

REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E CONTRATOS DE EFICIÊNCIA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (LEI 12.462/2011)

Rafael Wallbach Schwind
Doutorando em Direito do Estado na USP
Advogado de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

Sumário: 1. Introdução – 2. A viabilidade jurídica da remuneração atrelada ao desempenho – 3. Exemplos de contratos administrativos com remuneração variável – 4. A remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado no âmbito do RDC – 5. Os contratos de eficiência no âmbito do RDC – 6. Considerações finais.

1. Introdução

A Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011, objeto da conversão da Medida Provisória n.º 527, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

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, a Lei 12.462 previu dois mecanismos de remuneração do contratado que são bastante interessantes: (i) a *remuneração variável vinculada ao desempenho* – artigo 10, e (ii) a celebração de *contratos de eficiência* em que a remuneração do contratado será proporcional à economia gerada à Administração Pública – artigo 23.

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 contratante¹.

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.

Neste breve ensaio, serão examinadas essas duas figuras previstas na legislação do RDC.

2. A viabilidade jurídica da remuneração atrelada ao desempenho

O mecanismo de se vincular a remuneração do contratado ao seu desempenho pode propiciar significativas vantagens à Administração Pública.

Não há nenhum impedimento a que o tomador de um serviço remunere o prestador na proporção de uma vantagem efetivamente propiciada 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.

Dois exemplos deixam bem clara essa possibilidade.

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 uma vantagem efetiva 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.

O segundo exemplo consiste na contratação de serviços de advocacia em que se vincula o pagamento dos honorários ao 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.

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.

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 em 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.

A remuneração variável pode estar vinculada à obtenção de uma vantagem *adicional* à Administração Pública. Ou seja, pode haver a previsão de determinados parâmetros de qualidade, sendo que, se forem atingidos parâmetros superiores e estes efetivamente gerarem 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 uma vantagem com a contratação.

Além disso, a remuneração vinculada ao resultado obtido pelo particular é 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.

3. Exemplos de contratos administrativos com remuneração variável

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.

O caso mais comum é o da contratação de serviços advocatícios pela Administração em 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 (Acórdão n.º 589/2004 do Plenário do TCU).

Situação bastante interessante foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Reconheceu-se a validade de contrato que tinha por objeto o desenvolvimento de software para arrecadação de Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) para um Município, no qual o contratado recebia remuneração se a arrecadação verificada ultrapassasse a média mensal previamente estabelecida (Apelação Cível n.º 990.10.059277-7, Relator Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, unânime, j. 30.11.2010).

Outro exemplo de 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 – BIRD². 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.

Portanto, a remuneração variável em contratos administrativos já era um mecanismo possível antes mesmo da criação do RDC.

² Essas regras são aplicáveis às licitações com financiamento dessas instituições, por força do § 5º do artigo 42 da Lei 8.666/1993, uma vez que não contrariam os princípios gerais das licitações.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se ao exame das duas figuras previstas na Lei 12.462: a remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado (artigo 10) e o contrato de eficiência (artigo 23).

4. A remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado no âmbito do RDC

A remuneração vinculada ao desempenho do contratado é prevista no artigo 10 da Lei 12.462.

Nas contratações que prevejam 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. 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 direito³.

É importante observar que, num contrato que envolva remuneração variável, a Administração não poderá se descuidar da qualidade das prestações contratualmente estabelecidas. Há, de um lado, condições mínimas de qualidade a serem observadas pelo contratado, que devem ser suficientes para o atendimento das finalidades 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.

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.

O artigo 10 da Lei 12.462 estatui 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 no artigo 10 da Lei 12.462 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.

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 nenhuma relevância concreta. O estabelecimento de critérios desvinculados dos interesses públicos envolvidos somente ampliaria de forma indevida o

³ 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.

dispêndio de recursos estatais, constituindo-se conduta irresponsável e ímproba por parte do administrador público.

Além disso, 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.

O parágrafo único do artigo 10 da Lei 12.462 estabelece que a remuneração variável será motivada. O dever de motivação se aplica tanto à adoção dessa sistemática contratual como também à fixação dos critérios que influirão na remuneração variável. Na fase interna da licitação, a Administração deverá motivar as escolhas realizadas, demonstrando que as opções consagradas no instrumento convocatório (e posteriormente no contrato) são úteis e relevantes à consecução dos objetivos públicos envolvidos.

O parágrafo único do artigo 10 da Lei 12.462 também prevê que a utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

Portanto, 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 – o que é uma questão de responsabilidade fiscal.

5. Os contratos de eficiência no âmbito do RDC

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 12.462.

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 atingida a economia prevista no contrato, poderá haver o desconto na remuneração do particular ou até mesmo a aplicação de alguma sanção.

O contrato de eficiência apresenta diferenças marcantes em relação à remuneração variável do artigo 10 da Lei 12.462.

Nas contratações de remuneração variável (artigo 10 da Lei 12.462), 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.

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 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.

O § 1º do artigo 23 da Lei 12.462 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”.

A fórmula empregada pelo dispositivo, portanto, é um pouco mais restritiva do que a do artigo 10 da Lei 12.462. 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.

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 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), 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), nelas se incluindo as subvenções sociais e econômicas, as despesas com inativos, as pensões, as transferências intergovernamentais e os juros da dívida contratada.

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, conseqüentemente, a remuneração devida ao contratado.

O § 1º do artigo 23 da Lei 12.462 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).

A Lei 12.462 também não esclareceu 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.

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 12.462.

O regulamento a ser editado deverá detalhar melhor em que consistirão as propostas de trabalho e de preço. Entretanto, é possível afirmar 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.

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 12.462). A legislação do RDC, entretanto, não estabeleceu expressamente o que se entende por maior retorno econômico – assunto que possivelmente será detalhado no regulamento a ser editado.

Desde logo, 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.

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.

Apesar disso, é possível cogitar de situações em que a Administração fixe uma das variáveis e identifique a proposta mais vantajosa apenas pelo dimensionamento da outra.

A prática ainda demonstrará como se dará a identificação do maior retorno econômico.

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 12.462 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 12.462, a diferença será descontada da remuneração do contratado, sem a aplicação de multa ou outro tipo de sanção.

6. Considerações finais

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.

Informação bibliográfica do texto:

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 56, outubro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].