

DO PARADIGMA DA INEFICIÊNCIA DA LEI Nº 8.666 DE 1993 À CONTRATAÇÃO BASEADA NA EFICIÊNCIA – O QUE MUDOU E PARA ONDE VAMOS?

FROM THE LAW INEFFICIENCY PARADIGM Nº. 8,666 OF 1993 TO EFFICIENCY-
BASED CONTRACTING - WHAT'S CHANGED AND WHERE ARE WE GOING?



Rodrigo Farias¹

RESUMO: O artigo propõe discutir de que maneira a contratação pública baseada na eficiência, em especial, em relação à possibilidade de ser estabelecida remuneração variável ao contratado, diante do atendimento de metas estabelecidas pela Administração Pública, ingressou no modelo brasileiro de licitações e contratos administrativos. A Lei Federal nº 8.666 de 1993, calcada, sob a literalidade de suas disposições, sob um sistema de remuneração fixa, demonstrou rapidamente sua pouca eficiência enquanto mecanismo de estímulo ao aumento da eficiência do contratado no cumprimento do objeto do contrato, o que não escapou de fortes críticas da doutrina. Do Projeto de Lei nº 1.292, apresentado no longínquo ano de 1995 e aprovado na Câmara dos Deputados no ano de 2019, passando pela Lei das PPP (Lei Federal nº 11.079 de 2004), pela criação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), por meio da edição da Lei Federal nº 12.462 de 2011, e pela Lei das Estatais (Lei Federal nº 13.303 de 2016) um longo caminho foi percorrido em prol deste novo modelo e, para o futuro, há novas e possíveis rotas possíveis de serem percorridas para tornar a contratação pública mais eficiente tomando a remuneração do contratado como instrumento para incrementar a performance da contratação pública.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 8.666 de 1993. Licitações. Contratos administrativos. Eficiência. Princípios da Administração Pública.

ABSTRACT: The article proposes to discuss how public procurement based on efficiency, in particular, in relation to the possibility of establishing variable remuneration to the contractor, given the fulfillment of goals established by the Public Administration, entered the Brazilian model of public tenders and contracts. Federal Law No. 8.666 of 1993, based on the literalness of its provisions, under a fixed remuneration system, quickly demonstrated its low efficiency as a mechanism to stimulate the efficiency of the contractor in fulfilling the object of the contract, which did not escape strong criticism of the doctrine. From Bill No. 1,292, presented in the distant year of 1995 and approved by the Chamber of Deputies in 2019, passing through the PPP Law (Federal Law No. 11,079 of 2004), by the creation of the Differentiated Contracting Regime (RDC), by through the enactment of Federal Law No. 12,462 of 2011, and by the Law of State-Owned Companies (Federal Law No. 13,303 of 2016), a long way has been taken in favor of this new model and, for the future, there are new and possible possible routes

¹ Bacharel em Direito e mestrando em Direito Processual pela UERJ e pós-graduado em Advocacia Pública pela mesma instituição.

to be taken for make public procurement more efficient by taking the contractor's remuneration as an instrument to increase the performance of public procurement.

KEYWORDS: Law No. 8,666 of 1993. Bids. Administrative contracts. Efficiency. Principles of Public Administration.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Afinal, o que é eficiência administrativa? 2. O paradigma da ineficiência das contratações públicas – a Lei nº 8.666 de 1993 e o fetiche legalista. 3. A remuneração pela eficiência do contratado na contratação pública – o que o presente e o futuro nos trazem? 4. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. After all, what is administrative efficiency? 2. The paradigm of inefficiency in public contracts - Law No. 8,666 of 1993 and the legalistic fetish. 3. The remuneration for the efficiency of the contractor in public procurement - what do the present and the future bring us? 4. Conclusion. References.

Introdução.

A contratação pública é um dos temas mais espinhosos e polêmicos do Direito Público no Brasil. Especialmente nos últimos anos, em que, no bojo da Operação Lava-Jato e afins, os contratos administrativos tomaram a manchete das páginas policiais e levaram pessoas públicas, ditas importantes, para o banco dos réus em ações penais, o assunto ganhou importância ainda maior.

Neste contexto, a instituição de novos mecanismos de combate à corrupção, o uso da licitação como mecanismo regulatório, o elevado custo das contratações feitas pela Administração Pública em comparação com aquelas feitas por particulares, o reconhecimento da existência de sobreposição de instâncias de controle, dentre outros assuntos, costuma suscitar enormes controvérsias em doutrina e jurisprudência.

Um ponto que assume destaque, com efeito, é o da eficiência nas contratações públicas, tendo em vista a remuneração do contratado nos contratos administrativos. Como será analisado na sequência, ao longo das últimas duas décadas, a busca por ganho de eficiência foi bastante trabalhada, em especial, após a edição da EC 19/1998, que inclui a eficiência como um dos princípios reitores da atividade administrativa, modificando a redação do artigo 37 da Constituição Federal.

Neste trabalho, o foco é analisar as iniciativas tomadas pelo legislador em prol da eficiência na contratação pública a partir do estabelecimento de remuneração variável em favor do contratado a partir do estabelecimento de metas pela Administração Pública, que encontra seu ápice na aprovação do Projeto de Lei nº 1.292 de 1995, passando pela Lei de Parcerias

Público-Privadas (PPP) (Lei Federal nº 11.079 de 2004), pela lei que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) – Lei Federal nº 12.462 de 2011 e pelo Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303 de 2016).

Como se demonstrará, as referidas leis representaram importante mudança de paradigma em termos de ganhos de eficiência na contratação pública, notadamente, ao romperem o dogma da remuneração fixa nos contratos administrativos e estabelecendo modelos de remuneração variável. Também serão apresentadas perspectivas para o futuro nessa matéria.

O caminho a ser seguido neste trabalho é, inicialmente, apresentar o que se pode entender por eficiência administrativa. Na sequência, apresentaremos de que forma a ineficiência é generalizada nas contratações públicas, em especial, tendo em conta o modelo forjado a partir da Lei Federal nº 8.666 de 1993.

Por fim, chegaremos ao ponto fulcral do trabalho, qual seja, o de analisar o caminho percorrido em busca de maior eficiência nas contratações públicas a partir da forma remuneração do contratado, tendo como ápice o Projeto de Lei nº 1.292 de 1995, apresentando algumas das perspectivas para o futuro da eficiência na remuneração do contratado.

1. Afinal, o que é eficiência administrativa?

O conceito de eficiência não é unívoco, variando conforme o ramo de estudo de onde está partindo o estudo e, até mesmo, no âmbito jurídico é possível encontrar conceitos diversos. Trataremos, pela relevância para o trabalho, de três desses conceitos da eficiência: o conceito gramatical, o conceito econômico e o conceito jurídico, tratado pelo artigo 37 da Constituição Federal.

Do ponto de vista puramente gramatical, a eficiência pode ser considerada como *“capacidade de produzir um efeito; efetividade, força; capacidade de realizar bem um trabalho ou desempenhar adequadamente uma função; aptidão, capacidade, competência”*².

Sob a ótica econômica, por sua vez, a eficiência foi subdividida a partir de três subespécies, quais sejam, a eficiência produtiva (emprego dos recursos com a maior produtividade possível, sem desperdícios ociosos), a alocativa (na determinação da destinação dos recursos, o que se aproxima da noção de “escolhas trágicas”), e a econômica (consistente

² MICHAELIS. *Dicionário online*. São Paulo: UOL, 2020. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=eficiencia>. Acesso em 10.08.2020.

na melhora da condição de alguém sem piorar a de outrem)³.

O conceito jurídico de eficiência, por sua vez, é dotado de maior controvérsia, que remetem à edição da EC 19 de 1998, responsável por incluir, no artigo 37 da Constituição Federal, como princípio reitor da atividade administrativa.

De início, há autores que sustentam ser o conceito de eficiência de natureza puramente econômica, ligado a relação entre meios e resultados, buscando o melhor resultado possível com o uso do meio menos custoso. Nesta linha, José Afonso da Silva:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica amenizar os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/1998, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados⁴.

A ideia, embora interessante e bem fundamentada, por óbvio, é bastante focada na questão econômica, associando eficiência administrativa ao uso dos recursos públicos na satisfação do interesse público.

Ocorre que a atuação da Administração não é pautada por critérios puramente financeiros, buscando a persecução do lucro, tal como se passa na iniciativa privada, donde vem o conceito econômico de eficiência. De início, relembre-se a multiplicidade de interesses públicos tutelados pela Administração Pública e a dificuldade em se apontar um conceito único de interesse público. Como aponta Fabio Medina Osório:

o conteúdo e a caracterização do interesse público dependem de múltiplos fatores, normativos e metanormativos, que mereceriam debate aprofundado e concentrado, tarefa incompatível com os objetivos e os limites deste espaço analítico. Por certo que a expressão "interesse público" não traduz nenhuma "fórmula mágica" que a tudo pode abarcar, até porque resulta passível de controle pelo Judiciário. Em todo caso, não se pode negar que resultaria difícil estabelecer um conceito apriorístico e material de interesse público, dada a grande diversidade de conteúdos que um interesse público comporta, e tendo em vista a enorme variedade de situações nas quais pode incidir e operar funcionalmente.⁵

Assim, estes interesses outros fazem com que critérios de ordem moral, social, ética

³ RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 26-29. Adotando a mesma classificação, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. In: *Revista de Processo*, v. 275, p. 89-117, jan./2018.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 655.

⁵ OSORIO, Fabio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?* In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

também influam nas escolhas tomadas pela Administração Pública no exercício de suas atividades.

Pense-se, por exemplo, na atuação direta do Estado na ordem econômica exercida por meio dos bancos públicos. Sob a ótica estritamente econômica, não haveria justificativa razoável para a manutenção de agências em grande parte do interior do país, considerando que o volume de correntistas é bastante reduzido, fazendo com que o custo de instalação e manutenção de agências em lugares remotos fosse superior ao possível lucro decorrente da exploração da atividade econômica.

A obtenção de lucro, por si só, não se mostra como justificativa idônea para a atuação do Estado no domínio econômico⁶. Há outros interesses públicos, tais como a democratização do acesso ao mercado bancário, a função social e o uso das empresas estatais como instrumento regulatório para a execução de políticas públicas, dentre outros, cuja efetivação serve como parâmetro para verificar a eficiência da atuação da Administração Pública em tal hipótese. No ponto, confira-se a lição de Gustavo Binimbojm:

O uso de sociedades empresariais estatais – sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias – pelo Estado brasileiro, nos termos do art. 173, caput, da Constituição da República, é característica marcante em diversos segmentos da economia brasileira, de modo que propósitos específicos de políticas públicas têm se valido das estruturas empresárias estatais no sentido de influenciar o preço, a quantidade e a qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado.⁷

Assim, mostra-se necessário adotar um conceito de eficiência inspirado pela ótica jurídica e, de maneira mais específica, que pela atuação administrativa. Isto porque o Direito Administrativo não é o único ramo do Direito que tem a eficiência dentre seus princípios. A título de exemplo, o Código de Processo Civil, em seu artigo 8º, consagrou a eficiência como uma das normas fundamentais do processo civil.

A eficiência, para fins do artigo 37 da Constituição Federal, e tendo em vista a seara administrativa, deve levar em conta não apenas o aspecto econômico da atuação da Administração Pública na persecução do interesse público, como também, a promoção do interesse público como um todo, reconhecendo que o agir da administração deve ser analisado sob várias vertentes.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais – o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 103. Em sentido contrário, CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 135.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 158.

Assim, a eficiência administrativa se coloca como a exigência de que a Administração Pública, ao atuar, busque promover o uso racional de recursos públicos, tais como os recursos orçamentários e humanos, para obtenção da máxima *performance* na promoção dos interesses públicos, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos, como também dos serviços internos das pessoas administrativas. Como aponta José dos Santos Carvalho Filho:

“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. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização, como acentua estudioso sobre o assunto. [...] princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las. Tais objetivos é que ensejaram as recentes ideias a respeito da administração gerencial nos Estados modernos (public management), segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa.”⁸

Naturalmente, um dos campos de maior destaque de estudo da eficiência administrativa diz respeito à análise da (in)eficiência nas contratações públicas à luz do modelo de contratação pública, criado a partir da Lei nº 8.666 de 1993. Este é o objeto do tópico seguinte, caminho necessário para que possamos, enfim, tratar dos caminhos adotados para conferir maior eficiência aos contratos administrativos no que tange à remuneração do contrato, tendo como ápice o Projeto de Lei nº 1.292 de 1995, passando pela Lei de Parcerias Público-Privadas (PPP) (Lei nº 11.079 de 2004) e pelo RDC (Lei nº 12.462 de 2011, bem como as perspectivas para o futuro na matéria.

2. O paradigma da ineficiência das contratações públicas – a Lei nº 8.666 de 1993 e o fetiche legalista.

A busca por maior eficiência contratação pública é um dos pontos que mais suscita discussões no estudo do Direito Administrativo. Sem dúvidas, este é um dos grandes focos de

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 83-84.

trabalho existentes no Direito Público brasileiro, seja em termos doutrinários, no trabalho exercido pelos Tribunais de Contas no controle externo e da jurisprudência dos Tribunais, bem como pelas iniciativas legislativas.

A razão para esta preocupação, que também serve de premissa para o presente tópico, é bastante simples: o modelo brasileiro de contratações públicas, forjado especialmente a partir da Lei nº 8.666 de 1993, é dotado de grande ineficiência, tanto no que diz respeito ao procedimento licitatório, quanto em relação aos contratos administrativos. Pode-se dizer, até mesmo, que estamos diante de um verdadeiro paradigma da ineficiência, que tem a Lei nº 8.666 de 1993 como símbolo maior.

Esta ineficiência do sistema institucionalizado pela Lei Geral de Licitações e Contratuais se revela de diversas formas, tais como por meio do elevado custo dos contratos administrativos em comparação com semelhantes de Direito Privado (o que gera, via de consequência, maior inadimplemento da Administração Pública), falhas na fiscalização da execução do contrato, corrupção de agentes públicos, dentre outros.

Há algumas razões costumeiramente apontadas para a ineficiência da Lei nº 8.666 de 1993. Passaremos em revista sobre algumas delas, o que se mostra necessário para entender o caminho evolutivo que o legislador adotou ao longo dos anos para dotar a contratação pública de maior eficiência.

O primeiro dos motivos normalmente indicados para a ineficiência da Lei nº 8.666 de 1993 é o excessivo rigor formal/procedimentalista de que é dotada, que prestigia o formalismo, exacerbando o princípio da legalidade e conferindo pouca margem de discricionariedade para o administrador público.

Ao longo dos anos, com o maior foco nos resultados atingidos pela atividade administrativa em detrimento do prestígio puro e simples à forma do processo administrativo, a Lei nº 8.666 de 1993 viu seu envelhecimento acelerar, diante de seu total descompasso com o *princípio do informalismo/formalismo moderado*, consagrado de vez no Direito Brasileiro a partir do artigo 2º, Parágrafo Único, inciso IX, da Lei nº 9.784 de 1999.

A expressão “formalismo moderado” é defendida, dentre outros, por Odete Medauar. A autora critica a expressão “princípio do informalismo” porque, em suas palavras,

dá a entender que não há ritos e formas no processo administrativo. Há ritos e formas inerentes a todo procedimento. Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo. [...] o

princípio do formalismo moderado não há de ser chamado para sanar nulidades ou para escusar o cumprimento da lei; visa a impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação.⁹

A interpretação sistemática e teleológica da lei permite concluir, sem maiores dificuldades, que o intuito do legislador foi o de “amarrar” o gestor público ao princípio da legalidade no grau máximo possível, reduzindo ao grau mínimo sua discricionariedade. O viés adotado pela lei, na maioria das vezes, torna o procedimento licitatório e a execução contratual mais demorados, custosos e ineficientes.

Há razões históricas que explicam o fetiche formalista da Lei nº 8.666 de 1993. Tendo tramitado na Câmara dos Deputados em paralelo com o Projeto de Lei nº 1.446 de 1991, que resultou na Lei nº 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e durante o *impeachment* de Fernando Collor e o escândalo dos “anões do orçamento”, o legislador adotou a (falsa) premissa de que, quanto maiores as formalidades de que a contratação pública fosse dotada, menor seria o risco de que atos ilícitos em seu bojo fossem praticados¹⁰.

Não há necessidade de, diante do cenário que se vê no dia-a-dia do noticiário das páginas policiais, tecer maiores considerações a respeito da completa falácia de que este raciocínio seguido pelo legislador de 1993 é dotado. Além de não servir como mecanismo de prevenção e combate à corrupção nas contratações públicas, a premissa adotada pelo legislador ignora as reais fontes e instrumentos utilizados para violar a competitividade do procedimento licitatório.

Com efeito, no mais das vezes, o ilícito na contratação pública ocorre de outras formas que não a violação pura e simples do procedimento licitatório e/ou do contrato administrativo – o que poderia, facilmente, ser objeto de controle e eventual anulação pelo Poder Judiciário - tais como por meio de arranjos entre licitantes destinados a frustrar o caráter competitivo da licitação (e.g., formação de cartel entre os licitantes¹¹), de direcionamento do objeto do contrato para fornecedores específicos, criação de requisitos exagerados de habilitação, de dispensas indevidas de licitação, dentre outros.

O segundo motivo apontado para a ineficiência da Lei nº 8.666 de 1993 é o

⁹ MEDUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 168.

¹⁰ Diagnóstico adotado, dentre outros, por André Rosilho

(ROSILHO, André Janjácomo. *As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados*. In: Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 937-, set. 2012/fev. 2013).

¹¹ Foi o caso, por exemplo, de grande parte dos ilícitos praticados em desfavor da Petrobras e descobertos através da Operação Lava-Jato. Grandes empreiteiras formavam cartéis, artificialmente inflando o valor das contratações e, em conluio com administradores da empresa, direcionavam licitações ao grupo, estabelecendo artificialmente requisitos de habilitação somente possíveis de serem atendidos por aquelas empresas.

fundamento constitucional de sua elaboração. A Lei Geral de Licitações e Contratos foi editada com lastro no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que atribui competência legislativa privativa à União para editar normas gerais de licitação e contratação para todos os entes federativos.

Assim, a Lei nº 8.666 de 1993 se tornou mais uma vítima da interpretação bastante expansiva que foi dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 22 da Constituição Federal, que limita significativamente iniciativas criativas tomadas por Estados e Municípios no exercício de sua competência legislativa respectiva, prestigiando em demasia o modelo adotado pelo ente nacional e colocando em xeque, sob a pecha da inconstitucionalidade formal por usurpação de competência privativa da União, propostas que fujam ao espírito da Lei nº 8.666 de 1993¹².

O desincentivo a iniciativas criativas também atinge o administrador público. Isto porque o prestígio excessivo à forma preconizado pela Lei nº 8.666 de 1993 produziu, como efeito, que o controle da Administração Pública exercido pelos órgãos de controle se tornasse bastante focado na formalidade do procedimento licitatório e do contrato administrativo, em detrimento dos resultados atingidos pela contratação pública.

O controle voltado pura e simplesmente para a forma de atuação da Administração Pública, deixando de analisar os resultados obtidos, ou exercido de maneira excessiva pelas instâncias controladoras, pouco contribui para o aperfeiçoamento da eficiência administrativa, faz com que o controle seja ineficiente e retira dos ombros do administrador a responsabilidade por suas condutas. O difícil equilíbrio entre controle e eficiência, por sinal, é um dos grandes desafios do Direito Administrativo. Floriano de Azevedo Marques Neto, nesta linha, sustenta que

“A busca de eficiência da Administração Pública, no entanto, e ao contrário do que consta do senso comum, não implica necessariamente aumentar o controle. Ao menos por três motivos nem sempre é verdadeira a correlação de quanto mais controle, mais eficiente será a Administração: (i) a multiplicidade de controles pode levar à ineficiência do próprio controle; (ii) os procedimentos de controle têm custos; e (iii) o controle pelo controle pode levar ao déficit de responsabilidade [...]. Quando uma mesma ação administrativa se submete a uma miríade de múltiplas instâncias de controle, para além da inócua multiplicação de procedimentos, corre-se o risco de controlar várias vezes um aspecto e de se deixar de ter em conta outro, criando a falsa impressão de rigor quando na verdade há ociosidade e omissão em controlar o

¹² A título de exemplo, foi reconhecida a repercussão geral referente à competência legislativa para determinar a inversão de fases de julgamento e de habilitação nos procedimentos licitatórios (RE 1188352 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-056 DIVULG 21-03-2019 PUBLIC 22-03-2019). Pela Lei nº 8.666 de 1993 (art. 38 et. seq.) a habilitação dos licitantes é analisada antes do julgamento das propostas. Por sua vez, no pregão (artigo 4º da Lei nº 10.520 de 2002), o julgamento das propostas ocorre antes da análise a respeito habilitação do licitante vencedor, modelo que se relevou de maior eficiência.

efetivamente relevante. A atividade de controle é em si uma atividade administrativa. Ela também deve se submeter ao cânone da economicidade e eficiência. Estruturas duplicadas ou superdimensionadas ou o desperdício de recursos com procedimentos de controle inócuos é em si um desvio a ser também ele coibido e controlado. Por fim [...] a lógica autorreferenciada do controle leva à tendência de se justificar o controle por si só. Sua legitimidade passa a se basear na contundência das medidas de controle e não na sua consequência ou consistência. Invalidar todo um programa de melhorias com proveitos à coletividade por um defeito menor ou por uma falha formal, em exemplo extremo, não é sinal da efetividade do controle, mas prova da sua falta de responsividade. É a negação da lógica da eficiência.¹³

Por fim, dentre os principais motivos para a ineficiência da Lei nº 8.666 de 1993, especificamente em relação à modelagem dos contratos administrativos, diz respeito a rigidez estática das cláusulas exorbitantes. Como se sabe, em razão do regime jurídico administrativo e da ideia de supremacia do interesse público então dominante, o artigo 58 da Lei confere à Administração Pública determinadas prerrogativas contratuais, colocando-a em posição de superioridade jurídica ao contratado. Há autores, até mesmo, que sustentam serem as cláusulas exorbitantes o principal traço de distinção entre os contratos privados e os contratos submetidos ao regime jurídico de direito público.

A superação do dogma da supremacia do interesse público extrapola os limites deste trabalho. Criticando a ideia de supremacia do interesse público, propondo sua superação, Gustavo Binenbojm, em apertadas linhas, assim aponta:

“O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõem ao legislador à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.¹⁴ (grifo no original).

Em razão do fetiche legalista da Lei nº 8.666 de 1993 e da “supremacia” do interesse público sobre interesse privado, em princípio, as cláusulas exorbitantes existem em todo e qualquer contrato administrativo, explícita ou implicitamente¹⁵, sem que seja conferida discricionariedade do administrador público em lhes incluir ou não, conforme seu juízo de

¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

¹⁵ “Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 340).

conveniência e oportunidade e a modelagem contratual que pretenda conferir naquela hipótese.

A mutabilidade das cláusulas de serviço do contrato (artigo 58, inciso I), a possibilidade de resolução unilateral (artigo 58, inciso II) de aplicação de sanções ao contratado (artigo 58, inciso IV) e de ocupação provisória de bens e serviços (artigo 58, inciso V), dentre outros efeitos deletérios, acabam tornando a contratação pública mais cara, posto haver maior risco e instabilidade para o contratado em comparação com contratos semelhantes celebrados exclusivamente sob regime jurídico de direito privado.

Em doutrina, tendo em conta algumas dessas desvantagens, pugna-se por uma nova interpretação das cláusulas exorbitantes, para que sua inclusão, nos contratos administrativos, *de lege ferenda*, possa ser feita de maneira casuística, conferindo ao administrador público a discricionariedade para tanto, a partir de seu juízo de conveniência e oportunidade, tomados em razão de fatores como o objeto da contratação, os valores envolvidos, dentre outros. Propõe-se, até mesmo, a mudança de sua denominação para *cláusulas discricionárias*.

Neste sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A conciliação necessária, para superar as antigas desvantagens, que tanto encarecem a Administração Pública e favorecem a corrupção em larga escala, de modo a fazê-la enveredar por esses novos promissores caminhos, está, pois, na flexibilização, já que, ante a imensa diversidade de contratos possíveis que são firmados nos inúmeros setores de atividade da Administração Pública, não é lógico que o administrador público permaneça jungido a comandos excessivamente padronizados que, sobre serem em grande parte anacrônicos, e, desde logo, por serem muito gerais, não admitem a necessária modulação para atender às miríades de circunstâncias próprias de cada contratação. Embora, em princípio, seja até razoável o padronizarem-se algumas cautelas, não no será naquilo em que se negue à Administração a possibilidade de avaliar casuisticamente a conveniência e a oportunidade de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes. Esta preferência pela escolha da técnica flexível da discricionariedade, em lugar da técnica rígida da vinculação, não encontra qualquer impedimento na legislação brasileira, pois essa imposição da generalização de cláusulas inafastáveis nos contratos administrativos não repousa sobre qualquer assento constitucional, senão que é de previsão meramente legal, nada impedindo, portanto, que o legislador ordinário delegue ao administrador público esta oportunidade de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas, depois de examinadas as hipóteses, caso a caso.¹⁶

Feitas essas considerações, passa-se ao ponto central deste trabalho: de que forma a busca por maior eficiência na contratação pública tem sido feita, que encontrou seu ápice com a apresentação do Projeto de Lei nº 1.292 de 1995 até a edição da Lei do RDC (Lei nº 12.462 de 2011) e as perspectivas para o futuro, o que será objeto do item a seguir. Um dos principais

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592).

focos, com efeito, será a *contratação por eficiência*.

3. A remuneração pela eficiência do contratado na contratação pública – o que o presente e o futuro nos trazem?

Como mencionado, a Lei nº 8.666 de 1993 envelheceu com relativa rapidez. Além de seu descompasso com o formalismo moderado que começou a ganhar destaque, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos não se amolda adequadamente ao modelo menos burocratizante de Estado que se buscou implantar no Brasil a partir da segunda metade da década de 1990, que busca superar o modelo de administração pública clássica então dominante, forjado a partir da década de 1930.

Neste contexto, o viés rígido da Lei nº 8.666 de 1993 se encontrou em rota de colisão com os anseios de flexibilização e busca pela eficiência da Administração Pública, focados no ganho de produtividade do setor público, no aperfeiçoamento na prestação dos serviços públicos, na redução do tamanho do Estado e, via de consequência, dos gastos públicos.

Luiz Carlos Bresser-Pereira, então Ministro da Administração e Reforma do Estado, comentando alguns dos objetivos da radical transformação do Estado brasileiro pretendida naqueles meados da década de 1990, já afirmava que

Em primeiro lugar, como a Constituição de 1988 tornou rígida e burocratizada a administração pública, o essencial é reformá-la, tornando-a mais flexível. [...] Em segundo lugar, no plano social, o Estado deverá distinguir com clareza a formulação de políticas públicas de caráter regulatório da execução dos serviços sociais. Esta, deverá ser radicalmente descentralizada. Além disso, como os serviços sociais do Estado exigem uma flexibilidade, uma eficiência e uma qualidade tão boas quanto as existentes nas atividades semelhantes no setor privado e no setor público não-estatal, será necessário para esses serviços encontrar uma forma de administração mais flexível do que a adotada no núcleo burocrático da administração direta. [...] Finalmente, em relação ao núcleo burocrático do Estado, será necessário avançar na profissionalização, através da definição de um sistema de carreiras.¹⁷

Assim, logo em novembro de 1995, foi apresentado, no Senado Federal, o Projeto de Lei do Senado nº 163 de 1995, que se tornou o Projeto de Lei nº 1.292 de 1995 quando de sua chegada à Câmara dos Deputados, e que pretendia, à época, tão somente prever a possibilidade de subcontratação de partes da obra, serviço ou fornecimento, modificando a

¹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do aparelho do Estado e a Constituição de 1988*. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), 1995. Disponível em <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/384>. Acesso em 20.09.2020.

redação do artigo 72 da Lei nº 8.666 de 1993.

A natural morosidade e complexidade do processo legislativo, a sensibilidade do tema, dentre inúmeros outros fatores, fizeram com que o PL nº 1.292 de 1995, por anos, tramitasse em conjunto com outros projetos de lei ligados à matéria licitatória e contratual pública, medida esta que, por evidente, causou ainda mais atrasos à tramitação da proposta.

Somente em abril de 2019, diante da aprovação em Plenário da Subemenda Substitutiva Global ao projeto de lei – desta vez, propondo a revogação integral da Lei nº 8.666 de 1993, instituindo um novo marco legal para as licitações e contratos administrativos - é que a proposta finalmente foi aprovada pela Câmara dos Deputados e devolvida ao Senado Federal para apreciação¹⁸.

Os limites estreitos deste trabalho não permitem análise aprofundada do Projeto de Lei. O que nos chama atenção é a figura do *contrato de eficiência*, que é conceituado, pelo artigo 6º, inciso LIII do Projeto de Lei, como “*contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada*”.

Em complemento, o artigo 33, inciso VI do Projeto de Lei nº 1.292 de 1995 prevê o critério do maior retorno econômico para julgamento das propostas, “*utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato*”. Por fim, o artigo 39 regulamenta como será feito o julgamento das propostas que adotem este critério¹⁹.

¹⁸ Segundo informações do site da Câmara dos Deputados, até abril de 2019, tramitaram em conjunto com o PL nº 1.292 de 1995 os Projetos de Lei nºs 4.161/1993, 418/1995, 662/1995, 1.365/1995, 1.413/1996, 1.901/1996, 2.022/1996, 2.023/1996, 2.233/1996, 2.234/1996, 2.235/1996, 2.236/1996, 2.237/1996, 2.238/1996, 2.518/1996, 2.519/1996, 2.548/1996, 2.605/1996, 3.040/1997, 3.117/1997, 3.302/1997, 3.398/1997, 3.603/1997, 3.735/1997, 3.841/1997, 1.149/1999, 1.150/1999, 1.468/1999, 1.715/1999, 2.413/2000, 2.525/2000, 2.622/2000, 2.890/2000, 3.219/2000, 3.232/2000, 3.734/2000, 3.787/2000, 3.790/2000, 3.806/2000, 4.001/2001, 4.521/2001, 6.957/2002, 2.304/2003, 2.464/2003, 4.222/2004, 6.894/2006, 7.208/2006, 386/2007, 482/2007, 830/2007, 1.810/2007, 4.432/2008, 5.073/2009, 6.136/2009, 7.612/2010, 2.980/2011, 3.274/2012, 3.774/2012, 3.918/2012, 5.008/2013, 5.365/2013, 5.970/2013, 6.926/2013, 1.747/2015, 6.814/2017, 7.608/2017, 8.463/2017, 10.072/2018, 10.101/2018, 10.384/2018, 10.489/2018, 10.890/2018 e 11.200/2018. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.292 de 1995. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>. Acesso em 10.09.2020).

¹⁹ Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o caput deste artigo, os licitantes apresentarão:

I – proposta de trabalho, que deverá contemplar: a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento; b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à

A remuneração do contratado com base na eficiência da execução contratual não encontra correspondente expressa na Lei nº 8.666 de 1993, em especial, pela redação do artigo 55, inciso III, da Lei, que coloca o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, como cláusula necessária em todo contrato administrativo.

A Lei, a partir de seu mencionado rigor formalístico e de interpretação bastante formal do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, trabalha a partir da noção de remuneração fixa, buscando assegurar ao contratado a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos exatos limites da proposta vencedora do procedimento licitatório. Voltaremos ao tema em maiores detalhes no item seguinte.

Em tese, sob o regime da Lei nº 8.666 de 1993, a remuneração do contrato somente pode ser alterada unilateralmente, quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (artigo 65, inciso I, alínea “b”), ou, havendo acordo, para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro (artigo 65, inciso II, alínea “d”).

O modelo da Lei nº 8.666 de 1993, embora tenha o mérito de prestigiar significativamente a segurança jurídica para o contratado, constitui fator de desestímulo à adoção de práticas eficientes na execução do contrato administrativo pelo contratado, posto que, cumprido seu objeto nos exatos termos do conteúdo do contrato, terá direito ao recebimento de sua remuneração tal como estabelecido, sem vantagens pela obtenção de economia nos custos.

Neste sentido, Gustavo Binenbojm, ao comentar sobre o sistema adotado pela Lei nº 8.666 de 1993, aponta que:

O objetivo do legislador foi estabelecer que os gestores públicos sempre delimitassem em seus contratos determinadas circunstâncias essenciais para que (i) pudesse ser exercido o controle de validade destes instrumentos; e (ii) fosse garantida segurança

obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;

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

§ 2º O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.

§ 3º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I – a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;

II – se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

jurídica ao contratado sobre os exatos termos da relação jurídica firmada com o Estado.
20

A previsão de remuneração variável, por sua vez, se amolda melhor ao desenho de Administração Pública que se pretende obter nesses tempos. Assegurar ao contratado benefícios em sua remuneração diante do atendimento de metas de interesse da Administração é prática que, sem dúvidas, colabora não apenas para a eficiência da contratação pública, como também, para diversos interesses públicos, tais como a sustentabilidade, a economicidade, dentre outros.

Como aponta Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

A previsão de metas na execução de atividades de interesse do Estado representa uma tendência do Direito Administrativo atual, voltado para a busca de resultados eficientes, mormente a satisfação dos interesses constitucionalmente tutelados. No cenário da “Administração de Resultados”, os instrumentos jurídicos que flexibilizam a gestão administrativa representam uma importante ferramenta para garantir a eficiência administrativa. [...] Não se trata, a rigor, de uma sanção por inexecução contratual, mas de um estímulo para o seu melhor cumprimento.²¹

A previsão de mecanismos de variação da remuneração do contratado em função do atendimento de metas postas pela Administração Pública contratante não é novidade em nosso Direito Administrativo. Desde meados da década de 2000, começaram a surgir, na legislação, previsões admitindo tal modalidade de contraprestação ao contratado, em prestígio, como antes mencionado, a eficiência na contratação pública.

Neste sentido, como experimento inicial de maior relevância, pode-se apontar o artigo 6º, § 1º, da Lei da PPP (Lei Federal nº 11.079 de 2004), que, desde sua redação originária, estabelece a possibilidade de que o contrato de parceria público-privada preveja o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Trata-se, com efeito, de previsão necessária em razão da modelagem que o legislador conferiu a essa espécie de concessão de serviços públicos. Dentre outras peculiaridades, uma nota característica da parceria público-privada é a existência de contraprestação pecuniária do parceiro público em favor do parceiro privado, na forma do artigo 2º, §§ 1º a 3º, da Lei da PPP, que poderá ser adicional à remuneração obtida pelo concessionário pela cobrança de tarifa pela utilização do serviço, no caso de concessão patrocinada, ou

²⁰ BINEMBOJM, Gustavo. Contratos administrativos de desempenho com remuneração variável e condicionada ao êxito: possibilidades e limites à luz da Lei 8.666/1993. In: *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 12, p. 51-64, jan-mar/2020.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Licitações e contratos administrativos – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 168-169.

corresponder à totalidade da remuneração do concessionário, no caso de concessão administrativa.

O modelo adotado pela Lei nº 11.079 de 2004 levou Alexandre Santos de Aragão a sustentar que a remuneração do concessionário na concessão administrativa

Não pode, portanto, ser fixa - indiferente à quantidade e qualidade dos serviços prestados -, com o que a Administração Pública assumiria todos os riscos, a exemplo do que acontece com a terceirização e empreitada da Lei 8.666/93.” O autor conclui, ainda, que “[a]s concessões administrativas são, portanto, também uma espécie de delegação da gestão de atividades administrativas (não necessariamente de serviços públicos propriamente ditos), o que não poucas consequências práticas, além de teóricas, possui, para fins de responsabilidade objetiva, reversão de bens etc., aplicáveis somente à delegações de atividades administrativas, e não às demais modalidades de contratos administrativos.²²

Na concessão “comum” de serviços públicos, por sua vez, a remuneração do concessionário se dá por meio do pagamento de tarifa pelo usuário do serviço, embora admitida a previsão de receitas alternativas no edital de licitação, na forma do artigo 11 da Lei nº 8.987 de 1995.

A boa recepção da remuneração variável entre os estudiosos do tema e, de modo geral, da modelagem licitatória e contratual trazida pela Lei da PPP – bastante avançada em relação àquela forjada para a Lei nº 8.666 de 1993 - serviram de base para um novo modelo licitatório: o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), trazido inicialmente pela Medida Provisória nº 527 de 2011, posteriormente convertida, com modificações, na Lei nº 12.462 de 2011.

Inicialmente voltado para a realização das obras de infraestrutura necessárias para a realização da Copa das Confederações (2013), Copa do Mundo (2014) e Olimpíadas/Paralimpíadas (2016), o RDC, ao longo dos anos, teve seu objeto estendido para outras espécies de licitação e contratação públicas, por meio de sucessivas alterações na redação do artigo 1º da Lei n 12.462 de 2011.

Dentre as inovações trazidas pelo RDC, há a previsão, de forma bastante semelhante àquela posteriormente adotada na redação final do Projeto de Lei nº 1.292 de 1995, de celebração de *contrato de eficiência*, a partir do critério de julgamento licitatório denominado de *maior retorno econômico*, nos quais “*as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente*

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas - PPPS no Direito Positivo brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 839, p. 11-46, set./2005).

da execução do contrato” (artigo 23 e parágrafo da Lei nº 12.462 de 2011).

Em tal hipótese, sem dúvidas, há grande incentivo ao particular para a adoção de práticas mais eficientes no curso da execução contratual²³, que não apenas beneficiam a Administração Pública, como, também, o próprio contratado. Isto porque não apenas a sua remuneração é influenciada pelo maior ou menor grau de retorno econômico que consiga obter, como, ainda, o não atingimento das metas de economia previstas no edital de licitação podem lhe ocasionar sanções contratuais, na forma do artigo 23, § 1º, da Lei nº 12.462 de 2011.

Além disso, em relação aos demais critérios de julgamento previstos para o Regime Diferenciado de Contratação, o artigo 10 da Lei do RDC prevê a possibilidade de que a remuneração do contratado seja variável em razão ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Trata-se de medida ligada, ainda, à função regulatória da licitação. Como aponta Rafael Wallbach Schwind:

“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. 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.²⁴”

Destaque-se que a Lei nº 12.462 de 2011 tem sua constitucionalidade integralmente questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4645, pendente de julgamento. Especificamente quanto à remuneração variável, no que tange à sua constitucional material, argumenta-se que a medida contraria os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, por conferirem margem excessiva de discricionariedade ao gestor público no âmbito da contratação pública.

A remuneração variável a partir do êxito do contratado também foi prevista no artigo 45 da Lei das Estatais (Lei nº 13.303 de 2016), norma geral em matéria de licitações e contratos aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista. Neste caso, a

²³ Nesta linha, PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Delimitação do uso do RDC e sua relação com o regime ordinário da Lei Geral de Licitações. In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 127, p. 2535, jul. 2012.

²⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 177–206, jan./mar. 2012.

remuneração variável será igualmente vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Por fim, chega-se à figura do *contrato de eficiência* previsto no Projeto de Lei nº 1.292 de 1995, na versão final aprovada pela Câmara dos Deputados e remetida ao Senado Federal. Relembre-se que tal contrato é conceituado, pelo artigo 6º, inciso LIII do Projeto de Lei, como “*contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada*”.

Em complemento, o artigo 33, inciso VI do Projeto de Lei nº 1.292 de 1995 prevê o critério do maior retorno econômico para julgamento das propostas, “*utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato*”. Por fim, o artigo 39 regulamenta como será feito o julgamento das propostas que adotem este critério²⁵.

Não há necessidade de tecer maiores linhas sobre as vantagens da adoção de um modelo de remuneração variável do contratado, baseado na eficiência. Com efeito, em passagens anteriores deste trabalho, já se discutiu bastante a respeito do tema. A previsão, em projeto de lei que pretende a revogação integral da Lei nº 8.666 de 1993, possui como maior vantagem superar os óbices contrários à possibilidade de utilização da remuneração variável sob a égide da atual Lei de Licitações e Contratos.

²⁵ Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o caput deste artigo, os licitantes apresentarão:

I – proposta de trabalho, que deverá contemplar: a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento; b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;

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

§ 2º O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.

§ 3º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I – a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;

II – se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

Frise-se que se encontra posicionamento a favor da possibilidade do uso da remuneração variável com base no êxito para contratos regidos pela Lei nº 8.666 de 1993. Neste sentido, no âmbito do Processo TCE nº 825.950-7/16, a Corte de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em tese, admitiu o uso desta modalidade de remuneração do contratado, desde que os critérios de fixação da forma de remuneração sejam objetivos e estabelecidos de maneira clara no edital e no contrato.

Como apontado pela Corte de Contas fluminense:

A fixação de remuneração conforme o êxito configura exceção no âmbito dos contratos firmados pela Administração Pública. Justamente em razão da peculiaridade inerente a esses contratos e a excepcionalidade de sua celebração no âmbito da Administração Pública, deve-se avaliar se essa forma de remuneração é a mais adequada considerando o objeto do contrato, as obrigações assumidas pelas partes envolvidas e a prática usual no mercado. [...] A ausência de estimativa de custos do contrato compromete o exame da economicidade e poderia propiciar ganhos à contratada incompatíveis com a justa remuneração pelos serviços executados.²⁶

Em âmbito federal, o cenário não é diferente. O Tribunal de Contas da União, em algumas oportunidades, instado a se manifestar, entendeu pela possibilidade de celebração de contratos administrativos cuja remuneração devida ao contratado seja variável conforme o êxito. A título de exemplo, admite-se que, em caso de contratação de advogado para patrocínio de causa na qual empresa estatal seja parte, a fixação de honorários advocatícios *ad exitum*, ou seja, devidos ao causídico apenas na hipótese de sucesso no resultado da demanda (nesta linha, TCU, Acórdão 589/2004, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgamento em 19.05.2004).

No Poder Executivo, desde 2008, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão admitiu a variação da remuneração do contratado conforme seu desempenho na execução contratual. Inicialmente, a matéria foi regida pelo artigo 11 da Instrução Normativa nº 02/2008²⁷, estabelecendo que os critérios de aferição de resultados deveriam ser preferencialmente dispostos na forma de Acordos de Nível de Serviços. A IN 02/2008 foi revogada pela Instrução Normativa 05/2017 que previu, em diversos de seus dispositivos, figura

²⁶ (TCE-RJ, Processo nº 825.950-7/16, Rel. Cons. Marianna Montebello Willeman, julgamento em 17.06.2019).

²⁷ Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.

§ 1º Excepcionalmente poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço quando houver inviabilidade da adoção do critério de aferição dos resultados.

§ 2º Quando da adoção da unidade de medida por postos de trabalho ou horas de serviço, admite-se a flexibilização da execução da atividade ao longo do horário de expediente, vedando-se a realização de horas extras ou pagamento de adicionais não previstos nem estimados originariamente no instrumento convocatório.

§ 3º Os critérios de aferição de resultados deverão ser preferencialmente dispostos na forma de Acordos de Nível de Serviços, conforme dispõe esta Instrução Normativa e que deverá ser adaptado às metodologias de construção de ANS disponíveis em modelos técnicos especializados de contratação de serviços, quando houver.

semelhante, denominada de Instrumento de Medição de Resultado (IMR)²⁸.

Não há maiores dificuldades, assim, em perceber que a adoção de um modelo de remuneração do contratado com base na eficiência na execução contratual é tendência. O Projeto de Lei nº 1.292 de 1995, nesta parte, tão somente terá como maior vantagem espantar as dúvidas ainda existentes quanto ao cabimento desta espécie de modelo remuneratório fora das hipóteses já previstas em lei, conferindo maior segurança jurídica na matéria.

4. Conclusão.

O caminho da remuneração do contratado com base em seu desempenho, com efeito, é um caminho – felizmente - sem volta no âmbito da Administração Pública. Inserida no contexto de busca por maior eficiência nas licitações e contratos administrativos, e que se soma a outras iniciativas relevantes, tais como, a título de exemplo, a inversão das fases de julgamento e de habilitação, inicialmente prevista para o procedimento do pregão, a contratação integrada, dentre outros.

A ordem do dia, com efeito, é de abandonar certos dogmas da Lei nº 8.666 de 1993, arcaica, formalista e totalmente em descompasso com os anseios mais modernos do Direito Público. Sua substituição integral, seja pelo Projeto de Lei nº 1.292 de 1995 ou por outra iniciativa legislativa, é medida de urgência, de modo a facilitar a busca por maior eficiência na contratação pública, bastante freada ainda pelo espírito da Lei Geral de Licitações e Contratos vigente.

Anote-se, por fim, ser preciso alinhar o sistema de normas gerais de licitações e contratos administrativos às modelagens contratuais posteriormente surgidas e que representam passos seguintes. A Lei nº 8.666 de 1993 se encontra em frontal dissenso em relação a legislações mais recentes, tais como a Lei do Pregão (Lei nº 10.520 de 2002), a Lei do RDC (Lei nº 12.462 de 2011) e a Lei das Estatais (Lei nº 13.303 de 2016). Somente com a saída do vetusto diploma de 1993 é que, finalmente, esta transição inicial em prol da eficiência nas contratações públicas poderá estar completa.

Referências.

²⁸ O Anexo I da IN 05/2017 conceitua o Instrumento de Medição de Resultado (IMR) como “*mecanismo que define, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento.*”

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas - PPPS no Direito Positivo brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 839, p. 11-46, set./2005.

_____. *Empresas estatais – o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BINEMBOJM, Gustavo. Contratos administrativos de desempenho com remuneração variável e condicionada ao êxito: possibilidades e limites à luz da Lei 8.666/1993. In: *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 12, p. 51-64 jan-mar/2020.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

_____. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do aparelho do Estado e a Constituição de 1988*. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), 1995. Disponível em <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/384>. Acesso em 20.09.2020

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100,

abr. 2010.

MEDUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MICHAELIS. *Dicionário online*. São Paulo: UOL, 2020. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=eficiencia>. Acesso em 10.08.2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Licitações e contratos administrativos – teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OSORIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Delimitação do uso do RDC e sua relação com o regime ordinário da Lei Geral de Licitações. In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 127, p. 2535, jul. 2012.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero Mello. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. In: *Revista de Processo*, v. 275, p. 89-117, jan./2018.

ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. In: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 937, set. 2012/fev. 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 177-206, jan./mar. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Recebido em: 15/02/2021

1º Parecer em: 26/02/2021

2º Parecer em: 17/03/2021