos de espécies (grupos de 1 a 4) organizados por valor de mercado. Portanto, as espécies que integram o grupo 1 são as menos valiosas, ao passo que as espécies que integram o grupo 4 são as mais valiosas.

se calcular, com base nos valores médios previamente estabelecidos para cada grupo, quanto a exploração de madeira rendeu para o concessionário. Com isso, será alcançado um **resultado efetivo decorrente da exploração** (assim como a demanda efetiva no metrô). Com base nesse resultado, deverá ser feito a comparação com o que foi estimado no inventário florestal amostral. O valor correspondente à diferença dessa comparação é o que irá ensejar o ajuste no pagamento.

Para facilitar a visualização da solução acima sugerida, convém exemplificar: imagine-se que no primeiro trimestre de concessão, o parceiro privado tenha conseguido explorar 10 m³ de espécies de madeira inseridas no grupo 1 (totalizando 1.000 reais explorados de espécies desse grupo), 10 m³ de espécies de madeira inseridas no grupo 2 (totalizando 1.500 reais explorados de espécies desse grupo), 10 m³ de espécies de madeira inseridas no grupo 3 (totalizando 2.000 reais explorados de espécies desse grupo) e, por fim, 10 m³ de espécies de madeira inseridas no grupo 4 (totalizando 2.500 reais explorados de espécies desse grupo). Ao todo, o concessionário, no primeiro trimestre, conseguiu auferir 7.000 reais com exploração sustentável de madeira em tora.¹⁵⁴

Supondo, ainda nesse exemplo, que o inventário florestal amostral divulgado pelo SFB estimou um resultado, baseado no volume / qualidade das espécies, que fosse render, ao fim do primeiro trimestre, 10.000 reais ao concessionário pela exploração do produto madeira em tora. Nessa situação, o valor devido pelo concessionário ao SFB no final do trimestre, deveria ser ajustado, para considerar essa perda comparativa da realidade com a estimativa (três mil reais). Portanto, se o Preço Ofertado do concessionário ao SFB (a ser pago trimestralmente) foi de 20 mil reais, o valor a ser pago, efetivamente, no primeiro trimestre, considerando o erro do inventário florestal, seria 17 mil reais (10.000 — 7.000 = 3.000).

Da mesma forma, deveria haver ajuste de valores em favor do Estado se o inventário florestal, em vez de 10 mil reais, estimasse que o volume e as espécies de árvores fossem render 5 mil reais em exploração de madeira em tora. Nessa hipótese, o inventário florestal foi pessimista (previu uma realidade pior do que efetivamente se verificou), sendo merecido, portanto, o ajuste do valor em favor do SFB. Em vez de 20 mil reais ao final do primeiro trimestre, o valor a ser pago deveria ser 22 mil reais, considerando que a exploração florestal resultou em 2 mil reais a mais do que se imaginava (7.000 — 5.000 = 2.000).

154 Esses valores se pautam no exemplo fornecido acima, no qual, o metro cúbico de madeira do grupo 1 equivale a 100 reais, o metro cúbico de madeira do grupo 2 equivale a 150 reais, o metro cúbico de madeira do grupo 3 equivale 200 reais e o metro cúbico de madeira do grupo 4 equivale 200 reais.

Apresentada a proposta que entendo resolver o problema de ineficiência na alocação de riscos do inventário florestal, entende-se a influência do quarto critério apresentado na seção III.3: é mais eficiente que a Administração Pública seja responsável pela materialização de um risco quando não é possível identificar uma parte com melhores condições de prevenir ou remediar a ocorrência do evento indesejável previsto por esse risco.

Nesse sentido, é eficiente alocar o risco do inventário florestal na Administração Pública. Com isso, caso o erro represente um cenário real pior do que aquele imaginado pelo estudo amostral (inventário florestal otimista), o concessionário deverá ser indenizado, mantendo-se a eficiência da concessão.

Importante destacar, contudo, que a alocação de um risco a uma parte contratual não quer dizer que essa parte se responsabiliza apenas pelos aspectos negativos do risco. Portanto, caso o resultado da exploração da madeira em tora seja melhor do que o resultado do estudo amostral (inventário florestal pessimista), o Poder Concedente fará jus a um pagamento superior por parte do concessionário. Eficiência não significa, apenas, maximização de ganhos do parceiro privado.

Apresentada a proposta, é possível compreender, também, a relação entre a alocação do risco do inventário florestal, com o mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato: apesar de o risco de erro do inventário florestal ter sido alocado na Administração Pública, a ocorrência do evento indesejável (ou desejável) é sustentada, em um primeiro momento, pelo parceiro privado. Entretanto, utilizando-se do sistema de reequilíbrio econômico-financeiro ajusta-se o valor devido pelo concessionário ao Poder Concedente no final do trimestre.

Com a compreensão (i) da proposta aqui anunciada, (ii) dos benefícios econômicos, em termos de eficiência, que seriam gerados pela utilização dessa proposta (por fim ao contexto que cria os perfis do Licitante Conservador e do Licitante Irresponsável) e (iii) da relação com os conceitos teóricos aqui apresentados (critérios para uma alocação de riscos eficientes e sistema de equilíbrio econômico financeiro), considero o objetivo do trabalho alcançado. Cabe, por fim, com o intuito de facilitar a operacionalização dessa ideia, sugerir cláusulas para os contratos de concessão florestal que, eventualmente, adiram à sugestão.

IV.4. Sugestão de cláusula contratual

Cláusula X — DA ALOCAÇÃO DE RISCOS

A alocação dos riscos associados à execução deste contrato de concessão segue o disposto nas subcláusulas X.1 e X.2, cabendo ao concessionário a responsabilidade pelos riscos relacionados à presente concessão não previstos nesse contrato.

Subcláusula X.1 — Riscos atribuídos ao concessionário.

(...)

Subcláusula X.2 — Riscos atribuídos ao poder concedente.

I — A ocorrência de resultados diferentes do estimado nos estudos amostrais do inventário florestal, no que toca exclusivamente ao volume e a qualidade do produto madeira em tora explorado, respeitada uma margem de erro de 10% para mais ou para menos do que foi estimado pelo inventário florestal.

(...)

Cláusula Y — Mitigação dos Riscos

I — Caso o RESULTADO EFETIVO da exploração do produto madeira em tora, ao final de um trimestre, considerando o volume total explorado, e os valores atribuídos a cada grupo de espécie de madeira, esteja entre 90% (noventa por cento) e 110% (cento e dez por cento), inclusive, do RESULTADO ESTIMADO pelos estudos amostrais para o período, não haverá nenhum ajuste a ser realizado no preço pago pelo Concessionário ao final do trimestre.

II — Caso o RESULTADO EFETIVO da exploração do produto madeira em tora, ao final de um trimestre, considerando o volume total explorado, e os valores atribuídos a cada grupo de espécie de madeira, esteja abaixo de 90% do RESULTADO ESTIMADO pelos estudos amostrais, o valor trimestral pago pelo Concessionário ao Poder Concedente deverá ser ajustado para menos, calculando-se a exata diferença entre os resultados efetivo e estimado.

III — Caso o RESULTADO EFETIVO da exploração do produto madeira em tora, ao final de um trimestre, considerando o volume total explorado, e os valores atribuídos a cada grupo de espécie de madeira, esteja acima de 110% do RESULTADO ESTIMADO pelos estudos amostrais, o valor trimestral pago pelo Concessionário ao Poder Concedente deverá ser ajustado para mais, considerando a diferença entre os resultados efetivo e estimado.

V. Conclusão

1. O estudo aqui apresentado teve por objetivo propor uma solução para uma melhor administração do risco do inventário florestal nos contratos de concessão florestal. Para melhor compreender o problema de pesquisa explorado e para o qual se propôs uma solução, demonstrou-se que as concessões florestais inserem-se em um “contexto” que gera um risco intrínseco a essa atividade. O que chamei de “contexto” é a grande propensão de um estudo de inventário florestal não ser compatível com a realidade.

2. Assim como ocorre com todas as modalidades de concessão, a concessão florestal é extremamente dependente de estudos de estimativa. Essa estimativa deve buscar antecipar o volume e as espécies (qualidades) das árvores existentes na área que será concedida à iniciativa privada. Só assim os licitantes poderão calcular o valor que esperam auferir como receita da exploração sustentável do produto “madeira em tora” (que é o principal produto de uma concessão florestal) e, a partir daí, ofertar o preço que se comprometerão a pagar ao Poder Concedente caso sejam vencedor da licitação.

3. Essa estimativa que embasará o Preço Ofertado dos licitantes é realizada mediante o estudo do inventário florestal amostral. Ocorre que, como demonstrado, o inventário florestal, por suas características técnico-metodológicas, abre margem para erros significativos da estimativa do volume e qualidade das espécies de madeira existentes na UMF. Entretanto, a despeito dos riscos que os licitantes estão sujeitos se baseando no inventário florestal, não se concebe a possibilidade de se realizar uma concessão sem a elaboração das estimativas amostrais do inventário. É por isso que me referi a esse panorama como um “contexto”, gerador de um risco intrínseco à atividade de gestão florestal (o “risco do inventário florestal”).

4. A partir da visualização do risco que é gerado por esse contexto, demonstrou-se que o SFB não o administra da melhor maneira possível. A bem da verdade, os contratos de concessão florestal, muito influenciados pela Lei 11.284/2006, não se preocupam em alocar os riscos decorrentes da atividade de manejo florestal sustentável às partes mais indicadas para suportar o evento indesejável (caso efetivamente se materialize). E o risco do inventário florestal segue esse caminho, sendo rigorosamente ignorado em todos os contratos de concessão já celebrados pelo SFB.

5. Sobre esse tema, a doutrina oferece critérios para distribuição de riscos em contratos de concessão que, quando seguidos, permitem a elaboração de uma matriz de riscos compromissada com o princípio da eficiência. E, analisando um desses critérios, pode-se perceber que, quando se está diante de riscos em que não seja possível identificar qual parte (cessionário ou Poder Concedente) possui melhores condições para **evitar** a ocorrência do evento indesejável, ou mesmo que seja impossível de se constatar quem **remediaria** esse evento a um custo mais baixo (e esse é exatamente o caso do risco do inventário florestal), o recomendável é alocar o risco à Administração Pública. Essa é a conclusão do quarto critério aqui apresentado.

6. Isso geraria um ganho de eficiência, pois, no momento da licitação, os concorrentes poderiam se basear nas estimativas divulgadas pelo inventário florestal, sem se preocupar com os eventuais erros dele decorrentes (esses erros serão sustentados pela Administração Pública). Com isso, eliminam-se as figuras do Licitante Conservador — que é a clara manifestação da ineficiência, pois embuti no Preço Ofertado os custos estimados com a ocorrência do evento indesejável, ainda que esse evento não ocorra — e do Licitante Irresponsável — que é o pior cenário para a concessão florestal, pois, ao elaborar o seu Preço Ofertado, negligencia a possibilidade de erro do inventário florestal, podendo acarretar a inviabilidade da concessão, caso o risco se materialize.

7. Levando em consideração esse cenário, apresentei duas medidas que vêm sendo implementadas pelo SFB para tentar reduzir as incertezas a que o licitante está sujeito quando da elaboração do seu Preço Ofertado, pretendendo modificar o “**contexto**” de incerteza. Entretanto, a possibilidade de visita à UMF que será objeto da concessão, e o aumento do prazo para os licitantes desenvolverem estudos próprios (são essas as medidas adotadas) não são suficientes para eliminar o risco do inventário florestal.

8. Diante desse panorama, chega-se à parte final do trabalho. Diferentemente das medidas implementadas pelo SFB, não pretendo aqui modificar o contexto de incertezas intrínseco ao inventário florestal amostral (nem poderia, por se tratar de um estudo jurídico, sem pretensões de oferecer soluções técnicas para as limitações do inventário). Propõe-se, contudo, uma solução jurídica / contratual para o “problema” diagnosticado que é, exatamente, a má administração do risco do inventário florestal, gerando ineficiência nos contratos de concessão florestal e, eventualmente, tornando-os inviáveis.

9. Para isso, a solução é inspirada na minuta do contrato de concessão da Linha 4 do Metrô de São Paulo. Da mesma forma que a estimativa das árvores é importante para a concessão florestal, a estimativa da demanda é crucial para a elaboração do preço a ser ofertado ao Estado na licitação da concessão de serviços de transporte público de passageiros. Deparando-se com esse panorama, e se adequando às limitações técnicas dos estudos de projeção da demanda, a solução encontrada pelo metrô de São Paulo para mitigar o risco foi a realização de ajustes no preço a ser pago pelo concessionário ao poder concedente. Esses ajustes seriam calculados com base na demanda projetada em comparação com a demanda efetiva.

10. Seguindo esse racional, e acreditando nos benefícios gerados com a aplicação do quarto critério para uma distribuição de riscos eficiente, a solução aqui apresentada considera que, o risco do erro do inventário florestal deve ser alocado à Administração Pública. Com isso, eventuais equívocos de suas estimativas, quando contrapostos aos resultados efetivos percebidos pelo concessionário (gerando maior ou menor receita), devem gerar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

11. Isso quer dizer que, caso o resultado efetivo tenha sido pior do que o estimado pelo inventário (respeitando-se uma margem de erro pré-estabelecida), o concessionário deve ser indenizado, pois o preço que se comprometeu a pagar era referente a um cenário mais favorável. Da mesma forma, a Administração Pública deverá ser indenizada, aumentando-se o valor a ser percebido por ela ao final do trimestre, caso o resultado efetivo da exploração de madeira em tora tenha sido melhor do que o estimado pelo inventário (respeitando-se a mesma margem de erro).

12. Os valores sugeridos no capítulo destinado à apresentação da proposta são meramente didáticos. Não foi elaborado nenhum tipo de cálculo para ver a aplicabilidade desses valores em casos concretos. Apenas pretendeu-se demonstrar os conceitos econômico-jurídicos que justificam os ajustes contratuais a serem realizados em caso de erro do inventário florestal.

13. Apresentada a solução para o problema, abre-se o caminho para novos diálogos, envolvendo a partir de agora setores técnicos, sobre como operacionalizar, da melhor maneira, a ideia aqui sugerida. Um exemplo de uma futura discussão sobre a aplicabilidade da proposta é como definir a margem de erro ideal para que ocorra o reequilíbrio econômico-financeiro (os 10% aqui sugerido é a margem de erro ideal para a atividade de exploração florestal sustentável?).

14. Outra interessante indagação que se faz a partir da proposta aqui apresentada é: nos casos do inventário pessimista (resultado efetivo melhor do que as estimativas do inventário), situação na qual o concessionário deverá pagar um valor superior ao que foi inicialmente ofertado, que mecanismos de incentivos devem ser introduzidos no contrato para que o concessionário continue explorando o produto madeira em tora. Em outras palavras: se toda a receita adicional auferida com a exploração da madeira em tora for repassada ao Poder Concedente, o concessionário não se sentirá motivado a continuar explorando esse produto a partir de um determinado momento do trimestre

(quando souber que alcançou sua “meta”). Diante desse cenário, seria interessante pensar mecanismos (e cálculos matemáticos) em que o concessionário também seja beneficiado no caso de a receita gerada ter sido superior ao que foi estimado pelo inventário. Só assim o concessionário permaneceria explorando o produto madeira em tora com afinco.

15. Pretende-se, portanto, apenas dar início a um longo e produtivo debate sobre como administrar, da maneira mais eficiente possível, o risco do inventário florestal. Conforme esse debate for sendo amadurecido e seus resultados forem sendo replicados em cláusulas contratuais, a concessão florestal será cada vez mais beneficiada, aumentando-se a eficiência do manejo florestal sustentável e alcançando os nobres objetivos idealizados pela Lei 11.284/2006: o aumento da eficiência da exploração florestal sustentável e a preservação do meio ambiente e dos recursos florestais.

Referências bibliográficas

BARBOSA, Marcos Pinto. **Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas**. Texto publicado na Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 13, N. 25, P. 155-182, JUN. 2006. Disponível em http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2506.pdf, acessado em 23/11/2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**; tradução Allan Vidal Hastings, Elisete Paes e Lima; Revisão Técnica Carlos Roberto Martins Passos, Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, Jus Podviemi, 2005.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs — Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora Atlas, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP**. 1ª edição, 2ª triagem. Editora Malheiros, 2007.

Site consultados:

<http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/florestas-sob-concessao/tres-florestas-nacionais-abrigam-concessao-florestal>, acessado em 23/11/2014.

http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/proximas-concessoes/des-taques1_proximasconcessoes/minuta-do-edital-da-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-caxiuana, acessado em 23/11/2014.

<http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/o-que-e-concessao-florestal/concessao-florestal-um-novo-paradigma-de-uso-das-florestas>, acessado em 20/11/2014.

<http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/o-que-e-concessao-florestal/concessao-florestal-um-novo-paradigma-de-uso-das-florestas>, acessado em 20/11/2014.

<http://www.matanativa.com.br/br/blog-do-inventario-florestal/entry/o-que-e-inventario-florestal>, acessado em 19/11/2014.

http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/florestas-sob-concessao/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&catid=98&id=1091, acessado em 23/11/2014.

Este livro foi produzido pela FGV DIREITO RIO,
composto com a família tipográfica Gotham
e impresso em papel avena pela gráfica Edigráfica
em 2015.

Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação em Trabalho de Conclusão

MARJORIE GRESSLER AFONSO, com o trabalho “A eficiência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: um estudo comparado entre as licitações dos contratos de recuperação, restauração e manutenção rodoviária do DNIT sob o RDC e sob a Lei nº 8.666/93”, orientada por Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e coorientada por Thiago Cardoso Araújo.

Prêmio Miranda Rosa de Qualidade em Trabalho de Conclusão

AUGUSTO RODRIGUES COUTINHO DE MELO FILHO, com o trabalho “A (des)necessidade do conceito de capital social no direito societário brasileiro: uma análise à luz do direito norte-americano e europeu”, orientado por Cássio Machado Cavalli.

Menção honrosa do Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação em Trabalho de Conclusão

JOÃO MARCELO DA COSTA E SILVA LIMA, com o trabalho “Compatibilizando meios com fins: é necessário regular a distribuição de bolsas do PROUNI por curso?”, orientado por Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

Menção honrosa do Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação em Trabalho de Conclusão

PEDRO HENRIQUE DOS REIS SILVA, com o trabalho “A distribuição de riscos em contratos de concessão florestal: uma análise econômico-jurídica do risco decorrente do inventário florestal amostral”, orientado por Marcelo Rangel Lennertz.

Menção honrosa do Prêmio Miranda Rosa de Qualidade em Trabalho de Conclusão

JOÃO MARCELO DA COSTA E SILVA LIMA, com o trabalho “Compatibilizando meios com fins: é necessário regular a distribuição de bolsas do PROUNI por curso?”, orientado por Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

Menção honrosa do Prêmio Miranda Rosa de Qualidade em Trabalho de Conclusão

MARJORIE GRESSLER AFONSO, com o trabalho “A eficiência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: um estudo comparado entre as licitações dos contratos de recuperação, restauração e manutenção rodoviária do DNIT sob o RDC e sob a Lei nº 8.666/93”, orientada por Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e coorientada por Thiago Cardoso Araújo.