

A REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DA LEI 14.133/2021 E SUA APLICAÇÃO PARA MELHORAR A EXECUÇÃO DAS OBRAS PÚBLICAS

André Pachioni Baeta¹

RESUMO

Este artigo examina o uso da remuneração variável nos contratos administrativos no âmbito da Lei 14.133/2021, abordando aspectos procedimentais em seu emprego. A remuneração variável, entre outras diversas finalidades, visa solucionar problemas recorrentes na execução de obras públicas, tais como os atrasos no cronograma e a execução com qualidade deficiente, pois cria desejáveis mecanismos de incentivo e desincentivo para aprimorar a eficiência de contratações governamentais. É apresentado circunstanciado contexto histórico sobre a introdução de cláusulas de remuneração variável nos contratos administrativos, realizando um paralelo entre as leis de concessões e parcerias público-privadas (PPP), passando-se pelo RDC e pela Lei das Estatais, chegando-se aos dispositivos da nova Lei 14.133/2021. A partir de pesquisa na doutrina e na jurisprudência, é feita uma abordagem de uma série de pontos controversos e outras questões procedimentais sobre o uso da remuneração variável. Alguns pontos polêmicos são expostos, a exemplo da necessária objetividade dos parâmetros de desempenho, incluindo a monetização dos referidos benefícios, bem como dos limites para o pagamento da remuneração variável e as especificidades existentes em contratos com o uso de tal instrumento. Por fim, este artigo apresenta exemplos de uso de remuneração variável, sugerindo linhas para futuros estudos sobre o tema. Conclui-se que o uso de instrumentos contratuais com remuneração variável exigirá uma maior motivação e detalhamento dos editais e contratos, notadamente acerca da clareza dos benefícios esperados do agente privado, bem assim da precisa alocação de riscos, as quais exigirão experiências pregressas com registros confiáveis e racionalizados, sob os enfoques qualidade, prazo e preço de mercado.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Remuneração Variável. Lei 14.133/2021. Obras Públicas.

1. INTRODUÇÃO

Os problemas recorrentes na execução de obras públicas no Brasil, marcados por paralisações, atrasos, aumentos de custos, corrupção e deficiências de qualidade, têm raízes históricas. Na visão do autor deste artigo, uma das causas

¹André Pachioni Baeta é graduado em Engenharia Mecânica pela Universidade de Brasília. Desde 2004 atua como Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, atuando precipuamente na fiscalização e controle de obras públicas. Email: andrebaeta@hotmail.com.

potenciais desse cenário é a falta de mecanismos eficazes de incentivos e desincentivos nos instrumentos contratuais, como a concessão de bonificações às empresas que superem certos parâmetros de desempenho (Baeta, 2016).

Com a implementação integral da Lei 14.133/2021, os gestores públicos agora possuem uma gama mais ampla de opções para melhorar as licitações e contratações de obras públicas. Essas melhorias podem ocorrer através da redução de custos, aumento da qualidade ou, igualmente importante, da antecipação do início das operações dos empreendimentos, visando aproximar os contratos públicos daqueles realizados no setor privado.

Uma das inovações trazidas pelo novo regime de licitações é a Remuneração Variável (RV), que está atrelada ao desempenho excepcional da empresa contratada e constitui o principal foco deste estudo.

Dessa forma, a remuneração variável é um mecanismo pelo qual se pretende subordinar a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro pré-determinado acerca do qual não se tem certeza sobre a sua ocorrência. Trata-se de típico contrato de risco em que o contratado assume a possibilidade de ter ao menos parte da remuneração vinculada diretamente ao alcance de certos resultados.

Para Aurélio (2012), a Lei 8.666/1993 (revogada) não autorizava o Administrador Público a firmar contratos sem que estivessem definidos os elementos estruturais da remuneração do privado. De acordo com o art. 55, III, do referido diploma legal, era cláusula obrigatória do contrato aquela que estabeleça de forma clara e direta, o preço e as condições de pagamento. Ocorre que, no âmbito da Lei 8.666/1993, eventual variabilidade da remuneração do contratado somente poderia ocorrer por meio de alterações quantitativas ou qualitativas no objeto licitado, promovidas por meio da celebração de termos de aditamento contratual, dificultando a aplicação de mecanismos de incentivo ao particular para superar determinadas metas e parâmetros de desempenho que fossem relevantes aos objetivos pretendidos pela administração com a contratação.

Assim, a previsão da RV na nova Lei 14.133/2021 objetiva afastar o regime praticamente fixo de remuneração previsto na Lei 8.666/1993, assim como melhorar o desempenho e a eficiência do particular que contrata com a

administração pública. Se bem empregado, tal instrumento promete uma verdadeira revolução nas compras governamentais.

A RV não apenas busca aproximar os contratos públicos dos ajustes regidos por preceitos de Direito Privado, mas também é um instituto inspirado nas concessões e parcerias público-privadas (PPP). A nova Lei de Licitações e Contratos, precipuamente ao tratar das obras públicas, utilizou outros vários instrumentos de emprego recorrente nas concessões e PPP, tais como o Regime de Fornecimento e Prestação de Serviço Associado, a transferência da desapropriação e do licenciamento ambiental para o construtor ou o regime de Contratação Integrada. A remuneração variável é mais um desses exemplos. Além disso, passou a ser uma possibilidade para os contratos administrativos em geral a partir da edição da Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), e da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016).

Apesar de não ser uma inovação propriamente dita, o emprego da remuneração variável ainda desperta inúmeras dúvidas, tais como os limites máximos para o pagamento de bonificações e o momento que estas devem ser pagas.

Outros pontos polêmicos e dificuldades vão desde a necessidade de motivação dos parâmetros de desempenho até aspectos mais banais como a operacionalização do instituto (emissão de notas de empenhos) ou os contornos específicos a serem observados nas alterações unilaterais do objeto demandadas pela administração, com repercussão nas condições de pagamento da remuneração variável (RV).

Diante do exposto, pretende-se expor neste artigo uma síntese crítica de conhecimentos disponíveis sobre a remuneração variável e seu emprego nos contratos administrativos de obras públicas, mediante a análise e interpretação de bibliografia pertinente, com o objetivo de indicar perspectivas de continuidade de estudos futuros sobre o tema.

2. RECENTE HISTÓRICO DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A utilização da RV envolvendo a execução de obras públicas não é novidade no Brasil. A partir da abertura dos investimentos em infraestrutura à iniciativa

privada, com as concessões de serviços públicos (CSP), cujo marco é a Lei 8.987/1995, o país passou a discutir formas de estimular a eficiência do empreendedor privado, remunerado via tarifas públicas.

Em 2004, com a edição da Lei 11.079, foram introduzidas as Parcerias Público-Privadas (PPP), contrato de concessão que envolve a contraprestação pecuniária da administração pública.

Não é pretensão do presente trabalho se aprofundar nos aspectos operacionais das várias formas de RV hoje existentes no âmbito da regulação das concessões. Porém, há uma diferença fundamental entre as contratações nas CSP/PPP e aquelas oriundas de contratos administrativos típicos: enquanto nestas o contratado recebe o pagamento integral ao final da obra, deixando à administração pública a responsabilidade pela operação e manutenção (O&M), naquelas a lucratividade do ente privado provém do nível de serviço oferecido pós-obra (DI BELLO et al., 2013).

Desse modo, nas CSP/PPP há maior estímulo à execução de uma obra com rapidez e elevado padrão de qualidade, ao menor custo possível, estando o ente privado muito mais comprometido com os resultados esperados. Isso porque más escolhas na fase de construção de uma CSP ou PPP afetam gravemente a RV, pois representam maiores gastos de O&M ao longo de toda a vida útil do empreendimento (da ordem de 35 anos).

Quanto às PPP, convém destacar alguns pontos da Lei 11.079/2004 que podem auxiliar a bem estabelecer a analogia da RV nos contratos regidos pela Lei 14.133/2021: (i) importância de se estabelecer penalidades proporcionais à gravidade da falta, bem como a previsão de garantias em caso de inadimplementos (art. 5º, incisos II, VI e VIII); (ii) critérios objetivos para avaliação do desempenho do parceiro privado (art. 5º, inciso VII); (iii) pagamento da RV conforme parcela fruível do serviço (art. 7º, § 1º); e (iv) eventual emprego de mecanismos alternativos de resolução de disputas, tal como a arbitragem (art. 11, inciso III).

Em síntese, a RV, tanto na Lei 14.133/2021 quanto nas CSP e PPP, tem por objetivo captar a melhor eficiência da empresa privada, por meio de incentivos à repartição dos benefícios auferidos. Observa-se que o contrato deve discriminar muito bem a alocação de riscos, direcionando-os a quem tem melhor capacidade de gerenciá-los. Desse modo, os procedimentos de identificação dos riscos exigirão

experiências pregressas com registros confiáveis e racionalizados, sob os enfoques qualidade, prazo e preço de mercado, de forma a se evitar (i) os desvios de finalidade, que podem ocorrer caso a administração pública fique submissa à vontade privada, remunerando acima do justo, e (ii) a judicialização do contrato, quando o privado entender que as exigências do gestor público não encontram claro respaldo no instrumento contratual assinado. Em ambos os casos os impasses podem atrasar ou mesmo paralisar a obra, dada a complexidade das questões técnicas que serão levadas aos tribunais.

O primeiro diploma legal a prever o uso da remuneração variável nos contratos administrativos típicos foi a Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Tanto a aludida lei quanto o seu regulamento federal (Decreto 7.581/2011) não fornecem suficiente clareza em relação à exata forma em que se dará a motivação e o pagamento da RV. Primeiro, cabe apresentar a RV na Lei do RDC (grifos acrescentados):

“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.”

Por seu turno, o Decreto 7.581/2011 apresentou poucas disposições adicionais em relação àquelas presentes no RDC, *in verbis* (grifos acrescentados):

“Art. 8º O instrumento convocatório definirá:

[...]

XIV - os critérios objetivos de avaliação do desempenho do contratado, bem como os requisitos da remuneração variável, quando for o caso;

[...]

Art. 70. [...]

§ 1º A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação e será motivada quanto:

I - aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;

II - ao valor a ser pago; e

III - ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 2º Eventuais ganhos provenientes de ações da administração pública não serão considerados no cômputo do desempenho do contratado.

§ 3º O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 4º Nos casos de contratação integrada, deverá ser observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros para aferir o desempenho do contratado.”

Como pode ser visto, o art. 10 da Lei do RDC e os arts. 8º e 70 do Decreto 7.581/2011 não especificavam com clareza como seria o pagamento da RV, remetendo ao edital essas relevantes decisões.

Rafael Schwind (2012) observa que a RV trata de mecanismo do RDC pelo qual se pretende subordinar, ainda na fase de edital, a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro objetivamente pré-determinado, porém incerto. Assim sendo, constitui-se em pacto no qual o contratado assume o risco de ter ao menos parte da sua remuneração vinculada diretamente ao alcance de resultados que proporcionem benefícios, mensuráveis, ao contratante.

Apenas superficialmente, depreende-se que (i) as bases para o contratado fazer jus a ganhos extraordinários devem estar bem planejadas e objetivamente registradas no instrumento convocatório; (ii) deve-se observar o nível de eficiência praticado pela iniciativa privada (art. 4º, inciso IV); (iii) deve haver um limite máximo de valor fixo para esses pagamentos; (iv) a administração pública deve aferir, com a necessária precisão, o desempenho do contratado, segundo os parâmetros objetivos pré-fixados; e (v) a RV deve ser proporcional ao benefício a ser gerado (Baeta, 2016, p. 349/350).

No âmbito da Lei das Estatais, não houve nenhuma evolução relevante em relação ao tratamento conferido pelo RDC ao tema (Zymler *et al.*, 2018, p. 259). Dispõe o art. 45 da Lei 13.303/2016 que poderá ser estabelecida remuneração

variável na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, com base no desempenho da contratada, levando em consideração o alcance de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega. Ademais, respeitará o limite orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação.

Em paralelo, cabe destacar que a Instrução Normativa nº 5/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, utilizou um procedimento que guarda elevada similitude com o mecanismo de remuneração variável. Trata-se do Instrumento de Medição de Resultado (IMR), assim conceituado no inciso IX do Anexo I da norma: *“mecanismo que define, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento”*.

Por meio do IMR, a entidade pode realizar pagamentos dentro de faixas pré-determinadas com base no desempenho da contratada. Nesse sentido dispõe o item I do Anexo VIII-A da Instrução Normativa nº 5/2017:

“1. A fiscalização técnica dos contratos deve avaliar constantemente a execução do objeto e, se for o caso, poderá utilizar o Instrumento de Medição de Resultado (IMR), conforme modelo previsto no Anexo V-B, ou outro instrumento substituto para aferição da qualidade da prestação dos serviços, devendo haver o redimensionamento no pagamento com base nos indicadores estabelecidos, sempre que a contratada:

- a) não produzir os resultados, deixar de executar, ou não executar com a qualidade mínima exigida as atividades contratadas; ou*
- b) deixar de utilizar materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizá-los com qualidade ou quantidade inferior à demandada”* (grifo acrescido).

Tais institutos vão ao encontro da busca de maior eficiência das contratações públicas, o que é um dos princípios elencados no art. 5º da nova Lei Geral de Licitações e Contratos.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (2017) observa que o IMR é muito semelhante ao instituto então denominado acordo de nível de serviços (ANS), pois deixa expressa a possibilidade de se remunerar o contratado pelo atingimento de metas de serviço previamente estipuladas. Também fica nítida a semelhança do

IMR com a remuneração variável prevista no art. 144 da Lei 14.133/2021, em que se pretende subordinar parcela de pagamentos do particular contratado à obtenção de um resultado futuro, pré-determinado, acerca do qual não se tem certeza sobre a sua ocorrência.

Entretanto, observa-se que há uma clara diferença entre a remuneração variável e o ANS (ou IMR), pois neste instituto ocorre apenas a aplicação de glosas ao particular por conta do não atingimento de metas previamente estipuladas, ao passo que a remuneração variável também abrange um mecanismo de sanção premial, em que o contratado receberia um pagamento a maior, na medida em que superar determinados padrões de desempenho fixados no instrumento convocatório. Dito de outra forma, no IMR a remuneração do particular varia apenas na redução dos pagamentos devidos, enquanto na RV há também a possibilidade de pagamentos de bonificações ao contratado.

Por derradeiro, a Lei 14.133/2021, nitidamente inspirada nas experiências pregressas do RDC e da Lei das Estatais, também previu o mecanismo de remuneração variável, conforme dispositivos reproduzidos a seguir:

“Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

§ 1º O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.

§ 2º A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.”

O *caput* do art. 144 trouxe uma única inovação em relação ao RDC e à Lei das Estatais, ao prever a utilização da RV também para o fornecimento de bens, ao passo que, nos outros dois diplomas legais, o instituto era de aplicação restrita às obras e aos serviços. O § 2º também meramente reproduziu a regra já

empregada nas outras duas leis e será objeto de abordagem em tópico específico deste artigo.

No entanto, o parágrafo § 1º é totalmente inédito, fazendo alusão à possibilidade de o pagamento da remuneração variável ser ajustado com base em percentual economizado e determinada despesa.

Parece que o novo dispositivo possui grande sobreposição com o contrato de eficiência definido pelo art. 6º, inciso LIII, da Lei 14.133/2021 como “*contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada*”. Além disso, os contratos de eficiência, assim como os contratos com cláusula de remuneração variável, são típicos contratos de risco, em que ao menos parcela dos pagamentos devidos pela administração ficarão sujeitos ao atingimento de determinadas condições pelo contratado.

Na prática, a remuneração variável é um instrumento de incentivo à eficiência da execução contratual, pelo contratado, algo que deve ser percebido como uma evolução no regime da Lei 14.133/2021, embora não seja propriamente uma novidade (Torres, 2024, p. 821). Nesse ponto, a nova Lei de Licitações e Contratos tem o mérito de tentar superar uma compreensão equivocada que ignora a importância de incentivos como instrumentos adequados de maximização da eficiência contratual, *in verbis* (Nóbrega, 2020, p. 26):

“Parece óbvio, a esse ponto, que o grande problema das licitações no Brasil não é exatamente de corrupção ou de falha de controle, muito embora essas questões sejam relevantes. No nosso ver, o referencial teórico sobre a legislação de licitações no Brasil e sua aplicação é o pressuposto clássico (ou neoclássico) a ele é inadequado para garantir melhores resultados para a Administração. A busca por proposta mais vantajosa, mascarada, muitas vezes, pelo fetiche do tipo menor preço está calcada no conceito utilitarista de eficiência. Esse paradigma tem que mudar para uma dimensão de eficiência como maximizadora dos incentivos dos agentes econômicos. Os indivíduos não irão repartir informações privadas ou exercer esforços que não possam ser observados se não houver apropriados incentivos. Assim a

ideia correta de eficiência não é a de Pareto, mas sim aquela de maximização de incentivos.”

Considerando a semelhança entre as redações das Leis 12.462/2011, 13.303/2016 e 14.133/2021, embora não tenha sido ainda editada regulamentação federal para o uso da RV, é possível a analogia, empregando a doutrina e a jurisprudência produzidas no âmbito do RDC e da Lei das Estatais para interpretar o instituto no âmbito da nova Lei de Licitações e Contratos.

Passa-se a discutir as principais dúvidas acerca do emprego da sistemática da RV nas licitações e contratos administrativos.

3. QUESTÕES RELACIONADAS AO USO DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

A eficaz utilização da remuneração variável exige uma motivação circunstanciada, abordando os seguintes aspectos, entre outros:

- parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;
- valor a ser pago; e
- benefício a ser gerado para o poder público.

Nessa espécie de contratação, a definição do objeto considerará um parâmetro mínimo estipulado pela administração, o qual servirá de referência para o orçamento estimativo da contratação e para a formulação das propostas dos licitantes. Ou seja, vencerá a licitação aquele que apresentar a melhor proposta para esse objeto de acordo com esses parâmetros mínimos. Entretanto, caso o contratado supere esse parâmetro mínimo, ele terá direito a um adicional em sua remuneração de acordo com as regras editalícias.

A justificativa para não se licitar de pronto o objeto de acordo com os parâmetros máximos equivalentes ao teto da remuneração variável pode ser a necessidade de não se limitar em demasia a competitividade do certame.

Tome-se como exemplo a licitação da realização de uma obra pública com prazo previsto de conclusão em dezoito meses. Esse prazo seria compatível com a estrutura operacional de diversas empresas do ramo. Assim, seria esperada uma ampla competição no certame. Entretanto, há interesse da administração na execução da obra em menor prazo, digamos, doze meses. Contudo, esse prazo mais exíguo não seria compatível com a estrutura de muitas empresas do ramo, de

forma que caso a licitação ocorresse com esse prazo, não haveria muita competição e, conseqüentemente, os preços praticados seriam menos vantajosos.

Desta feita, adotando-se a remuneração variável com o prazo previsto de dezoito meses, propiciar-se-ia a obtenção de proposta mais vantajosa e não se descartaria a execução da obra em doze meses caso a empresa contratada se interessasse pelo aumento da sua remuneração. Trata-se de uma solução intermediária entre as contratações com prazos máximos fixos de dezoito e doze meses.

Imprescindível, em qualquer hipótese, a elaboração de anteprojetos, termos de referência ou projetos básicos/executivos adequados, de modo que os parâmetros de eficiência observem a prática efetiva do mercado. Caso contrário, poder-se-ia desvirtuar o instituto em razão de falsos sinais de eficiência, pois parâmetros por demais elasticizados provocariam dispêndios adicionais para a administração.

3.1. Valor proporcional ao benefício gerado

O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração, pois não se justifica o pagamento de bonificação ao contratado superior aos ganhos advindos da superação dos requisitos de remuneração variável.

Para ser cumprida essa exigência de proporcionalidade, o benefício gerado para o estado deve ser mensurável quantitativamente. Assim, torna-se possível aferir o ganho de eficiência buscado por essa forma de contratação e o atendimento do princípio da economicidade.

A remuneração variável consiste, pois, em uma cláusula negocial cuja aplicabilidade deverá se mostrar vantajosa para ambas as partes contratantes. Ganha o contratado porque receberá um adicional sobre a remuneração inicialmente pactuada, ganha o contratante em decorrência dos benefícios decorrentes do melhor desempenho do contratado.

De forma a manter essa característica de ganha-ganha, por interpretação analógica ao decreto que regulamenta o RDC, entende-se que eventuais ganhos provenientes de ações da administração contratante não devem ser considerados no cômputo do desempenho do contratado. Com efeito, pode ser caracterizado

como enriquecimento sem causa o recebimento pelo contratado de valores adicionais sem que ele tenha contribuído para tanto.

Entende-se que a remuneração do contratado possa tanto aumentar, no caso de superação dos parâmetros de avaliação de desempenho, quanto diminuir, em caso de desempenho insuficiente. Todavia, tal entendimento promete ser ponto de grandes discussões doutrinárias.

Rafael Schwind defende que, nas contratações com remuneração variável, o contratado perceberá uma remuneração maior, na medida em que atingir determinados padrões de desempenho fixados no edital (Schwind, 2012). Pode haver, portanto, um bônus ao contratado que terá sua remuneração aumentada. Não haveria uma sanção pelo não atendimento dessas metas (que não são obrigatórias), mas o incremento da remuneração do particular se elas forem atendidas. Conclui o autor que a remuneração variável é, em última análise, um mecanismo de sanção premial.

Bruno Aurélio discorda desse entendimento e considera ser possível a redução do montante a ser recebido pelo particular em caso de desempenho insuficiente (Aurélio, 2012). A utilização desse mecanismo não tem a natureza de sanção por descumprimento de obrigações contratadas, apenas materializa a consequência pecuniária por uma execução contratual abaixo do melhor desempenho.

O autor faz uma analogia com mecanismos de remuneração variável previstos na legislação de concessões e parcerias público-privadas, em que eventual redução de pagamento por deficiências de desempenho não caracteriza a aplicação de sanção no sentido jurídico, não se submetendo aos rigores de um típico processo administrativo punitivo, pois a administração apenas estará pagando de acordo com a qualidade do serviço prestado.

Defende-se, neste trabalho, essa última posição, pois resta pacificada a possibilidade de realizar glosas nos pagamentos devidos ao particular por meio do IMR (ou ANS) no âmbito dos contratos administrativos. O acordo de nível de serviços ou o instrumento de medição por resultado são, na verdade, exemplos de mecanismos de remuneração variável.

3.2. Parâmetros para a remuneração variável

A leitura do supracitado dispositivo permite concluir que os parâmetros escolhidos para avaliação do desempenho do contratado poderão ser:

- o alcance de metas;
- os padrões de qualidade;
- o cumprimento de prazos; e
- a sustentabilidade ambiental.

3.2.1 Antecipações de prazo

O pagamento de bonificações por antecipação de prazo é aplicável a empreendimentos cuja implantação gerará receitas ou economia de despesas para a administração pública. Como exemplos de objetos que podem trazer receitas ao estado, podem ser citados: a construção de usina geradora de energia elétrica; a implantação de um sistema de abastecimento de água; e a execução de uma obra de mobilidade urbana (receita de bilhetagem). Por seu turno, a construção de edificação para substituir prédio alugado é um exemplo de caso em que a antecipação da conclusão do contrato gera economia de despesas.

Nesses casos, é relativamente simples quantificar financeiramente o benefício gerado pela antecipação de prazo, o que permitirá estabelecer uma base de remuneração variável que seja proporcional ao benefício gerado. Outros tipos de obras (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo), não economizam despesas nem geram receitas ao Estado, situação que exige monetizar o benefício social causado pelo empreendimento fazendo-se uma analogia com um objeto semelhante implementado pela iniciativa privada.

Dessa maneira, o benefício social de uma escola pública poderia ser medido como a receita ou o lucro auferido por uma escola particular com o mesmo porte e idêntico número de alunos. Já uma rodovia pública poderia ter o benefício social medido pela redução esperada do número de acidentes de trânsito. Nesse sentido, há diversos estudos quantificando os impactos econômicos dos acidentes de trânsito no Brasil (Ferreira, 2020).

Por meio do Acórdão 1.541/2014-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler), o TCU vislumbrou a possibilidade de utilização do instituto da remuneração variável como justificativa para a prorrogação do prazo contratual da prestação de

serviços de manutenção de canais portuários. Estabeleceu-se, pois, um estímulo ao contratado para que antecipasse os serviços de execução de limpeza dos canais – referente à primeira fase da execução contratual. Veja-se a respeito o seguinte trecho do voto condutor desse acórdão:

“14. No caso concreto, o edital para a contratação das obras de dragagem do Porto de Santos/SP, sob o regime de contratação integrada, estabeleceu que havendo antecipação do prazo de 12 meses para a elaboração dos projetos (5 meses) e execução da limpeza constante da Fase 1 (7 meses), a Fase 2, relativa à manutenção dos canais, prevista para 24 meses, seria incrementada proporcionalmente à antecipação da fase anterior, garantindo a manutenção do prazo total de 36 meses. [...]”

17. Ressalto que a antecipação da entrega dos projetos e da execução da limpeza inicial seria de interesse da administração pública, pois melhoraria as condições de navegabilidade dos canais em menos tempo, e também da contratada, já que o edital prevê o pagamento de tais serviços quando da efetiva execução.

20. Ademais, o art. 10 da Lei 12.462/2011 permite a existência de “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”.

21. Entendo que o incremento de meses da Fase 2 de manutenção, ante à antecipação da entrega dos projetos e/ou da execução da Fase 1, teria potencial para ser enquadrada como “remuneração variável”, nos termos do art. 10 acima citado, por estar vinculada ao desempenho da contratada, com metas estabelecidas e prazos definidos no instrumento convocatório, motivo pelo qual resta recomendar à Secretaria Especial de Portos que avalie tal possibilidade.”

3.2.2. Superação de parâmetros de qualidade

Por sua vez, a superação de parâmetros de qualidade é adequada a empreendimentos cuja melhoria da qualidade possa ser quantificada em termos financeiros, em regra por meio de economia dos custos de manutenção e/ou operação.

O estabelecimento de uma remuneração vinculada ao alcance de determinados parâmetros não pode significar o descuido com a qualidade da obra. Em toda contratação pública devem existir especificações para os serviços contratados, apresentando os requisitos mínimos de qualidade a serem observados, bem como quais normas técnicas, legais, trabalhistas e ambientais devem ser seguidas na execução dos serviços, de forma que o descumprimento de tais regras acarreta a imposição de sanções pela administração.

Dessa forma, as metas excepcionais que justificam o aumento da remuneração do contratado não devem ser aquelas que garantam a qualidade mínima dos serviços, da forma como foi especificada nos editais do empreendimento. Elas devem proporcionar vantagens adicionais ao órgão contratante, correspondendo a parâmetros elevados de qualidade, em relação aos observados no mercado, considerando ser o preço global imutável, conforme proposta vencedora da licitação.

Também se deve ter o cuidado de não haver previsão de metas que alterem o objeto licitado. Por exemplo, em uma reforma de edifício público, a qualidade dos serviços de assentamento de piso pode ser um dos parâmetros de RV do contratado. O material desejado e a qualidade mínima do piso devem estar devidamente especificados no projeto. Assim, embora um piso de granito possa ser considerado de qualidade superior a um piso cerâmico, trata-se de uma meta que ensejaria a mudança do objeto licitado e, portanto, contrária à lei.

A administração deve estabelecer o tipo de piso que melhor lhe atende, não se admitindo que a troca de especificação seja o atributo a ser verificado como parâmetro de aferição da RV, o que seria ilegal. Tal atributo deve estar vinculado a algum parâmetro do piso escolhido, definido de forma objetiva no edital e projeto, por exemplo, (i) a regularidade da superfície após a conclusão (reduzindo escorregamentos), (ii) a tolerância geométrica, (iii) a resistência à abrasão, (iv) os resultados de ensaios de arrancamento, (v) o desempenho acústico etc., fatores que contribuem para o aumento da eficiência, estética e durabilidade, sem alterar a natureza do serviço. Não é difícil obter algum parâmetro de qualidade que possa ser objetivamente avaliado. Por exemplo, apesar de a norma NBR 15.575, da ABNT, tratar do desempenho em edificações habitacionais, o contrato pode obrigar o uso da terceira parte da norma para estabelecer os parâmetros mínimos e

máximos de durabilidade para um piso externo de edificação pública (que varia de 13 a mais de 20 anos).

No entanto, em inúmeros casos é difícil que os benefícios obtidos pela administração sejam quantificados financeiramente, condição indispensável para o pagamento dos serviços com RV. Voltando ao exemplo: qual é o benefício financeiro para a administração quando um piso é assentado com maior ou menor regularidade? O benefício estético é evidente, mas o financeiro não.

Outro exemplo de remuneração variável vinculada à superação de parâmetros de qualidade pode ser observada em obras de execução ou restauração de rodovias, nos quais existem modelos matemáticos utilizados para, em função do índice de irregularidade do pavimento (IRI)², prever a condição futura e os custos de manutenção/preservação ao longo do tempo. Assim, quanto melhor o IRI da rodovia entregue pelo contratado, menores serão os custos futuros de manutenção/operação, o que justificaria o recebimento pelo contratado de remuneração adicional.

Segundo Nemmers *et al.* (2006), o Estado Americano do Missouri adota fatores de pagamento diferenciados em função da classe da rodovia, prevendo apenas bonificações, que podem chegar a 5% do valor contratado. Já no Estado de Minnesota, há bonificações e penalidades, conforme equação matemática de incentivos e desincentivos. O estudo de Nemmers *et al.* apresenta ainda um comparativo entre os parâmetros de RV em obras rodoviárias de diversos estados americanos. Observa-se que a maioria desses estados adota tanto fatores de bonificação quanto de penalidade, sendo que, em boa parte deles, IRI inferiores a 60 polegadas por milha justificam bônus, entre 60 e 70 polegadas/milha acarretam pagamento normal e acima de 70 polegadas/milha começam as penalidades

² Apurável mediante sistema de controle denominado IRI – *International Roughness Index*, o qual representa a situação da malha rodoviária segundo critérios internacionais. No levantamento do Índice de Irregularidade Internacional – IRI, são aferidos os desvios da superfície da rodovia em relação a um plano de referência. Esses desvios afetam a dinâmica dos veículos, a qualidade de rolamento e as cargas dinâmicas sobre as vias. Esse levantamento é feito por meio de aparelhos eletrônicos, acoplados no veículo, que fornecem leituras correspondentes à irregularidade do pavimento.

O IRI é um índice que demonstra o total de irregularidades ao longo de um comprimento longitudinal do pavimento. É apresentado como o somatório da dimensão das oscilações verticais da rodovia em determinada unidade de comprimento da rodovia.

No Brasil o IRI é apresentado em metros (de irregularidade) por quilômetro de rodovia. Um IRI elevado demonstra que a rodovia está muito ondulada, comprometendo as condições de tráfego.

(alguns estados toleram até 80 ou 90 polegadas por milha antes de aplicar as penalidades).

3.2.3. Alcance de metas

Quando parâmetro desse tipo for adotado, caberá ao contratante fixar, no edital, as regras para o atendimento escalonado dos objetivos perseguidos na licitação. As metas deverão ser alcançáveis em situações que consideram o “estado da arte” disponível no mercado para a execução de contratos de natureza similar, e o contratado deverá saber quais são as regras que lhe permitam auferir a máxima remuneração possível, de forma objetiva, sem espaço para avaliações subjetivas.

Utiliza-se como exemplo a contratação de serviços de engenharia na qual se vincula parte do pagamento de honorários ao êxito na melhoria de desempenho de algum sistema, por exemplo, a ampliação da quantidade de energia efetivamente gerada por uma usina.

Nesse caso, pode-se pagar uma parte fixa e módica, apenas para cobrir os custos de materiais e equipamentos envolvidos em levantamentos básicos (topográficos, hidrológicos, modelos reduzidos etc.), sendo que o contratado somente receberá remuneração adicional, a fim de cobrir mão de obra de engenharia e lucro, se efetivamente obtiver o proveito buscado pelo contratante. Pode-se, por exemplo, estabelecer (i) um percentual (30%) sobre (ii) os ganhos adicionais de receita (diferença entre a energia gerada após a intervenção e a energia que seria gerada com o desempenho antigo), durante (iii) um certo período após o atingimento da meta (2 anos). Como dito anteriormente, a RV deve ser proporcional ao benefício.

3.2.4. Sustentabilidade ambiental

Com relação aos critérios de sustentabilidade ambiental, acredita-se que exista mais dificuldade para a prefixação objetiva pelo poder público. O conteúdo não apenas demanda um conhecimento técnico específico, mas também exige que eventuais benefícios sejam quantificados financeiramente, o que é muito difícil.

Nesse sentido, considerada a ausência de regulamentação federal sobre as formas de aplicação da RV para incremento de sustentabilidade ambiental em

obras, entende-se que caberia, nos casos concretos nos quais o gestor público optar pelo uso do parâmetro, buscar consultoria especializada da Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP, criada pelo Decreto nº 7.746, de 5/6/2012.

Considera-se que a economia de água ou energia pode ser um parâmetro objetivo de sustentabilidade ambiental e, também, passível de ser monetizada com facilidade.

Como exemplo, pode ser citada a acumulação de água da chuva para irrigação de jardins ou descarga de efluentes sanitários. Outro exemplo seria o da cogeração: produção simultânea de diferentes formas de energia adicional, eletromecânica e térmica, a partir da mesma fonte primária de energia. Nesses casos, bastaria quantificar qual o montante de recursos economizados nas faturas de concessionárias locais de água ou de energia elétrica.

3.3. Limites para a remuneração variável

Existem dois limites para o emprego da RV. O primeiro deles está implícito na necessidade da motivação do instituto, o que exigirá a monetização do benefício, de forma que a remuneração variável esteja efetivamente limitada aos ganhos e benefícios trazidos para o ente público. Nesse sentido, Francisco Sérgio Maia Alves assevera que:

“Embora o novel estatuto licitatório não tenha trazido disposição similar ao art. 70, § 3º, do Decreto 7.581/0211 (regulamenta o RDC) – o valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a Administração Pública -, compreende-se que a remuneração adicional a ser recebida pelo particular não pode ser superior ao benefício econômico auferido pela Administração, em termos de redução de despesas ou eventuais ganhos decorrentes da antecipação do ajuste.” (Alves, 2023).

O segundo limite está expresso no art. 144, § 2º, da Lei 14.133/2021, ao estabelecer que, na utilização da remuneração variável, deverá ser sempre respeitado o limite orçamentário fixado pela administração para a realização da licitação. Ou seja, o valor do contrato original, acrescido da remuneração variável, não poderá ser superior ao orçamento estimativo que serviu de base para a realização da licitação. A disposição é relevante porque garante que o princípio da

economicidade seja respeitado, não sendo desvirtuado por eventual incompatibilidade entre o valor acrescido à remuneração e a respectiva contraprestação.

Deve ser reconhecido que o dispositivo em comento possui outras interpretações possíveis. Segundo André Mendes, *“alguns entendem que é o próprio valor limite do orçamento-base da licitação, enquanto outros entendem ser um valor independente, especialmente fixado pela Administração Pública na contratação”* (Mendes, 2013, p. 274).

Francisco Sérgio Maia Alves concorda com essa posição ao defender que a expressão do art. 144, § 2º, da Lei 14.133/2021, não guarda vinculação com o orçamento-base para a realização da licitação. Seria um valor autônomo, correspondente à soma deste com o percentual do benefício econômico esperado pela administração, em termos de redução de despesas, em função da superação de metas pelo contratado (Alves, 2023, p. 573).

Prossegue o autor afirmando que tal interpretação não implica a admissão da prática de superfaturamento, uma vez que, ao ser atendida, a meta de economia buscada pela administração deveria atender a dois parâmetros: (i) o menor preço para a execução do objeto, pois o contrato será proveniente de certame competitivo, cujas propostas deveriam ficar abaixo do orçamento estimado; e (ii) a diminuição da despesa de operação/manutenção do objeto executado ou eventuais ganhos econômicos decorrentes da antecipação da entrega do objeto, em valor igual ou superior à meta buscada pela entidade contratante.

Em que pesem as opiniões acima, considera-se que o *mens legis* do art. 144, § 2º, da Lei 14.133/2021 seja realmente o orçamento-base da licitação, a fim de evitar o risco de que haja pagamentos indevidos de remuneração variável em função de falsos sinais de eficiência causados pela estipulação de metas facilmente superáveis, bem como para apresentar algum limite objetivo para o uso do instituto.

Provavelmente, o legislador deve ter antevisto um novo mecanismo de fraude proporcionado pela remuneração variável: a previsão, nos instrumentos convocatórios, de prazos de entrega ou de padrões de qualidade facilmente superáveis pelo contratado, facilitando artificialmente o atendimento de metas contratuais, o que elevaria indevidamente a remuneração do contratado.

Contudo, verifica-se que o instituto terá sua aplicação limitada quando a proposta vencedora for de valor próximo ao limite fixado pela administração contratante, pois haverá pouca margem para a variação da proposta inicial.

3.4. Formas de pagamento para a remuneração variável

A Lei 14.133/2021 não estabeleceu com clareza a forma de pagamento da remuneração variável. Poderia ser a cada mês, de acordo com meta parcial atingida, ou somente ao final do contrato, admitindo-se que a remuneração variável está vinculada ao benefício gerado.

Entende-se que a escolha pela segunda forma é a preferível, pois o fato gerador (benefício) somente pode ser aferido definitivamente após o término do contrato. Caso o gestor público opte por pagar valores intermediários de remuneração variável ao contratado, ainda que lastreado na superação das metas parciais de prazo, pode haver abandono do canteiro de obras pelo contratado ou posteriores atrasos na conclusão dos serviços remanescentes, restando indevidos os valores pagos antecipadamente a título de remuneração variável.

3.5 Necessidade de aditivo, valores do empenho e do contrato na remuneração variável

Uma questão a ser esclarecida refere-se ao valor do contrato em instrumentos com cláusula de remuneração variável. Em que pese não ter sido um assunto abordado de forma expressa pela Lei 14.133/2021, considera-se que o valor contratual deva corresponder à parcela fixa da remuneração, pois a disputa da licitação foi centrada sobre esse valor. Dessa forma, o valor proposto pelo licitante deve corresponder ao valor do contrato. As cláusulas de remuneração variável presentes no edital e no contrato não foram, a princípio, objeto de disputa no certame, sendo exatamente as mesmas para todos os concorrentes.

Em termos legais, isso não implica que não possam ser realizados pagamentos adicionais, superiores ao valor fixo do contrato, no caso de a contratada superar as metas de desempenho estipuladas para a remuneração variável. Contudo, as hipóteses, as condições, os prazos e as demais regras para o pagamento da remuneração variável deverão estar expressamente presentes no contrato. Prescinde-se, nesse caso, da formalização de aditivo contratual, pois o

pagamento da parcela variável já se encontra prevista no contrato originalmente formalizado. Outrossim, os pagamentos a título de remuneração variável não devem ser computados para o cálculo dos limites de aditamento contratual previstos no art. 125 da Lei 8.666/93 (25% ou 50%, conforme o caso).

Com relação ao valor a ser empenhado, devem ser feitas algumas considerações introdutórias. O empenho da despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou de de implemento de condição (Art. 58 da Lei 4.320/64), sendo formalizado em documento denominado “nota de empenho”, do qual constará o nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como os demais dados necessários ao controle da execução orçamentária.

O empenho dá início à relação contratual entre a administração pública e seus fornecedores e prestadores de serviço. Trata-se de uma garantia ao fornecedor e, ao mesmo tempo, um controle dos gastos do contratante.

A realização da despesa compreende, além do empenho, duas etapas finais: a liquidação e o pagamento. Na liquidação é avaliado e comprovado se o credor cumpriu as obrigações objeto do empenho visando apurar a importância exata a pagar. O pagamento caracteriza-se pela emissão da ordem bancária em favor do credor, o que só poderá ser efetuado após a regular liquidação da despesa.

Conforme estabelece o art. 60 da Lei 4.320/64, nenhuma despesa poderá ser realizada sem o competente empenho prévio. Nos termos do § 3º do mesmo artigo, é permitido o empenho global de despesas contratuais e outras sujeitas a parcelamento. Contudo, o valor do empenho não poderá exceder o saldo da dotação orçamentária no exercício. Assim, existem duas possibilidades quanto ao valor do empenho:

- nos objetos cuja execução não ultrapassa o exercício financeiro (não contemplados no plano plurianual), empenha-se o valor global do contrato; ou
- empenha-se o montante a ser executado do contrato no exercício orçamentário, nos objetos cuja execução ultrapassar um exercício financeiro, que devem estar previstas no plano plurianual.

Ressalta-se que a Constituição Federal veda expressamente o início de projetos não incluídos na lei orçamentária anual ou a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários.

Na hipótese de o valor empenhado mostrar-se insuficiente, pode-se realizar um empenho de reforço. Ao contrário, se o valor empenhado for excessivo, pode-se fazer um empenho de anulação.

Se ao final do exercício financeiro o valor do contrato não tiver sido completamente liquidado, o saldo empenhado deverá ser inscrito em restos a pagar. Consideram-se restos a pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro (art. 36 da Lei 4.320/64). A inscrição da despesa em restos a pagar terá validade até 31 de dezembro do ano subsequente, quando será automaticamente cancelada. Permanecerá em vigor, no entanto, o direito do credor por cinco anos, a partir da data de inscrição.

Em contratos com cláusula de remuneração variável, entende-se que a mesma regra é aplicável sobre a parcela fixa da remuneração: empenha-se o montante da parte fixa do contrato se houver dotação orçamentária disponível no exercício e se tal valor não comprometer a necessidade de outros empenhos na mesma rubrica orçamentária no mesmo exercício; ou empenha-se o montante fixo a ser executado do contrato no ano.

Se a contratada superar as metas estabelecidas, fazendo jus à remuneração adicional, considera-se que o órgão contratante deva realizar um reforço de empenho no montante necessário, desde que não extrapole a dotação orçamentária do exercício.

Alguns poderiam defender o empenho integral, compreendendo a parcela fixa e variável da remuneração. Nesse caso, a dotação orçamentária do contratante ficará comprometida com uma parcela ainda incerta de pagamento, pendente do alcance de determinadas metas pelo contratado. Não seria uma ilegalidade propriamente dita, pois a legislação em vigor admite o empenho estimativo, quando se trata de despesa cujo montante não se possa determinar.

Todavia, julga-se mais apropriado o empenho apenas da parcela fixa do contrato, eventualmente realizando-se um reforço de empenho para o pagamento da parcela variável.

Da mesma forma, no caso de a contratada ser penalizada por não atingir determinadas metas ou de apresentar desempenho insuficiente, entende-se que a remuneração a ser descontada do valor contratual deva ser objeto de um empenho de anulação no mesmo valor.

3.6. Conjugação da remuneração variável com o sigilo do valor estimativo da contratação

O art. 24 da Lei 14.133/2021 dispõe que, desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Enfatiza-se que nova Lei de Licitações e Contratos não excluiu a obrigação de elaboração do orçamento estimativo pela administração. Na fase interna da licitação, deve-se promover a confecção do orçamento estimado, que representa medida indispensável para a definição do objeto licitado e dos custos envolvidos com a sua execução.

Sem entrar no mérito das supostas vantagens e desvantagens do preço de reserva sigiloso em licitações públicas, considera-se que a sua conjugação com a remuneração variável pode ser problemática.

Torres (2024) aduz que, embora o sigilo do orçamento não impeça a utilização da remuneração variável, pode desestimular o fornecedor de melhor performance a reduzir o preço de sua proposta pois, com o sigilo do orçamento, a incerteza sobre o teto da remuneração (o valor estimado), decorrente da superação das metas admitidas no edital, pode gerar risco e desincentivo ao fornecedor detentor de melhor desempenho potencial.

Dito de outra forma, a incerteza sobre o valor estimado dificulta eventual redução do valor proposto, haja vista a impossibilidade de compensação pelo *plus* remuneratório decorrente da remuneração variável quando este ultrapassar a estimativa de custos.

3.7. Alteração de contratos com remuneração variável

Rafael Schwind (2012) considera que é possível haver tanto alterações unilaterais quanto consensuais em um contrato administrativo que contemple a

remuneração variável. Contudo, existem algumas conotações específicas em alterações contratuais nesse tipo de contratação, especialmente pelo fato de contemplarem cláusulas de remuneração variável.

Por exemplo, não serão aceitáveis eventuais alterações no contrato que acabem por tornar as metas tão rigorosas a ponto de serem inalcançáveis. De uma forma geral, o autor considera que não se admitem modificações, nem mesmo por mútuo acordo entre as partes, quando importarem alterações radicais no contrato ou acarretarem violação aos princípios da isonomia ou da obrigatoriedade da licitação.

Discute-se, ainda, como se dará a aplicação do art. 124, inciso II, alínea “d”, da Lei 14.133/2021 em contratos com previsão de remuneração variável. É de se perquirir se os riscos decorrentes de fatores imprevisíveis seriam sempre assumidos pela administração contratante. Caso afirmativo, não seria possível adotar a sistemática contratual em que o particular assumisse riscos derivados de tais fatores de incerteza.

Nesse sentido, o mesmo autor (fazendo alusão ao dispositivo equivalente na Lei 8.666/1993) observa que não há uma sistemática impositiva de alocação de riscos. Na verdade, é plenamente possível que um contrato administrativo preveja uma sistemática de alocação de riscos específica, em que o contratado assuma os riscos relacionados a determinados eventos futuros e incertos.

Por isso, enfatiza-se a necessidade de haver uma matriz de riscos também nos contratos com cláusula de remuneração variável, haja vista que são instrumentos jurídicos complexos, necessitando de um tratamento exaustivo de todas as situações que podem ser antevistas durante a fase de execução contratual.

O adequado tratamento e alocação de riscos mediante o uso da matriz de riscos, cujo uso é previsto nos arts. 22 e 103 da Lei 14.133/2021, poderá evitar ou, pelo menos, minimizar o fundado receio de que muitos pleitos de reequilíbrio em contratos de remuneração variável encontrem guarida em decisões administrativas ou judiciais.

Em uma situação bastante comum na execução de obras públicas no Brasil, a administração, por motivos diversos, acaba causando ou concorrendo para os atrasos na execução dos serviços. Em outra vertente de problemas recorrentes,

está a necessidade de alterações contratuais em decorrência de falhas no projeto básico que fundamentou a licitação. Todos esses motivos colocam a administração contratante como causadora do descumprimento dos cronogramas contratuais.

Dessa forma, Bruno Aurélio (2012) entende ser ilegítimo qualquer desconto de valores do contratado em decorrência de comprovado descumprimento do ente público contratante, ou mesmo da constatação de incidência de fatores alheios à vontade e à ação do particular, a exemplo de caso fortuito e força maior. Entende o autor que, caso o descumprimento do prazo previsto seja resultado de alguns dos pontos assinalados, ficará o contratado eximido de qualquer desconto, uma vez ter agido com o máximo de excelência dentro das limitações que lhe foram impostas.

3.8. Ganhos proporcionados pela administração

O Regulamento Federal do RDC (art. 70, §2º, do Decreto 7.581/2011) estabelecia que ganhos advindos de ações decorrentes da administração pública não seriam considerados no cômputo do desempenho do contratado.

Ainda que tal previsão não tenha constado da Lei 14.133/2021, se traduz em uma regra razoável e lógica, pois não há sentido em incrementar a remuneração do contratado por conta de uma intervenção do próprio órgão contratante.

Com efeito, tal regra deve ser interpretada com razoabilidade, pois em alguns casos pode haver dificuldades em se determinar quem foi o responsável por determinado ganho. Há situações em que os ganhos advêm da ação conjunta do contratado e do contratante. Também existem situações em que a administração apenas proporciona determinadas condições (por exemplo, a desapropriação de uma área), mas que os resultados obtidos são produto exclusivo da atuação do contratado. Em tal circunstância, entende-se que a administração apenas desempenhou uma obrigação que era pré-condição para que o contratado pudesse atuar.

Como exemplo de um ganho proporcionado pela administração, suponha-se que determinado órgão celebrou contrato para construção de um edifício de dez pavimentos. As propostas apresentadas pelos licitantes previam uma série de intervenções para a consecução de tal objeto no prazo contratual. Todavia, posteriormente, o órgão licitante sofreu uma reestruturação interna, reduzindo o número de servidores a serem lotados na futura edificação, de forma que foi

necessário realizar supressão de dois andares da edificação em construção (alteração quantitativa). Obviamente, tal modificação contratual provocará uma redução no cronograma de implementação do empreendimento, que não pode ser considerada decorrente das atividades desenvolvidas pela construtora contratada.

No exemplo exposto, se foi prevista alguma bonificação por antecipação de prazo de construção, a remuneração não poderia ser majorada em decorrência dessa redução quantitativa do objeto, demandada unilateralmente pela administração. Ou seja, os ganhos advindos de ações decorrentes órgão contratante não podem ser considerados no cômputo do desempenho do contratado.

4. EXEMPLOS DE REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

Neste tópico, são apresentados alguns exemplos de aplicação da remuneração variável que podem ser utilizados em contratos administrativos celebrados com fundamento na Lei 14.133/2021, iniciando-se com o pagamento de bônus em função da antecipação de prazos. Consoante exposto anteriormente, trata-se de parâmetro aplicável a obras que gerem receitas ou reduzam despesas para a administração.

Como exemplo de empreendimento que produz receitas, cita-se a construção de uma usina hidroelétrica com 300 MW³ de potência instalada. Considerando um prazo contratual de implantação de 48 meses, verifica-se que a obra foi contratada por R\$ 800 milhões e que o orçamento base da licitação foi de R\$ 900 milhões. Além disso, cada MWH⁴ de energia gerada será vendida por R\$ 100,00, de forma a ser possível estimar a receita mensal da usina em R\$ 21,6 milhões de receita.⁵

Ante o exposto, o contrato poderia ter uma cláusula de remuneração variável estabelecendo o pagamento do valor total do contrato (V) de acordo com a seguinte equação:

$$V = \text{Mínimo } [900; 800 + 0,5 \times (48-t) \times 21,6]$$

³ Megawatt.

⁴ Megawatt-hora

⁵ Um mês com trinta dias tem 720 horas. Se a usina produzir energia o mês inteiro com a sua capacidade instalada de 300 MW, produzirá 216.000 MWH de energia, o qual comercializará por R\$ 21,6 milhões.

Em que “V” é o valor devido ao contratado (em R\$ milhões) e “t” é o prazo de conclusão da obra em meses.

Nessa equação, o fator de 0,5 demonstra que o contratado terá pagamento equivalente a 50% da receita total obtida em virtude da antecipação do prazo.

Por outro lado, a equação utilizada como exemplo demonstra que quando “t” é maior do que 48 meses, ou seja, o contratado extrapolou o prazo previsto contratualmente para construção da usina, sua remuneração será reduzida em montante equivalente a 50% da perda de receita do órgão contratante.

O uso da função “mínimo” denota que, se o prazo de construção da usina for inferior a 39 meses (situação em que a remuneração do contratado calculada de acordo com o segundo parâmetro da função seria superior a R\$ 900 milhões), a remuneração do contratado estará limitada a R\$ 900 milhões, valor do orçamento estimativo da licitação.

Apresenta-se a seguir outro exemplo demonstrando como a economia de despesas do contratante pode ser utilizada para a aplicação de parâmetros de remuneração variável. Considerando a construção da sede de um determinado órgão com prazo contratual de implantação de 24 meses e que a obra foi contratada por R\$ 20 milhões, sendo o orçamento base da licitação de R\$ 25 milhões; e verificando que o órgão funciona atualmente em edifício alugado por R\$ 150 mil mensais, poderia haver uma cláusula de remuneração variável estabelecendo o pagamento do valor total do contrato (V) de acordo com a seguinte equação:

$$V = \text{Mínimo} [25; 20 + 0,7 \times (24-t) \times 0,15]$$

Em que “V” é o valor devido ao contratado (em R\$ milhões) e “t” é o prazo de conclusão da obra em meses.

Nesse caso, o contratado terá direito a 70% da economia gerada para o contratante, no caso de conseguir realizar a obra antes de 24 meses. Por outro lado, terá apenação equivalente a 70% das despesas de locação do contratante no caso de executar a obra com prazo superior aos 24 meses.

No que tange ao pagamento de bonificações em função de superação de parâmetros de qualidade, fazemos alusão ao caso já apresentado de obras de construção ou restauração rodoviária, em que existem modelos de previsão de

desempenho que são utilizados com a finalidade de prever a condição futura de um pavimento ao longo do tempo, bem como para estimar os recursos necessários para a sua preservação, realizando-se análise econômica dos custos que ocorrem durante o ciclo de vida do pavimento.

O gráfico a seguir, extraído do estudo já mencionado de Nemmers *et al.* (2006), mostra as equações de incentivo/desincentivo utilizadas pelo Estado de Minnesota:

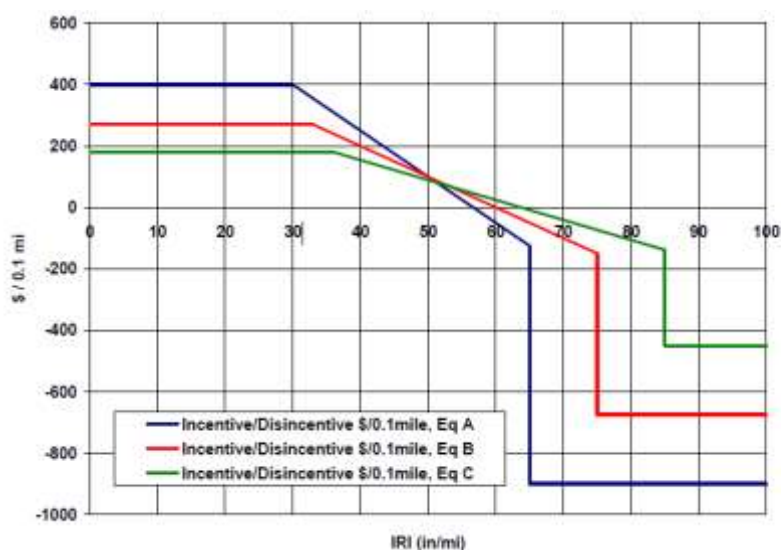


Figura 1 – Curvas de incentivo e desincentivo utilizadas pelo Estado do Minnesota.

Por exemplo, utilizando-se a equação “A” (a que resulta em maior variação na remuneração do contrato), observa-se que o contratado terá direito a uma remuneração adicional de US\$ 4 mil por milha de rodovia, caso ele consiga executar o pavimento com um IRI inferior a trinta polegadas por milha de rodovia.

Se a obra for executada com um IRI em torno de 56 polegadas/milha, o contratado fará jus apenas à sua remuneração contratual fixa. No caso de o IRI ficar superior a 65 polegadas por milha, o contratado poderá ser penalizado em até US\$ 9 mil por milha de pavimentação executada.

Observa-se que a concepção americana de remuneração variável permite que haja bonificações e penalidades em decorrência da qualidade observada no pavimento.

Em outro exemplo mencionado no estudo de Nemmers *et al.* (2006), o Estado do Missouri utiliza os seguintes fatores de pagamento em função do IRI obtido:

Potential IRI (mm/km) (in/mi) Pay Factors
--

Table I. Pay Factors for roads with speed limit of >45mph			
<u>IRI (mm/km)</u>	<u>Percent</u>	<u>IRI (in/mi)</u>	<u>Percent</u>
0 - 634	105%	0 - 40	105%
637 - 845	103%	40.1 - 54	103%
847 - 1266	100%	54.1 - 80	100%
1267 +	100%*	80.1 +	100%*

* After Correction to 1267 or less

*After Correction to 80 or less

Table II. Pay Factors for roads with speed limit of <=45mph			
<u>IRI (mm/km)</u>	<u>Percent</u>	<u>IRI (in/mi)</u>	<u>Percent</u>
0 - 1055	103%	0 - 67	103%
1058 - 2108	100%	67.1 - 134	100%
2111 +	100%*	134.1 +	100%*

* After Correction to 2111 or less

*After Correction to 134 or less

Figura 2 – Fatores de pagamento em função do IRI utilizados pelo Estado do Missouri.

O Estado do Missouri adota fatores de pagamento diferenciados em função da classe da rodovia. O modelo apresentado acima prevê apenas o pagamento de bonificações, que podem chegar a 5% do valor contratado. No entanto, caso o IRI seja superior a um determinado valor, 80,1 polegadas por milha ou 134,1 polegadas/milha, conforme a classe da rodovia, o contratado será obrigado a realizar serviços de correção no pavimento defeituoso até que o IRI observado fique abaixo desses valores limites estabelecidos.

5. CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Lei 14.133/2021, busca-se celeridade e eficiência⁶ nos procedimentos de licitação e contratação de obras públicas, de forma que a Remuneração Variável (RV) é um instituto adequado para o desenho de mecanismos contratuais de incentivo e desincentivo para que o contratado alcance as metas desejadas pelo Poder Público.

Ao longo do presente artigo alguns pontos polêmicos e questões procedimentais foram abordados, sem a pretensão de esgotar o tema, pois a mudança no paradigma que a RV pode trazer na melhoria das obras públicas está apenas começando. Foi demonstrado que a RV, se bem aplicada, proporcionará

⁶ Os princípios da celeridade e eficiência estão expressamente previstos no art. 5º da Lei 14.133/2021.

avanços na eficiência da contratação pública, aproximando os contratos administrativos de típicos ajustes regidos pelo Direito Privado.

Em contrapartida, conclui-se que a RV exigirá uma maior motivação e detalhamento dos editais e contratos, notadamente acerca da clareza nas expectativas de benefícios e da precisa alocação de riscos, as quais exigirão experiências pregressas com registros confiáveis e racionalizados, sob os enfoques qualidade, prazo e preço de mercado.

Do mesmo modo, é importante que o gestor fiscalize e registre qualquer alteração do escopo contratual, especialmente nos casos em que há ganhos de desempenho por iniciativas da administração, os quais não podem compor a base de cálculo da RV.

Na exemplificação das situações nas quais a RV poderia ser aplicada, foi visto que a antecipação de prazos é o parâmetro mais objetivo entre todos. Por outro lado, há o risco de o contratado negligenciar regras com a segurança dos trabalhadores quando as obras adotam ritmos acelerados. Quanto aos incrementos nos padrões mínimos de qualidade, estes podem dar margem a grandes discussões, inclusive quanto a mudanças na natureza do objeto licitado, de modo que os conceitos da NBR 15.575/2013 (desempenho de edificações habitacionais) podem ser de grande valia na fixação de parâmetros objetivos de durabilidade e eficiência (térmica, acústica etc.). Por fim, um parâmetro de difícil aferição será a sustentabilidade ambiental.

Como visto, o ônus de motivar seus atos, atestando a boa e regular aplicação dos recursos públicos, continua sendo do gestor, que tem o dever de prestar contas. Nesse sentido, as recomendações expostas ao longo deste artigo pretendem evitar tanto desvios de finalidade quanto judicialização do contrato, que prejudicariam o objetivo máximo de uma boa e tempestiva conclusão da obra pública.

Apesar de a remuneração variável nos contratos administrativos não ser tão recente, o emprego de tal mecanismo foi raramente visto no âmbito do RDC e da Lei das Estatais. Não foi objeto deste estudo o aprofundamento das questões que podem ter causado o diminuto uso do instrumento, mas trata-se certamente de uma relevante sugestão para futuros trabalhos, que envolveriam pesquisas diretas com

os agentes públicos envolvidos no planejamento dos certames licitatórios objetivando conhecer os motivos pelos quais não foi prevista a RV.

Neste trabalho, é possível apenas lançar uma hipótese, a ser confirmada ou refutada em futuros estudos, de que o pleno emprego da remuneração variável possa estar sendo obstaculizado pela ausência de detalhada regulamentação infralegal sobre a matéria, assim como da inexistência de modelos de editais e contratos contendo minutas pré-aprovadas contendo exemplos do uso do instituto.

Uma segunda sugestão para futuros trabalhos envolve o desenvolvimento de modelos de remuneração variável para a contratação de bens e serviços em geral, já que o presente artigo se limitou a abordar o tema no âmbito da licitação e execução de obras públicas.

Por fim, este artigo lança diversas hipóteses sobre potenciais benefícios da contratação integrada e sugere modelos para o seu uso em contratações de obras públicas. No entanto, somente será possível confrontar os resultados advindos da remuneração variável no futuro, quando se dispuser de uma base de dados que permita a comparação entre grande número de contratos com objetos análogos que adotaram ou não o referido instrumento, de forma que outros estudos possam ser previstos com tal intenção.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia, “Lei de Licitações e Contratos Comentada – Análise da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, artigo por artigo, segundo uma visão crítica e prospectiva da jurisprudência do Tribunal de Contas da União”. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 15575: Desempenho de Edificações Habitacionais. Rio de Janeiro, 2013.

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord). Regime diferenciado de contratações públicas – RDC (Lei nº 12.462/11): aspectos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAETA, André Pachioni, Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Aplicado às Licitações e Contratos de Obras Públicas. 3ª Edição. São Paulo: Editora Pini, 2016.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Regulamenta as licitações e contratos administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2011.

_____. Lei nº 13.303, de 20 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2016.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2004.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1995.

_____. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. SECRETARIA DA GESTÃO. Instrução Normativa SEGES Nº 5, de 26 de maio de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão TCU nº 1.541/2014-Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Ata 21/2014 – Plenário, sessão de 11/6/2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/acordaos>. Acesso em: 1/6/2024.

DI BELLO, Rafael Carneiro; BAETA, André Pachioni; URURAHY, Luiz Fernando de Souza. A remuneração variável nas obras submetidas ao regime diferenciado de contratações públicas - RDC". XV Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas. Vitória (ES), 2013.

FERREIRA, Paulo César Pêgas, Impactos socioeconômicos dos acidentes de transporte no Brasil no período de 2007 a 2018. Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10244/1/NT_75_Diset_ImpacSocioeAcidTransBrasil2007a2018.PDF. Acesso em 30/6/2024.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby (Coord.). Terceirização Legislação, Doutrina e Jurisprudência. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MENDES, André Luiz. Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas. São Paulo: Pini, 2013.

NEMMERS, Charles J.; GAGARIN, Nicolas; MEKEMSON, James R. Assessing IRI vs. PI as a Measure of Pavement Smoothness. Final Report. Missouri, United States of America: Missouri Transportation Institute and Missouri Department of Transportation, junho/2006. Disponível em: <https://www.fhwa.dot.gov/pavement/pubs/hif16032.pdf>. Acesso em 10/6/2024.

NÓBREGA, Marcos. Direito e economia da infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração Variável e Contratos de Eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Artigo extraído da obra O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. Coordenadores: Marçal Justen Filho e César A. Guimarães Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas, 15^a ed. São Paulo; JusPODIVM, 2024.

ZYMLER, Benjamin et al. Novo Regime Jurídico de Licitações e Contratos das Empresas Estatais. 1^a ed. Brasília: Fórum, 2018.