

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE DESEMPENHO COM REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E CONDICIONADA AO ÊXITO: POSSIBILIDADES E LIMITES À LUZ DA LEI 8.666/1993

*PERFORMANCE ADMINISTRATIVE CONTRACTS
WITH SUCCESS FEE CLAUSE: POSSIBILITIES AND LIMITS
IN THE LIGHT OF LAW 8,666/1993*

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. *Master of Laws*(LL.M.) pela Yale Law School (EUA).
Procurador do Estado do Rio de Janeiro. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4818-7786>
gustavo.binenbojm@bcbadv.com.br

Recebido em: 31.10.2019
Aprovado em: 01.11.2019

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: Consulta sobre a juridicidade do modelo de contratação administrativa com remuneração condicionada ao êxito do contratado em contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/1993. Jurisprudência do TCE/RJ que, em tese, indicaria a impossibilidade de estipular a remuneração variável. Opinião favorável à juridicidade do modelo, dentro de certas condições específicas. Compatibilidade da remuneração *ad exitum* com a sistemática da Lei Geral de Licitações. Prática condizente com padrões contratuais adotados pela União e diversos Estados da Federação. Jurisprudência do TCU que reconhece a validade do modelo. Atendimento ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*) e à diretriz da administração orientada a resultados. Necessidade de que sejam observadas e adotadas cautelas pela Administração Pública. Dever de previsão, no instrumento contratual, do valor total do contrato em caso de atingimento integral das metas estipuladas, em atendimento

ABSTRACT: This legal opinion addresses the legality of administrative contracts celebrated under the Brazilian Administrative Law in which the remuneration is conditioned on the success of the hired party. The Court of Auditors of the State of Rio de Janeiro ("TCE/RJ") case law, which, theoretically, would indicate the impossibility of a variable remuneration. Favorable opinion regarding said contractual model, within specific conditions. Compatibility of the *ad exitum* remuneration with the Brazilian general bidding procedures law systematic. Compatible practice with contractual standards adopted by the Federal Government and different States. Federal Audit Court ("TCU") case law, which recognizes the validity of the model. Fulfillment of the principle of administrative efficiency (Article 37, *caput* of the Constitution) and of the results-oriented Public Administration policy. The need for the Public Administration to observe and adopt cautions. Mandatory provision

ao art. 55, III e IV, da Lei 8.666/1993 e ao art. 16 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Necessária avaliação dos tipos de contratação em que o modelo de remuneração variável seria admissível e vantajoso para o Estado, de modo que o ganho adicional do parceiro privado seja proporcional e compatível com o benefício auferido pela Administração Pública. Recomendação de elaboração de estudos para edição de atos normativos e posterior elaboração de minutas-padrão dos contratos administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos administrativos – Desempenho – Taxa de sucesso.

establishing the total contract value in case all of the stipulated objectives are accomplished, in accordance with Sections III and IV of Article 55 of Law 8.666/1993 and Article 16 of Complementary Law 101/2000 (Fiscal Responsibility Law). Mandatory evaluation of the contracting types in which said variable remuneration model would be admissible and beneficial to the Government, so that the private party's additional gain would be compatible and proportional to the benefit earned by the Public Administration. Proposition regarding the development of studies for the issue of normative rulings and the subsequent development of administrative contracts standard drafts.

KEYWORDS: Administrative contracts – Performance – Success fee.

SUMÁRIO: 1. Objeto. 2. Compatibilidade da remuneração variável com os dispositivos da Lei 8.666/1993. 3. Cautelas necessárias para adoção da modelagem de contratos de desempenho. 4. Conclusões.

1. OBJETO

Trata-se de consulta acerca da juridicidade do modelo de contratação administrativa com remuneração condicionada ao êxito do contratado em contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações). A controvérsia relacionada à possibilidade de estipular, na via contratual, a remuneração do particular contratado de acordo com seu desempenho é originada de acórdãos do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ) que, em princípio, indicariam a vedação a tal modelo de contratação pública.¹

No Processo 219.978-9/17, a Corte de Contas estadual analisou a juridicidade da contratação de uma empresa para consultoria e elaboração de teses jurídicas que seriam implementadas pelo Município de Itaperuna em futuras ações judiciais de natureza tributária. O ponto central da discussão, no caso em questão, foi se o contrato envolvia a terceirização de atividade-fim da Procuradoria Municipal.

1. Foram apresentados a este parecerista os acórdãos lavrados no âmbito dos Processos 219.978-9/17, 817.469/2016 e 825.950-7/16.

Por fim, em terceiro lugar, como meio de reduzir os custos de transação e a assimetria de informação entre os agentes públicos e os diferentes setores da economia, é recomendável que sejam elaborados estudos prévios e confiáveis para a verificação empírica da eficiência do modelo de remuneração variável em cada tipo de contratação pública. Nesse ponto, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) pode ser um instrumento relevante. Trata-se de um processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de uma decisão pública.¹⁵

Recomenda-se, assim, que o resultado desses estudos leve à edição de atos normativos (regulamentos) e à posterior formulação de minutas-padrão de contratos que definam (i) os objetos contratuais em que a remuneração variável é aconselhável; bem como (ii) os respectivos parâmetros, metas e condicionantes que influirão nas contraprestações a serem pagas aos parceiros privados da Administração Pública. Poderão ser adotadas, inclusive, diretrizes já estabelecidas pela União em seus atos normativos, tal como a já mencionada IN 5/2017 que, no item 2.6 de seu Anexo V, estabelece normas e procedimentos para contratações com remuneração variável e seus respectivos controles. Com isso, diminui-se a necessidade de estudos na fase interna de cada licitação, permitindo a adoção de procedimentos mais eficientes e céleres pela burocracia estatal.

4. CONCLUSÕES

Ante o exposto, concludo que:

(I) A modelagem de contratação pela Administração Pública com remuneração condicionada ao sucesso do contratado é compatível com a sistemática legal em vigor, ainda quando se trate de contratos regidos precipuamente pela Lei 8.666/1993.

(II) O modelo de contratação administrativa com remuneração condicionada ao êxito encontra guarida na prática consolidada do Governo Federal e de outras Unidades da Federação. É, ainda, respaldada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU.

(III) De mais a mais, a remuneração variável é compatível com o princípio da eficiência (art. 37, *caput*) e com a diretriz da *administração orientada a resultados*,

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

de modo que sua adoção pode ser desejável em determinadas modalidades de contratações da Administração Pública.

(IV) Em cumprimento ao art. 55, incisos III e IV, da Lei 8.666/1993, o preço dos contratos com remuneração variável deverá ser predefinidos no instrumento. O preço será o montante máximo da remuneração do contratado em caso de cumprimento integral das correspondentes metas e condicionantes, devendo respeitar o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação, em atendimento ao art. 16 da LRF;

(V) Caso a remuneração do contratado seja em percentual sobre a receita por ele recuperada para o Estado, não se exige uma dotação orçamentária específica para fazer frente ao contrato, mas é necessário haver uma cláusula que fixe o limite máximo a ser pago ao contratado, ainda que seja arbitrado por estimativa da Administração Pública;

(VI) A adoção da remuneração variável nos contratos administrativos de fornecimentos de bens e prestação de serviços deverá ser motivada de acordo com as características do objeto do contrato. Deverá ser demonstrado, de forma clara e objetiva, que o incremento da remuneração estipulado contratualmente guarda correlação com a utilidade auferida da Administração Pública estadual.

(VII) Para tanto, recomenda-se, ainda, a edição de atos normativos (regulamentos) e a elaboração de minutas-padrão que identifiquem as situações em que a remuneração variável seja admissível e recomendável. Tais documentos poderão estipular metas e condicionantes que influirão nas contraprestações a serem pagas aos parceiros privados da Administração Pública estadual, diminuindo os custos de obtenção de informações para a fase interna das licitações.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Alteração unilateral do contrato administrativo – Exegese de dispositivos da Lei 8.666/93, de Fernando Vernalha Guimarães – *RT* 814/83-98 e *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 4/1299-1320 (DTR\2003\696); e
- Teoria do “fato do príncipe”, de José Cretella Júnior – *RT* 918/29-34 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 4/713-722 (DTR\2012\2620).