

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

CLARA DANTAS MENDES

CONTRATOS DE EFICIÊNCIA E REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NO RDC

CURITIBA

2016

CLARA DANTAS MENDES

CONTRATOS DE EFICIÊNCIA E REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NO RDC

Monografia de Conclusão de curso de graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná apresentado como requisito parcial à obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

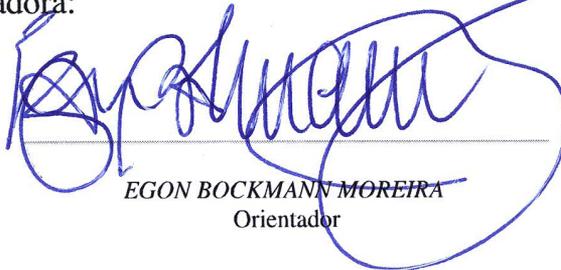
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

CLARA DANTAS MENDES

Contratos de eficiência e remuneração variável no RDC

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EGON BOCKMANN MOREIRA
Orientador

Coorientador



RODRIGO LUÍS KANAYAMA
Primeiro Membro

ALEXANDRE DITZEL FARACO - *Direito Público*
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Paraná deixo meus sinceros agradecimentos por todas as oportunidades que meu deus, sobretudo pelas que eu reconheci e pude aproveitar.

Agradeço, ainda, aos mestres que nela conheci ou que por conta dela pude dialogar, seja por meio dos livros, aulas ou pelo contato prático com o Direito, em especial ao generoso Dr. Egon Bockmann Moreira.

À Maria pelo afeto refletido no incentivo vital e paciência diária, que a função de mãe lhe exigem.

Ao Angelo por ensinar às suas filhas, por meio do exemplo de vida, o que é amor e resiliência.

À Amanda por empregar na nossa relação, na máxima medida, os ensinamentos do papai e ser a minha mais fiel, especial e amável incentivadora.

RESUMO

O sistema de contratações públicas, datado do século XIX, ainda que àquela época apresentasse feição distinta da atual, permite que a Administração Pública se relacione com a iniciativa privada, fazendo esta executar função que é da Administração. Desde do século XIX até a atualidade, o número de administrados cresceu, as demandas do Estado tornaram-se mais complexas, o que fez este arrogar mais funções para si. O referido inchaço estatal refletiu na demanda por um regime de contratações públicas melhor delineado pelo legislador. Neste interim, nasceu a Lei n.º 8.666/93, a qual desde o princípio foi muito criticada. Soma-se a isso o constante crescimento da complexidade estatal, deixando latente a necessidade de confecção de novas estruturas de contratação. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), fruto da Lei n.º 12.462/11, apresenta-se como reflexo deste processo de amadurecimento dos contratos administrativos, pretendendo dialogar com a necessidade de dotar de dinamicidade os contratos administrativos. O presente trabalho pinça no bojo do RDC os contratos de performance lá previstos e analisa o instituto da remuneração variável e os contratos de eficiência. O escopo do estudo é compreender a viabilidade da utilização dos contratos de performance pela Administração, os seus impactos indiretos e diretos. Da mesma forma, pretende-se enfrentar a questão relativa à baixa objetividade dos dispositivos legais que preveem os contratos de performance. A tentativa de responder tal indagação está calcada no entendimento de que residi na visão abstrata dos dispositivos um potencial obstáculo para a aplicabilidade das ferramentas (contratos de eficiência e remuneração variável) postas à disposição da Administração para atingir o antigo mote de se tornar mais eficiente.

Palavras-Chaves: Contratos; Administração; Remuneração; Variação; Eficiência.

ABSTRACT

The system of public contracting, dating from the nineteenth century, although at that time presented a distinct feature of the current, allows the Public Administration to relate to private initiative, making this perform a function that is the Administration. From the nineteenth century until nowadays, the number of administrations has grown, the demands of the state have become more complex, which has made this more of a function for itself. The aforementioned state swelling reflected the demand for a better contracting regime outlined by the legislator. In this context, Law n. 8.666/93 was born, which from the beginning was much criticized. Add to this the constant growth of state complexity, leaving latent the need to build new contracting structures. The Differentiated Procurement Regime (RDC), as a result of Law no. 12.462/11, is a reflection of this process of maturing administrative contracts, aiming to dialogue with the need to dynamically provide administrative contracts. The present work clutches the performance contracts provided for in the RDC and analyzes the institute of variable remuneration and efficiency contracts. The scope of the study is to understand the feasibility of the use of performance contracts by Management, its indirect and direct impacts. In the same way, it is intended to address the issue of relativity to the low objectivity of legal provisions that provide for performance contracts. The attempt to answer such an inquiry is based on the understanding that the abstract view of the devices is a potential obstacle to the applicability of the tools (efficiency contracts and variable remuneration) made available to the Administration to achieve the old motto of becoming more efficient.

Keywords: Contracts; Administration; Remuneration; Variable; Efficiency.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2. NOVA CONFIGURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	8
2.1 BREVE HISTÓRICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	8
2.1.1 O Panorama Dos Contratos Administrativos Pátrios.....	10
2.1.2 O CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA UMA NOVA ADMINISTRAÇÃO	12
2.2 O EMERGIR DO RDC.....	15
2.2.1 O Nascimento Do RDC	16
2.2.2 O Impacto Do Novel Regime No Cenário Do Direito Público	18
2.3 RDC – INOVAÇÕES E SEUS REFLEXOS.....	21
2.3.1 Contratação Integrada	22
2.3.2 Orçamento Sigiloso.....	23
2.3.3 Ordem Das Fases	25
2.3.4 Negociação Pré-Contratual	27
2.3.5 Remuneração Variável e Contratos De Eficiência.....	28
2.3.6 É Possível Avaliar o RDC e Prever o Que Está Por Vir?	29
3. CONTRATOS DE EFICIÊNCIA NO RDC	30
3.1 EFICIÊNCIA: O CONTÍNUO MOTE DA ADMINISTRAÇÃO.....	30
3.1.1 A (In)Eficiência Dos Contratos	32
3.1.2 O Contrato De Eficiência No RDC.....	33
3.2 ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA	35
3.2.1 A Viabilidade Desse Tipo Contratual	35
3.2.2. Modo De Auferir A Eficiência	39
3.2.3 Sistema Sancionatório.....	41
4 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NO RDC	42
4.1 CONTRATO DE REMENURAÇÃO VARIÁVEL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	42
4.2 CRITÉRIOS DEFINIDORES E LIMITADORES DA VARIAÇÃO	49
4.2.1 Metas.....	50
4.2.2 Padrão De Qualidade	51
4.2.3 Sustentabilidade Ambiental	51
4.2.4 Prazo De Entrega	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

A inadequação da lei n.º 8.666/93 frente às necessidades da Administração é, provavelmente, tão antiga quanto o próprio diploma normativo. Fruto de um momento histórico, no qual a máxima preocupação era o combate à corrupção, pós-impeachment do Collor. Momento este não tão diverso do atual, mas bem distinto do cenário de 2011, quando o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) fora aprovado.

O surgimento de novos diplomas que regem a interação do setor público com o privado no âmbito da contratação pública já evidenciava que a Lei Geral de Licitações e contratos não era suficiente para atender à Administração.

Há outros indícios da insuficiência da LGL, nesta esteira cita-se: consulta pública realizada em 2002 para tratar de um novo regime, bem como várias propostas legislativas com o mesmo intuito. O RDC não é, portanto, regime prematuro, mas ansiosamente esperado.

Assim, os eventos esportivos (Copa das Confederações, Copa do mundo, Olimpíadas e paraolimpíadas), para os quais o Brasil serviu de palco, parecem ser apenas escusas à satisfação de vontade antiga da Administração.

Quanto às “inovações” do RDC, é notável que estas estão mais focadas no processo licitatório do que no próprio contrato. Já a análise deste estudo tem o viés contrário, pois trata, especificamente, de institutos contratuais.

Isso não torna o trabalho menos relevante, muito pelo contrário, entende-se residir na ausência de plasticidade¹ dos contratos a famigerada ineficiência e precariedade dos contratos públicos.

Isto é, a despeito do processo licitatório ser importante, sobretudo a fase preparatória deste, é mais relevante ainda o arranjo contratual. A previsão de métodos e meios que estimulem o contratante a empregar a maior diligência deve ser a regra e a preocupação da Administração.

Tais mecanismos de eficiência vêm delineados no contrato, será este que perpetuará no tempo. Dar atenção às peculiaridades deste não pode ser menos considerável que o modo pelo qual ocorrerá a contratação.

Portanto, estudar modelos contratuais que deem margem para o aumento da eficiência e entender como podem ser aplicados impõe-se como a possível chave mestra para

¹ A expressão plasticidade contratual é encontrada na obra ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

a otimização dos contratos administrativos.

Assim, analisar os contratos de eficiência e a remuneração variável se justifica justamente na alta relevância destes instrumentos para possivelmente trazer a real dinamicidade necessária à operacionalização da eficiência nos contratos públicos.

Este estudo é ainda mais necessário quando se considera o montante dispendido em torno de contratações públicas e o alto número de particulares que se relacionam com a Administração por meio da via contratual.

Desta feita, consoante o pensamento de Eros Grau que considera o contrato meio pelo qual se intervém na economia, os institutos contratuais arrolados no RDC permitem aos administradores delinear escolhas do setor privado, não necessariamente legislando.²

Ou seja, permite-se que a Administração Pública possa se valer de institutos que fomentam no setor privado mudanças as quais atendem a interesses coletivos e otimizam os serviços prestados, resultando em ganho para ambas as partes, mas sobretudo para os usuários finais, a sociedade.

O RDC, então, pretendeu deixar à disposição da Administração instrumentos hábeis a estimular a eficiência e a modelar atitudes do setor privado que impactam na coletividade.

Entender se há real viabilidade para alcançar a otimização dos contratos por meio dos referidos mecanismos e quais são as condicionantes adstritas a estes é a tarefa imposta ao presente trabalho.

No entanto, esclarece-se, de antemão, que o emprego desses mecanismos contratuais presentes no RDC depende da coragem do administrador. Faz-se necessário fugir do lugar de conforto que são os engessados contratos públicos e buscar alternativas, previstas na lei nº 12.462/11, para aumentar os ganhos da Administração e alavancar a qualidade do serviço fornecido pelo setor privado a esta.

² GRAU, E. R. . A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 93/94.

2. NOVA CONFIGURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 BREVE HISTÓRICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A doutrina pouco diverge a respeito do impacto que a teoria francesa teve na construção da disciplina do Direito Administrativo no país, sobretudo no tema dos contratos. Aliás, é certo afirmar que esta seara do Direito tem na sua matriz francesa características impressas na Administração pública de diversos países, pois a França inaugurou um modo peculiar de tratar a matéria.³

O Direito Administrativo francês ganha corpo após a Revolução Francesa, o que em muito justifica suas peculiaridades. Ressalta-se que é anacrônico assemelhar este Direito Administrativo nascente com o que temos atualmente no Brasil.

O momento histórico do nascimento do Direito Administrativo francês é marcado pela pretensão de romper com os privilégios aristocráticos e instituições feudais, o que levou esta disciplina a ter um caráter mais incisivo. Isto pode servir para justificar a existência de prerrogativas estatais e diretrizes que vinculavam à Administração Pública.

Logo, é de origem francesa o pensamento de exercício do poder estatal concatenando à atuação dos governantes à garantia da liberdade. Nesta esteira, as prerrogativas do Direito Administrativo se legitimavam pois não garantiam uma atuação estatal desvinculada.

A condição histórica da França clamou a construção desta seara com diversas nuances, como é a jurisdição dual. Nesta há jurisdição administrativa, a qual acaba delineando a disciplina e definindo um regime diferenciado para a Administração Pública e àqueles que com ela se relacionam.

Não é da mesma forma que ocorre no país, onde a jurisdição é una. Aliás, muito difícil defender que houve no Brasil jurisdição dual como a francesa, ainda que inicialmente houvesse uma jurisdição estatal específica, esta não se compara com a francesa e nem sequer vigorou.⁴

A construção do Direito Administrativo francês tem, portanto, aspectos diferentes da brasileira, pois se flexibilizava com a atuação da jurisdição administrativa. No país não há

³ Importante destacar que o nascimento de direito administrativo também tem raiz algo-saxônica, pois esta disciplina emerge na Inglaterra, de forma mais liberal (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando . Contrato Administrativo. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 30/31).

⁴ O Brasil Império teve o que chamou de jurisdição administrativa, a qual estava restrita à função de assessoramento do Imperador em questões graves sendo, pois, algo muito diverso do modelo francês e que não perdurou. Neste sentido, ver o art. 124 da Constituição Federal de 1824.

uma afetação tão grande e mudança significativa em relação ao pensamento jurisprudencial própria para demandas administrativas, estando o Direito Administrativo pátrio mais restrito às normas que disciplinam a matéria.⁵

No entanto, ao importar o pensamento francês, o Brasil incorporou no texto normativo o que a jurisprudência francesa havia sedimentado, de maneira a considerar como dogmas, desprezando a forma como foram construídos. Deste modo, vê-se como a noção de contrato é apreendida de maneira extremamente ampla pelo Brasil, podendo gerar problemas à Administração.⁶

O conceito de contrato administrativo ganhou grande repercussão com as teorias desenvolvidas por Gaston Jèze, sobretudo na obra “Théorie générale des contrats de l'administration”.⁷

A partir da distinção entre os contratos privados e os celebrados com a Administração é que houve a tentativa de explicar o que é, então, este último. Para melhor elucidar a questão faz-se necessário analisar a diferença entre Direito Público e Privado.

De antemão, é necessário compreender que por vezes a fronteira entre estas duas áreas é sensível, pois não se tratam de setores apartados da ciência, mas tem liame fundamental, sobretudo quando se analisa a matéria de contratos.⁸

A distinção entre Direito Público e Privado, conforme a lição do Fernando Dias Menezes de Almeida pode ser definida de três maneiras, quais sejam: pelo caráter orgânico,

⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Contrato Administrativo. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.39/41.

⁶ Desde 1804 a definição de contrato não foi alterada no Código Civil francês. A interpretação desta leva ao entendimento de convenção como gênero e contrato como espécie. O autor invoca a importância disto para o Brasil, enxergando que nas terras tupiniquins a expressão acabou sendo usado de forma considerar contrato como um gênero. (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Contrato Administrativo.... p.55; 94-95).

⁷ Cita-se um trecho da obra “Principes généraux du Droit Administratif”, na qual Jèze explica a peculiaridade dos contratos celebrados pela Administração: “ (...) Si l'État est tenu de respecter les contrats qu'il fait avec les particuliers, c'est parce que, pouvant fixer des limites à sa toute-puissance, il peut reconnaître un droit à l'individu et que'ayant reconnu ce droit, il se trouve alors obligé de le respecter (...)”. Ressalte-se que à teoria de Jèze é dada grande ampliação, a qual ele refuta posteriormente para afirmar que as prerrogativas estatais (enquanto poderes) só se justificam quando envolvem serviço público.(JÈZE, Gaston. Les Principes Généraux du Droit Administratif. Paris e Nancy: Berger- Levrault. 1904. P. 13/14)

Duguit, contemporâneo de Jèze, também se posicionou acerca dos contratos administrativos, definindo-os da seguinte forma: “Je l'ai dit et je l'ai écrit souvent, il n'est plus permis aujourd'hui de parler de contrat de droit public. C'est une expression qu'on rencontre encore dans les arrêts de notre conseil d'État; je le regrette vivement. Dire qu'il y a des contrats de droit public, c'est dire que le lien contractuel n'est pas obligatoire lorsque nous sommes en droit public, c'est-à-dire lorsque l'État est un contractant, qu'il ne l'est que lorsque le contrat est intervenu entre deux particuliers. Or un contrat est un contrat que l'État y soit partie ou non; et l'État, partie à un contrat, est et doit être lié par lui comme le dernier de ses sujets. ”. (DUGUIT, Léon. Leçons de Droit Général. Paris: Boccard. 1926. P. 307)

⁸ A respeito do tema, cita-se as seguintes formulações de Duguit: “(...) il faut distinguer ces deux parties du droit, mais il ne faut pas établir entre elles une sorte de muraille infranchissable: ce qu'est une notion de droit l'est aussi bien en droit public qu'en droit privé. (...)”(DUGUIT, Léon. Leçons de Droit Général.... P. 42)

material e formal.

O primeiro faz alusão aos sujeitos que interagem em cada setor, o segundo acerca do conteúdo das normas que os regem e o terceiro sobre as formalidades da relação jurídica que delinea cada álea do Direito.

Soma-se a estes critérios de construção da distinção, o pensamento de Duguit acerca do tema, o qual entendia que a diferença reside no poder sancionatório que o Estado detêm. Ou seja, a atividade estatal prescinde de outrem para ser executada, uma vez que as sanções determinadas por ela podem ser de plano aplicadas.

Assim, firma-se o conceito de que o contrato administrativo, enquanto inserido na lógica que rege o Direito público, está condicionado a técnica de produção e execução peculiar⁹. Esta teoria desembarca em terras tupiniquis no início do século XX, após muito ter se desenvolvido na Europa continental.

2.1.1 O Panorama Dos Contratos Administrativos Pátrios

Como visto acima, é possível notar já no século XX a importação da teoria francesa dos contratos administrativos pelo Brasil, passando o país a considerar tais contratos como sujeitos à regime especial.

No entanto, existiram diplomas do século XIX que já tangenciavam à questão relativa aos contratos administrativo, ainda que não recebessem a qualificação que merecem hoje.¹⁰

Nesta esteira, cita-se o Código de Contabilidade Pública da União e seu Regulamento, que datam de 1922 e prescreviam a necessidade de concorrência para contratação estatal e o regime diferenciado em relação à estipulação, aprovação e execução do contrato.¹¹

⁹ Ressalte-se a existência de três correntes doutrinárias que definem contratos celebrados pela Administração. A primeira nega a existência da categoria contrato administrativo. A segunda corrente entende que todo contrato celebrado pelo Poder Público leva o nome de contrato administrativo e, logo, todos estariam adstritos ao regime de Direito Público. A terceira corrente, que é a majoritária, entende que existe um gênero chamado contrato de Administração. Este gênero possuem duas espécies, quais sejam: (i) contratos privados da Administração (art. 62, ss3, I, Lei 8666/03); (ii) contratos administrativos. Adota-se o pensamento de contrato como categoria jurídica, alinhando-se a corrente majoritária. Ademais, destaque que para Duguit e Jêze a peculiaridade só se justificava em decorrência da relevância do serviço público. Neste sentido, ver JÊZE, Gaston. *Les Principes Generaux du Droit Administratif*. Paris e Nacncy: Breger- Levrault. 1904. P. 158.

¹⁰ Neste toar, merece destaque o Decreto n.º 2926, de 14 de maio de 1862

¹¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Contrato Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 162/163. Ver também a seguinte obra: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*:

Na sequência cronológica de análise dos contratos administrativos no Brasil, necessário tratar do Decreto 2.926/82, que previa regras para arrematação de serviços e obras a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e obras públicas.

Da mesma forma, cita-se o Decreto-lei 2300/86, o qual estabelece as prerrogativas públicas nos contratos administrativos. Poderes-deveres estes que se elastecem e tomam outra forma no diploma da lei geral de licitações e contratos ainda vigente, Lei 8666/93.¹²

Quanto à referida Lei, muito se debateu a respeito do caráter de norma geral e da aplicabilidade obrigatória desta em diplomas específicos de contratação, questão levada até o STF. Nesta oportunidade, a ideia de norma geral da lei prevaleceu, vencendo o argumento de que por esta ter se auto intitulado norma geral, devia ser assim apreendida.¹³

A lei n.º 8.666/93 permite à Administração celebrar contratos tipificados em leis de Direito Administrativo, bem como de direito privado e os atípicos, que são fruto de um mix entre características de cada espécie contratual. Ressalte-se que deve-se sempre atentar-se à legalidade.¹⁴

O sistema de prerrogativas estatais, encontra-se disposto no art. 58, da Lei n.º 8.666/93. Concatenada a estas prerrogativas está o equilíbrio econômico financeiro, o qual é reflexo do princípio da isonomia que rege a contratação. Portanto, havendo modificação do contrato deve haver na outra ponta previsão para não onerar sobremaneira uma das partes.¹⁵

Este equilíbrio pode ser justificado com base no princípio da justiça de equidade que tende a amarrar as partes do contrato e pode ser analisado de duas maneiras. Pela primeira, tende-se a entender que o equilíbrio tem como fito não onerar sobremaneira uma das partes do contrato.

Contudo, quando se está no Direito Público este equilíbrio ganha uma outra acepção. Trata-se do objetivo fundamental de garantir o serviço público e sua continuidade, caso o contrato tenha como pano de fundo um serviço público. Ainda que assim não seja, terá como

estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parceiras pública-privadas. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005. P.2/8.

¹² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PPP Parceria público-privada. [São Paulo, SP]: Saraiva, 2012. p.33.

¹³ STF, ADI 927 RS, Ministro CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgamento em 03/11/1993, DJ 11/11/1994.

¹⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Contrato Administrativo. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.215.

¹⁵ Acerca do tema ver os arts. 58, § 1, § 2 e 65, II, alínea “d,” § 5, § 6, lei n.º 8666/93. Fernando Dias Menezes defende que dar poder demasiado a uma das partes, conferindo poder de mudar o contratado deveria estar pautado no objeto contratual, ou seja, deveria ser uma necessidade do próprio contrato e não oriundo da natureza pública ou privada dos interesses. (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Contrato Administrativo... p.220.)

fim absoluto a garantia do interesse público.¹⁶

Portanto, para além do equilíbrio ser exigível em prol da harmonia entre as partes, há toda a importância que o contrato tem para sujeitos que são diretamente atingidos por ele, mas não são nem o contratado, nem o contratante. Não raro os contratos administrativos deverem ter o equilíbrio conservado em atenção à coletividade que é a mais afetada pela má execução do contrato.

Isto é incorporado no país, bem como os demais pensamentos franceses, de forma seca. Adotou-se, assim, sistema oriundo de país que precisava ser autoritário e rígido, mas detinha jurisprudência que se debruçava apenas sobre estas questões casuisticamente.

O Brasil, que não tem as mesmas nuances históricas da França, importou o modelo construído para este país, fazendo leitura literal e desprezando os aspectos diferenciais e motivadores de cada pensamento.

Sem dúvida que isto gera a incorporação de pensamentos jurisprudências como dogmas, a postura rígida desacompanhada de jurisdição que a interpretasse à luz dos motivos que a ensejaram e uma publicitação extremada. Esse poder exacerbado para a Administração é um dos grandes responsáveis pelo engessamento das contratações administrativas pátrias.

Neste aspecto, a título ilustrativo encontra-se a alteração unilateral do contrato como prerrogativa do Estado e a utilização desta pelos administradores com o mero fim eleitoral, submetendo o contratante à vontade política. Indubitável que a extrema formalidade imposta aos contratos e às prerrogativas exacerbadas do Estado se impõe como óbices à plasticidade e segurança dos contratos.

É evidente também que estas entraves foram reconhecidas pelo Estado, o qual fica preso em um *trade-off*. Ou seja, à medida que se faz necessário tornar menos rígida a contratação e até mesmo a estrutura do contrato, é crucial que o Estado abra mão de algumas formalidades e forneça mais segurança aos possíveis contratantes. Tais medidas passam, portanto, por uma abertura estatal em relação ao poder que este detêm.

2.1.2 O CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA UMA NOVA ADMINISTRAÇÃO

¹⁶ Essa visão de que o princípio da justiça de equidade quando aplicada aos contratos administrativos deve contemplar a manutenção dos serviços públicos advém da teoria do serviço público desenvolvida por Jèze e Duguit, dois expoentes da escola do serviços público. Consoante ao aludido, expõe trecho extraído da teoria de Duguit: “ La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne.” (...)”(DUGUIT, Léon. Leçon de Droit Général. Paris: Boccard. 1926. P. 152).

A política de capitalismo de Estado e industrialização de base presente no Governo de Getúlio já apontava para o ideal de modernização do país. Lógico que este movimento histórico passava pela criação de infraestrutura suficiente.

Com a industrialização substitutiva, no governo de Juscelino Kubitschek, ocorreu a vinda de empresas automobilísticas, navais e de outros ramos, ainda mais pelo fato dos altos incentivos brasileiros.¹⁷

O Estado incapaz de criar infraestrutura sozinho precisou de parceiros que tinham a tecnologia e a capacidade para tanto.

Portanto, restava latente a necessidade de contratação de terceiros que desenvolvessem a infraestrutura e que fornecessem serviços que a Administração precisava, mas não tinha condições de produzir. O Estado, assim, otimiza sua atuação ao passar para terceiros mais capacitados e habilitados o fornecimento do que necessita.

Este, aliás, é um movimento que ganha força internacionalmente, adquirindo diversas estruturas, as quais não serão tratadas especificamente neste trabalho. Para além disso, é uma onda que permanece, pois o setor público ainda é o com maior potencial contratante e o privado, o com competência para cooperar em diversos projetos da administração.

Trata-se, em geral, de um sistema de colaboração entre setor privado e público que tem o condão de trazer benefícios aos dois lados. O primeiro detém conhecimentos e condições para fornecer o melhor serviço ou efetuar a melhor obra e o segundo tem a necessidade desse bem e caixa para pagar por isso.¹⁸

A lei n.º 8.666/93 dispõe exatamente acerca desta relação entre ambos os setores, realizada por meio das contratações. A LGL é de 1993, um ano depois de impeachment do Collor devido à corrupção envolvendo contratos. Em 1993, o sentimento era de fazer leis difíceis, muito formais, o que acarretou na Lei n.º 8.666, vista como um martírio para os aplicadores do direito.¹⁹

Essa lei é marcada por excessos, que geram custos de transação, sendo muito caro

¹⁷ FAUSTO, Boris. História do Brasil. 13 ed. São Paulo: Editora da USP. 2008. p. 535/543.

¹⁸ Neste sentido, ler as considerações feitas por Carlos Ari Sundfeld, no livro *Direito Administrativo para céticos*, quando diferencia o Direito Administrativo de papelaria do de negócio. O primeiro se refere a Administração que é estatista, não está buscando eficiência e age com desconfiança em relação ao privado, já o Segundo gerencia custos e tempo, pondo eficiência em evidência. Este autor conclui que talvez esteja neste modelo de atuação da Administração a solução para alguns impasses governamentais e para fazer de nosso ramo o direito administrativo que tanto se reclama". (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 123)

¹⁹ Consoante ao aludido, válida a leitura do texto redigido por Joel de Menezes Nieburh, intitulado "Mudanças nas licitações, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-nieburh/mudancas-nas-licitacoes>. Acessado em 11/06/2016.

contratar com a Administração. Estas não mais se ajustam às necessidades exigidas contemporaneamente.

Há muito se sente essa limitação e são tecidas críticas à lei geral de licitações e contratos. Prova disso é a criação de diplomas que preveem novas formas e modelos de licitação e contrato.

Elenca-se a lei geral das telecomunicações, criando modalidade de licitação restrita à Anatel, o pregão, como um dos sinais das limitações da lei n.º 8.666/93.

O pregão foi uma empreitada bem-sucedida que resultou na edição de MP n.º 2.026/2000. Incluiu-se uma “sexta” modalidade de licitação. Posteriormente, em 2011, foi editada a MP n.º 2182 que regeu tal modalidade. Esta MP foi convertida na lei n.º 10.520/2002.

O pregão prevê que a disputa possa ser realizada de maneira eletrônica. Haverá a apresentação de propostas e lances em sessão pública. Esta modalidade é cabível para aquisição de bens e serviços comuns qualquer que seja o valor estimado da contratação.²⁰

A modalidade tem como intuito dar maior celeridade e obter a maior vantajosidade possível dentro do sistema de contratações públicas.

O regime de concessões públicas promulgado em 1995 aponta, também, para a busca da Administração de prever novos arranjos que atendessem a suas demandas. Há a delegação de um serviço público, para um terceiro, que o prestará por sua conta e risco, nos moldes do definido pelo Poder Público.

Merecem referência, ainda, as parcerias públicas-privadas (lei n.º 11.079/2004). Estas em alusão ao modelo de concessão, preveem as concessões patrocinadas, que contam com contraprestação da Administração para elaboração do sistema tarifário, e as concessões administrativas, as quais se tem na contraprestação do contratante a remuneração.

Assim, se já era difícil à época da lei n.º 8.666/93 afirmar que as demandas da Administração foram atendidas, com o passar dos anos ficou explícito a limitação da referida lei. Como esperado, a modificação das necessidades da Administração demandou um novo modelo contratual e de modo de contratação.

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) não se apresenta como regime que irá

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32.ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2015 p.580/581. Salienta-se que não se adota a teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello para brevemente explicar as concessões comuns, alinhando-se muito mais a teoria de Hely Lopes Meirelles.

dar fim a utilização da 8666/93. Isto é um mito.²¹ O RDC é apenas mais um passo, que o Legislativo há muito tentava dar, para melhor atender aos novos interesses da Administração.

Trata-se de regime mais concatenado com a efetividade das contratações e com as possibilidades do setor privado. O que a Administração Pública experimenta, por meio do RDC, é a subsunção de normas que deem maior espaço para a colaboração que o setor privado pode fornecer ao público, maximizando o atendimento ao interesse público. Da mesma forma, pretende-se dar maior celeridade às licitações.

2.2 O EMERGIR DO RDC

O imaginário nacional apresenta o clichê de que o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) é fruto dos eventos esportivos que o país se comprometeu em sediar. Aliás, é até mesmo tal justificativa que baseia a alteração proposta na Medida Provisória n.º 527 de 2011, a qual apresentou o RDC.

No próprio relatório proferido na tramitação no Legislativo da referida MP, o qual tem como autor o Sr. José Guimarães, que por sua vez, é também o responsável pela propositura do Projeto de Lei de Conversão (PVL) n.º 17 de 2011, que trata do RDC, há menção expressa aos jogos.

Isto é, em princípio, os parlamentares venderam a ideia de que o RDC teria como escopo atender exclusivamente às necessidades dos jogos esportivos que o Brasil sediou.

Ambos os eventos foram responsáveis por movimentar o setor turístico do país, necessitando de obras que os viabilizassem. Da mesma forma, foi necessário criar a estrutura para a realização destes, o que fez o RDC ser apresentado em MP que tratava acerca do setor aeroportuário.

A despeito da utilização de tais eventos como escusa para apresentação do projeto que institui o RDC, o próprio Deputado Federal deixa claro no relatório que se trata de projeto já debatido anteriormente no Legislativo.

Neste sentido, cita-se a edição de duas Medidas Provisórias, em maio de 2010, quais sejam: MP n.º 488 e MP n.º 489, que tinham, entre outras finalidades, a de disciplinar um regime de contratação específico para os eventos esportivos. Contudo, estas acabaram perdendo a eficácia devido ao transladar do tempo. Para além disso, faz-se alusão o

²¹ Neste sentido, ver o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, o qual corrobora o afirmado acima. Caso o RDC fosse a solução para a insatisfação acerca do processo de contratos públicas, não seria apresentado o referido PLS.

anteprojeto da lei geral de contratações da Administração posto para consulta pública, em 2002.

Portanto, há franca contradição à tese de que o RDC é fruto dos eventos aludidos, pois antes do país servir de palco para estes, um novo regime de licitações e contratações já era discutido na esfera legislativa.

Nesta linha, Benedicto Porto Neto expõe que nem sequer foi instaurado processo licitatório com a antecedência necessária para as construções das obras da copa do mundo de 2014. Deixa claro, ainda, que a criação da RDC não se baseia na ineficácia da lei nº 8.666/93, impondo a ausência de credibilidade desta a real motivação do regime diferenciado.²²

Ressalte-se, como já explicado, que os pensamentos para reformular a LGL não são uma novidade, apenas se acentuaram devido às mudanças sociais e ao aumento da necessidade de celebração de contrato pela Administração.

Sendo assim, a sucinta análise histórica do pensamento desenvolvido pelo Legislativo e Executivo brasileiro demonstra que ambos ansiavam por uma mudança no diploma das contratações administrativas. Portanto, vê-se os eventos esportivos de projeção mundial apenas como pretextos para o RDC.

2.2.1 O Nascimento Do RDC

Válido, então, conhecer o processo de aprovação, bem como as suas justificativas e discussões travadas na seara Legislativa, tendo como resultado a instituição deste novel regime de contratação.

A edição da lei n.º 12.462 de 2011 tem como base primária a Medida Provisória n.º 527 de 2011. Esta MP foi apresentada no Senado Federal em 18/03/2011, recebendo quarenta e quatro emendas, restando posteriormente apenas quarenta e três devido à retirada da emenda n.º 10 pelo Deputado Federal Jilmar Tatto.

Até tal momento, o intuito da MP era alterar a lei 10.683/03, entre outras medidas. Foi o Projeto de Lei de conversão da MP 527/11 que serviu como palco para as discussões a respeito da aprovação do RDC.²³

²² SUNDFELD, Carlos Ari (Org.) ; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). Contratos Públicos e Direito Administrativo. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, v. 1.p.

²³ Neste sentido, ver ementa da MP 527/2011: Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária -

Esclarece-se que o Projeto de Lei de Conversão (PLV) é um projeto de alteração em Medida Provisória sobre apreciação da Câmara dos Deputados.²⁴ Neste contexto, em 15/06/2011, o Deputado Federal José Guimarães indexou o PLV à MP n.º 527. O PLV n.º 17/2011 apresenta o RDC.

Salienta-se que o Deputado José Guimarães, também responsável por relatar a MP, expôs que não se trata de instituto novo, mas já analisado em outras oportunidades pelos parlamentares, como já dito, nunca sendo aprovado.

Em 15/06/2011, foi proferido parecer do Legislativo acerca da MP 527/2011. Nesta oportunidade, a aprovação do RDC foi defendida com base no quão o novo regime colaboraria para perseguição dos princípios constitucionais.²⁵

O RDC, já em sua propositura, sofreu severas críticas, dentre as quais se destaca a relativa a vícios de formalidade. Quem teceu as críticas tomou como base a ausência de liame robusto entre a matéria da MP e o RDC. Tal alegação apenas adianta o que seria levado ao STF posteriormente.²⁶

O argumento para rechaçar essa tese, como fora adiantado, era de que a regulação e as mudanças no setor aeroportuário brasileiro têm conexão com o RDC, pois os eventos esportivos que àquela época seriam realizados no Brasil demandariam um sistema aeroportuário eficiente, dado o aumento na circulação de pessoas no período de tais eventos.²⁷

No curso da tramitação legislativa foi proferido relatório, no qual o RDC é

INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

²⁴ RESOLUÇÃO Nº 1, DE 2002-CN: Art. 5º ("Caput" do artigo declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, pela ADIN nº 4.029, publicada no DOU de 16/3/2012) "§ 4º Quanto ao mérito, a Comissão poderá emitir parecer pela aprovação total ou parcial ou alteração da Medida Provisória ou pela sua rejeição; e, ainda, pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada, devendo concluir, quando resolver por qualquer alteração de seu texto: I - pela apresentação de projeto de lei de conversão relativo à matéria;"

²⁵ Expõe-se o texto fiel do parecer: "(...) o regime diferenciado de contratações públicas não advém, ao contrário do que se dissemina, de ideias iluminadas criadas sem amparo em sólida experiência prática. Resulta, na verdade, de um inteligente fusão entre o procedimento licitatório preconizado pelo atual Estatuto da Licitações e o sistema de pregão eletrônico (...). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892096&filename=PPP+1+MPV52711+%3D%3E+MPV+527/2011>. Acessado em 05/05/2016.

²⁶ Ver em JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.176.

²⁷ Toda a argumentação em prol da constitucionalidade do RDC pode ser melhor observada na nota técnica de AGU. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/160242. Acessado em 13/08/2016.

apreendido pelo relator como uma fusão da lei n.º 8.666/93 e da lei do pregão. Neste relatório, oito temas do RDC são tratados separadamente. Trata-se de peculiaridades do novel sistema, dentre os quais destacam-se a presença de novos e mais eficazes quesitos de julgamentos e a variação da remuneração com base nos resultados obtidos pelo contratado.

Não há, assim, no bojo do relatório quaisquer críticas acerca das irregularidades apontadas. O processo legislativo culminou na aprovação do RDC sem grandes alardes, tendo apenas ocorrido alteração no projeto devido a sugestão do Poder Executivo. Portanto, somente incluiu-se o inciso III ao art. 1º do PLV, sendo o texto com esta alteração, por fim, aprovado.

Ao analisar o nascimento do RDC, não se pode deixar de citar o Decreto-Lei n.º 58/2011, que instituiu o regulamento da lei n.º 12.462/11. O papel do regulamento é fundamental, haja vista que trata de maneira mais analítica do novo regime, ou seja, a lei n.º 12.462/11 tem como característica não ter tratado esmiuçadamente de cada instituto, cabendo ao regulamento melhor explorar determinados aspectos da referida lei.

2.2.2 O Impacto Do Novel Regime No Cenário Do Direito Público

Após ser aprovado, o RDC foi objeto de duas ADIs, são elas: ADI n.º 4645 e ADI n.º 4655. Ambas têm como ponto comum o objeto de declarar a inconstitucionalidade do RDC, haja vista vícios de forma que o maculam. Defendem que é necessário que as emendas à MP tenham pertinência ao conteúdo desta, o que entendem não ter ocorrido neste caso, como já abordado acima.

A primeira (ADI n.º 4645) para além de tratar do vício formal, elenca a ofensa ao art. 5º, XXXIII; ao art. 37, *caput*; ao art. 22, XXVII; e ao art. 62, todos da Constituição, para argumentar a inconstitucionalidade formal, bem como a ofensa à Constituição no que tange à previsão de sigilo orçamentário (art. 6, lei n.º 12.462/2011).²⁸

A ADI n.º 4645 suscitou, ainda, a inconstitucionalidade do art. 10 da lei n.º 12.462/2011 sob o argumento de que este artigo daria ampla margem de discricionariedade, cabendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa e da impessoalidade.²⁹

²⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>. Acessado em 11/06/2016.

²⁹ O debate sobre a constitucionalidade do artigo alcançou também o grupo de trabalho Copa do mundo Fifa 2014, da quinta Câmara de coordenação e revisão do MPF. Estes creram ser artigo carregado de amplo subjetivismo, alegaram também que se trata de cópia mal feita do art. 6 da lei n.º 11.079. Assim, a razoável aplicação do artigo dependeria de estudo gigantesco e complexo os quais não cabem na dimensão temporal dos eventos para os quais o regime se destina.(JUSTEN FILHO, Marçal. O regime diferenciado de contratações

Já a segunda (ADI n.º 4655), proposta pelo PGR, defende não só a inconstitucionalidade formal da lei, como de diversos artigos (art.1.º, I e II; art. 2, parágrafo único, V; art. 8, § 5º; art. 9, *caput* e parágrafos; art. 29, I; art. 30, I e II; bem como do § 1º ao 5º; art. 36, § 1º; art. 65, art. 4, § 1º, II e art. 14, parágrafo único, sendo a inconstitucionalidade dos dois últimos apenas parcial) dentre os quais não menciona o art. 6.º.

Até o momento, nenhuma das ADI's foram julgadas. O que se observa não é uma retração do regime, mas o extremo oposto. O RDC sofre um inchaço à medida que as hipóteses em que ele é cabível aumentam. Portanto, não se espera que os pedidos das ADI's sejam julgados procedentes.

A utilização do RDC que estava condicionada, inicialmente, apenas aos jogos esportivos e questões relacionadas a estes é ampliada para outras situações. Atualmente, o rol de casos em que é cabível RDC foi estendido, abarcando os contratos relacionados: (i) às ações integrantes do Programa de aceleração do Crescimento (PAC) (lei n.º 12.688, de 2012); (ii) às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema único de Saúde (SUS) (lei 12.745, de 2012); (iii) às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo (lei 13.190, de 2015); (iv) às ações no âmbito da segurança pública (lei 13.190, de 2015); (v) às obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (lei 13.190, de 2015); (vi) aos contratos referidos no art. 47- A (lei 13.190, de 2015); (vii) às ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (lei 13.242, de 2016).³⁰

Portanto, o RDC ganhou maior repercussão. Esta ampliação no art.1.º da lei n.º 12.462/2011 dá margem para considerações acerca do RDC como regime alternativo à LGL.

Ou seja, a Administração não satisfeita com o disposto na Lei n.º 8.666/93 torna possível que determinadas contratações sejam regidas pelo RDC. Trata-se aqui de uma leitura

públicas (RDC): comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581 (atualizados pela Lei n.º 12.980 e pelo Decreto n.º 8.251, de maio de 2014). 3. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2014. p. 169/171).

³⁰ Para demonstrar a proporção tomada pelo RDC cita-se o seguinte trecho da obra de Jessé Torres e Marinês Restelatto: “ No 12 fórum brasileiro de contratação e gestão pública (BSB, 30 de maio de 2014), Claudio Soares Altouniam, dirigente da Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônios, do TCU, declarou que 95% das obras públicas hoje pagas com recursos federais estão sendo licitadas e contratadas segundo o RDC, tanto que pertinentes a projetos específicos nas áreas de saúde, da educação ou da infraestrutura, previsto no PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) ou associados às competições esportivas internacionais que o país está ou estará a sediar.” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto. Comentários ao RDC Integrado. p. 1-5).

possível para entender esta ampliação do rol de incidência do RDC. Suscita aqui uma nova questão, qual seja: que tipo de relação há entre lei n.º 8.666/93 e lei n.º 12.462/11.

Para elucidar a referida questão, importa-se as explicações de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães acerca do tema. Para os autores, o RDC é norma geral-especial, pois trata de licitação pública como norma geral, e é norma especial em relação às demais leis que disciplinam licitações públicas.

O que eles pretendem defender é que o RDC tem autonomia e não deve ser lido com base na LGL. Contudo, há quem sustente o oposto.³¹ Esta discussão é contemplada pelo art. 1.º, § 2.º da lei n.º 12.462/2011, que apesar de afastar a incidência da LGL ao RDC, faz ressalva.³²

Assim, como alerta o referido artigo, cabe a leitura do RDC com olhos atentos à LGL, pois há a previsão em quinze dispositivos acerca da aplicação da lei n.º 8666/93 ao RDC. Ao contrário do que fez a lei geral de licitações e contratos, o RDC tem menor quantidade de artigos, utilizando de regulamento para disciplinar questões não tratadas de modo analítico pelo diploma do RDC. No regulamento encontram-se quatorze dispositivos que fazem alusão à LGL. Portanto, em que pese não seja possível realizar um mix dos sistemas normativos, não são como uma mistura heterogênea.

Na visão de Daniel Tobias Athias o RDC pode ser comparado ao *by-pass*, um procedimento médico que tem como intuito transplantar um vaso sanguíneo, criando um novo percurso para implementação.³³

Ou seja, deixa-se intocado o vaso problemático, mas cria solução para que a circulação ocorra. No caso, a lei n.º 8.666/93 é o vaso problemático que se mantém hígido, enquanto o RDC é o novo caminho criado.

Depreende-se do entendimento dele, que se trata de dois regimes sem tendência a se misturar, ainda que valha a ressalva feita acima. São dois percursos diferentes que coexistem,

³¹ Neste sentido, elenca-se a posição de Vanice Regina Lírio do Vale, que aduz acerca da possibilidade de aplicação subsidiária da 8.666/93 quando a lei n.º 12.462/11 não oferecer solução. O que não é plausível, segundo ela, é realizar um mix entre estes dois sistemas. Isto acarretaria em um hibridismo, o qual em muito pouco ajudaria no alcance da segurança jurídica. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto. Comentários ao Rdc Integrado ao Sistema Brasileiro de Licitações e Contratações Públicas. Renovar. 2015. P. 29/30).

³² MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações - alguns apontamentos. Revista de Contratos Públicos, v. 1, 2012. p. 81-124.

³³ ATHIAS, Daniel Tobias. Institucional bypass – O exemplo do Regime Diferenciado de Contratação (RDC). Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE. ano 3, n.3, mar./ago., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. P. 253/268. No mesmo sentido, ver: YASSER, Gabriel Reis. O regime diferenciado de contratações : um caso de institucional bypass? Revista de direito público da economia, v. 13, n. 49, p. 223-246, jan./mar. 2015.

cuja função é a mesma. Parece ser essa a visão mais didática para explicar a relação entre os duas leis.

Ao passo que a LGL nasceu criticada e assim continua sendo, esperava-se que outros regimes licitatórios e de contratação aparecessem. Foi exatamente o que aconteceu.

O RDC é, portanto, em grande parte, fruto de um descontentamento e inadequação da LGL frente às demandas administrativas atuais.

Ainda assim, a gestação do RDC no Legislativo fez com que, mesmo muito esperado, fosse recebido como prematuro. Então, a percepção deste regime e o entendimento se deu contemporaneamente a sua aplicação.

O primeiro temor de que ele viesse a substituir a famigerada, mas consolidada lei n.º 8.666/93 parece não ter sumido, ainda que tenha perdido muita de suas vozes.

O amadurecimento do RDC depende do movimento da Administração de utilizar os recursos disponíveis pelo Regime a fim de desengessar o processo licitatório, bem como dar mais plasticidade às contratações.

2.3 RDC – INOVAÇÕES E SEUS REFLEXOS

Conforme Marcelo Bruto, ao citar palavras do Ministro do TCU, Valmir Campelo, o RDC é um trilha, enquanto a lei n.º 8666/93 é um trilho. Isto já revela que o RDC tem como característica a flexibilidade que a LGL não tem.³⁴

Assim, o RDC permite um maior exercício de discricionariedade daquele que escolhe o caminho, a Administração, mas tem como intuito alcançar o mesmo fim que o trilho, ainda que possibilite trilhar caminho diverso.

Reside neste caminho as “inovações” do RDC. Não se tem como escopo deste trabalho exaurir o tema, portanto, elege-se alguns aspectos de maior polêmica e que podem afetar mais substancialmente a Administração.

O RDC tem como objetivo ampliar eficiência, competitividade e trazer inovações tecnológicas. Neste sentido, inserem-se os institutos que serão brevemente tratados por merecerem maior estudo, são eles: (i) contratação integrada, (ii) ordem das fases, (iii) sigilo do orçamento, (iv) negociação pré-contratual, (v) remuneração variável e contratos de

³⁴ Ministério do Planejamento. Gestão em Destaque. RDC na Administração Federal. 2013. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=H8eo5MoS_1w.13"-14](https://www.youtube.com/watch?v=H8eo5MoS_1w.13)". Acessado em 15/07/2016.

eficiência.³⁵

2.3.1 Contratação Integrada

Expôs o relator da MP n.º 527/2011 que a inspiração da contratação integrada, instituto defendido como âncora do RDC, tem como base o sistema pensado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso para a PETROBRAS.³⁶

Logo, não se trata de uma novidade, pois já estava previsto no Decreto n.º 2475/98 para as contratações realizadas pela PETROBRAS. Trata-se de um modelo de contratação *turn key* ou EPC (*Engineering procurement, construction*).

Neste o contratado fará tanto o projeto básico quanto o executivo. Não é como na lei n.º 8.666/93, na qual é obrigatório que a Administração desenvolva o projeto básico para que haja a licitação. Na contratação integrada cabe à Administração elaborar apenas o anteprojeto.

Claro que isto dá abertura gigantesca ao contratado. Contudo, a lei n.º 12.462/11 previu condicionante ao uso da contratação integrada, as quais estão expressas no art. 20, §1.º.

Neste toar, cabe à Administração justificar a utilização da contratação integrada para além desta ter que atender o disposto no artigo supracitado. Ademais, tanto projeto básico quanto anteprojeto serão apreciados pelo Tribunal de Contas segundo os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade, consoante disposto no caput do art. 70.º da CRFB.

Quanto ao anteprojeto, aduz-se que este avalia as questões relativas à viabilidade da execução da obra ou da prestação de serviço, trazendo as especificações técnicas necessárias a serem empregadas na obra ou serviço.

O anteprojeto fica a cargo da Administração, que pode tanto executar tal tarefa por meio de agente competente da própria Administração, como por terceiro, contratado de forma direta, consoante prevê o art. 25, II, cumulado com o art. 13, I, da lei 8666/93 ou por meio de concurso.³⁷

³⁵ “§ 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.”

³⁶ Neste sentido, ver trecho do parecer do relator: “E digo mais: num diálogo com a Oposição, nós nos inspiramos inclusive no regime já estabelecido pelo PETROBRAS em 1993, quando o então Presidente Fernando Henrique Cardoso estabeleceu por decreto aquilo que é o centro, que é a âncora do regime diferenciado, a contratação integrada. Baixado por decreto em 1993, nós nos inspiramos nessa formulação, e o estamos fazendo neste momento, aqui, ao Congresso Nacional”.

³⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto. Comentários ao RDC Integrado ao Sistema Brasileiro de Licitações e Contratações Públicas. Renovar. 2015. p. 43-47

Ainda no que diz respeito a contratação integrada para além das inúmeras dúvidas que podem restar, destaca-se a relativa ao preço. Neste toar, a formação do preço se dá com base nos valores de mercados, como também nos índices existentes (ex: SINAPI e SICRO) e nos valores pagos em obras ou serviços semelhantes que foram contratados pela Administração.

Destaca-se, ainda, que o aditamento contratual não pode ser manejado em casos de contratação integrada, salvo em duas situações, quais sejam: (I) recompor o equilíbrio-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; (ii) necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica e desde que não sejam oriundas de erros ou omissões por partes do contratado, observando o limite imposto na 8666/93. Estas ressalvas encontram-se dispostas no art. 9, §4º, I e II, lei n.º 12462/11.³⁸

Quanto à matriz de risco, tem-se a repartição objetiva das responsabilidades advindas de fatos supervenientes. Isto é, a matriz de risco aponta para os principais fatores que poderão influenciar a execução do projeto. No âmbito das construções públicas, por exemplo, o acórdão 2622/2013 do plenário do TCU entendeu como riscos: os de engenharia, riscos normais a obras, riscos de erros do projeto, riscos de fatos da Administração e riscos extraordinários (caso fortuito ou força maior).³⁹

Portanto, necessário que o projeto traga a previsão de riscos e os considere no custo da obra ou serviço. O que se quer garantir é uma estabilidade, ainda que tal fato seja demasiadamente difícil quando se está diante de obras de longo prazo.

2.3.2 Orçamento Sigiloso

A publicidade do orçamento foi tema que também fomentou o debate acerca da inconstitucionalidade da lei n.º 12.462/11, sendo o dispositivo que tratou do instituto vinculado à causa de inconstitucionalidade da lei, como já fora visto.

Isto, pois, o princípio da publicidade, encontrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, foi supostamente desprezado ao prever o sigilo orçamentário. Contudo, fazendo

³⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto. Comentários ao RDC Integrado...P. 234-237

³⁹TCU, Plenário, Processo n.º 036.076/2011-2 (acórdão n.º 2226/2013), Relator Marcos Bemquerer, Data da sessão: 25/09/2013. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/036.076-2011-2%20processo%20administrativo%20BDI.pdf>. p. 19. Acessado em 05/07/2016.

frente a este argumento, sustentam alguns juristas que não se trata de princípio absoluto, sendo passível de relativização no presente caso.⁴⁰

Ademais, há ressalvas no art. 6º do RDC, dispondo sobre hipóteses em que não haverá o sigilo do orçamento. O segredo orçamentário, nos casos em que ele deve ser conservado, finda somente após todos os possíveis recursos, antes mesmo da homologação e adjudicação, consoante art. 28 do RDC. Tal matéria é mais pormenorizadamente tratada no art. 42 do Decreto n.º 7581/11.⁴¹

⁴⁰ Neste sentido, ver o artigo de Marcos Nobrega, disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-MARCOS-NOBREGA.pdf>

⁴¹ Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários.

1º O valor global da proposta não poderá superar o orçamento estimado pela administração pública, com base nos parâmetros previstos nos §§ 3o, 4o ou 6o do art. 8o da Lei no 12.462, de 2011, e, no caso da contratação integrada, na forma estabelecida no art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei nº 12.462, de 2011. (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

§ 2º No caso de adoção do regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas não podem exceder os custos unitários estabelecidos no orçamento estimado pela administração pública, observadas as seguintes condições:

I - serão considerados itens materialmente relevantes aqueles de maior impacto no valor total da proposta e que, somados, representem pelo menos oitenta por cento do valor total do orçamento estimado ou que sejam considerados essenciais à funcionalidade da obra ou do serviço de engenharia; e (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

II - em situações especiais, devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado aprovado pela administração pública, poderão ser aceitos custos unitários superiores àqueles constantes do orçamento estimado em relação aos itens materialmente relevantes, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle, dispensada a compensação em qualquer outro serviço do orçamento de referência; (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

§ 3º Se o relatório técnico de que trata o inciso II do §2o não for aprovado pela administração pública, aplica-se o disposto no art. 62, salvo se o licitante apresentar nova proposta, com adequação dos custos unitários propostos aos limites previstos no §2o, sem alteração do valor global da proposta.

§ 4º No caso de adoção do regime de empreitada por preço global ou de empreitada integral, serão observadas as seguintes condições:

I – no cálculo do valor da proposta, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles previstos nos §§ 3º, 4º ou 6º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, desde que o valor global da proposta e o valor de cada etapa prevista no cronograma físico-financeiro seja igual ou inferior ao valor calculado a partir do sistema de referência utilizado;

II - em situações especiais, devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado, aprovado pela administração pública, os valores das etapas do cronograma físico-financeiro poderão exceder o limite fixado no inciso I; e

III - as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato.

§ 5º No caso de adoção do regime de contratação integrada, deverão ser previstos no instrumento convocatório critérios de aceitabilidade por etapa, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado na forma prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, e compatíveis com o cronograma físico do objeto licitado. (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

§ 6º O orçamento estimado das obras e serviços de engenharia será aquele resultante da composição dos custos unitários diretos do sistema de referência utilizado, acrescida do percentual de BDI de referência, ressalvado o disposto no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, para o regime de contratação integrada. (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

§ 7º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência

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

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Quanto ao sigilo do orçamento, cabe fazer mais algumas ponderações. Primeiramente, como já se fez alusão, ele se dará em todos os casos do RDC, salvo na hipótese de ser adotado o critério do julgamento por maior desconto.

Ressalte-se, ainda, que quando o julgamento for feito pela melhor técnica deverá constar no instrumento convocatório as informações relativas ao valor do prêmio ou da remuneração.

Por fim, conforme esboçado no próprio artigo, aos órgãos de controle interno e externo será dado acesso ao orçamento, logo, o segredo não é para todos, pois a Administração deve e sabe quanto dispõe para a contratação.⁴²

O instituto, então, tem uma ideia logicamente exitosa, pois ao não se conhecer o “máximo” que a administração pode gastar, as propostas tendem a não ser apresentadas no limite deste montante. Contudo, na prática depende de maturidade da Administração para conservar o sigilo a todos os que oferecem as propostas.

2.3.3 Ordem Das Fases

Em 2002, a Administração submeteu à consulta pública o anteprojeto da lei geral de contratações públicas, pretendendo dar maior eficiência as contratações. Dentre outros

de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária. (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

⁴² O TCU já tratou da matéria, conforme é possível observar nos acórdãos proferidos nos seguintes processos: n.º 033.046/2088-0; n.º 1789/2009; 010733/2005-4. Cabe aqui, também, a alusão ao defendido por Rafael Valim, que sustentou, em 2015, na semana de Direito Público do curso de Direito da UFPR, estar no sigilo orçamentário uma forma de estabelecer desigualdades, pois não entende como possível o desconhecimento por todos os licitantes do orçamento. Logo, ao ver com pouco credibilidade o sigilo, aponta que apenas alguns teriam acesso a ele previamente e estes estariam beneficiados.

aspectos, o anteprojeto já trazia a previsão de inversão de fases.⁴³

O RDC que se dá, preferencialmente, na forma eletrônica tem sete fases, quais sejam: (i) preparatória, (ii) publicação do instrumento convocatória, (iii) apresentação de propostas ou lances, (iv) julgamento do melhor preço, (v) habilitação, (vi) fase recursal e (vii) encerramento. Esta ordem faz com que apenas o primeiro colocado seja habilitado, bem como exista apenas um momento recursal no processo licitatório.

Não se trata de uma novidade do RDC, mas do uso contínuo do instituto bem recebido pela Administração. Foi na criação do pregão que se possibilitou ao ordenamento jurídico a habilitação posterior ao julgamento.

Após a Lei n.º 9.472/9, o instituto se estendeu de modo a ser plausível utilizá-lo no âmbito dos entes federativos, consoante disposto na Lei n.º 10.520/2002.

A ideia teve terreno fértil também no regime da PPP (lei n.º 11.079/2004), estendendo-se para as concessões comuns no ano seguinte. No mesmo toar, o instituto foi incorporado às leis estaduais, citando-se aqui a lei paranaense de n.º 15.340/2006.

A habilitação é o momento no qual a Administração decide quais dos que apresentaram propostas estão aptos a continuar no processo. Trata-se de um ato administrativo formal e motivado.

Realizar a habilitação apenas após o julgamento das propostas tem como escopo tornar o processo mais célere, na medida em que só serão analisados os atributos daquele que ofertou a melhor proposta, e que só se oportuniza um momento recursal.

Isto é, não há sequer a chance de que o processo seja suspenso em razão do julgamento de eventual recurso para questionar qualquer inabilitação, como ocorre na LGL.

Há no parágrafo único, do art. 12, da lei n.º 12.462/11, no entanto, exceção a ordem das fases do RDC. Basta apenas que a Administração motivadamente explique a ordem diversa da aludida no RDC.

A fase de habilitação antes do conhecimento das propostas de preço servia para que os agentes averiguassem os atributos subjetivos dos licitantes de maneira imparcial. Ou seja, não conhecer a proposta de preço traria isenção aos agentes.

Contudo, na prática, o efeito foi ao revés. Há uma inabilitação sem razão substancial,

⁴³ O termo inversão de fases é usado com o viés didático. Ou seja, toma como parâmetro a lei n.º 8.666/93 para explicar a sequência de fases do RDC. Utiliza-se este recurso apenas para tornar a compreensão mais fácil, pois na medida em que a LGL é amplamente conhecida, analisar o RDC de modo comparativo facilita o entendimento desta nova ordem. Isto não significa subordinação de uma lei a outra, como já fora explicado, quando se tratou da relação entre ambas as leis.

por questões subalternas, desconectada de quanto esta pode resultar em prejuízos econômicos à Administração.⁴⁴

Ou seja, à medida que se deixa de habilitar por um mero capricho abre margem para dois efeitos, quais sejam: (i) recurso que trazem mais morosidade ao processo e (ii) perde a chance de contratar proposta com preço inferior. Ele vai expor as vantagens e o que é a inversão.

Portanto, ele defende que ao menos no que tange a licitação de obras e serviços de engenharia deveria vir antes a habilitação e posteriormente a classificação.

2.3.4 Negociação Pré-Contratual

O Decreto n.º 7582 de 2011 estipulou a possibilidade de negociar com o licitante condições mais vantajosas, nos casos em que a proposta do primeiro colocado estiver acima do orçamento da Administração.⁴⁵

Assim, o RDC, como fez a lei n.º 10.520/02, previu a negociação por meio de leilão do preço como regra para o processo de contratação pela Administração Pública. Há três modos de disputa de leilões: os abertos, os fechados e os fechados-abertos.

No aberto há uma sucessão de lances, tendo todos os participantes conhecimentos dos demais lances que foram dados. Segundo pondera José dos Santos Carvalho filho, propostas e lances são coisas diferentes, sendo o primeiro a oferta a ser apresentada pelo interessado, ao passo que o segundo retrata ofertas sucessivas e progressivas.

Um lance posterior mais vantajoso que o anterior não anula este último, apenas o substituiu. Há a possibilidade dos leilões abertos serem presenciais ou eletrônicos. Nos leilões fechados as ofertas são apresentadas por meio de envelopes lacrados.⁴⁶

No caso da disputa ser fechada-aberta, entrega-se envelopes e em data pré-determinada haverá a possibilidade de mudança das ofertas, como se dá no modelo aberto.

A possibilidade de negociação tem como reflexo a apresentação de propostas não tão abaixo do valor que a Administração dispõe para arcar com o contrato. Há, então, uma relação

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari (Org.) ; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). Contratos Públicos e Direito Administrativo. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, v. 1.p.

⁴⁵ Art. 43. Após o encerramento da fase de apresentação de propostas, a comissão de licitação classificará as propostas por ordem decrescente de vantajosidade.

§ 1º Quando a proposta do primeiro classificado estiver acima do orçamento estimado, a comissão de licitação poderá negociar com o licitante condições mais vantajosas.

⁴⁶ MOREIRA, Egon Bockmann ; GUIMARÃES, Fernando César Vernalha . Regime Diferenciado de Contratações - alguns apontamentos. Revista de Contratos Públicos, v. 1, p. 81-124, 2012.

entre negociação e sigilo no orçamento.

Enquanto esse último induz a apresentação de propostas alinhadas com o valor real (praticado no mercado) do objeto contratado, a negociação permite que não sejam apresentadas propostas pouca vantajosas ao particular. Isto se deve ao fato deste ter o conhecimento de que o valor apresentado na proposta é passível de negociação.

Por outro lado, permite que a Administração torne o processo de contratação pelo engessado e mais próximo à realidade de Mercado, permitindo aumento na vantagem almejada pelo processo licitatório.

2.3.5 Remuneração Variável e Contratos De Eficiência

Tanto remuneração variável quanto contrato de eficiência tem como mote o aumento da eficiência dos contratos. Este é o ponto em comum de ambos os arranjos, os quais adentram no conceito de contrato de performance.

Estabelece-se uma relação ganha-ganha, na qual a vantagem da Administração representará benefício para o contratado, quando este deu causa a primeira.⁴⁷

No entanto, como será mais extensivamente tratado, há distinções relevantes entre estes dois institutos. O central é que no contrato de eficiência há uma promessa compondo o núcleo do objeto contratual, enquanto que já na remuneração variável a promessa é externa a este núcleo.

A remuneração variável está ligada a benefícios extraordinários que a máxima diligência do contratado pode trazer. Assim, o instituto é um modo de estimular a melhor atuação do contratado. Na remuneração variável, sabe-se, de antemão, que o não alcance dos benefícios não acarretará em decréscimo na montante previamente pactuado, pois este está conectado ao adimplemento do núcleo contratual.⁴⁸

A lógica do contrato de eficiência é distinta. O contratado se compromete a alcançar um grau ótimo de satisfação e a contratada apenas escolhe pactuar o contrato na expectativa que isto ocorra.

Há a obrigação de que a eficiência proposta seja alcançada, sob pena do contratado

⁴⁷ SCHWIND, Rafal Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC). Revista Interesse Público – IP. Ano 13. n. 70. Nov./dez. 2011. P. 221/251.

⁴⁸ CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). Regime diferenciado de contratações públicas - RDC (Lei no 12.462/2011; decreto no 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.P.

sofrer sanções. Este tipo contratual leva a eficiência a um outro patamar, pois ainda que seja um princípio administrativo, por ser muito subjetivo acaba tendo uma aplicação não muito expressiva.

A proposta do RDC é mudar essa conjuntura, na medida em que quer dar maior concretude à eficiência, por meio destes institutos.

2.3.6 É Possível Avaliar o RDC e Prever o Que Está Por Vir?

Após cinco anos de RDC, ainda é prematuro apontar qual o efeito e a aplicação prática de cada aspecto. Contudo, já existem dados e pesquisas comparando licitações regidas pela LGL e pelo RDC, cujo objeto contratual era o mesmo ou muito semelhante.⁴⁹

O que se nota é que o RDC alcançou maior celeridade, êxito que o pregão obteve anos atrás e continua obtendo. Soma-se a isso, o fator econômico, pois em relação a licitações pretéritas regidas pela lei n.º 8666/93, cujo objeto se assemelha ao de licitações recentes regidas pelo RDC, houve um ganho para Administração em relação ao valor do contrato.

Contudo, tais dados não fazem alusão aos contratos. Ou seja, não se tem relatos a respeito dos efeitos que os tipos contratuais previstos no RDC tiveram. O que em muito se deve ao fato do regime ser recente.

Assim, o retrato do reflexo na qualidade e no ganho durante o curso dos contratos regidos pelo RDC depende de pesquisa empírica e de amadurecimento do novel regime.

⁴⁹ Ressalte-se que o mais encontrado são pesquisas tratando da celeridade e da redução de custo do objeto contratual. Não fora encontrado comparações entre a execução dos contratos, bem como nada acerca dos impactos do uso de instrumentos contratuais expressamente previstos no RDC.

3. CONTRATOS DE EFICIÊNCIA NO RDC

3.1 EFICIÊNCIA: O CONTÍNUO MOTE DA ADMINISTRAÇÃO

O princípio da eficiência era suscitado pela jurisprudência e doutrina antes de ser normativado em sede constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 19/98.⁵⁰

Consoante a isso, o princípio da boa-administração e bom andamento da Administração presente no Direito italiano e português já se relacionava diretamente com a eficiência. Deve-se considerar que o Direito público pátrio bebeu das fontes dos dois ordenamentos jurídicos supracitados, o que deixa evidente que o tema eficiência já ocupa o cenário público, antes mesmo de receber tal nomenclatura.⁵¹

Ainda que já existissem normas infraconstitucionais que tratassem a eficiência como dever da Administração, foi apenas em 1998, após a edição da Emenda Constitucional n.º 19, que a eficiência alcançou a categoria de princípio explícito constitucional.⁵² Fato que se deu à época em que a Administração pretendia se despedir do caráter burocrático para alcançar o gerencial.⁵³

Quanto ao conceito de eficiência e sua aceção na relação com a Administração, a doutrina propõe diversas definições.⁵⁴ Destacável que a busca pela eficiência não se restringe ao caráter econômico e financeiro.

⁵⁰ Neste sentido, cita-se trecho extraído de acórdão proferido pelo STJ em 1996: “A Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Constituição, art. 37). Outros também se evidenciam na carta política. Dentre eles, o princípio da eficiência” (STJ, RMS 5590/DF, Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 10/06/1996).

⁵¹ Hely Lopes Meirelles tangenciou o tema, defendendo que o princípio da boa-administração, refletido no dever de eficiência, foi introduzido no ordenamento jurídico com o Decreto-Lei 200/67. (MARRARA, Thiago. *Princípios do Direito Administrativo*. 1.º ed. São Paulo: Atlas. 2012.p.337/348)

⁵² Neste sentido, cita-se o seguinte artigo da Lei 8987/95: “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

⁵³ Imprescindível citar o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, apresentado em 1995, no governo FHC, do qual se extrai o seguinte trecho, a fim de melhor explicar quais as perspectivas projetadas pelo governo para a Administração: “É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado” (BRASIL, Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília. 1995). Ver também MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2007. P. 167/169.

⁵⁴ Cita-se o seguinte conceito: “É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”(MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo brasileiro*. 23 ed. Malheiros: São Paulo. 1998. P. 93).

Ressalta-se, ainda, que a eficiência é indissociável ao da eficácia, ainda que alberguem conceitos distintos. O último define-se como a aptidão para produzir efeitos, enquanto o primeiro é a aptidão para obter o resultado ótimo, com menor perda ou dispêndios de esforços.⁵⁵

Já Daniela Bandeira de Freitas, ao analisar o princípio da eficiência se apoia no já debatido pela doutrina para o classificar como bipotencial, pois o referido princípio pretende tanto que o modo de execução seja dotado de eficiência, quanto que tenha excelentes resultados. Uma proposta mais ampla de conceber a eficiência.⁵⁶

Soma-se as características já mencionadas ao tratar do princípio da eficiência, a baixa densidade objetiva. Isto enseja em um amplo espaço decisório àqueles incumbidos de atendê-la. Dentro de tamanha discricionariedade, aumenta-se o controle posterior do que foi considerado como eficiência.⁵⁷

A falta de objetividade do princípio levou a sua inserção no art. 37, *caput*, CRFB, a ser alvo de críticas, bem como a ser considerado inócuo na prática. Celso Antônio Bandeira de Mello chegou a considerá-lo como um adorno na Constituição. Por outro lado, José Afonso da Silva teceu uma consideração crítica, porém não repulsando o princípio. O autor defendeu que o princípio não garante um conceito jurídico, mas econômico.⁵⁸

Neste sentido, incumbe realizar algumas considerações acerca de como apreender eficiência. Desta feita, a literatura permite a percepção da eficiência por meio de três distintas visões, são elas: (i) eficiência técnica; (ii) eficiência de Pareto; (iii) eficiência Kaldor-hicks.

O conceito de eficiência à luz do ótimo de Pareto define-se como uma modificação que torna a situação de alguém melhor com a nova atribuição de benefícios, sem que isto importe em decréscimo aos demais.

Já o significado desenvolvido por Kaldor e Hicks baseia-se no entendimento de eficiência com base no bem-estar gerado pelas normas. Utiliza-se o parâmetro da utilidade. Kaldor-Hicks estabelecem um sistema de compensação entre os que tem mais benefício e os

⁵⁵ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (orgs). Direito & Economia. Rio de Janeiro. Elsevier.2005.p.

⁵⁶ O controle administrativo da Eficiência na execução dos Contratos de Concessão de Serviços Públicos em Portugal e no Brasil. P. 69-118

⁵⁷ MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETO – DISCRICIONARIEDADE NA CONTITUICAO 1988.Ao se falar de princípio, surge a questão relativa a qual viés será feita a sua leitura. Reputa-se como mais certo a visão de Alexy, considerando co,

⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2007. P. 188. SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional positivo. 39 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2016.p. 682.

que acabam se prejudicando com as mudanças que tem como fito atingir a eficiência.⁵⁹

Ao se tratar acerca de contratos faz-se uma leitura mais alinhada à eficiência técnica. A eficiência dos contratos não é aquela interna da Administração, mas a conectada com o desempenho de um atividade, visando a maior redução dos custos de desempenho desta.⁶⁰

Portanto, a eficiência a que se faz menção aqui não segue a mesma lógica daquela que se aplicaria às questões relativas a políticas públicas, por exemplo. Trata-se, assim, de uma eficiência que pretende vislumbrar a equação custo/benefício, reduzindo as despesas de custeio.

3.1.1 A (In)Eficiência Dos Contratos

Como já se fez referência neste trabalho no item 2.1.2, a prova da inaptidão da Lei nº 8666/93 frente às necessidades da Administração é a criação de novos arranjos contratuais e mudanças no processo licitatório.

Assim, algumas das questões rechaçadas foram modificadas nos posteriores diplomas normativos que tratam da matéria. Desta feita, as novas leis que trataram de responder algumas das questões suscitadas ao se atacar a Lei 8666/93 permitem a realização de projeção para o futuro da temática. Neste toar, vislumbra-se a persecução da eficiência tanto no contrato, quanto no processo de escolha do contratado.

Entretanto, destaca-se aqui a questão da dispensa e inexigibilidade que foi apenas reprisada pelo RDC. Alguns autores veem elas como vilãs, ao passo que são utilizadas com fins diversos ao disposto pela LGL, dando margem à arbitrariedades e espaço para falta de planejamento da Administração.⁶¹

Haja vista o exposto, tem-se um aspecto que o RDC perdeu a chance de revisitar. Assim, uma das questões relevantes acerca da LGL e, também, alvo de críticas tem sua manutenção posta no regime especial da lei 12462/11. Isto induz a afirmação de que apesar do

⁵⁹ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (orgs). Direito & Economia. Rio de Janeiro. Elsevier.2005.p.

⁶⁰ Consoante ao expressado, ver o nomeado por Egon Bockmann Moreira como quarto desdobramento do princípio da eficiência. (MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2007. P. 195/196). Neste sentido, à medida que é crível conceber o não atendimento da eficiência como causa para responsabilização do agente público, quando este não a observa, é possível vislumbrar tal situação quando o desprezo ao princípio afeta contratos. Assim, não se pode crer que o princípio seja tão inútil. Neste sentido, ver GORDILHO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo* – Parte general. Buenos Aires. Fundación Derecho Administrativo, 1997, p. XVI-16.

⁶¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 10 ed. Del Rey: Belho Horizonte. 2005. P.9/10.

RDC seguir o intuito de tornar as licitações e contratos mais eficientes, ignorou aspectos que ao serem alterados poderiam colaborar para tal escopo.

3.1.2 O Contrato De Eficiência No RDC

Como visto, a emenda constitucional n.º 19/98 passou a consagrar eficiência como princípio cuja obrigação de obedecer incumbe à Administração pública, por força do art. 37, *caput* da Constituição.

Contudo, Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso defendem que esta já era observada nas licitações e contratos administrativos antes de ser inserido no texto constitucional. A própria Lei n.º 8.987/95 já fazia menção a eficiência no art. 6º, conforme abordado anteriormente.⁶²

O RDC ratifica essa persecução por práticas que estimulam a eficiência dos contratos administrativos. De tal maneira, prevê a eficiência como objetivo no art. 3º da lei 12.462/11, a qual se desdobra em melhor disposição do tempo, dos recursos disponíveis e dos procedimentos.

A referência à eficiência pode ser notada de forma espalhada na lei n.º 12462/11. Prova disto é a disposição acerca da padronização de instrumentos convocatórios (art. 4, I), minuta e objeto (art. 4, II), bem como a relativa aos seguros condizentes à prática do setor privado (art. 4, IV).

Neste mesmo sentido, está a ampliação da competitividade entre os licitantes (art.1, § 1, I) e o parcelamento do objeto a fim de estimular que mais licitantes a participarem (art. 4, VI).

Assim, a afirmação de que eficiência é princípio orientador do RDC não se encerra apenas no dispositivo que assim trata, mas contamina todo o texto normativo da lei n.º 12462/11. Desta forma, desemboca-se, por fim, na previsão de contratos de eficiência (art. 23).

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei n.º 12.462/2011 e ao decreto n.º 7.581/2011 (atualizados pela lei n.º 12.980 e pelo decreto n.º 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p.38/42.

§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto 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, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

Os contratos de eficiência estão inseridos na categoria contrato de risco e tem como objeto a prestação de serviços, podendo incluir realização de obras e prestação de serviços. Nesta esteira, vê-se que o RDC toma eficiência como resultado econômico em prol da Administração.

Os contratos de eficiência tornaram-se notórios quando manejados na crise energética da década de 70, nos Estados Unidos. Nesta oportunidade, desenvolveu as ESCOS, empresas de energia que geririam o contrato.⁶³

Os referidos contratos são também conhecidos pelos nomes de contratos de risco ou de *performance*. Tem na economia gerada pelo particular em proveito da Administração um liame da contraprestação a ser efetuada, concatenando tal economia à remuneração do particular. Esta característica pode ensejar na confusão entre remuneração variável e contrato de eficiência, porém são institutos diversos, sendo a distinção melhor tratada adiante.

A grande sacada desse modelo de contrato é a geração da redução de despesas correntes. A contraposição a este benefício é a remuneração. Ocorre o seguinte movimento: a empresa contratada emprega tecnologia e investimentos a fim de reduzir o custo da “operação” de um determinado serviço e a contratante ao obter redução nos custos desta, remunera o contratado.⁶⁴

O objetivo de contratos de eficiência, como visto, é gerar uma economia à Administração por meio da redução de despesas correntes. A Lei nº 4.320, em seu art. 12 conceituou despesas correntes de forma a abri-las em despesas de custeio (art. 12, § 1º) e transferências correntes (art 12, §2º).⁶⁵

⁶³ BRASIL, Estudo sobre o Estado da Arte dos mecanismos de contratação de serviços de eficiência energética em edificações no Brasil. Ministério do Meio Ambiente. Maio/2014. p.11-24/33-46.

Ver, ainda, a obra de KATO, Enio Akira; PRADO, Racine Tadeu Araujo. *Contratação de performance: modelo norte-americano nos anos 90 na automação predial*. EPUSP: São Paulo.1999.22p. e GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação Pública: A lei geral de Licitação – LGL eo Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2 ed. Malheiros: São Paulo. 2015.p.245/246.

⁶⁴ SÁ, Adolfo Luis Souza; SANTOS, Enilson Medeiros; BRASILEIRO, Anísio. *Contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas: uma inovação a ser aplicada na gestão das infraestruturas de transportes*. XXVII Congresso de pesquisa e ensino em transportes. ANPET. 2014. Segundo o relatório da IFC, há viabilidade e bons resultados no manejo dos contratos de eficiência por empresas de saneamento no Brasil.

⁶⁵ No intuito de sinteticamente explicar o que são as transferências correntes, utiliza-se o conceito dado por Regis Fernandes de Oliveira: “Despesas representam as saídas de recursos públicos. As de *custeio* são dotações para manutenção de serviços existentes e as “destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de ebns imóveis”(§ 1º do art 12). (...) As *transferências correntes* implicam passagem de recursos de uma para outra

Entretanto, alerta-se, para a possibilidade de haver aumento das despesas correntes, ainda que seja empregada a eficiência pactuada quando da celebração do contrato. Fato que pode ser resultado de fatores externos, como aumento da utilização de determinado serviço.⁶⁶

Isto é, essa conexão entre eficiência e redução das despesas correntes não reflete em uma resposta exata acerca do emprego de técnicas eficientes. A observância de fatores externos que podem influenciar as despesas correntes é, portanto, medida que se impõe, fugindo de uma leitura míope da obtenção de eficiência.

Ademais, conforme leciona Marçal Justen Filho, o emprego do termo despesas correntes no RDC não tem como escopo abarcar as transferências correntes. Considerando que o objetivo do contrato de eficiência é a redução de despesas no âmbito da entidade administrativa, o dispositivo faz referência a despesas de custeio.⁶⁷

Conforme esperado, a eficiência é também o mote do RDC, bem como se prevê que seja nas demais cartas normativas futuras que tratem de contratos e licitação. Há uma clara demonstração da tentativa de inserir instrumentos manejados pela experiência internacional a fim de otimizar os ganhos da Administração.

3.2 ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA

3.2.1 A Viabilidade Desse Tipo Contratual

A amplitude do manejo do contrato de eficiência é reduzida em comparação com a remuneração variável, que será melhor analisada posteriormente, pois a primeiro deve estar obrigatoriamente concatenada a um serviço. Assim se o contrato tiver como objeto apenas uma obra, não será possível fazer uso do art. 23 do RDC, conforme consta na redação do referido dispositivo e do art. 36 do Decreto 7.581/11.⁶⁸

peessoa jurídica. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 3ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2010.P.398/399.)

⁶⁶ Ampliar em: JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário ao RDC (Lei n12.462/11 e Decreto 7.581/11). Dialética: São Paulo. 2013. P. 413.

⁶⁷ Neste sentido, cita-se “O contrato de eficiência, ao promover a redução de despesas de um determinado órgão, apenas pode versar sobre a despesas de custeio. Não existe contrato de eficiência versando sobre as transferências correntes. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário ao RDC...Dialética: São Paulo. 2013. P. 409).

⁶⁸ “Art. 37. Nas licitações que adotem o critério de julgamento pelo maior retorno econômico, os licitantes apresentarão: I - proposta de trabalho, que deverá contemplar: a) as obras, serviços ou bens, com respectivos prazos de realização ou fornecimento; e b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, bem ou serviço e expressa em unidade monetária; e II - proposta de preço, que corresponderá a

O modelo de contrato de eficiência vai ao encontro da tentativa de dar plasticidade aos contratos, estimulando a busca da melhor técnica e o alcance dos resultados que representem redução de gastos da Administração. Ademais, podem servir para evitar o desperdício de bens naturais.⁶⁹

Contudo, o contrato de eficiência esbarra na ausência de previsões normativa pormenorizadas. O que há é um amplo espaço de discricionariedade para o exercício do criativismo administrativo.

Está no colo desse criativismo a oportunidade e a responsabilidade de efetivar o pretendido no art. 23 do RDC. Desta forma, a viabilidade do contrato de eficiência passa pela observância de alguns pontos, quais sejam: (i) previsão no edital e minuta da sistemática de remuneração; (ii) previsão no edital e minuta do modo de medir a eficiência; (iii) previsão no edital e minuta da periodicidade da referida medição. Incumbirá aos licitantes apresentarem propostas que englobem a questão do trabalho e do preço.

Em relação à remuneração referente à eficiência conquistada, Marçal Justen Filho entende que deveria advir dos valores normalmente dispendidos com despesas de custeio ou seja, não se estipula a criação de crédito específico para tais contratos. A remuneração sairia do caixa que se encarrega das despesas de custeio, na proporção da economia destas.⁷⁰

Contudo, exatamente neste aspecto há um empecilho. Lembra-se, neste toar, que a LGL (art. 7, §2º, III)⁷¹ prevê como condição para licitação a estipulação de crédito a ser utilizado para custear a contratação.

Já o RDC tratou da matéria no art. 4, IV, V e VI do Decreto 7581/11. Entretanto, estas disposições não são suficientes para responder se seria possível realizar a compensação entre as despesas de custeio reduzidas e a despesas de capital de investimento (art. 12 § 4, Lei 4.320/00) – as últimas constituem a categoria de despesas com contratos ora analisados.

Desenvolvendo mais a questão, cita-se o art. 167, VI da Constituição Federal, o qual

um percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.”.

⁶⁹ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Altas, 2012.p.78/79

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário ao RDC...Dialética: São Paulo. 2013. P. 423.

⁷¹ “Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: [...] § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: [...] III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;”.

poderia ser utilizado como justificativa para limitar a disposição no edital, de que os recursos adviriam das futuras e potenciais reduções das despesas de custeio.

Pretendendo solucionar esta questão, há, ainda, quem defenda que no caso dos contratos de eficiência, ainda que a remuneração vá se basear na economia das despesas de custeio, não é possível conectar uma coisa a outra no edital.

Isso leva a afirmação de que mesmo com a remuneração se baseando na redução das despesas de custeio, não seria possível implantar no edital este liame como fundo remuneratório do contrato. Ainda que sirva de parâmetro, não será de tal caixa que o valor remuneratório sairá, dada a vedação de compensação.

Ademais, destaca-se que o modo pelo qual se percebe a eficiência esta concatenado com o fato da remuneração ao contratado ser advinda da economia que ele gerou, porém não será a integralidade desta. Caso fosse assim, não haveria qualquer razão para a Administração utilizar este tipo de contrato.

Para além disso, a formulação de Marçal Justen Filho é mais uma vez suscitada para questionar quão atrativo podem ser os contratos de eficiência. O que se quer notar aqui é que, não raro, estabelecer que a remuneração sairá do monte utilizado para custear as despesas de custeio representa valor ínfimo frente ao investimento feito pelo contratado.

Isto é, considerando que seria vedado constar no instrumento convocatório e na minuta contratual a previsão orçamentária referente às despesas de custeio a serem economizadas, o valor não despendido do caixa das despesas de custeio apenas representaria o parâmetro para a remuneração. Esta, por sua vez, seria prevista com base em outra ordem de despesas, trata-se das referentes a investimentos, tendo crédito orçamentário específico para arcar com estas.

De qualquer sorte, ao levar-se em conta que as despesas de custeio são estipuladas para um exercício financeiro, apenas seria plausível entender qual o efeito do contrato de eficiência após a análise das contas do exercício financeiro posterior e anterior ao contrato. Destaca-se, como já aludido, a necessidade de vislumbrar quaisquer outros fatores que podem influenciar esta conta.

De qualquer sorte, ao levar-se em conta que as despesas de custeio são estipuladas para um exercício financeiro, apenas seria plausível entender qual o efeito do contrato de eficiência após a análise das contas do exercício financeiro posterior e anterior ao contrato, fazendo um estudo comparativo entre os referidos exercícios. Destaca-se, como já aludido, a necessidade de vislumbrar quaisquer outros fatores que podem influenciar nesta análise.

Ampliando o pensamento, têm-se que os contratos de eficiência ao terem como

escopo otimizar a atuação da Administração com mudanças que a torne menos dispendiosas, devem ser contratos de duração pontual. Após a utilização dos instrumentos cujo intuito seja refinar o dispêndio de recursos, basta remunerar o contratado à luz do benefício gerado.⁷²

Isto é, a eficiência será dada e repercutirá no tempo, ainda que o contrato já tenha se findado. O objetivo dos contratos de eficiência é irradiar efeitos no plano atual e futuro. Contudo, como dito acima, necessário investimento da contratada, o qual nem sempre será coberto apenas com a contraprestação relativa a parte do montante de despesas reduzidas no lapso temporal em que se executava o contrato.

Assim, entende-se como plausível que a remuneração da contratada possa ser efetuada em prazo maior do que o da vigência do contrato. Fator que pode garantir ao contratado remuneração a quem ao que fora investido, atraindo mais fortemente a utilização deste modelo contratual. O intuito é oferecer uma remuneração condizente, caso contrário será instrumento inócuo, pois não despertará o interesse do setor privado.

Em síntese, entende-se que para conseguir reduzir as despesas de custeio é provável que a contratada realize compras e efetue obras a fim de tornar o serviço prestado pela Administração menos custoso. E os reflexos deste investimento só poderão ser auferidos posteriormente.

Desta feita, o sistema mais compatível com a lógica dos contratos de eficiência é uma remuneração que não se exaure no momento da execução do contrato. A remuneração, portanto, poderá se dar posteriormente, prolongando-se durante um período determinado, no qual a redução das despesas de custeio continue ocorrendo.

Amarrar a remuneração a parte da diminuição das referidas despesas faz com que a Administração não dispenda de recursos para se tornar eficiente. Entretanto, vale a ressalva para alertar que este instituto apesar de estar expressamente previsto no RDC, poderia ser manejado na lei 8666/93.⁷³

Compreende-se, de tal maneira, uma sistemática ganha-ganha, na qual tanto Administração, quanto setor privado serão beneficiados. A primeira reduziria seu custo, sem necessitar de investimentos próprios para isto, enquanto que a segunda (contratada) exerceria atividade pela qual havendo êxito será certamente remunerada.

Por fim, faz-se menção ao sistema de escolha da proposta mais vantajosa. Afinal,

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário ao RDC...Dialética: São Paulo. 2013. P.417.

⁷³ Faz-se referência ao art. 13 da Lei 8.666/93, o qual poderia ser usado como justificador dos contratos de eficiência.

como faz a Administração para escolher qual é a melhor proposta apresentada?

Ora, a lógica desta sistemática induz que se deve vislumbrar a redução de despesas de custeio apresentada e a proposta de preço para tanto. Assim, faz-se uma subtração entre estes dois termos para alcançar o *quantum* real da proposta, o valor líquido da economia aos cofres públicos. Este sistema está disposto no art. 36, § 4.º do regulamento do RDC.⁷⁴

3.2.2. Modo De Auferir A Eficiência

O RDC, também, não especificou nem na sua Lei, nem no Regulamento como auferir a eficiência, bem como não demarcou o lapso temporal utilizado para medi-la.

A despeito disso, está claro que o intuito deste tipo de contrato é reduzir despesas de custeio. Assim, o contratado deve atingir as metas fixadas no edital, quando isso não ocorrer haverá mora qualificada, considerando o contratado inadimplente. Ou seja, a promessa de eficiência vincula o contratado.⁷⁵

Quanto ao modo pelo qual se alcançará o objetivo do contrato é ilógico que este esteja definido no instrumento convocatório. Isto é, deve conter no referido instrumento qual o objetivo da Administração com a contratação, porém o meio pelo qual este será adimplido esta a cargo do contratado. Incumbe a ele definir quais intervenções substanciais serão realizadas.⁷⁶

O contrato de eficiência tem de atingir os fins fixados no instrumento convocatório dentro de um prazo determinado. O critério do maior retorno econômico é o responsável por orientar a contratação, sendo baliza exclusivamente criada para os contratos de eficiência.

Isto não pode se confundir com a remuneração variável, que será melhor abordada mais adiante, também prevista pelo RDC, na qual a eficiência não obriga, mas se ocorrer

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 180.

⁷⁵ “Art. 36. No critério de julgamento pelo maior retorno econômico as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionar a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato. § 1º O critério de julgamento pelo maior retorno econômico será utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência. § 2º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que poderá incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao órgão ou entidade contratante, na forma de redução de despesas correntes. § 3º O instrumento convocatório deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo da remuneração devida ao contratado. § 4º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico é o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.”

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC: ... p. 420.

serve de base para que o contratado seja bonificado pecuniariamente.⁷⁷

Apesar da sistemática ora apresentada ter aspectos diversos da remuneração variável, pode ser com ela conjugada. Isto é, não se vê óbice para que o instituto da remuneração variável seja manejado nos casos de contrato de eficiência. Afinal, não são sistemas de todo incompatíveis.

Ambos têm como escopo a otimização da atuação pública por meio das técnicas e inteligência do setor privado. A implementação da remuneração variável nos referidos contratos apenas precisa respeitar a especificidade de cada um, ou seja, não terá caráter obrigatório, mas apenas servirá como incentivo para a máxima eficiência.

Tal questão relaciona-se com o tema acima abordado. Se a redução de despesas correntes, dentre as quais se considera apenas as de custeio, é o parâmetro e escopo dos contratos de eficiência, vê-se o critério meta como o mais condizente à lógica deste tipo contratual. Logo, ao utilizar a remuneração variável em contratos de eficiência seria para estimular o alcance de metas, as quais importariam em colaboração cumprimento do intuito do contrato de eficiência.⁷⁸

Será pelo maior retorno econômico que se vislumbrará a eficiência. E esse é analisado com base em dois fatores, são eles: (I) montante de redução de despesas de custeio; (ii) porcentual sobre o *quantum* reduzido.

O que importa é que o resultado é obrigatório, não constitui faculdade ao contratado. Não há aqui a assunção de uma possibilidade, mas de uma obrigação que é exatamente o pano de fundo contrato.

Outra questão relevante é o modo pelo qual se medirá a eficiência. Auferir a redução das despesas não está disciplinado nos diplomas que regem o RDC. Contudo, apoiando-se na experiência estrangeira, ficaria a cargo de algo semelhante ao utilizado nos contratos energéticos citados acima, ou seja, um sistema próximo ao “*International Performance, Measurement & Verification Protocol*”. Assim, o protocolo pelo qual se auferiria a eficiência gerada constaria no edital, bem como as balizas para tanto.⁷⁹

Deve-se conceber neste protocolo não apenas o modo técnico de auferir a redução de

⁷⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. Comentários ao RDC Integrado ao Sistema Brasileiro de Licitações e Contratações Públicas. Renovar. 2015. P. 426

⁷⁸ Encontra-se um exemplo desta conjunção na experiência pátria. Trata-se do edital RDC nº 26287/2015, um pregão eletrônico realizado pela SABESP. Disponível em: <<http://sabesp-info18.sabesp.com.br/forneced.nsf/10.1.F?OpenFrameset>>. Acessado em 13/09/2016.

⁷⁹ U.S., International Performance Measurement & Verification protocol: concepts and options for determining energy and water savings. Vol I. March/2012. Disponível em: <http://www.nrel.gov/docs/fy02osti/31505.pdf>. Acessado em 10/09/2016.

gastos gerada, como também a periodicidade da medição e quem será o responsável por fazê-la. Leva-se em conta que a redução das despesas de custeio, de qualquer forma, refletirá nestas, sendo um parâmetro revelador da eficiência conquistada pela contratada.

3.2.3 Sistema Sancionatório

Assim, a contratação se dá na expectativa da geração de retorno econômico futuro, o qual nada mais é que uma redução no dispêndio relativo ao custeio. Caso a eficiência prometida não seja alcançada, há previsão de três consequências, que estão descritas no art. 23, §3 da lei 12.462/11.⁸⁰

A primeira, quando a subtração entre a economia contratada e a alcançada tem como resultado *quantum* menor do que o contratado e inferior ao que o contratado recebe pela economia, retira-se da remuneração do contratado o montante não alcançado, pagando este apenas o restante referente a parte adimplida do contrato.

Já na segunda situação, a economia contratada e a obtida tem diferença maior do que o *quantum* que o contratado recebe pela economia. Neste caso, ele terá que pagar o excedente. O intuito é sempre manter o padrão contratado, não arcando a Administração com o resultado diverso do ofertado.

Por fim, na terceira circunstância, a diferença entre a economia contratada e a obtida é mais elevada que o limite máximo estabelecido contratualmente. Será cabível, então, as sanções previstas no art. 47 da lei 12462/11 e as dos artigos 86 e 87 da lei 8666/93, segundo Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti.⁸¹

Em qualquer um dos três cenários descritos acima, as sanções impostas pelo não atingimento do contratado deverão ser precedidas de processo administrativo, conservando ampla defesa e contraditório.

⁸⁰ “Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato. [...] § 3º 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 da contratada; II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.”

⁸¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Comentários ao RDC Integrado ao Sistema Brasileiro de Licitações e Contratações Públicas. Renovar. 2015. p. 427-433

4 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NO RDC

4.1 CONTRATO DE REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A remuneração variável não é uma inovação do regime diferenciado de contratação, mas reflexo de pretensões e práticas antigas da Administração. Está já tinha previsto tal instituto em diplomas normativos anteriores.

É o caso da lei n.º 11.079/04, que dispõe no art. 6.º, §1.º, a faculdade de se utilizar a remuneração variável nas parcerias público-privadas. Esta previsão teve como inspiração a lei mineira n.º 14.868/03.

A remuneração variável está de maneira semelhante prevista em outros diplomas, como o de aquisições baseadas no desempenho prevista pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e pelo Banco Mundial (Bird).⁸²

Este instituto funciona como meio pelo qual se fomenta a obtenção de benefício adicional. Ainda que não crucial ao desempenho do objeto do contrato, tem relevância por resultar em um ganho à Administração.

Observa-se que uma proposta do RDC, presente no art. 4.º da Lei que o disciplina, é justamente compatibilizar os sistema de contratação pública do privado a fim de aumentar o grau de eficiência desta. E é neste sentido que a remuneração variável baseada no desempenho tem terreno fértil.

Essa dinamicidade dada aos contratos é tão necessária para alcançar a eficiência quanto crucial no modelo dinâmico social que a Administração está inserida. Aos contratos públicos tem que ser dada esta maleabilidade, pois se estes forem rígidos e estáticos extaram sempre muito distantes do plano de eficiência.

Por isso, até mesmo muito válido, notar que os contratos públicos não podem estar tão distantes da realidade dos contratos privados por motivos meramente formais. Caso contrário não será propiciada a eficiência pretendida.

Evidente que qualquer atuação com maior excelência tende a trazer benefícios para a Administração. Mas o que importa é que estes sejam realmente relevantes a ponto de gerar

⁸²Válido expressar que as regras destes bancos são aplicáveis às licitações em financiamentos dessas instituições por força do §5.º do art. 42 da lei n.º 8.666.

uma vantagem diferenciada e peculiar.⁸³

Os critérios para estipular a remuneração variável precisam estar bem definidos no edital de licitação e no contrato. Fator crucial para garantir a segurança jurídica a ambas as partes.⁸⁴ Diretrizes estas dispostas no art. 10 da lei 12.462/11 e no art. 70 do Decreto n.º 7581/11.⁸⁵

Caso posteriormente seja declarado inválido o critério fixado, deverá a Administração indenizar o contratado pela ganho alcançado ou eventual despesa contraída com tal fito. Ou seja, as normas referidas acima devem tangenciar a aplicação do instituto, porém o desrespeito destas pela Administração não deve ser suportado pelo contratado observando-se, assim, a boa-fé contratual.⁸⁶

O valor da sanção premial, caso o resultado seja obtido, também deve ser definido anteriormente. Por se tratar de contrato de risco, definir posteriormente, após o alcance ou não do objetivo, vai gerar um valor tendencioso e parcial.

Necessário, então, desenvolver valor alinhado às chances de sucesso e às dificuldades enfrentadas para alcançá-lo. É recomendável consultar qual a experiência de contratos firmados anteriormente cujo objeto é semelhança ao do contrato em que se pretende utilizar o aludido instituto. Desta feita, haverá um paradigma para fixar o valor da remuneração variável.

O TCU proferiu acórdão em consonância ao acima expressado, no qual tratou da remuneração variável de escritório de advocacia que obteve êxito na demanda. Neste caso,

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 206/210

⁸⁴ Para Nadja Lírio do Valle Marques, a previsão de remuneração variável dá margem para que o contratado possa se valer de avanços tecnológicos e novas técnicas no atingimento da meta, sem necessidade de aditar o contrato para tanto. Ela afirma ainda que o instituto ganha maior relevo quando se está diante de contrato de longo prazo. Isto é, ao haver mudança tecnológica que permita majorar a eficiência será possível atingir a maior vantajosidade para a Administração, aplicando tais métodos tecnológicos mais recentes. Estes carecem de contraprestação, a qual se basearia na remuneração variada, mas afastariam a necessidade de aditamento contratual. A visão de Nadja Lírio do Valle Marques, ainda que teoricamente interessante, uma vez que confere ao contrato a plasticidade antes anunciada, esbarra na necessidade de constar no edital, bem como no contrato, os critérios para variação e a motivação destes. (MARQUES, Nadja Lírio do Valle. Remuneração variável nos contratos administrativos: um instrumento do princípio da eficiência. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano. 5, n.8, setembro/fevereiro 2016. P. 149-171).

⁸⁵ “Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada 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.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.”

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P.193/195.

deixou expresso que os valores devem ser definidos anteriormente, pois não seria imparcial estipular a remuneração após o alcance ou não do pretendido.⁸⁷

Salienta-se que o atingimento dos objetivos que condicionarão à variação da remuneração não faz parte do núcleo essencial dos contratos. Trata-se, pois, de um método de incentivo.

Para Mankiw, professor da escola de economia de Harvard, a reação aos incentivos é um dos princípios básicos da economia. Ele conceitua incentivo como *“algo que induz uma pessoa a agir, tal como a perspectiva de uma punição ou recompensa. Como as pessoas racionais tomam decisões comparando custo e benefício, elas respondem a incentivos”*.⁸⁸

Neste sentido, a aplicação de punições, como as multas, desdobra-se em um processo demorado, pois como já mencionado acima é um processo. Logo, consoante o disposto no art. 5.º, LV, da Constituição Federal, necessário o contraditório e ampla defesa.

Assim, a aplicação de sanções punitivas e o adimplemento destas leva um longo período. Soma-se a isto, o fato das referidas sanções não colaborarem para o cumprimento do objeto contratual, pois este, por regra, não pode esperar o processo administrativo ou judicial findar, sem que reste prejudicado.⁸⁹

Logo, para além de ser instituto que se alinha aos objetivos do Regime Diferenciado de Contratação e do Direito Administrativo dos negócios, é também meio pelo qual pretende estimular o adimplemento contratual.

Entretanto, a ideia de sanção premial comporta a possibilidade de impugnação da remuneração variável. Isto é, caso o contratado discorde da avaliação das condicionantes à variação, pode se insurgir, havendo assim um processo administrativo.

Porém, ainda que exista tal discordância, o possível impacto gerado à execução contratual é diminuto quando comparado ao potencial reflexo das sanções punitivas.⁹⁰

Ademais, a existência de sanção punitiva e não promocional importa em uma acréscimo dos custos do contratado, quando este pretende pagar a multa imposta. Evidente

⁸⁷ Ver acórdão 589/2004, processo 008746/2000-4. Ler também a manifestação do TCU quando apreciou o instituto da remuneração variável aplicada ao RDC, que se transcreve a seguir: “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.

⁸⁸ MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. São Paulo: Cengage Learning, 2016.p.7

⁸⁹ Ministério do Planejamento. Gestão em Destaque. RDC na Administração Federal. 2013. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=H8eo5MoS_1w.13-14. Acessado em 15/07/2016.

⁹⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum. 2010. P.236/241.

que este aumento dos custos do contratado será repassado de alguma forma para a Administração. Ou seja, quando a execução não é interrompida por conta da sanção repressiva importa em aumento de custos.

Quanto às sanções positivas, merece-se menção, ainda, o pensamento de Noberto Bobbio, o qual defendia que tais “sanções” são da ordem psicológica. Constituem, assim, uma forma de retribuir pelo bom comportamento e boa execução, ao passo que a punitiva atacaria o mau comportamento. Em suma, Bobbio as entende como medidas de facilitação cujo escopo é favorecer uma conduta desejada.⁹¹

A remuneração variável talvez seja a resposta para dois problemas enfrentados pelo sistema de contratação pública, quais sejam: a problemática da baixa eficiência dos contratos e a da inexecução destes. A primeira, como já se explicou acima, é a possibilidade de tornar mais eficientes as práticas contratuais estimulando o emprego de maior diligência na execução contratual.

A segunda resposta reside no fato do emprego das referidas práticas ter que necessariamente contemplar a boa e completa execução do núcleo contratual. Isto é, antes de serem atingidos os parâmetros que condicionam a remuneração variável, deve-se contemplar integralmente o núcleo essencial do contrato.

O que se tem que deixar claro é que o não alcance das condicionantes à variação não vai afetar substancialmente o pagamento do executado. Ou seja, a remuneração variável se põe como uma sanção promocional, caso sejam alcançados os índices que influem nesta flutuação da remuneração.

Contudo, reitera-se que os padrões mínimos exigíveis pelo contrato, que formam o núcleo essencial, têm que ser cumpridos. A remuneração variável é apenas um *plus*, um extra que será devido se forem alcançados objetivos especificados no edital.⁹²

Então, trata-se de instituto que pretende cooperar, na forma de estímulo, para uma otimização da excelência. Ficará a cargo dos estudos preliminares e anteprojeto colher os critérios para delinear o conceito de desempenho almejado, bem como deverá estar previsto no projeto básico e no projeto executivo, conforme *caput* do art. 70 do Decreto n.º 7.581/11.

⁹¹ No mesmo sentido, cita-se o seguinte trecho escrito por Bobbio: “(...) a função de desencorajamento (e de encorajamento) como exclusiva atenção à técnica da sanção negativa (ou positiva), isto é, à instituição de uma consequência desagradável atribuída a um comportamento considerado mau (ou de consequência agradável atribuída a um comportamento considerado bom).” (BOBBIO, Noberto. Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito. São Paulo: Monoale. 2011. P. 1/32).

⁹² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto. Comentários ao RDC Integrado ao Sistema Brasileiro de Licitações e Contratações Públicas. Renovar. 2015. p.. No mesmo sentido, ver os seguintes acórdãos do TCU: 254/255; 328/2013. 030410/2012-6

Isto resultará em um instrumento convocatório cujos requisitos de avaliação estejam pré-definidos.

Assim, o edital estipula o que entende como de maior qualidade e dá ao privado a oportunidade de em alcançando o estipulado ter um acréscimo na remuneração.

Neste toar, merece destaque a compatibilidade entre esse instrumento e a contratação integrada, visto que nesta o privado tem ampla liberdade para definir os métodos a alcançar o desempenho ótimo almejado pela Administração.⁹³

O Decreto n.º 7.581/11 (art. 70, § 1.º, § 2.º e § 3.º) condiciona a utilização da remuneração variável, delimitando-a ao orçamento fixado pela Administração para contratação e aponta para a necessidade de motivação quanto a aspectos específicos.

Aliás, o próprio uso do mecanismo de remuneração variável deve estar motivado. Ressalta-se, neste aspecto, que deve ser respeitado o limite orçamentário, o qual deve estar previsto na motivação, quando da fase interna da licitação.

Ou seja, há um limite de dispêndio de recursos públicos com a contratação. Este limite estará estabelecido previamente, pois dá ao contratado a efetiva segurança. Não é preciso impor um valor máximo para o contrato, mas uma referência de quanto há de recurso para empregar no contrato.⁹⁴

Resta ainda a questão acerca de em quais situações pode-se lançar mão da remuneração variável. Esta pergunta, em princípio, tem como resposta que o âmbito de abrangência da disposição da remuneração variável é amplo, uma vez que pode ser manejado para contratos de obras e serviços, inclusive engenharia.

No entanto, há margem para debate acerca da possibilidade de remuneração variável para fornecimento de bens.

Quem defende pela impossibilidade, justifica na incompatibilidade entre este objeto contratual e o instituto. Esta incompatibilidade estaria justificada pelo fato deste tipo de contrato ser de trato instantâneo.⁹⁵

⁹³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto. Comentários ao RDC Integrado ao Sistema Brasileiro de Licitações e Contratações Públicas. Renovar. 2015. p.. 4xx

⁹⁴ Cabe aqui o questionamento acerca do suposto conflito entre a previsão de dispêndio e o orçamento sigiloso. Não há qualquer contradição, haja vista que a remuneração variável será estimada à luz de porcentagens que se baseiam no valor global do próprio projeto. (JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 184)

⁹⁵ CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). Regime diferenciado de contratações públicas - RDC (Lei no 12.462/2011; decreto no 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p.

Contudo, não é esta uma verdade. Pode haver contratos para fornecimentos de bens que se deem de forma contínua e, ainda que seja instantâneo, a remuneração variável pode otimizar o cumprimento contratual. Possível argumentar o uso do referido instituto até mesmo nestes casos.

Assim, entende-se a possibilidade de manejo do instituto da remuneração variável tanto nos contratos cujo escopo seja o fornecimento de bens, quanto nos de obras e serviços.

Para além disso, a remuneração variável pode tanto estar alinhada a aspecto de contratos de meio quanto de contratos de fim. Nestes primeiros, o desempenho não poderá ser medido através do resultado.

Já no segundo será exatamente o oposto. A remuneração variaria de acordo com o resultado final obtido pelo contratado. Nestes casos, a remuneração poderá variar de acordo com o grau de diligência empregado. O certo é que atingido o benefício almejado sem que a Administração desse causa a isto, importando em vantagem a ela, haverá uma contrapartida para o contratado.

Evidente que esse sistema não pode ferir o princípio da economicidade. Para isto, defende Rafael Wallbach, que os valores de remuneração ao particular devem ser módicos, ainda que se utiliza o sistema de remuneração variável.⁹⁶

A remuneração variável contempla a assunção de riscos pelo contratado que pode ou não produzir o fim que melhor beneficie a Administração, mas como este risco não depende unicamente de fatores disponíveis pelas partes do contrato, é encarado como evento incerto.⁹⁷

Sempre haverá a posteriori o controle de juridicidade do modelo adotado, logo, por óbvio que o desenho da remuneração variável traçada pela Administração deverá respeitar os princípios que regem a Administração pública.

Os ganhos proporcionados à Administração não podem ser frutos da atuação desta para fim de cômputo da remuneração variável, consoante art. 70, § 2.º do Decreto 7581/11. Porém, não raro, a atuação da Administração é necessária para que o contratado diligencie a fim de obter o resultado.

Assim, havendo ato da Administração e sendo esta condição *sine qua non* a ação do contratado, mas não a causa principal para o ganho, é cabível a remuneração majorada. Ou

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 173

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P.175

seja, o dispositivo tem que ser lido à luz da razoabilidade.

Caso contrário, será imposto à Administração a responsabilidade pelo ganho, sendo que esta ainda que tenha concorrido para o resultado, não atuou em prol deste, mas como expressão de ato administrativo “ordinário”.⁹⁸

Porém, quando algum dos critérios de variação da remuneração não é atingido por questão de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração, o que fazer? Por se tratar de remuneração adicional, de um *plus*, não caberá qualquer sanção negativa se esta não for alcançada. Mas se esta não for alcançada em razão da ação da própria administração, cabe ao contratado ser indenizado?

Entende, como brevemente citado acima, que se ele dispendeu recursos para atingir o benefício adicional e se isto não correu devido fato da Administração, caberá a indenização pelos gastos suportados. O desafio reside em provar que o benefício adicional seria atingido, pois a principal característica deste é a imprevisão e a incerteza.⁹⁹

Questão relevante também é dimensionar qual a proposta mais vantajosa quando há a previsão de remuneração variável. A porcentagem da remuneração variante que estar contemplada na apreciação da melhor oferta.

Ou seja, quando for possível estimar o benefício em pecúnia, será extraída uma porcentagem sob este valor extra, decorrente do atingimento de algum dos critérios.

Esse valor extra, remuneração variável, será somado ao *quantum* referente ao núcleo essencial do contrato. Sem dúvida esta informação é imprescindível para identificar a melhor proposta. Cabe uma ressalva já feita anteriormente, neste aspecto. O critério do maior retorno econômico não se aplica à remuneração variável (art. 23, *caput*, Lei RDC), pois a sanção desta é premial e não punitiva.

Aliás, ao utilizar o instituto de remuneração variável o critério de julgamento (o que na LGL é nomeado como tipo de licitação) mais condizente seria o da técnica e preço, porém nada impede que se utilize menor preço ou até mesmo maior oferta de preço.

O critério de julgamento menor preço ou maior desconto pauta-se na busca da proposta que represente o menor custo. Porém, a primeira observa unicamente a proposta

⁹⁸ Como exemplo ilustrativo, pode-se citar caso em que o contratado precisa de licença de operação para alcançar os benefícios extraordinários ao núcleo do contrato. Este diligencia para conseguir a licença, a qual é concedida pela Administração. Esta concessão se deu como mera manifestação de ato da Administração, mas não com a motivação de atingir o contratado. Logo, não cabe ao contratante a responsabilidade por ter atingido os critérios de remuneração variável.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P.186

remuneratória. Por outro lado, a do maior desconto norteia-se pelo preço global, disposto em edital.¹⁰⁰

Funciona da seguinte forma: a Administração pública apresenta uma planilha de custos e os licitantes fazem lances sucessivos à luz da referida planilha. Desta forma, eles podem dar maior desconto, mas este tem que ser uniforme, a fim de evitar que se dê desconto nos objetos ou em partes da obra que tenham menor importância ou apenas deem tal desconto no começo da obra, abandonando-a depois.¹⁰¹

A porcentagem da remuneração variável tem que ser computada no valor global, pagamento devido em relação ao núcleo essencial do contrato e taxa de variação relativa aos critérios extraordinários.

Em suma, viu-se que a remuneração variável se sustenta e é moldada por alguns pilares, quais sejam: (i) os critérios escolhidos para auferir desempenho do contratado; (ii) o valor a ser pago e (iii) o benefício a ser gerado para a Administração.

4.2 CRITÉRIOS DEFINIDORES E LIMITADORES DA VARIAÇÃO

Já ficou claro que estes têm que estar previamente estipulados e quais os efeitos do seu não atingimento. Porém, ainda resta a questão de quais são estes critérios e como eles são conceituados e medidos pela Administração.

Esta pergunta, pode ser primeiramente respondida por meio da leitura do disposto no Decreto n.º 7.581/11 em seu art. 8.º, XIV e art. 70, os quais trazem as condições para utilização da remuneração variável.

Assim, estabelece-se quatro condicionantes para remuneração variável, são elas: (i) metas; (ii) padrões de qualidade; (iii) sustentabilidade ambiental; (iv) prazo de entrega.

Os critérios definidores da remuneração variável estabelecidos pela lei são muito amplos e dão margem para um rol extenso de significações. Por isso, caberá ao licitante delimitar o que entende por cada um deles. Esta generalidade e falta de objetividade da Lei recebeu várias críticas.¹⁰²

¹⁰⁰ HEINEN, Juliano. Critérios de seleção da melhor proposta no regime diferenciado de contratações. Revista Zênite : ILC : informativo de licitações e contratos, v. 21, n. 245, p. 679-692, jul. 2014

¹⁰¹ Neste sentido ler os seguintes acordãos proferidos pelo TCU: acordão n.º 2068/2011, e acordão n.º 4775/2011 e n.º 2931/2010.

¹⁰² Neste toar, citam-se os alertas feitos por Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Carlos Pinto Coelho Motta: “Para formar qualquer convicção, seja indispensável não apenas a composição de um método empírico de avaliação de resultados – dotado de certa fidedignidade-, como também o este de experiencia em um arco

O controle da performance é fundamento crucial da engenharia contratual presente nos contratos que preveem a remuneração variável e tem como intuito dar precisão ao modo de aplicação desta variação.

Bruno Aurélio expõe acerca da necessidade de na minuta do contrato, bem como no edital estarem dispostos os modos pelos quais será medida a variação e qual a porcentagem remunerará o contratado. Trata-se de critério que não deve dar margem à avaliação subjetiva. Esta será bem definida anteriormente e ocorrerá posteriormente, de modo vinculado ao que fora estabelecido e pactuado.¹⁰³

Neste toar, sugere que assim como já se fez nas PPPs, a Administração contrate terceiro que possa medir o atingimento dos critérios estabelecidos. A contratação de agentes avaliadores independentes daria maior impessoalidade e eficiência ao sistema, dando também maior grau de confiança para o contratado.

Contudo, de antemão, é unívoco que estes parâmetros que podem ensejar incremento remuneratória tem que estar alinhados aos interesses públicos, não podendo ser meros caprichos, ou seja, devem de fato estar representando acréscimo para a Administração publica. Cuida-se, então, de melhor entender o que significa cada um destes parâmetros de variação na remuneração.¹⁰⁴

4.2.1 Metas

A meta possivelmente é o mais genérico dos parâmetros. Trata-se das diretrizes pré-determinadas que condicionarão a variação da remuneração. Isto é, estipula-se projeções futuras, as quais encontram certo grau de dificuldade em serem alcançadas, mas o sucesso implica em ganho à Administração.

temporal significativo” (BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Comentários ao Regime de Contratações: Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7. 581/2011.2 ed. Rev. ampl. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 257). Ver, ainda, a crítica tecida por Ivan Rigolin ao art. 10 da Lei do RDC, logo após sua edição. Nesta, compara o instituto previsto na Lei com um pesadelo, haja vista as concepções abrangentes serem doentias. Disponível em: <http://www.acopesp.org.br/artigos/Dr.%20Ivan%20Barbosa%20Rigolin/artigo%20139.pdf>. Acessado em 02/09/2016.

¹⁰³ CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). Regime diferenciado de contratações públicas - RDC (Lei no 12.462/2011; decreto no 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.

¹⁰⁴ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012.p.87/91.

Evidente que o atingimento do escopo contratual é uma meta, a qual deve ser atingida, caso contrário haverá inadimplemento por parte do contratado. Porém, existem os objetivos dotados de maior dificuldade e dependentes do emprego de alto grau de diligência para serem alcançadas. É acerca destes que se está fazendo referência neste tópico.¹⁰⁵

4.2.2 Padrão De Qualidade

O segundo critério estabelecido no artigo citado é o padrão de qualidade. Não é possível medir qualidade sem fazer uma análise comparativa de mercado, logo, necessário ter um parâmetro ideal a fim de concluir o que tem maior ou menor qualidade. Este parâmetro pode, portanto, ser oficial ou fruto da análise de mercado.

O padrão de qualidade está muito ligado à realidade do setor privado e acaba por ser ditado por este. Tem regime diferente das metas que são traçadas pela Administração com vistas a atingir o maior interesse desta.

Portanto, cabível aqui a utilização de índices e indicadores que podem dimensionar a qualidade da prestação do serviço.¹⁰⁶

4.2.3 Sustentabilidade Ambiental

O terceiro critério para aferir remuneração variável é a sustentabilidade ambiental. Esta ganhou relevância no século XX, quando a agenda ambiental despontou no cenário internacional, o que ocorre apenas após a divulgação de estudos que mostravam o impacto

¹⁰⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 2 ed. Rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 175-197.

¹⁰⁶A título ilustrativo, cita-se a utilização deste critério para estipular a variação da remuneração nas obras de dragagem por resultado de manutenção e readequação do acesso aquaviário ao Porto de Santos –SP, no RDC Presencial SEP/PR nº 03/2014 O art. 12 da Lei no 12.462/2011 dispõe sobre a possibilidade de ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da CONTRATADA, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega, tendo como teto o limite orçamentário fixado pela Administração. A aplicação de tal instrumento nessa fase tem como objetivo incentivar a CONTRATADA a executar os serviços de dragagem de manutenção com a qualidade esperada, não permitindo a perda de profundidade de projeto em nenhum momento. A medição dos serviços realizados na Fase 2 – Manutenção das Profundidades será realizada mensalmente, em toda a área objeto do contrato, na razão de 1/12 do volume anual previsto por modelagem matemática.” Disponível em: <http://www.portodobrasil.gov.br/sobre-1/licitacoes/2014/rdc-presencial-sep-pr-no-03-2014>. Acessado em 01/09/2016. Ler também a obra de Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado e Mário Engler Pinto Júnior, intitulada Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas, na página 76.

que a atividade humana, sobretudo a desencadeada após a industrialização, gerou ao meio ambiente.

O termo desenvolvimento sustentável nasceu no relatório Bruntland, de 1987, redigido pela Comissão Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento das organizações das nações unidas (ONU). Lá firmou-se o seguinte conceito a respeito do tema: “o desenvolvimento que satisfaz às necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.¹⁰⁷

Este critério vai ao encontro do disposto nos arts. 170, VI, e 225 da CRFB. O primeiro dispositivo é fruto da emenda constitucional n.º 42, de 19/12/2003, já o segundo obteve regulamentações resultantes da lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, ganhando mais objetividade.

Assim, fica evidente que apesar dos pactos internacionais que o país celebrou, tendo até mesmo sediado a conferência das Nações Unidas cujo tema era o meio ambiente, a Eco-92, a disciplina ganhou alcance constitucional apenas anos mais tarde.

Contudo, o alcance às leis infraconstitucionais relacionadas a licitações e contratos públicos tardou mais ainda. Neste toar, merece destaque o ano de 2010, quando foi editada MP n.º 495, a qual apenas no curso da tramitação inseriu o termo sustentável ao texto, o que teve impacto relevante no futuro.¹⁰⁸

Esta mudança afetou as licitações e contratações públicas, nascendo o conceito de licitação verde. Sem dúvida que esta postura tem grande repercussão, na medida em que o impacto das compras governamentais é de 15% do Produto Interno Bruto.

Logo, relacionar o desenvolvimento sustentável com a contratação pública é meio extremamente eficaz de zelar pelo desenvolvimento nacional sustentável, bem como de estimular práticas sustentáveis pelo contratado.

Tendo em vista a teoria de Eros Grau de que as contratações públicas são formas do Estado intervir no domínio econômico, podendo impor por meio delas políticas públicas, é exatamente isso que se faz quando se coloca a sustentabilidade como requisito para majorar remuneração ou até mesmo para contratar.¹⁰⁹

Assim, a Administração consegue fomentar o desenvolvimento nacional sustentável,

¹⁰⁷ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 03/2011.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Paulo Costa; OTERO, Paulo. Tratado de Direito Administrativo Especial. Coimbra: Almedina. 2009.p.160..

¹⁰⁹ GRAU, E. R. . A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 93/94.

estimulando esta preocupação no setor privado, por meio da exigência desta nos contratos públicos.

Um ponto de convergência dos administrativas que estudam as licitações é que estas buscam a eleição da proposta mais vantajosa ao interesse público. Porém, o princípio da vantajosidade nas licitações ficou muito tempo restrito aos valores e produtos oferecidos nas propostas.

Assim, o princípio da sustentabilidade adentra neste tópico, pretendendo servir também como parâmetro para determinar o que é mais vantajoso. A lei n.º 12.349/2010, fruto da conversão da MP referida acima em Lei, ao modificar o art. 3.º da lei n.º 8666/93, inserindo o princípio da sustentabilidade como uma das finalidades da licitação, induz a tal comportamento.

Tem-se aqui a primeira mudança legislativa na matéria de licitação e contratos que prevê a sustentabilidade como um dos princípios norteadores.¹¹⁰

Contudo, esta mudança não expõe sustentabilidade como princípio, bem como não a enquadra dentro do caráter de proposta mais vantajosa e ainda a restringe à licitação.

Segundo Marçal, essa restrição não passou de uma confusão conceitual, pois à medida que o contrato é que se destina a obter bens em serviços concatenados ao interesse da Administração, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável tem que orientar o contrato.

A licitação, enquanto mero meio para selecionar propostas, não tem a finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável, muito mais lógico ser do contrato tal escopo.¹¹¹

Entretanto, na prática é muito complexo estipular e parametrizar o grau de sustentabilidade. Invoca-se mais uma vez a necessidade dos parâmetros para tanto estarem estipulados no ato convocatório.

Então, será feita na fase interna os estudos para delimitar o conteúdo do que se entenderá por sustentabilidade, deixando claro o que é o mínimo exigido e a excelência a ser

¹¹⁰ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime autorizado pela Lei nº 12.349/10. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 50, abril 2011. Disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=50&artigo=1077&l=pt>. Acessado em 09/08/2016.

perseguida para fazer jus à remuneração adicional.

Isto é, fica evidente que obras e até mesmo serviços podem e, não raro, geram efeitos ao meio ambiente. Espera-se, então, que a remuneração variável estimule a máxima diligência possível do setor privado em tentar causar o impacto mais diminuto na execução do objeto contratual.

4.2.4 Prazo De Entrega

O art. 70 do Decreto n.º 7581 prevê ao que está vinculada a remuneração variável englobando, assim, o prazo de entrega. Este ganha maior destaque ainda quando observa-se que o RDC é regime supostamente criado para eventos esportivos pontuais e que tem prazo determinado para ocorrer.¹¹²

O critério “prazo de entrega” é talvez o que demande menor profundidade por ser possivelmente o menos complexo. Basta averiguar dois elementos: (i) se a entrega é anterior a data limite, período no qual o objeto do contrato tem que ser entregue e (ii) se houve benefício à Administração.

A título ilustrativo, pode-se citar a situação em que a obra fica pronta antes do prazo determinado. Isto não induziria imediatamente em ganho para Administração que justificasse uma remuneração maior.

Claro que em alguma circunstância específica a entrega antecipada poderia resultar benefício à Administração, o qual deve estar previamente estipulado no edital e imputar, então, a remuneração a maior por ter alcançado tal prazo.

Mas não vale dizer que pelo simples fato de ter entregue antes do prazo, sem que isto importe qualquer ganho à Administração faça jus a remuneração acima do que fora estipulado.

Assim, caso haja benefício em adiantar a entrega, cabível a estipulação de remuneração variável. No entanto, se o período de entrega for indiferente, carecendo a Administração apenas de que o objeto seja entregue na até um data limite, não fará lógica a remuneração variável com base neste critério.

Isto traz a tona o caso dos jogos esportivos. Ou seja, basta que as obras sejam

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P.67

entregues até a data dos eventos, logo, não caberia a remuneração variável com base neste critério, salvo se houvesse uma motivação que justificasse ganho à Administração em entregar antecipadamente.

Logo, incorreu em erro quem fez conexão prematura entre os eventos esportivos e este critério, pois a remuneração adicional com base no prazo deve atender a benefício à Administração e a atuação ótima por parte do contrato.

O mínimo do interesse público deve estar sempre atendido. Sendo caso de remuneração adicional quando este for extrapolando, trazendo benefícios públicos extraordinários ao núcleo do contrato, que estão baseados na atuação diligente e ótima do contratado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) apresenta-se, como visto, apenas mais um passo legislativo no rumo de mudanças normativas no âmbito dos contratos administrativos. Este diploma reprisou experiências dos anteriores, bem como tentou refinar as boas técnicas da Administração.

A inserção do RDC se deu no momento em que o país estava prestes a receber eventos esportivos de magnitude mundial, logo, foi nesse contexto que o Legislativo encontrou solo fértil para aprovar a Lei 12.462/11.

Algumas das disposições da referida Lei continuam a fomentar discussões doutrinárias, como é o caso do orçamento sigiloso e da contratação integrada, porém, por outro lado, há dispositivos ainda pouco explorados.

A remuneração variável e o contrato de eficiência se enquadram em tal categoria. São institutos que necessitem ser melhor compreendidos para se tornarem mais palatáveis à Administração e aos licitantes.

Destaca-se que são institutos já experimentados pela Administração, o que dá sinais de força de vontade da Administração para utilizar instrumentos postos à disposição a fim de a tornar mais eficiente, não deixando ambos os institutos serem considerados inócuos.

O contrato de eficiência pretende encontrar no setor privado técnicas úteis para reduzir as despesas de custeio da Administração. A diminuição de tais despesas serviram de base para a remuneração. Portanto, o que os contratos de *performance* trazem ao setor privado é uma garantia de que haverá remuneração, caso haja diminuição nas despesas de custeio.

A remuneração variável tem a mesma força motriz dos contratos de eficiência, visto que ambos pretendem denotar de maior eficiência a máquina pública. Contudo, a remuneração variável apresenta uma lógica diversa, pois não impõe uma obrigação ao contratado, mas o incentiva a alcançar patamares determinados pela Administração que trarão a esta maior benefício.

De qualquer sorte, tanto contratos de eficiência quanto a remuneração variada, que podem ser utilizadas em conjunto, pretendem operar em uma racionalidade de ganha-ganha. Quanto maior o benefício para o contratante, assim será para o contratado.

Ainda assim, o que definirá se a remuneração variável e o contrato de eficiência se prestarão a seus intuitos são os administradores públicos e os que controlam posteriormente as contratações públicas. Os referidos institutos dependem, assim, em muito da boa-vontade do setor público e privado.

REFERÊNCIAS

ATHIAS, Daniel Tobias. **Institutional bypass – O exemplo do Regime Diferenciado de Contratação (RDC)**. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE. ano 3, n.3, mar./ago., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Comentários ao Regime de Contratações: Lei nº 12.462/2011: Decreto nº 7. 581/2011.2** ed. Rev. ampl. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL, Ministério do Planejamento. **Gestão em Destaque: RDC na Administração Federal**. 2013. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=H8eo5MoS_1w. 13”-14”. Acessado em 15/07/2016.

BRASIL, STF, Tribunal Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 927 RS**, Ministro Relator CARLOS VELLOSO, julgamento em 03/11/1993, DJ 11/11/1994.

BRASIL, Estudo sobre o Estado da Arte dos mecanismos de contratação de serviços de eficiência energética em edificações no Brasil. Ministério do Meio Ambiente. Maio/2014

BRASIL, TCU, Plenário, **Processo n.º 036.076/2011-2 (acórdão n.º 2226/2013)**, Relator Marcos Bemquerer, Data da sessão: 25/09/2013. Disponível em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/036.076-2011-2%20processo%20administrativo%20BDI.pdf. P. 19. Acessado em 05/07/2016.

CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC (Lei no 12.462/2011; decreto no 7.581/2011): aspectos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DUGUIT, Léon. **Leçon de Droit Général**. Paris: Boccard. 1926.

FREITAS, Daniela Bandeira. **O controle administrativo da Eficiência na execução dos Contratos de Concessão de Serviços Públicos em Portugal e no Brasil**. Revista IOB de Direito Administrativo. v. 2, n. 16, p. 69–118, abr., 2007.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13 ed. São Paulo: Editora da USP. 2008. p. 535/543.

GONÇALVES, Paulo Costa; OTERO, Paulo. **Tratado de Direito Administrativo Especial**. Coimbra: Almedina. 2009.

GRAU, E. R. . **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros

Editores, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP Parceria público-privada**. [São Paulo, SP]: Saraiva, 2012.

_____, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. **Licitação Pública: A lei geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

HEINEN, Juliano. **Critérios de seleção da melhor proposta no regime diferenciado de contratações**. Revista Zênite : ILC : informativo de licitações e contratos, v. 21, n. 245, p. 679-692, jul. 2014.

KATO, Enio Akira; PRADO, Racine Tadeu Araujo. **Contratação de performance: modelo norte-americano nos anos 90 na automação predial**. São Paulo: EPUSP.1999.22p.

JÈZE, Gaston. **Les Principes Generaux du Droit Administratif**. Paris e Nacncy: Breger-Levrault. 1904.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462/2011 e ao decreto nº 7.581/2011 (atualizados pela lei nº 12.980 e pelo decreto nº 8.251, de maio de 2014)**. 3.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____, Marçal. **Comentário ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11**. Dialética: São Paulo. 2013.

_____, Marçal. **Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime autorizado pela Lei nº 12.349/10**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 50, abril 2011. Disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=50&artigo=1077&l=pt>. Acessado em 09/08/2016.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MARRARA, Thiago (org.). **Princípios do Direito Administrativo**. 1.º ed. São Paulo: Atlas. 2012.

MARQUES, Nadja Lírio do Valle. **Remuneração variável nos contratos administrativos: um instrumento do princípio da eficiência**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano. 5, n.8, setembro/fevereiro 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo brasileiro**. 23 ed. Malheiros:

São Paulo. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. **Contrato Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

_____, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **Regime Diferenciado de Contratações - alguns apontamentos**. Revista de Contratos Públicos, v. 1, 2012. p. 81-124.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parceiras pública-privadas**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

_____, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Comentários ao RDC Integ**

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012. **Curso de Direito Administrativo: Licitação e Contratação**. São Paulo: Renovar. 2015.

SÁ, Adolfo Luis Souza; SANTOS, Enilson Medeiros; BRASILEIRO, Anísio. **Contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas: uma inovação a ser aplicada na gestão das infraestruturas de transportes**. XXVII Congresso de pesquisa e ensino em transportes. ANPET. 2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2 ed. Rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 175-197.

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

_____, Rafal Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC)**. Revista Interesse Público – IP. Ano 13. n. 70. Nov./dez. 2011. P. 221/251.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.) ; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, v. 1.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN. Décio (orgs). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier.2005.

U.S., **International Performance Measurement & Verification protocol: concepts and options for determining energy and water savings**. Vol I. March/2012. Disponível em: <http://www.nrel.gov/docs/fy02osti/31505.pdf>. Acessado em 10/09/2016.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública**. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 03/2011.

YASSER, Gabriel Reis. **O regime diferenciado de contratações : um caso de institutional bypass?** Revista de direito público da economia, v. 13, n. 49, p. 223-246, jan./mar. 2015.