

CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA COM REMUNERAÇÃO CONDICIONADA AO ÊXITO: POSSIBILIDADES E LIMITES

Gustavo Binenbojm¹

O objetivo deste estudo é perquirir sobre a juridicidade do modelo de contratação administrativa com remuneração condicionada ao êxito do contratado, em contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratações da Administração Pública). Ademais, faz-se uma breve análise das situações que podem justificar tal tipo de modelagem contratual, bem como se apresentam, ao final, algumas cautelas importantes que devem ser adotadas pela Administração Pública ao utilizá-la.

Ressalto, logo de plano, que a análise é feita exclusivamente à luz da Lei nº 8.666/1993, na medida em que, nas licitações regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações – RDC (art. 4º e art. 10, IV da Lei nº 12.462/2011) e pela Lei das Estatais (art. 45 da Lei nº 13.303/2016), há previsão legal expressa quanto à possibilidade de remuneração variável.

O fato de haver menção expressa à remuneração variável em outras legislações não representa, em nenhuma medida, a impossibilidade de sua adoção sob a égide da Lei nº 8.666/1993. É importante mencionar, aliás, que tanto a Lei nº 12.462/2011 (RDC) como a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) representaram a consolidação de leis e práticas administrativas adotadas antes mesmo de suas edições, o que corrobora o afastamento de uma interpretação *a contrario sensu* destes dispositivos. Em relação à Lei Geral de Licitações, entendo que seu art. 55, incisos III e IV, não representam uma vedação à adoção do modelo de remuneração nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993. De fato, o art. 55 apenas indica quais são as cláusulas *necessárias* em todo contrato administrativo, mas não determina o seu conteúdo. O objetivo do legislador foi estabelecer que os gestores públicos sempre delimitassem em seus contratos determinadas circunstâncias essenciais para que (i) fosse possível o controle de validade destes instrumentos; e (ii) para assegurar segurança jurídica ao contratado sobre os exatos termos da relação jurídica firmada com o Estado.

No caso específico dos dispositivos enfrentados (incisos III e IV), a Lei nº 8.666/1993 estipula que:

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

Assim, ao que parece, a Lei nº 8.666/1993 não adotou um modelo único de remuneração aos particulares contratados pela Administração Pública. A necessidade de previsão do preço não significa que a empresa contratada será remunerada integralmente pelo valor estipulado no contrato. Tanto é assim que o inciso III do art. 55 menciona a necessidade de incluir nos contratos as “condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços”. A possibilidade de remuneração variável, portanto, é compatível com os dispositivos em questão, inserindo-se em uma margem de poder decisório da Administração Pública quanto ao modelo adotado e aos critérios estipulados para sua determinação.

Em comentário ao artigo em questão, Marçal Justen Filho leciona:

Em grande parte dos casos, o preço está predeterminado em termos exaustivos no instrumento contratual. Mas há hipóteses em que o referido instrumento apenas contempla critérios para a apuração do valor devido ao particular. O montante devido ao particular será obtido mediante a aplicação desses critérios ao caso concreto. É evidente que, em tais hipóteses, os critérios remuneratórios devem ser fixados de modo claro e incontroverso.²

Vale lembrar que, ao menos desde o ano de 2008, a União Federal permite a celebração de contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/1993 com a sistemática de remunerações variáveis de acordo com o desempenho dos contratados. A Instrução Normativa (IN) nº 02/2008, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, disciplinava os Acordos de Níveis de Serviços – instrumentos anexos aos contratos destinados a definir, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento. Atualmente, a matéria é regida pela IN nº 05/2017, que prevê figura similar denominada Instrumento de Medição de Resultado (IMR). Veja-se, a propósito, o exemplo constante do Anexo V-B da Instrução:

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.087.

Exemplo de Indicador – IMR	
Nº 01 Prazo de atendimento de demandas (OS).	
Item	Descrição
Finalidade	Garantir um atendimento célere às demandas do órgão.
Meta a cumprir	24h
Instrumento de medição	Sistema informatizado de solicitação de serviços – Ordem de Serviço (OS) eletrônica.
Forma de acompanhamento	Pelo sistema.
Periodicidade	Mensal
Mecanismo de Cálculo	Cada OS será verificada e valorada individualmente. N° de horas no atendimento/24h = X
Início de Vigência	Data da assinatura do contrato.
Faixas de ajuste no pagamento	X até 1 – 100% do valor da OS De 1 a 1,5 – 90% do valor da OS De 1,5 a 2 – 80% do valor da OS
Sanções	20% das OS acima de 2 – multa de XX 30% das OS acima de 2 – multa de XX + rescisão contratual
Observações	

Como é possível extrair da tabela acima reproduzida, os contratos celebrados com IMR permitem que a Administração Pública federal possa avaliar objetivamente a performance de seus parceiros e adequar seus pagamentos de acordo com a boa execução dos instrumentos pactuados. A prática de outros Estados da Federação também corrobora a possibilidade de se estabelecer remuneração variável nos contratos firmados com parceiros privados em contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993. Exemplo notório foi o recente Contrato de Impacto Social (CIS) celebrado pelo Estado de São Paulo. O CIS foi proposto pelo Governo estadual como um mecanismo de aporte de recursos privados para o investimento no setor da educação do Estado,

afetando centenas de escolas da rede pública.³ Nesse contrato, a remuneração do particular foi condicionada ao cumprimento de metas e condicionantes entabuladas pela Administração, que preveem requisitos como a diminuição da evasão e reprovação escolar na rede pública de educação daquele Estado.

Além disso, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União chancela a possibilidade de remunerações variáveis em contratos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/1993. No Acórdão nº 2.745/2013, foi afirmado que

em termos objetivos, assim, o trazido pelo art. 4º, inciso IV, da Lei 12.462/2011 em nada inova na prática jurisprudencial desta Corte. Incluo, aí, a própria *remuneração variável, já acatada pelo TCU em situações concretas sob a égide da Lei 8.666/93, ao exemplo do Acórdão 3.260/2011-Plenário*. Desde que obedecidas as devidas cautelas, demonstrado o fim primordial da licitação – que é o da obtenção da melhor proposta –, consideraram-se legais tais práticas.⁴

O Acórdão 3.260/2011 não faz menção expressa à possibilidade de contrato de desempenho com remuneração variável no regime da Lei nº 8.666/1993. No entanto, o contrato objeto da decisão – firmado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) – previa o pagamento das etapas de manutenção e conservação de via rodoviária de acordo com metas de desempenho (“os pagamentos são realizados por meio de um valor fixo mensal, vinculados à condição funcional e à condição estrutural da via. As medições não são baseadas no volume de serviços executados, mas sim na condição do pavimento”).⁵ Presume-se, assim, que a leitura deste acórdão, cumulada com a menção expressa pelo Acórdão nº 2.745/2013, revelam que o modelo de remuneração variável é considerado válido pelo TCU, desde que devidamente justificada no caso concreto. Essa orientação também foi seguida em outros acórdãos lavrados pela Corte de Contas.⁶

Veja-se ainda que a remuneração variável é compatível com os princípios que regem a atividade da Administração Pública. Mais especificamente, a modalidade dá concretude ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/88) e à diretriz da

³ O CIS foi proposto pelo Governo de São Paulo como um mecanismo de aporte de recursos privados para o investimento no setor da educação do estado, afetando centenas de escolas da rede pública. Estão disponibilizados *online* apenas a minuta do edital, a minuta do contrato e o termo de referência do CIS. Os documentos da consulta e audiência pública não estão disponíveis *online*; tampouco o acórdão do TCE que julgou a regularidade desse contrato.

⁴ TCU, Acórdão nº 2.745/2013, Rel. Min. Valmir Campelo, j. em 09/10/2013. Grifos nossos.

⁵ O acórdão não enfrentou diretamente o modelo remuneratório. No entanto, os Ministros do TCU declararam outras cláusulas contratuais inválidas.

⁶ TCU, Acórdão nº 2.020/2017, Rel. Min. Weder de Oliveira, Plenário, j. em 13/09/2017; Rel. Min. TCU, Acórdão nº 15656/2018, Rel. Min. Bruno Dantas, Primeira Câmara, j. em 04/12/2018; TCU, Acórdão nº 1730/2015, Rel. Min. Augusto Sherman, Plenário, j. em 15/07/2015; TCU, Acórdão nº 2.686/2008, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Plenário, j. em 26/11/2008; TCU, Acórdão nº 916/2015, Rel. Min. Augusto Sherman, Plenário, j. em 22/04/2015; TCU, Acórdão nº 589/2004, Rel. Min. Walton Alencar Gonçalves, Plenário, j. em 19/05/2004.

administração de resultados, de modo que os interesses públicos subjacentes a cada contratação pública possam ser atendidos de forma satisfatória. Afinal, a remuneração por êxito cria incentivos para que os particulares se esforcem para colaborar com a Administração Pública.

Nada obstante, a implementação do modelo de remuneração variável requer a adoção de algumas cautelas necessárias para atender a outras regras e princípios que regem a atividade administrativa. Em primeiro lugar, é essencial que os contratos que contenham cláusulas de remuneração por êxito observem as restrições orçamentárias e as regras de responsabilidade fiscal. Tal como previsto no art. 10 da Lei nº 12.462/2011, a utilização da remuneração variável deverá respeitar o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação, sobretudo pelo que dispõe o art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).⁷

Por conseguinte, os contratos administrativos que adotarem o modelo de remuneração por êxito devem necessariamente estipular um preço certo para o contrato que, em respeito aos limites orçamentários, corresponderá à remuneração integral do particular em caso de atingimento integral das metas ou condições impostas no instrumento. Portanto, mesmo que a contraprestação do particular seja condicionada ao seu êxito, a Administração Pública estadual deverá delimitar o preço máximo a ser despendido no contrato, sob pena de nulidade do instrumento tanto por desrespeito ao art. 55, incisos III e IV da Lei nº 8.666/1993 e ao art. 16 da LRF.

Em segundo lugar, embora o modelo possa ser recomendável em determinados casos, é necessário apontar que nem todo contrato administrativo estará sujeito à remuneração variável de acordo com a performance do parceiro privado. Em verdade, a deliberação quanto a este tipo de contratação está sujeita a reforçado dever de motivação. Deverá ser demonstrado, em cada caso, de forma clara e objetiva, que o incremento da remuneração estipulado contratualmente guarda correlação direta com vantagens econômicas ou sociais em favor da Administração Pública e da coletividade como um todo. Portanto, a Administração Pública deverá conhecer e avaliar as características e especificações do objeto a ser contratado que sejam capazes de afetar a sua prestação. Só assim será possível estabelecer uma remuneração variável de forma eficiente, em que o ganho adicional do contratado corresponda necessariamente a um benefício em prol da Administração Pública.

A título de exemplo, em um contrato de prestação de serviços ordinários, a necessidade de cumprimento integral das obrigações contratuais pelo parceiro remete a uma

⁷ Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

lógica de remuneração ordinária, em que a inexecução do serviço levará necessariamente ao inadimplemento contratual. Não há de se cogitar níveis intermediários de serviços prestados que sejam proveitosos à Administração. O mesmo se diga em relação à aquisição de um bem pelo Poder Público: a entrega em um prazo mais exíguo para objetos rotineiros pode não resultar em benefícios para a Administração. Por outro lado, é possível cogitar hipóteses em que a remuneração variável seja eficiente para a Administração Pública. O exemplo notório é a contratação de advogados para atuar em litígios judiciais. Em caso de vitória, os proveitos econômicos aferidos pela Administração Pública são compartilhados com o parceiro privado pelo êxito de sua atuação na demanda. Mas há outras hipóteses que podem ser cogitadas, tais como os contratos de execução ou restauração de rodovias, em que há modelos matemáticos para prever a condição futura do pavimento em relação aos custos de manutenção e de preservação ao longo do tempo.⁸ De igual modo, há recomendações sobre contratos de serviços de tecnologia da informação que indicam a eficiência da adoção de remunerações variáveis de acordo com o desempenho dos contratados.⁹ Sobretudo nos casos em que os ganhos da Administração ou a melhoria da qualidade dos empreendimentos possam ser economicamente mensuráveis, a adoção da remuneração variável será recomendável como instrumento de incentivos para o bom cumprimento do contrato. Neste ponto, é importante a adoção das recomendações do Tribunal de Contas da União para contratos do gênero, no sentido de que (i) haja correspondência direta entre o esforço e a dificuldade esperados do contratado e o prêmio acordado, sob pena de se configurar situação de desproporcionalidade entre serviço prestado e preço;¹⁰ (ii) que a remuneração esteja vinculada aos resultados obtidos, evitando-se situações

⁸ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime diferenciado de contratação: RDC*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 198.

⁹ Segundo a jurisprudência do TCU: “(...) 12. Os serviços fornecidos pela área de Tecnologia da Informação (TI) podem ser parametrizados segundo métricas e indicadores, que definem precisamente o esforço requerido e o resultado a ser alcançado, tanto do ponto de vista quantitativo, como do qualitativo. São, portanto, serviços cuja gestão pode - e deve - ser estruturada, o que pressupõe a especificação objetiva de produtos/serviços, a definição precisa de responsabilidades, o estabelecimento de custos, a identificação de riscos e a definição de métricas, indicadores e mecanismos de acompanhamento. Nesse contexto, fica bem evidente que os serviços de TI não se revestem da mesma natureza dos serviços de alocação de postos de trabalho (locação de mão-de-obra terceirizada), esses relacionados à simples colocação de pessoal à disposição da Administração e ao pagamento por horas trabalhadas. Conseqüentemente, não é razoável sob a perspectiva da gestão, nem vantajoso economicamente, que se adote, para serviços de TI, o mesmo modelo de pagamento de serviços aplicável à alocação de postos de trabalho, porque tal modelo não leva em consideração uma característica positiva dos serviços de TI: a possibilidade de definir objetivamente os resultados requeridos e efetuar-se o pagamento somente quando atingidos esses resultados. 13. *É em decorrência das características específicas dos serviços de TI e da necessidade de solucionar os problemas peculiares a essa área que há um movimento em nível global, por parte de governos e organizações, no sentido de abandonar os modelos de contratação baseados na alocação de postos de trabalho (locação de mão-de-obra) e no pagamento de horas trabalhadas. Hoje, cada vez mais disseminadamente, vêm sendo adotados modelos de contratação em TI fundados na mensuração de esforço e resultados por otimizarem a gestão dos serviços e os respectivos custos. São exemplos de ferramentas utilizadas para esse fim a adoção da metodologia de ponto por função e os acordos de nível de serviço, contratos em que são especificados os serviços requeridos e os padrões de desempenho necessários para aceitação dos serviços*” (TCU, Acórdão nº 1.238/2008, Rel. Min. Augusto Sherman, Plenário, j. em 25/06/2008).

¹⁰ “Nas contratações em que são pactuadas cláusulas de êxito, como remuneração pelos serviços prestados, deve

em que a contraprestação crie incentivos para ocorrência de incidentes e problemas;¹¹ e (iii) que a remuneração auferida nos contratos compense eventual risco assumido pelo particular quanto a eventual circunstância incerta e imprevisível (sobretudo em *contratos de risco*, tal como na remuneração por êxito em contratos para prestação de serviços jurídicos em demandas judiciais).¹² De mais a mais, de acordo com as diretrizes da Controladoria Geral da União para programas de integridade anticorrupção,¹³ é indesejável a delimitação de metas irreais que incentivem a prática de atos irregulares para o seu atingimento. As metas, neste ponto, devem seguir parâmetros que, sem perder de vista as vantagens em favor da Administração Pública, sejam igualmente factíveis dentro de um padrão de conduta ética do contratado. Em razão disso, aconselha-se que seja excepcional a remuneração do contratado condicionada a eventos futuros e incertos que não dependam integralmente de seu desempenho.

Por fim, em terceiro lugar, como meio de reduzir os custos de transação e a assimetria de informação dos agentes públicos e os setores da economia, é recomendável que sejam elaborados estudos prévios e confiáveis para a verificação empírica da eficiência do modelo de remuneração variável em cada tipo de contratação pública. Nesse ponto, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) pode ser um instrumento relevante. Trata-se de um processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de uma decisão pública.¹⁴ Recomenda-se, assim, que o resultado destes estudos levem à edição de atos normativos (regulamentos) e a formulação de minutas-padrão de contratos que definam (i) os objetos contratuais em que a remuneração variável é aconselhável; bem como (ii) os respectivos parâmetros, metas e condicionantes que

haver correspondência direta entre o esforço e a dificuldade esperados do contratado e o prêmio acordado, sob pena de se configurar situação de desproporcionalidade entre serviço prestado e preço” (TCU, Acórdão nº 15656/2018, Rel. Min. Bruno Dantas, Primeira Câmara, j. em 04/12/2018; TCU, Acórdão nº 1730/2015, Rel. Min. Augusto Sherman, Plenário, j. em 15/07/2015; TCU, Acórdão nº 2.686/2008, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Plenário, j. em 26/11/2008).

¹¹ “De acordo com o novo modelo de contratação de TI, a remuneração deve estar vinculada aos resultados obtidos, admitindo-se apenas de forma excepcional o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço. (...) [Deve-se evitar] modelos de remuneração em que a contraprestação da empresa contratada seja resultado exclusivo da quantidade de incidentes e problemas ocorridos, sugerindo que estabeleçam, sempre que possível, acordos de nível de serviço que favoreçam a redução de ocorrências dessa natureza e incentivem a boa prestação dos serviços contratados” (TCU, Acórdão nº 916/2015, Rel. Min. Augusto Sherman, Plenário, j. em 22/04/2015).

¹² “(...) para uma empresa que celebra contratos de risco, a remuneração auferida naqueles contratos em que se obtém sucesso deve necessariamente ser elevada, justamente para compensar o prejuízo incorrido nos outros contratos em que resultado pretendido é frustrado. Também para o contratante, naqueles casos em que prepondera a incerteza de sucesso da demanda, o contrato de risco revela-se proveitoso, pois ele nada desembolsa pelo serviço prestado, somente comprometendo-se a partilhar com o contratado o eventual resultado favorável” (TCU, Acórdão nº 589/2004, Rel. Min. Walton Alencar Gonçalves, Plenário, j. em 19/05/2004).

¹³ Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>, acesso em 25/02/2019.

¹⁴ Definição conforme as Diretrizes Gerais para AIR elaborada pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República.

influirão nas contraprestações a serem pagas aos parceiros privados da Administração Pública. Poderão ser adotadas, inclusive, diretrizes já estabelecidas pela União em seus atos normativos, tal como a já mencionada IN nº 5/2017 que, no item 2.6 de seu Anexo V, estabelece normas e procedimentos para contratações com remuneração variável e seus respectivos controles. Com isso, diminui-se a necessidade de estudos na fase interna de cada licitação, permitindo a adoção de procedimentos mais eficientes e céleres pela Administração.