ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 30 – maio/junho/julho - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E CONTRATOS DE EFICIÊNCIA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

Rafael Wallbach Schwind

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Administrativo pelo IDRFB. Advogado. E-mail: rafael@justen.com.br.

Resumo: A Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável às licitações e contratos administrativos necessários à realização dos eventos esportivos internacionais que ocorrerão no Brasil nos próximos anos, com destaque para a Copa do Mundo FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Com o objetivo de ampliar a eficiência nas contratações, a legislação do RDC previu dois mecanismos de remuneração do contratado que são bastante interessantes: a remuneração variável vinculada ao desempenho e os contratos de eficiência. O presente artigo destina-se a realizar o exame dessas duas figuras.

Palavras-chave: licitação; Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC); Lei nº 12.462; Decreto nº 7.581; Copa do Mundo; Jogos Olímpicos; remuneração variável; contratos de eficiência.

Sumário: 1 Introdução - **2** A viabilidade jurídica da remuneração atrelada ao desempenho - **2.1** A vinculação da remuneração a um resultado incerto - **2.2** A possibilidade de adoção da solução nas contratações públicas - **2.3** A experiência da remuneração vinculada ao desempenho e o seu reconhecimento jurisprudencial - **3** A remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado no âmbito do RDC - **3.1** A remuneração variável como mecanismo de função promocional do direito - **3.2** A questão da qualidade - **3.3** Cabimento - **3.4** Critérios de definição da remuneração variável - **3.4.1** A remuneração variável como mecanismo de função regulatória dos contratos administrativos - **3.4.2** Previsão de metas - **3.4.3** Padrões de qualidade - **3.4.4** Critérios de sustentabilidade ambiental - **3.4.5** Prazo de entrega - **3.5** Dever de estabelecer critérios úteis e relevantes - **3.6** A proporcionalidade da remuneração ao benefício gerado para a Administração - **3.7** Dever de clareza e objetividade na definição dos critérios - **3.8**

Responsabilidade pela fixação dos critérios - **3.9** Dever de motivação - **3.10** Respeito ao limite orçamentário - **3.11** A questão da alteração contratual - **3.12** A questão da força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração - **4** Os contratos de eficiência no âmbito do RDC - **4.1** A sistemática do contrato de eficiência - **4.2** Objeto - **4.3** Objetivo - **4.4** Sistemática da remuneração - **4.5** Propostas de trabalho e de preço - **4.6** Identificação do maior retorno econômico - **4.7** Consequências do não atingimento da economia prevista - **4.8** Ainda a questão da força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração - **5** Conclusão

1 Introdução

1 A Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, objeto da conversão da Medida Provisória nº 527, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

Trata-se de regime aplicável às licitações e contratos administrativos necessários à realização (i) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, (ii) da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, e (iii) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos mundiais.

Em seguida, no dia 11 de outubro de 2011, foi editado o Decreto nº 7.581, que regulamenta a lei.

2 Além de agilizar a realização das licitações, um dos objetivos centrais do RDC consiste na *ampliação da eficiência nas contratações*, de modo que elas propiciem maiores vantagens à Administração Pública.

Dentro dessa ideia, foram previstos dois mecanismos de remuneração do contratado que são bastante interessantes: (i) a *remuneração variável vinculada ao desempenho* (artigo 10 da Lei nº 12.462 e artigo 70 do Decreto nº 7.581), e (ii) os *contratos de eficiência* em que a remuneração do contratado será proporcional à economia gerada para a Administração Pública (artigo 23 da Lei nº 12.462 e artigos 36 e 37 do Decreto nº 7.581).

Em linhas gerais, a remuneração variável e os contratos de eficiência constituem mecanismos pelos quais se pretende subordinar a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro pré-determinado acerca do qual não se tem certeza sobre sua ocorrência. Adota-se uma sistemática de *contratos de risco*, em que o contratado assume o risco de ter ao menos parte de sua remuneração diretamente vinculada à obtenção de certos resultados. A vantagem para a Administração Pública, por outro lado, é evidente, uma vez que o dever de remunerar o contratado surgirá, pelo menos em parte, apenas se for obtido o resultado esperado que gera benefícios ao contratante[1].

3 No presente ensaio, serão examinadas essas duas figuras previstas na legislação do RDC.

[1] Conforme restará demonstrado ao longo do texto, existem diferenças marcantes entre a remuneração variável e os contratos de eficiência. As considerações expostas nesta introdução são feitas aqui de modo genérico, apenas para situar o contexto em que a matéria será examinada.

Inicialmente, será demonstrada a viabilidade jurídica de se vincular a remuneração do contratado à obtenção de determinados resultados. Conforme será exposto, já existem experiências de remuneração variável em algumas contratações públicas, tendo essa sistemática sido reputada válida pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União.

Em seguida, passar-se-á ao exame das disposições específicas da Lei nº 12.462 e do Decreto nº 7.581 que tratam da remuneração variável e dos contratos de eficiência. Será dada ênfase às hipóteses de cabimento e às opções possíveis de formatação contratual, com a identificação de questões que provavelmente surgirão e a propositura de algumas soluções.

Ao final, será proposto que o modelo de contratos de risco seja mais utilizado pela Administração Pública, uma vez que essas avenças, quando bem concebidas, têm muito a contribuir para a maior eficiência na execução de obras e serviços, sem colocar em risco as prerrogativas da Administração nem comprometer a busca pela satisfação dos interesses públicos envolvidos.

É este o itinerário que será aqui percorrido.

2 A viabilidade jurídica da remuneração atrelada ao desempenho

4 Logo que foi publicada a Lei nº 12.462/2011, houve questionamentos quanto à constitucionalidade do mecanismo da remuneração variável.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.645, proposta perante o STF por três partidos políticos (PSDB, DEM e PPS), argumentou-se que o artigo 10 da Lei nº 12.462/2011 conferiria uma discricionariedade excessiva ao gestor público. Assim, seria ofensivo aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade que o Estado escolhesse quanto pagaria ao contratado, ainda mais com base em critérios vagos e imprecisos.

A ação, que trata também de uma série de outros dispositivos da lei do RDC, ainda não foi julgada.

5 A constitucionalidade da remuneração variável também foi invocada pelo Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014, da Quinta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. O Grupo de Trabalho apresentou uma representação ao Procurador Geral da República em que defendeu a necessidade de propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que versasse sobre uma série de dispositivos da lei – dentre eles o artigo 4º, inciso IV, e o artigo 10.

De acordo com o Grupo de Trabalho, a remuneração variável seria caracterizada por um "elevado subjetivismo", uma vez que a Lei não apontaria os parâmetros que devem orientar a fixação dos critérios de avaliação.

Além disso, a remuneração variável seria um prêmio para o contratado "em detrimento da obrigação legal de executar o contrato".

Por fim, ainda de acordo com o Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014, o mecanismo instituído pela Lei nº 12.462/2011 seria uma "cópia mal elaborada" do artigo 6º da Lei nº 11.079/2004 ("lei das parcerias público-privadas"), sendo que sua aplicação somente seria compatível em arranjos contratuais que exijam estudos técnicos complexos e demonstrem a estimativa de retorno e a criação de indicadores de desempenho – o que não seria o caso das contratações submetidas ao RDC.

6 Diante dessas alegações, e previamente à análise da remuneração variável e do contrato de eficiência, cabe aqui examinar se a vinculação da remuneração do contratado a um evento futuro e incerto constitui efetivamente um mecanismo válido ou não.

Desde logo, já se adianta que o mecanismo de se vincular a remuneração do contratado ao seu desempenho pode propiciar significativas vantagens à Administração Pública. Sua validade inclusive já foi reconhecida em diversos casos, mesmo antes da edição da Lei nº 12.462/2011.

Aliás, a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta dias depois pelo Procurador-Geral da República (ADI nº 4.655) não questionou a constitucionalidade do artigo 4º, inciso IV, nem do artigo 10 da Lei nº 12.462/2011.

2.1 A vinculação da remuneração a um resultado incerto

7 Não há nenhum impedimento a que o tomador de um serviço remunere o prestador na proporção de um benefício efetivamente propiciado por aquela contratação, sem levar em consideração exclusivamente os esforços empregados pelo contratado. Pelo contrário, a vinculação da remuneração à obtenção de uma vantagem previamente determinada pode ser a solução mais vantajosa tanto para o tomador quanto para o prestador.

Existem hipóteses em que o simples esforço do prestador em realizar sua atividade não propicia nenhum benefício efetivo ao tomador do serviço. Mesmo que o contratado empregue toda a sua *expertise* na execução contratual, o contratante somente obtém um real benefício se o resultado final lhe for proveitoso.

É o que ocorre, por exemplo, nas *obrigações de fim ou de resultado*. Em arranjos contratuais que envolvem esse tipo de obrigação, o contratado obriga-se a obter um resultado determinado, que é o único reputado vantajoso pelo contratante. Ao contrário do que ocorre nas *obrigações de meio*, em que o prestador assume a obrigação de empregar seus esforços em direção de um objetivo, nos contratos de resultado, o contratado obriga-se à obtenção do próprio benefício esperado, sem o qual não terá havido o adimplemento da obrigação[2].

Portanto, a solução de se condicionar a remuneração do contratado à obtenção de determinado benefício ao tomador do serviço é plenamente aceitável e bastante difundida.

8 Isso não significa que seja obrigatório vincular a remuneração do contratado ao resultado final quando apenas tal resultado proporcione benefícios efetivos ao contratante. No momento de definição das condições contratuais, existe uma ponderação dos riscos e dos benefícios envolvidos. Eventualmente, condicionar a integralidade da remuneração do contratado à obtenção de um benefício cuja ocorrência é incerta poderá ser a solução mais

[2] Como ensina Sílvio de Salvo Venosa: "Na primeira modalidade, obrigações de resultado, o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida. Na segunda hipótese, obrigações de meio, deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação" (*Direito Civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. 2. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 52).

adequada ao tomador, mas propiciará riscos tão significativos ao prestador que acabará por afastar qualquer possível interessado no desempenho da atividade – não se chegando, consequentemente, a resultado nenhum. Em outros casos, a produção do resultado final pode ser tão fácil ou até mesmo tão pouco expressiva perto de outros proveitos proporcionados pelo desempenho do serviço que a vinculação da remuneração a ele não será a melhor alternativa.

A vinculação da remuneração do contratado à obtenção de um resultado futuro e incerto, portanto, deriva da ponderação dos custos de transação envolvidos para ambas as partes. Trata-se, em última análise, de uma sistemática de alocação de riscos, uma vez que há uma definição sobre quem assumirá os riscos relacionados à efetiva obtenção de determinado proveito.

9 Dois exemplos podem esclarecer essas considerações.

Imagine-se a hipótese de um contrato de pesquisa e lavra de minerais. Nesse tipo de contratação, ainda que o contratado empregue todos os seus esforços, o contratante somente auferirá um benefício efetivo com a localização de minerais em determinada quantidade. Por mais esforçado, capaz e diligente que seja o contratado, poderá não haver proveito nenhum ao contratante. Nesse tipo de situação, a vinculação da remuneração à obtenção de um resultado final poderá ser a melhor solução.

Entretanto, dependendo da situação concreta, a vinculação integral da remuneração do contratado ao resultado final pode não ser possível. Eventualmente, estudos prévios poderão demonstrar que o risco de não se obter um resultado final satisfatório é demasiadamente elevado (por exemplo, porque a quantidade de minerais ali existentes provavelmente não é muito grande), ou ainda poderão demonstrar que os custos necessários ao desempenho da atividade são proibitivos se não houver alguma garantia de remuneração *pro labore*. Nesse caso, a vinculação da remuneração ao resultado final tornará a contratação muito arriscada aos eventuais interessados, podendo afastá-los totalmente.

O segundo exemplo consiste na contratação de serviços de advocacia em que se vincula o pagamento dos honorários à obtenção do êxito pretendido, e não *pro labore*. Nesse caso, o profissional contratado somente será remunerado se obtiver o proveito buscado pelo contratante. Trata-se de uma contratação de risco bastante difundida.

10 Portanto, a vinculação da remuneração à obtenção de um resultado final incerto envolve uma ponderação da vantagem almejada e dos riscos envolvidos. Não se trata necessariamente de um agravamento da situação do tomador nem do prestador.

2.2 A possibilidade de adoção da solução nas contratações públicas

11 Não se contraponha que a remuneração condicionada ao sucesso do contratado acarretaria uma elevação da remuneração do particular, o que seria prejudicial aos interesses públicos – por exemplo, por ocasionar um dispêndio maior de recursos públicos. A objeção seria a seguinte: como a Administração deve buscar a melhor qualidade possível dentro das necessidades relacionadas à contratação, seria descabido pagar remuneração

adicional no caso de se chegar a um determinado resultado; ou esse resultado seria obrigatório, ou seria desnecessário, o que impediria que fosse tomado como fator para a definição da remuneração.

Essa objeção não merece guarida.

12 A remuneração variável pode estar vinculada à obtenção de um benefício *adicional* à Administração Pública. Ou seja, pode haver a previsão de determinados parâmetros de qualidade, sendo que, se forem atingidos índices superiores que gerem benefícios adicionais, poderá ser vinculada a eles uma remuneração adicional.

Portanto, não há o abandono dos deveres de qualidade nem das obrigações assumidas pelo contratado. Em determinadas situações, a vinculação da remuneração à obtenção de um resultado configura a solução mais vantajosa para a própria Administração Pública, que somente efetuará qualquer pagamento se obtiver efetivamente um benefício com a contratação.

Além disso, a remuneração vinculada ao resultado obtido pelo particular representa uma contrapartida pela elevação do risco assumido. Não se trata de onerar os cofres públicos de modo indevido. É evidente que a incerteza quanto ao resultado final justifica a percepção de uma remuneração mais elevada. A contrapartida para a Administração é que a remuneração somente será devida se as vantagens almejadas forem efetivamente obtidas.

Logo, seria um equívoco afirmar que a remuneração variável proporcionaria um agravamento da posição jurídica da Administração Pública. Não se trata de um agravamento nem da situação da Administração, nem da situação do particular. Trata-se, isso sim, de encontrar a justa medida entre a relevância do benefício almejado pela Administração e o montante da remuneração a ser paga ao contratado. O impacto das reais vantagens deve ser estipulado e avaliado em cada caso, a fim de que a remuneração devida seja dimensionada de modo justo.

Evidentemente, mesmo em situações de remuneração variável, haverá o dever de a Administração, na engenharia contratual, buscar que a remuneração do particular seja módica. Do contrário, não será atendido o princípio da economicidade. Entretanto, essa avaliação somente pode ser feita à luz do caso concreto, tomando em conta a dimensão do risco assumido pelo contratado, as práticas de mercado e a relevância das vantagens buscadas pela Administração Pública.

13 Tampouco se pode dizer que a Lei nº 8.666/1993, no seu artigo 65, inciso II, alínea *d*, conteria uma sistemática obrigatória de alocação de riscos pela qual as decorrências de fatores imponderáveis seriam sempre assumidas pela Administração. A objeção seria a seguinte: como fatos imprevisíveis, ou previsíveis (mas de consequências incalculáveis) dariam ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro da avença, não seria possível construir uma sistemática contratual em que o particular assuma riscos derivados de fatores de incerteza.

Objeção nesse sentido é claramente improcedente e deriva de uma série de equívocos.

Note-se, primeiramente, que a Lei nº 12.462/2011 apresenta o mesmo nível hierárquico da Lei nº 8.666/1993. Ambas são leis ordinárias que se aplicam aos seus respectivos âmbitos de incidência – sendo que o § 2º do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011 inclusive afasta expressamente a aplicação

subsidiária da Lei nº 8.666/1993. Assim, não há problema algum em que esses diplomas estabeleçam sistemáticas diferenciadas no que se refere à distribuição de riscos.

Mas não é nem mesmo necessário recorrer ao argumento da hierarquia de normas ou de não aplicação subsidiária do RDC para responder à objeção levantada. A questão, na verdade, é de natureza diversa. Diz respeito à própria compreensão do artigo 65, inciso II, alínea *d*, da Lei nº 8.666/1993. Esse dispositivo não contém uma sistemática impositiva de alocação de riscos. Ele trata, na verdade, de eventos extracontratuais. É plenamente possível que um contrato administrativo preveja uma sistemática de alocação de riscos específica, em que o contratado assuma os riscos relacionados a determinados eventos futuros e incertos. Trata-se de uma decisão tomada em termos de eficiência alocativa, à luz das condições do caso concreto.

Essa questão já foi muito bem exposta por Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, nos seguintes termos:

> A partir da leitura do art. 65, II, "d", da Lei 8.666/93, pretende-se atribuir à Administração Pública os riscos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe etc. nos contratos de obras e de prestação de serviços, como se o contrato não pudesse dispor de forma diferente. Todavia, essa interpretação passa ao largo do fato de que o dispositivo menciona tratar-se de evento extracontratual. Ora, se o contrato dispuser de forma distinta, portanto, deverá prevalecer. Pensamos que não há – seja na Lei 8.666/1993 ou em qualquer outro diploma legal – um sistema de distribuição de riscos positivado. Aliás, assim que deve ser, pois a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não de valor[3].

14 Na verdade, a assunção de riscos pelo particular é muito comum nos próprios contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993.

É frequente que a remuneração do particular seja vinculada ao atingimento de certos eventos, e não em função das horas trabalhadas ou dos quantitativos de material empregados. Isso é bastante comum em contratos de obras e de prestação de serviços.

Outro arranjo contratual que inegavelmente engloba riscos significativos para o particular é o da empreitada integral. Em uma empreitada integral, também conhecida como *turn-key*, o contratado tem o dever de executar e entregar um "empreendimento" pronto e em condições de funcionamento para a Administração. Como ensina Marçal Justen Filho, a empreitada integral "é adequada nas hipóteses de objetos dotados de elevada carga de complexidade, em que a Administração não dispõe de condições de identificar, de modo preciso e exato, as etapas, as tecnologias e os custos mais adequados. A empreitada integral propicia, nesses casos, que a Administração atribua aos licitantes uma margem mais ampla de autonomia para conceber soluções complexas e heterogêneas"[4]. Assim, ainda que nem todos os riscos em uma empreitada integral sejam assumidos pelo contratado, ele inegavelmente assumirá uma margem maior de riscos, justamente porque

[3] RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120.
[4] JUSTEN FILHO, Marçal. C*omentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 131.

caberá a ele conceber as alternativas necessárias à execução do empreendimento.

Nesses casos, não há propriamente uma remuneração variável em função dos resultados, mas existe a assunção de determinados riscos pelo contratado. Na verdade, a assunção de riscos pelo contratado não é estranha à lógica das contratações administrativas. Há sempre uma parcela de risco assumida pelo particular.

O fato é que o campo das contratações públicas exige que a Administração exerça sua criatividade na modelagem das formas de remuneração do particular, a fim de que haja maior eficiência na aplicação de recursos públicos. Isso não significa que a Administração disponha de liberdade irrestrita na concepção de formas de remuneração do contratado, uma vez que sempre haverá o controle da juridicidade a coibir eventuais modelagens incompatíveis com o direito[5]. Mas é inegável que a "plasticidade contratual", conforme ensina Alexandre Santos de Aragão, constitui "exigência da sociedade pós-moderna, cujo dinamismo e necessidades sempre novas são muito pouco aprisionáveis em compartimentos conceituais estanques e exaustivos"[6].

2.3 A experiência da remuneração vinculada ao desempenho e o seu reconhecimento jurisprudencial

15 Normalmente, nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/1993, não se vincula a remuneração do particular à obtenção de determinadas metas acerca das quais existe incerteza quanto à sua realização. Conforme já expusemos em outra oportunidade, "a Administração Pública se preocupa normalmente com o controle de meios. Procura controlar exaustivamente a atuação do contratado sob o entendimento de que, dessa forma, atingem-se os resultados desejados. Os objetivos almejados seriam, assim, uma decorrência direta do emprego dos meios determinados pela Administração"[7].

Contudo, há situações em que a remuneração do particular é diretamente vinculada à obtenção de determinadas vantagens ao Poder Público. Assim, a Administração remunerará o contratado apenas se a execução do contrato propiciar determinado benefício previamente estabelecido.

---

[5] Segundo Luís S. Cabral de Moncada, "a legalidade da Administração deve ser aqui entendida num novo contexto para lá da rígida vinculação ao texto legal como se fosse ele o único critério de validade do direito, aberto, a não querermos cair de novo no arbítrio, ao reconhecimento do irredutível poder criativo da Administração, cujas referências à legalidade estão, para além o texto positivo da lei, num leque de fontes que vai desde a Constituição aos princípios gerais do direito" (*Direito Económico*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 42).

[6] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 616. O enfoque do doutrinador reside nos contratos de concessão de serviços públicos, mas a afirmação se aplica também aos contratos administrativos de obras e serviços.

[7] SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do Concessionário*: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 238.

16 O caso mais comum é o da contratação de serviços advocatícios pela Administração, quando se prevê que o contratado receberá um percentual sobre o benefício proporcionado ao Poder Público.

O Tribunal de Contas da União já reconheceu a legalidade da contratação de risco em situações desse tipo. No Acórdão nº 589/2004 do Plenário do TCU, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, tratou-se da contratação de escritório de advocacia que seria remunerado por um percentual sobre os benefícios obtidos para a Administração. Foram feitas as seguintes considerações:

> Não discordo da unidade técnica quando aponta que a remuneração recebida pela (...) foi elevada em relação ao trabalho desenvolvido. No momento das tratativas (...), não se sabia quanto tempo iria levar a conclusão do processo, nem, muito menos, qual a decisão da Secretaria da Receita Federal. Assim, os acontecimentos futuros eram completamente imprevisíveis, tanto que o contrato previa remuneração apenas em caso de sucesso da demanda. Ou seja, tratava-se de típico contrato de risco.
>
> Nesses casos, é natural que, havendo sucesso na empreitada, a remuneração do contratado seja elevada e, eventualmente, desproporcional ao serviço prestado, pois o contratado assume, para si, todos os ônus do insucesso, adiantando despesas e arcando integralmente com os custos associados ao serviço, na expectativa de auferir o prêmio oferecido.
>
> Se, ao final do processo, nada fosse obtido, isto é, se a decisão da Receita Federal fosse desfavorável à CBTU ou, ainda que favorável, demorasse muitos anos, a empresa contratada poderia ter prejuízo.

Portanto, reconheceu-se a possibilidade de vincular a remuneração do contratado à obtenção de um benefício futuro para a Administração, acerca do qual havia incerteza sobre a sua ocorrência e sobre o momento de sua obtenção.

O acórdão do TCU ainda fez uma observação bastante relevante, que diz respeito à impossibilidade de se afirmar em tese se a remuneração do contratado foi ou não muito elevada. De acordo com a decisão, “não se pode avaliar se o prêmio foi excessivo a partir de análise posterior. O método correto é verificar se o prêmio oferecido estava compatível com as chances de sucesso da empreitada e as dificuldades a serem enfrentadas, a partir das informações detidas pelas partes à época da celebração do contrato. Para auxiliar nessa tarefa, também deve-se perscrutar negócios similares ocorridos e a remuneração média, praticada pelo mercado”.

Ou seja, reconheceu-se a impossibilidade de afirmar-se em tese se a remuneração variável é ou não muito elevada. Isso somente pode ser decidido à luz do caso concreto, levando em consideração as informações de que dispõem as partes, os riscos assumidos e a relevância dos benefícios almejados pela Administração.

17 Outra situação bastante interessante foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No caso, examinou-se a regularidade de contratação, pelo Município de Jacareí, de empresa de tecnologia para o desenvolvimento de software para arrecadação de Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) para aquela municipalidade. Discutiu-se a validade da forma de remuneração prevista, que era vinculada à obtenção de determinado benefício concreto ao município, qual seja, a arrecadação acima da média mensal estabelecida. De acordo com essa sistemática, somente se remuneraria o contratado se o software por ele desenvolvido proporcionasse um benefício específico, consistente no aumento da arrecadação acima da média mensal previamente estipulada.

O TJSP reputou válida a forma de remuneração, revendo entendimento em sentido contrário adotado pelo Tribunal de Contas Estadual. Constou do acórdão o seguinte:

> Quanto à forma de remuneração da contratada, verifica-se que o valor é fixo e será pago somente se a empresa atingir a performance mínima, qual seja, arrecadação acima da medida mensal de arrecadação estabelecida
> (...)
> Trata-se de um contrato em que o risco recai sobre a contratada, em função da eficiência no seu programa de arrecadação, não havendo prejuízo para a Fazenda Municipal[8].

No caso, tratou-se de estipulação contratual que segue em linhas gerais a lógica do contrato de eficiência previsto no RDC, que será examinado abaixo. A remuneração não era variável, mas a sua ocorrência ficava condicionada a um resultado futuro, de ocorrência incerta, que poderia ou não ser obtido com a prestação da atividade contratada.

18 Outro exemplo interessante, que diz respeito mais propriamente à remuneração variável, é o das "Aquisições Baseadas no Desempenho" previstas no item 3.14 das regras para contratações do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e do Banco Mundial – BIRD[9].

As regras previstas pelas duas instituições, que neste ponto têm a mesma redação, preveem que "em certos casos, prêmios podem ser pagos por uma melhor qualidade dos produtos". Ou seja, é possível haver uma remuneração maior se os produtos apresentarem uma qualidade superior. Trata-se de mecanismo semelhante ao da remuneração variável prevista no RDC.

19 Portanto, é viável estabelecer contratações administrativas de risco, em que a remuneração do contratado será devida apenas se for proporcionada à Administração determinada vantagem previamente estabelecida.

No campo das contratações compreendidas no RDC, esse tipo de arranjo contratual poderá ser bastante útil. Isso porque o RDC tem por diretrizes a busca pela maior vantagem para a Administração Pública (artigo 4º, inciso III, da Lei nº 12.462) e o estabelecimento de condições de aquisição e

[8] TJSP – Apelação Cível nº 990.10.059277-7, Relator Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, unânime, j. 30 de novembro de 2010.

[9] A versão atual das Políticas de contratações do BID está em vigor desde março de 2011. Essas regras são aplicáveis às licitações com financiamento dessas instituições por força do § 5º do artigo 42 da Lei nº 8.666/1993, uma vez que não contrariam os princípios gerais das licitações.

pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante remuneração variável conforme o desempenho (artigo 4º, inciso IV).

Feitas essas considerações iniciais, passa-se ao exame das duas figuras previstas na Lei nº 12.462/2011: a remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado (artigo 10) e o contrato de eficiência (artigo 23).

3 A remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado no âmbito do RDC

20 A remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado é prevista no artigo 10 da Lei nº 12.462/2011 e no artigo 70 do Decreto nº 7.581/2011.

3.1 A remuneração variável como mecanismo de função promocional do direito

21 Nas contratações que prevejam uma remuneração variável, o contratado perceberá uma remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidos no edital da licitação e no contrato.

Pode haver, portanto, um "bônus" ao contratado, que terá sua remuneração incrementada caso consiga alcançar determinadas metas. Não há propriamente uma sanção pelo não atendimento dessas metas (que não são obrigatórias), mas o incremento da remuneração do particular se elas forem atendidas. A remuneração variável prevista no RDC é, em última análise, um mecanismo de *sanção premial*, em que se põe em prática a função promocional do direito[10].

3.2 A questão da qualidade

22 O estabelecimento de uma remuneração incrementada pelo atingimento de determinadas metas não pode significar o descuido com a qualidade da obra ou dos serviços obtidos pela Administração.

Em toda contratação pública, a Administração deve zelar pela qualidade da prestação, independentemente da forma de remuneração adotada. Isso abrange também os contratos que contemplem uma remuneração variável. Os interesses públicos envolvidos na contratação devem ser obtidos mesmo se o contratado não atingir as metas que justifiquem o incremento na sua remuneração.

O atingimento das metas que justificam o acréscimo na remuneração do contratado, portanto, não deve ser essencial para a qualidade das obras e serviços desempenhados. Tais metas devem proporcionar vantagens *adicionais* à Administração, mas que não sejam essenciais à boa execução do objeto contratual. Do contrário, a Administração estaria descuidando da qualidade da contratação.

Há, de um lado, condições mínimas de qualidade a serem observadas pelo contratado, que devem ser suficientes para o atendimento das finalidades

[10] Acerca da função promocional do direito, confira-se: BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 1-23.

públicas e cujo descumprimento acarretará a imposição de sanções. De outro lado, há metas adicionais que, se alcançadas, proporcionarão vantagens ainda maiores à Administração e incrementarão a remuneração do contratado, mas cujo não atendimento não implicará a imposição de sanções.

3.3 Cabimento

23 A remuneração variável em função do desempenho do contratado é cabível na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia. Tem, portanto, um âmbito bastante abrangente de aplicação.

É importante notar que o artigo 10 da Lei nº 12.462 e o artigo 70 do Decreto nº 7.581 não mencionam expressamente a aplicação da remuneração variável ao fornecimento de bens. Segundo Bruno Aurélio, isso se deve ao fato de que os contratos de aquisição de bens são em regra de trato instantâneo, pelo que "o não atendimento da qualidade e do prazo estipulado extrapola o conceito de mau desempenho, recaindo em efetivo descumprimento contratual passível de ser penalizado"[11].

É forçoso reconhecer que o RDC não prevê a utilização do mecanismo de remuneração variável para o fornecimento de bens. Entretanto, seria em tese cabível a previsão legal de utilização desse mecanismo para a aquisição de bens. Nem sempre tais contratos são de trato instantâneo. Pode haver o fornecimento de bens com regularidade durante determinado período. Além disso, mesmo que se trate de uma contratação de fornecimento único, o estabelecimento de metas diferenciadas que proporcionem vantagens adicionais à Administração não seria de todo desarrazoada nem incompatível com esse tipo de ajuste.

24 Ainda com relação ao âmbito de cabimento da remuneração variável, trata-se de mecanismo aplicável às contratações previstas no artigo 1º da Lei nº 12.462/2011, ou seja, aos contratos necessários à realização (i) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, (ii) da Copa das Confederações da FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, e (iii) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos mundiais.

Conforme demonstrado acima, contudo, a vinculação da remuneração ao desempenho do contratado já era possível antes mesmo da edição da Lei nº 12.462/2011. Há diversos exemplos de contratações públicas que adotaram essa sistemática e que tiveram sua validade reconhecida pela jurisprudência. Portanto, não se pode afirmar que a remuneração variável prevista no RDC constitui sistemática inteiramente nova. Ela já era possível antes e, assim, continua sendo passível de aplicação a outras contratações que não se enquadrem no âmbito do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011.

3.4 Critérios de definição da remuneração variável

[11] AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11)*: aspectos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 66.

25 O artigo 10 da Lei nº 12.462/2011 e o artigo 70 do Decreto nº 7.581/2011 estatuem que a remuneração variável pode ser estabelecida com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Não é possível prever em tese toda e qualquer hipótese que justifique o incremento da remuneração do contratado. O rol de critérios previstos é bastante amplo. A menção genérica a "metas", por exemplo, tem um alcance extremamente alargado. De todo modo, o dispositivo legal já dá algumas orientações sobre possíveis critérios.

3.4.1 A remuneração variável como mecanismo de função regulatória dos contratos administrativos

26 O estabelecimento de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega que gerem benefícios adicionais configura em última análise uma função regulatória das licitações e contratos administrativos. Por meio de uma contratação pública, pretende-se fomentar o atingimento de certos benefícios que não se restringem ao menor preço, mas que igualmente geram efeitos positivos desejados pelo Estado.

Como ensina Luciano Ferraz, a licitação pode ser utilizada "como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade"[12].

O caso mais evidente é o da vinculação da remuneração variável a critérios de sustentabilidade ambiental. Vinculando o incremento da remuneração do contratado ao atingimento de determinados critérios de sustentabilidade ambiental, a Administração induz o particular à adoção de práticas menos danosas ao meio ambiente. Há, portanto, a utilização de um mecanismo de função promocional do direito para se obter resultados benéficos para a coletividade[13].

3.4.2 Previsão de metas

27 As metas fixadas para o estabelecimento da remuneração variável podem ser de diversas naturezas. A lei e o decreto que regulam o RDC foram bastante amplos ao prever apenas a menção a "metas".

---

[12] FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Disponível em http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009LUCIANO FERRAZ.pdf. Acesso em 20.10.2011. Acerca do tema, confira-se também: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, com especial ênfase nas páginas 23 a 144.

[13] Muitas vezes, a forma mais eficaz de se fazer com que uma pessoa adote determinada conduta consiste em incentivá-la a praticar o comportamento almejado, e não em ameaçá-la com a aplicação de uma sanção pela ausência de adoção de tal conduta. Existem diversas formas de se incentivar a adoção de uma conduta. Este é o objeto de estudo de uma corrente econômica denominada *behavioral economics*, que utiliza fatores sociais, cognitivos, emocionais e até mesmo psicológicos para compreender as decisões econômicas dos indivíduos e instituições. Representativa dessa corrente de pensamento é a obra *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness, de Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein (New Haven & London: Yale University Press, 2008).

Evidentemente, as metas utilizadas como critério de remuneração variável deverão proporcionar benefícios para a Administração. Será descabida a fixação de metas irrelevantes. Além disso, as metas fixadas pela Administração deverão ser factíveis. O estabelecimento de metas impossíveis de serem atingidas acabará não gerando os objetivos buscados com a remuneração variável e poderá configurar desvio de finalidade[14].

3.4.3 Padrões de qualidade

28 Os padrões de qualidade que servirão de critério para a remuneração variável, além de serem objetivos e úteis, também deverão ser alcançáveis. Para tanto, a Administração deverá verificar os parâmetros de qualidade disponíveis no mercado. Se o padrão de qualidade fixado não tiver nenhum parâmetro na realidade do mercado, haverá um forte indicativo de que ele não é factível – embora em tese se possa admitir que a Administração preveja parâmetros até então inexistentes justamente para induzir uma elevação dos padrões praticados.

3.4.4 Critérios de sustentabilidade ambiental

29 Em relação aos critérios de sustentabilidade ambiental fixados para a remuneração variável, é necessário que haja um embasamento técnico para sua adoção – por exemplo, em normas técnicas que tratem da matéria. Será inválido por vício de motivo o estabelecimento de um critério de sustentabilidade ambiental que não gere efetivamente um benefício ao meio ambiente.

3.4.5 Prazo de entrega

30 É cabível o estabelecimento de prazo de entrega mais restrito como justificativa para a obtenção de remuneração adicional, se esse prazo possibilitar algum benefício adicional à Administração. Tratar-se-á de critério objetivamente aferível e que não demanda profundos conhecimentos técnicos. Entretanto, por se tratar de um mecanismo de remuneração variável, não será obrigatório observar o prazo previsto para o incremento da remuneração.

3.5 Dever de estabelecer critérios úteis e relevantes

31 O incremento da remuneração do contratado em virtude do atendimento de determinadas metas e padrões depende de uma definição prévia por parte da Administração acerca da utilidade e relevância de tais metas.

Como o atingimento de determinadas metas terá o efeito econômico de ampliar o dispêndio de recursos públicos, é indispensável que as exigências estabelecidas resultem em benefícios efetivos e úteis ao interesse público. Será indevida a previsão de níveis de qualidade caprichosos, que não tenham

[14] Bruno Aurélio adota o mesmo entendimento (A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações, p. 68).

nenhuma relevância concreta. O estabelecimento de critérios desvinculados dos interesses públicos envolvidos somente ampliaria de forma indevida o dispêndio de recursos estatais, constituindo-se conduta irresponsável por parte do administrador público.

A questão que se põe aqui é similar à que ocorre nas licitações por técnica e preço. Nesse tipo de certame, como o vencedor é definido mediante uma ponderação dos fatores "técnica" e "preço", resulta que a Administração aceita despender uma quantidade de recursos maior caso a técnica empregada seja mais bem avaliada. Disso deriva a necessidade de que os critérios de avaliação técnica resultem em benefícios concretos e relevantes à Administração Pública. Do contrário, haveria o emprego irresponsável de recursos públicos sem que fosse proporcionada uma vantagem efetiva ao Poder Público[15].

3.6 A proporcionalidade da remuneração ao benefício gerado para a Administração

32 Conforme prevê o § 3º do artigo 70 do Decreto nº 7.581, o valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a Administração Pública. Ou seja, não caberá a fixação de remuneração adicional elevada se o benefício proporcionado para a Administração for insignificante. Isso significa que a Administração deverá ponderar a relevância das metas e parâmetros que justifiquem a remuneração adicional e deverá estabelecer valores proporcionais aos benefícios esperados com o seu atingimento.

3.7 Dever de clareza e objetividade na definição dos critérios

33 Os critérios que influem na remuneração variável do contratado devem ser claros, objetivos e previamente estabelecidos no contrato – e, antes disso, no edital da licitação.

Trata-se de questão de suma importância para o desenvolvimento da contratação. Como o contratado tem a perspectiva de obter um incremento na sua remuneração, o que poderá envolver inclusive dispêndios adicionais de sua parte para atingir as metas que justifiquem o pagamento do bônus, qualquer fator que influa sobre o montante a ser recebido deve ser previsto de forma que gere o mínimo possível de discussões e questionamentos. Isso é essencial para a segurança jurídica das partes.

3.8 Responsabilidade pela fixação dos critérios

34 Por outro lado, a responsabilidade pelo estabelecimento dos critérios que justificam um incremento da remuneração do particular incumbe integralmente à Administração Pública. Eventual reconhecimento de nulidade

[15] Estas considerações já foram feitas pelo autor deste ensaio por conta da contraprestação pública variável em contratos de parceria público-privada. Confira-se em: SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do Concessionário*: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 240-241.

do critério estabelecido deve observar a boa-fé do contratado, que não poderá sofrer prejuízo em razão de eventual invalidade constante do contrato administrativo. Ainda que a Lei nº 12.462/2011 afaste como regra geral as normas da Lei nº 8.666/1993[16], aplica-se analogicamente o princípio consagrado pelo parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual a nulidade da licitação ou do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos que forem comprovados. Essa previsão constitui verdadeira derivação dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança legítima, que evidentemente incidem sobre as contratações do RDC[17].

Assim, se eventualmente for declarada a invalidade do critério de remuneração variável, o contratado mesmo assim fará jus ao recebimento dos valores – inclusive porque ele pode ter incorrido de boa-fé em despesas adicionais para o atingimento das metas estabelecidas contratualmente.

3.9 Dever de motivação

35 O parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 12.462/2011 estabelece que a remuneração variável será motivada.

Na forma do § 1º do artigo 70 do Decreto nº 7.581/2011, a motivação se dará quanto (i) aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado, (ii) ao valor a ser pago, e (iii) ao benefício a ser gerado para a Administração Pública.

Na verdade, o dever de motivação não se encerra nessas três situações. Aplica-se também à própria adoção da sistemática de remuneração variável, que deverá ser justificada.

Portanto, na fase interna da licitação, a Administração deverá motivar a adoção da sistemática da remuneração variável e as demais escolhas realizadas, demonstrando que as opções consagradas no instrumento convocatório (e posteriormente no contrato) são úteis e relevantes à consecução dos objetivos públicos envolvidos.

3.10 Respeito ao limite orçamentário

[16] O § 2º do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011 estabelece que "A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei".

[17] Acerca do tema da proteção à confiança legítima na relação entre entes privados e a Administração Pública, confiram-se: SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99), *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 2, n. 6, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2004, p. 7-59; FERRAZ, Luciano. Segurança jurídica positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 22, jun./ago. 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: 2 de outubro de 2011.

36 O parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 12.462/2011 e o § 1º do artigo 70 do Decreto nº 7.581/2011 preveem que a utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

Ainda que haja incerteza quanto à remuneração efetivamente devida (uma vez que não se sabe de antemão se o contratado atingirá as metas que darão ensejo ao incremento de sua remuneração), deve haver um limite orçamentário para o dispêndio de recursos públicos. Trata-se, na realidade, de uma questão de responsabilidade fiscal. O mecanismo de remuneração variável não pode resultar em contratações absolutamente incertas quanto ao montante de recursos públicos empregados. A incerteza é inerente a esse tipo de contratação, mas deve haver um limite de dispêndio previamente estabelecido.

37 Por outro lado, o limite orçamentário deverá ser conhecido por parte do contratado. A recusa por parte da Administração à realização de um pagamento adicional previsto contratualmente sob a alegação genérica de que o valor devido ultrapassa o limite orçamentário será indevida e contrária ao direito. Isso não significa que o edital deve necessariamente estabelecer um preço máximo para a contratação. Significa apenas que os limites orçamentários devem estar claramente estabelecidos, para que haja cautela no emprego de recursos públicos e se proporcione segurança ao contratado.

3.11 A observância do conteúdo dos projetos

38 A remuneração variável deverá observar o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência. No caso de contratação integrada, deverá observar o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros para se aferir o desempenho do contratado.

Aliás, as contratações integradas parecem ser um campo fértil para a utilização da remuneração variável, uma vez que retratam uma maior preocupação com a obtenção de resultados do que com o controle propriamente de meios. Dispondo de maior liberdade para a definição das condições para se atingir as finalidades almejadas pela Administração, o contratado poderá empregar sua *expertise* inclusive para atingir as metas e padrões que justifiquem um incremento na sua remuneração.

3.12 A questão da alteração contratual

39 Em tese, é possível que haja modificações tanto unilaterais (pela Administração) quanto consensuais em um contrato administrativo que contemple remuneração variável. Entretanto, as alterações nesse tipo de contratação, justamente pelo fato de contemplar uma remuneração variável, adquirem conotações especificas.

Não é possível relacionar em tese todas as possíveis alterações que podem ser introduzidas em um contrato de remuneração variável. De todo modo, como princípio geral, pode-se afirmar que não se admitem modificações, nem mesmo por mútuo acordo entre as partes, que importem alterações

radicais ou acarretem a frustração aos princípios da isonomia e da obrigatoriedade da licitação.

40 No que se refere especificamente à remuneração variável, o contratado tem a justa expectativa de obter um incremento na sua remuneração. Assim, eventuais alterações no contrato que acabem por frustrar essa expectativa (por exemplo, tornando as metas tão mais rigorosas a ponto de serem inatingíveis) não serão aceitáveis[18].

Assim, será improcedente eventual alegação de que o estabelecimento de uma meta mais rigorosa sempre será possível se vier acompanhado de uma previsão de incremento ainda maior na parcela de remuneração variável. Eventualmente, a meta mais rigorosa será inalcançável. Nesse caso, de nada adiantará a previsão de uma remuneração maior se na prática ela jamais será devida. A fixação de uma remuneração maior constituirá mera ficção.

3.13 A questão da força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração

41 Outra questão que se põe diz respeito ao não atingimento de uma meta de remuneração variável em função de uma situação de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração.

Em uma contratação que contempla o mecanismo de remuneração variável, o contratado assume o risco de realização das metas que dão ensejo ao incremento na sua remuneração. Entretanto, isso não significa necessariamente que todos os riscos relacionados ao atingimento das metas estabelecidas sejam por ele assumidos. Por isso, a ocorrência de situações que se enquadrem nas hipóteses de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração pode, em tese, servir de justificativa para o não atingimento da meta. A questão dependerá, contudo, das previsões contidas no contrato e da alocação dos riscos no caso concreto. Conforme já foi tratado acima, a alocação de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não de valor.

42 Desde logo, contudo, pode-se afirmar que, se a própria Administração contratante impediu que o contratado atingisse determinada meta, isso poderá justificar o cabimento da remuneração adicional, bem como a necessidade de indenização pelos prejuízos causados. Por exemplo, se o contratado teve custos adicionais para atingir determinada meta, mas a Administração impediu que ela fosse obtida, terá direito a uma indenização.

A dificuldade, em alguns casos, residirá na demonstração de que a meta seria inegavelmente atendida apesar da atuação da Administração. Mas é possível cogitar de situações em que essa prova seja viável.

4 Os contratos de eficiência no âmbito do RDC

[18] Não se está admitindo aqui que em qualquer caso a Administração poderá alterar unilateralmente as metas que justificam o incremento da remuneração do contratado. A viabilidade ou não desse tipo de alteração ainda precisará ser melhor estudada. Mas é inegável que esse tipo de alteração, ao menos em determinadas situações, poderá frustrar direitos legítimos do contratado, sendo, portanto, indevida.

43 O segundo mecanismo previsto na legislação do RDC que vincula de algum modo a remuneração do contratado à obtenção de um resultado futuro e incerto é o *contrato de eficiência*. Trata-se de arranjo contratual contemplado no artigo 23 da Lei nº 12.462/2011 e nos artigos 36 e 37 do Decreto nº 7.581/2011.

4.1 A sistemática do contrato de eficiência

44 Por meio do contrato de eficiência, o contratado assume a obrigação de reduzir despesas da Administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual da economia gerada. Trata-se, portanto, de uma sistemática de contratação de risco, em que a remuneração devida ao particular, em termos absolutos, será tanto maior quanto mais relevante for a economia gerada para a Administração. Caso não seja atingida a economia prevista no contrato, poderá haver o desconto na remuneração do particular ou até mesmo a aplicação de alguma sanção.

45 O contrato de eficiência apresenta diferenças marcantes em relação à remuneração variável do artigo 10 da Lei nº 12.462/2011.

Nas contratações de remuneração variável, são previstas metas que representam vantagens adicionais à Administração, sendo que, se o contratado atingi-las, fará jus a um incremento ("bônus") na sua remuneração. O não atingimento das metas adicionais não configurará um inadimplemento contratual. Trata-se, portanto, de um mecanismo de sanção premial, ou seja, de indução para a obtenção de determinados objetivos que, embora benéficos para a Administração, não são obrigatórios.

Já no caso dos contratos de eficiência, o contratado assume o dever de proporcionar uma economia à Administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual do benefício obtido. Se o particular não obtiver a economia que se comprometeu a proporcionar, poderá ter uma redução na sua remuneração ou ainda poderá sofrer a aplicação de uma sanção por inexecução contratual.

O contrato de eficiência, tal como a remuneração variável do artigo 10, também compreende sob um certo ângulo um mecanismo de sanção premial, na medida em que a remuneração do contratado será tanto maior em valor absoluto quanto mais significativa for a economia proporcionada à Administração. Mas o não atingimento da economia que se comprometeu a realizar poderá levar à aplicação de uma sanção, o que diferencia o contrato de eficiência dos contratos de remuneração variável.

4.2 Objeto

46 O § 1º do artigo 23 da Lei nº 12.462/2011 prevê que o contrato de eficiência terá por objeto a "prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens". O mesmo é previsto no § 2º do artigo 36 do Decreto nº 7.581/2011.

A fórmula empregada para o cabimento dos contratos de eficiência, portanto, é um pouco mais restritiva do que a do artigo 10 da Lei nº 12.462/2011. Enquanto que os contratos de remuneração variável se aplicam a

"obras e serviços, inclusive de engenharia", os contratos de eficiência se aplicam a serviços, ainda que estes possam compreender também a realização de obras e o fornecimento de bens. A ideia é que o contrato de eficiência não seja empregado para a realização de obras quando estas não englobem também a prestação de um serviço – o que é natural diante do objetivo buscado com essa modalidade de contratação.

4.3 Objetivo

47 O objetivo do contrato de eficiência será proporcionar uma economia à Administração Pública contratante, na forma de redução de despesas correntes.

As despesas correntes envolvem tipos bastante diferenciados de gastos públicos. De acordo com o artigo 12 da Lei nº 4.320/1964, as despesas correntes classificam-se em *despesas de custeio* e *transferências correntes*. *Despesas de custeio* compreendem as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive aquelas destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis (artigo 12, § 1º, da Lei nº 4.320/1964), nelas se incluindo as despesas de pessoal, de material, de consumo, de serviços de terceiros, entre outras. As *transferências correntes* são as dotações para despesas às quais não corresponde contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado (artigo 12, § 2º, da Lei nº 4.320/1964), nelas se incluindo as subvenções sociais e econômicas, as despesas com inativos, as pensões, as transferências intergovernamentais e os juros da dívida contratada[19].

O § 1º do artigo 23 da Lei nº 12.462/2011 refere-se genericamente às despesas correntes, o que engloba tanto as despesas de custeio quanto as transferências correntes. Na realidade, os contratos de eficiência provavelmente terão como campo de aplicação primordial a redução das despesas de custeio. De todo modo, não é recomendável restringir o seu âmbito de aplicação apenas às despesas de custeio, sob pena de se limitar a criatividade da Administração na concepção de arranjos contratuais inovadores e que lhe proporcionem benefícios significativos. A prática ainda demonstrará a real utilização dos contratos de eficiência.

4.4 Sistemática da remuneração

48 Nos contratos de eficiência, o contratado será remunerado com base em percentual da economia gerada à Administração Pública.

Para que não haja dúvidas acerca dos montantes devidos ao contratado, será necessário fixar de antemão, com clareza, qual o montante da despesa corrente incorrida pela Administração previamente à contratação. Deve haver, portanto, um referencial seguro para que se possa calcular a economia gerada para a Administração e, consequentemente, a remuneração devida ao contratado.

[19] Ampliar em: TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 194.

Justamente por essa preocupação com a existência de um referencial objetivo para a aferição da economia proporcionada pelo contratado, o § 3º do artigo 36 do Decreto nº 7.581/2011 estabelece que o instrumento convocatório deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo da remuneração devida ao contratado.

49 O § 1º do artigo 23 da Lei nº 12.462/2011 menciona apenas que a remuneração do particular corresponderá a um percentual da economia gerada, sem adentrar em maiores detalhes.

É possível cogitar da instituição de "escalas de percentuais", de modo que, quanto maior a economia gerada para a Administração, maior a remuneração do particular não só em valores absolutos, mas também em termos relativos (percentuais).

Assim, por exemplo, se o contratado proporcionar uma economia de X, terá direito a uma remuneração de 10% sobre X; se proporcionar uma economia de 2X, terá direito a uma remuneração de 15% sobre 2X, e assim sucessivamente. Na verdade, a lei e o decreto que regulam o RDC não previram expressamente essa possibilidade, mas ainda assim parece-nos possível que se estabeleça esse tipo de sistemática no edital de uma licitação. A instituição de escalas de percentuais nesses termos seria um interessante mecanismo de sanção premial, constituindo um incentivo adicional à obtenção de vantagens para a Administração.

50 A Lei nº 12.462/2011 e o decreto que a regulamentou também não esclareceram se a economia gerada para a Administração deverá ser aferida periodicamente ou apenas ao final da contratação. Será importante que o edital e o contrato prevejam com clareza o momento de aferição da economia gerada pelo contrato de eficiência, inclusive porque o não atingimento de determinado nível de economia poderá acarretar o sancionamento do contratado.

Nesse ponto, é importante observar que a introdução de soluções pelo contratado pode levar certo tempo até proporcionar uma economia efetiva à Administração. Deve-se estabelecer um prazo factível para que os resultados sejam obtidos. Por outro lado, o pagamento apenas ao final do contrato poderá acarretar o aumento dos custos na sua implementação, uma vez que, sem receber uma remuneração ao longo da execução, o contratado precisará empregar recursos próprios ou obtê-los por meio de financiamento.

51 Ainda sobre a sistemática da remuneração, é necessário observar que a despesa corrente a ser reduzida, além de delimitada com precisão, deve estar sob o controle do contratado. Se a Administração ampliar outras despesas correntes que não tenham nenhuma relação com a atividade do contratado, isso será indiferente ao particular e não poderá afetar a sua remuneração. Importará apenas verificar se a despesa controlável pelo contratado foi reduzida, independentemente do eventual aumento da despesa pela Administração por conta de outros fatores.

Nesse sentido, é possível cogitar, por exemplo, de uma situação em que o contratado proporcione maior eficiência e, mesmo assim, por conta de fatores alheios ao seu controle (como a ampliação das atividades da Administração), as despesas correntes tornem-se mais elevadas. Nesse caso, o objetivo do contrato de eficiência foi atingido. É inegável que o contratado

proporcionou maior eficiência. De todo modo, ele não pode ser prejudicado se a Administração teve suas despesas correntes ampliadas por outros fatores. Situações como essa demonstram o descabimento de penalização ao contratado caso a ampliação das despesas correntes ocorra por decisões da própria Administração. É necessário que se tenha isso em mente ao se instituir a sistemática de remuneração e os critérios de sua avaliação em cada caso concreto.

4.5 Propostas de trabalho e de preço

52 Nas licitações para a realização de um contrato de eficiência, os interessados deverão apresentar propostas de trabalho e de preço, na forma do § 2º do artigo 23 da Lei nº 12.462/2011.

De acordo com o artigo 37 do Decreto nº 7.581/2011, a proposta de preço deverá contemplar (i) as obras, serviços ou bens, com respectivos prazos de realização ou fornecimento, e (ii) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, bem ou serviço e expressa e unidade monetária.

Já a proposta de preço corresponderá a um percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

53 É importante notar que o exame por parte da Administração não se restringirá à escolha da proposta que se comprometa a proporcionar o maior retorno econômico. Também deverá ser verificado se a proposta de trabalho é condizente com a legislação. Não será possível admitir que, para proporcionar uma redução das despesas correntes da Administração, o contratado atue em desconformidade com o direito (utilizando, por exemplo, mão-de-obra de menores ou que não atenda à legislação trabalhista). A obtenção do maior retorno econômico possível evidentemente não pode justificar o emprego de meios ilegais ou fraudulentos para a consecução desse objetivo.

4.6 Identificação do maior retorno econômico

54 As licitações para realização de contratos de eficiência utilizarão como critério de julgamento o "maior retorno econômico" para a Administração (artigo 18, inciso V, da Lei nº 12.462/2011)[20].

[20] Note-se que o critério do "maior retorno econômico" não era previsto na Lei nº 8.666/1993. Trata-se de uma inovação do RDC. Entretanto, isso não significa que haja qualquer violação ao artigo 45, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, que veda a utilização de outros tipos de licitação não previstos naquele dispositivo. A Lei nº 8.666/1993 não tem o condão de impedir que outras leis supervenientes criem tipos diversos de licitação. A vedação prevista no § 5º do seu artigo 45 destina-se apenas à Administração, que não pode criar tipos diversos dos previstos em lei. Conforme já foi mencionado acima, a Lei nº 12.462/2011 apresenta o mesmo nível hierárquico da Lei nº 8.666/1993. Ambas são leis ordinárias que se aplicam aos seus respectivos âmbitos de incidência – sendo que o § 2º do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011 inclusive afasta expressamente a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993. Assim, não há problema algum em que a lei mais recente crie tipos de licitação não previstos na Lei nº 8.666/1993.

De acordo com o § 4º do artigo 36 do Decreto nº 7.581/2011, o maior retorno econômico é o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, "deduzida a proposta de preço".

Portanto, é possível afirmar que a identificação do maior retorno econômico depende de duas variáveis: o montante de redução das despesas correntes e a fixação do percentual devido ao contratado. Da combinação desses dois fatores será possível identificar qual a proposta mais vantajosa para a Administração.

55 Um exemplo permite compreender com clareza essa questão. Suponha-se que, em determinado certame, o licitante A se comprometa a reduzir as despesas correntes da Administração em $100, mediante o recebimento de 10% sobre esse montante. O licitante B, por outro lado, compromete-se a reduzir as despesas correntes em $200, mas mediante o recebimento de 20% sobre esse montante. No caso da proposta do licitante A, o *benefício líquido* para a Administração será de $90 caso o licitante atinja o objetivo a que se comprometeu. Já no caso da proposta do licitante B, o *benefício líquido* será de $160. Como o critério estabelecido pela lei é o do maior retorno econômico, não há dúvidas de que a proposta do licitante B é a que deve ser eleita, uma vez que proporciona a maior economia para a Administração Pública, ainda que a remuneração de B seja de $40, portanto, quatro vezes maior do que a de A (que receberia $10).

Logo, a identificação da proposta mais vantajosa para um contrato de eficiência deriva da identificação do *maior retorno econômico líquido* para a Administração, que resulta da combinação de dois fatores: (i) montante de redução das despesas correntes e (ii) percentual de remuneração sobre a redução. É possível que a proposta que contemple a remuneração mais elevada seja ainda assim a mais vantajosa para a Administração.

4.7 Consequências do não atingimento da economia prevista

56 Nos contratos de eficiência, o não atingimento da economia contratada gerará a imposição de um prejuízo ao contratado. O § 3º do artigo 23 da Lei nº 12.462/2011 previu três consequências.

Se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração do contratado, será aplicada multa por inexecução contratual, que corresponderá ao valor da diferença.

Se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, serão aplicáveis outras sanções.

Já se a economia efetivamente obtida for inferior à economia contratada e a situação não se enquadrar nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 23 da Lei nº 12.462/2011, a diferença será descontada da remuneração do contratado, sem a aplicação de multa ou outro tipo de sanção.

57 O edital e o contrato deverão estabelecer a sistemática de alocação de riscos entre as partes. Mas, em princípio, qualquer sancionamento do contratado deverá ser precedido de um processo administrativo em que se garanta o contraditório e a ampla defesa.

4.8 Ainda a questão da força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração

58 Em um contrato de eficiência, o contratado assume o risco de obtenção da economia contratada. Entretanto, nem todos os riscos serão necessariamente assumidos pelo particular. A ocorrência de situações que se enquadrem nas hipóteses de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração pode servir de justificativa para a não aplicação de sanções ao contratado, o que dependerá das previsões contratuais e da alocação dos riscos contemplada no caso concreto.

Se a própria Administração contratante impediu que o contratado obtivesse a economia contratada, por exemplo, não será cabível a aplicação de nenhuma sanção. Poderá ser devida inclusive uma indenização ao particular pelos prejuízos sofridos. Eventualmente, poderá ser difícil demonstrar que a economia seria gerada apesar da atuação da Administração, mas é possível cogitar de situações em que essa prova seja viável.

Por tudo isso, é necessário que a aplicação de qualquer sanção seja precedida de um processo administrativo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa. O simples fato de não se obter a economia contratada pode não ser suficiente para justificar o sancionamento do particular.

5 Conclusão

59 Os contratos de eficiência e a remuneração variável em função do desempenho do contratado configuram mecanismos bastante interessantes para o incentivo à eficiência nas contratações públicas. Utilizam a lógica dos contratos de risco como forma de vincular o dispêndio de recursos públicos à obtenção de vantagens *efetivas* à Administração.

A utilização desses mecanismos no âmbito do RDC será um importante teste para a identificação das suas potencialidades. Caso bem concebidos, os contratos de eficiência e as avenças que contemplam remuneração variável poderão proporcionar economias relevantes aos cofres públicos. Por isso, não faz sentido que o seu âmbito de aplicação seja restrito ao RDC.

Conforme demonstrado acima, mecanismos de remuneração variável já foram utilizados em diversas situações prévias ao RDC e tiveram sua validade reconhecida. Deve-se dar um passo adiante e incentivar a criatividade da Administração na elaboração de arranjos contratuais inovadores, que possibilitem uma maior vantajosidade ao Poder Público. Para tanto, é imprescindível superar concepções restritivas e permitir uma plasticidade contratual suficiente, que corresponda ao dinamismo dos tempos atuais.

Curitiba, novembro de 2011.

Referências:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11)*: aspectos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 59-74.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Disponível em http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009LUCIANO FERRAZ.pdf. Acesso em 20.10.2011.

FERRAZ, Luciano. Segurança jurídica positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 22, jun./ago. 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: 2 de outubro de 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Co*mentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do Concessionário*: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99), *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 2, n. 6, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2004, p. 7-59.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SCHWIND, Rafael Wallbach. REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E CONTRATOS DE EFICIÊNCIA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 30, maio/junho/julho, 2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-30-MAIO-2012-RAFAEL-SCHWIND.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico