



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## Regime Diferenciado de Contratações Públicas e contratação por resultados no Brasil

*Differentiated Public Procurement Regime and contracting for results in Brazil*

Pedro Carneiro Sales

**Resumo:** Este trabalho objetiva o estudo da contratação por resultados como instrumento de ampliação da eficiência da Administração Pública. A pesquisa é iniciada com a análise do cenário internacional e as principais espécies de contratos por resultado: Payment by Results (PbR) e Social Impact Bonds (SIBs), que têm como traço comum a transferência para o particular dos riscos financeiro e operacional na prestação de serviços de interesse público e a remuneração proporcional aos resultados. Estudarse-á, ainda, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, inaugurado no Brasil para atender aos grandes eventos esportivos e posteriormente perenizado. Será demonstrado que o RDC inovou a contratação pública no Brasil com algumas características, como a possibilidade de contratação integrada, o sigilo do orçamento estimado, a inversão de fases da licitação e a previsão de um recurso único, tudo para garantir mais celeridade (na licitação e na execução do contrato) e evitar o conluio e outros ataques à concorrência pública. Por fim, serão estudados os contratos por resultados previstos no RDC – contrato de remuneração variável e contrato de eficiência – para fazer uma análise comparada com o PbR e as SIBs para posterior avaliação quanto à sua implementação no Brasil sob o marco daquele regime diferenciado.

**Palavras-chave:** Contratação por resultados; Social Impact Bonds; Regime Diferenciado de Contratações Públicas; princípio da eficiência.

**Abstract:** This work aims, in summary, the study of hiring for results as an instrument to increase the efficiency of Public Administration. The research initiates with the analysis of the international scenario and the main types of contracts by result: Payment by Results (PbR) and Social Impact Bonds (SIBs), which have as a common feature the transfer to the individual the financial and operational risks in the provision of services of public interest and the remuneration proportional to the results. This research will also focus on the Differentiated Public Procurement Regime, inaugurated in Brazil to attend major sporting events and later became perennial. It will be demonstrated that it innovated the public procurement in Brazil with notable characteristics, as the possibility of integrated contracting, the possibility of the estimated budget, the reversal of bidding phases and the forecast of a single resource, all in order to ensure more speed (in bidding and contract execution) and avoid collusion and other attacks on public competition. Finally, the performance contracts foreseen in this regime - variable remuneration agreement and efficiency contract - will be studied to perform a comparative analysis with the PbR and the SIBs and evaluate their implementation in Brazil under the framework of the differentiated regime.

**Keywords:** Hiring for results; Payment by Results; Social Impact Bonds; Differentiated Public Procurement Regime; efficiency principle.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i1p124-148>

**Artigo submetido em:** outubro de 2018 / **Aprovado em:** janeiro de 2019.

## REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATAÇÃO POR RESULTADOS NO BRASIL

Pedro Carneiro SALES\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 Contratação por resultados; 2.1 Aspectos gerais; 2.2 Principais modelos de contratação por resultados; 2.2.1 Payment by Results (PbR); 2.2.2 Social Impact Bonds (SIBs); 3 Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC); 3.1 Hipóteses de aplicação; 3.2 Principais avanços procedimentais: a busca pela eficiência; 3.2.1 Contratação integrada; 3.2.2 O sigilo do orçamento estimado; 3.2.3 Inversão de fases e recurso único; 4 RDC e a contratação por resultados; 4.1 A possibilidade de remuneração variável; 4.2 Os contratos de eficiência; 4.3 O comparativo com o PbR e as SIBs; 5 Considerações finais; 6 Referências bibliográficas.*

### 1. Introdução

Em tempos de crise e de escassez de recursos por parte da Administração, impõe-se a adoção de soluções criativas e inovadoras, sobretudo para que as demandas sociais possam continuar a ser atendidas de maneira satisfatória. Diante disso, a seara da contratação pública se mostra sensível, já que nesta podem ser criadas maneiras de se reduzir custos e, ainda assim, ampliar a qualidade de serviços através de novas modalidades de avenças públicas.

É assim que surgem no mundo formas de contratação de fornecedores que oneram menos o Estado e tiram os riscos operacional e financeiro dos serviços públicos do setor estatal, realocando-os no setor privado, através da instituição da remuneração de acordo com os resultados apresentados. É o que se chamará nesta pesquisa de contratação por resultados, que tem como principais exemplos o *Payment by Results* (PbR) e os *Social Impact Bonds* (SIBs).

O Brasil não está de fora das discussões sobre a necessidade de inovações no que tange à contratação pública e um dos instrumentos legislativos mais recentes, que inovou e promoveu alterações nesta área, foi a Lei nº 12.462 de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), prevendo diversas regras que se distinguem do Regime Geral de Licitações da Lei nº 8.666 de 1993.

Inclusive, o RDC institui duas hipóteses de contratos por resultados, quais sejam o contrato de remuneração variável e o contrato de eficiência, que possuem diversas semelhanças com o PbR e os SIBs, principalmente em razão do condicionamento da remuneração do prestador de serviços aos resultados que entregam à Adminis-

---

\* Mestrando em direito e ciências jurídicas pela Universidade de Lisboa.

tração, demonstrando a busca do Estado brasileiro por redução de custos e, outrossim, por maior eficiência.

## 2. Contratação por resultados

A contratação por resultados, ao menos no viés que se visa enfrentar no presente estudo, surge como uma alternativa às tradicionais formas de contratação pública, promovendo alterações na relação entre os setores público, privado e, também, o terceiro setor, que assume papel de destaque nesta nova modalidade de contratação.

Diferentemente do que ocorre com os modelos tradicionais de contratação pública, em que a remuneração pelo serviço ou produto fornecido ao Estado é previamente fixada, na contratação por resultados, independentemente de sua formatação, a remuneração é variável, dependendo do desempenho do fornecedor, do qual se exige, assim, mais eficiência<sup>1</sup>.

### 2.1. Aspectos gerais

A contratação por resultados tem seu desenvolvimento destacado sobretudo nos países anglo-saxônicos, sendo possível extrair maior variedade de exemplos desta nova modalidade de contratação pública dos Estados Unidos da América e do Reino Unido. Em tais nações, a contratação por resultados ganha espaço sobretudo na busca por melhor desempenho na área social para satisfação dos interesses das camadas mais vulneráveis da sociedade.

Nesse contexto, a contratação por resultados se mostra uma alternativa capaz de melhorar a qualidade dos serviços públicos, além de mitigar os riscos existentes sempre que se pretende promover inovações (EDMISTON; NICHOLLS, 2018, p. 57). Ou seja, ao mesmo tempo em que se possibilita a adoção de práticas novas e mais eficientes, permitindo o alcance de melhores resultados, é o particular contratado que se encarrega da operação e assume os riscos, inclusive financeiros, a esta inerentes.

Tratando sobre a contratação por resultados no Reino Unido na área social e, mais especificamente, no campo da saúde, John Bolton (2015, p. 1) chega a afirmar que se trata de um caminho natural quando o Poder Público visa melhorar os resultados de suas ações, como consequência de seus investimentos. É que, se o agente privado contratado promove intervenções eficazes na saúde pública – no exemplo abordado pelo autor –, isto pode reduzir os custos do Estado no longo prazo, de modo que este benefício pode ser compartilhado entre o Poder Público e o presta-

---

<sup>1</sup> Sintetizando a temática da contratação por resultados, Colin Rogers e James Gravelle, ensinam que, neste sistema “commissioners pay service providers according to how well they achieve specified outcomes rather than outputs or volumes of service (Audit Commission, 2012b)”. E concluem os autores, ensinando que “the payment is directly related to the level of success” (2013, p. 117).

dor do serviço. Neste sentido, quanto maior for a economia da Administração, maior deverá ser a remuneração do fornecedor.

Ainda segundo Bolton, todavia, a grande questão nesta modalidade de contratação é identificar se realmente representa um ganho econômico para o Estado ou se pode aumentar os custos dos serviços, já que se impõe o desenvolvimento de um sistema mais rebuscado de mensuração dos resultados dos serviços prestados (2015, p. 1-2).

Apesar do possível aumento de custos com a implementação de técnicas mais precisas de aferição, a contratação por resultados certamente traz benefícios para o Poder Público, na medida em que transfere os riscos financeiros e operacionais das ações sociais ao prestador de serviço, que, por sua vez, precisa encontrar soluções inovadoras e efetivas, maximizando resultados para incrementar, também, sua remuneração.

Ainda sobre as contratações por resultado no sistema de saúde do Reino Unido, Colin Rogers e James Gravelle, afirmam:

Its system purports to improve efficiency and cost effectiveness whilst giving the opportunity to redesign services aimed at providing services with greater fairness and transparency in how organisations are funded, whilst introducing budget discipline and financial accountability for hospitals and health provision (2013, p. 117).

Percebe-se, portanto, que, por se tratar de um tema novo, com poucos exemplos consolidados que possam atestar o sucesso da contratação por resultados, ainda existem dúvidas e hesitações. Entretanto, é salutar a busca pela eficiência na contratação pública – inclusive no Brasil, por exigência do *caput* do artigo 37, da Constituição da República –, através desta nova modalidade que surge, uma vez que visa como principal objetivo o dispêndio do menor volume de recursos públicos para obtenção do melhor resultado em favor da sociedade a que se reporta o Estado.

Diante destas ponderações, percebe-se que a contratação por resultados, no geral, representa uma aproximação ainda maior entre os setores público e privado, notadamente para satisfação de demandas sociais. O novo modelo, portanto, promove uma abertura para a participação cada vez mais acentuada de particulares, seja com ou sem fins lucrativos, em atividades tradicionalmente públicas, trazendo inovação para alcançar melhores resultados que, mesmo sendo perseguidos por razões financeiras, beneficiam principalmente a parcela mais vulnerável da sociedade e o Estado, com a redução dos custos dos serviços que deve prestar.

## 2.2. Principais modelos de contratação por resultados

Dentro do universo da contratação por resultados, dois modelos se destacam, quais sejam os sistemas de *Payment by Results* (PbR) e de *Social Impact Bonds* (SIBs)<sup>2</sup>. Ambos serão analisados com mais precisão nos tópicos a seguir, mas não é demais reconhecer desde já que as duas hipóteses condicionam o pagamento por serviços públicos prestados pelo particular aos resultados por ele obtidos. Contudo, os *Social Impact Bonds* se diferenciam do *Payment by Results* por contar com o investimento do mercado de capitais para fazer frente aos custos iniciais do serviço, visando os investidores, evidentemente, parcela do retorno financeiro (EDMISTON; NICHOLLS, 2018, p. 57-58).

### 2.2.1. *Payment by Results* (PbR)

Dentre os dois modelos mais conhecidos de contratação por resultados, o pioneiro e, portanto, mais difundido, é o *Payment by Results* que, ainda assim, é algo recente e em acelerada evolução, tendo vista se tratar de um fenômeno que teve início na década de 2010. O modelo representa fielmente a ideia objeto das linhas antecedentes, segundo a qual a Administração remunera o prestador de serviços de acordo com os resultados que este apresenta e não de acordo com a mera atividade, aumentando a eficiência na satisfação sobretudo de demandas sociais e exigindo maior rigor na avaliação de seu desempenho.

Paul Clist e Arjan Verschoor (2014, p. 4) identificam dois elementos como caracterizadores do modelo de *Payment by Results*, a saber: a) transferência de risco, já que o pagamento depende do resultado e não da ação do fornecedor; e b) o condicionamento do pagamento a uma verificação independente de tal resultado. Se não estão presentes tais características, ou seja, se não é transferido o risco da atividade para o prestador do serviço ou se a remuneração não se baseia no resultado seguramente constatável, mas apenas na execução do serviço pelo fornecedor, trata-se de um contrato público padrão, que não interessa ao presente estudo.

O *Payment by Results*, apesar de corresponder a uma modelagem nova de contratação pública, nada mais é do que a aplicação prática de ideais que de há muito se fazem presentes nos debates sobre gestão pública e direito administrativo, principalmente quando se discute reformas administrativas em busca de eficiência. Trata-se, portanto, da concretização do discurso do *better for less* no tocante aos serviços públicos (ROGERS; GRAVELLE, 2013, p. 117), já que visa a redução no dispêndio de recursos estatais e, ao mesmo tempo, aumento da qualidade de suas ações, tendo como consequência a melhoria dos resultados.

A título ilustrativo, destaca-se o exemplo tratado por Bolton (2015, p. 6-7), sobre o Condado de Wiltshire, na Inglaterra, no qual foi adotado o modelo de *Payment by Results* para prestação de serviços de atendimento médico em domicílio notada-

---

<sup>2</sup> Em tradução livre, Pagamento por Resultados e Títulos de Impacto Social, respectivamente.

mente para pessoas idosas. Antes, os contratos com os prestadores deste serviço funcionavam na lógica tradicional, segundo a qual se pagava pelas horas que eram dispendidas com cada usuário do serviço.

Com a implementação do PbR, principalmente pela necessidade recente de redução de custos para a Administração, os fornecedores do serviço foram obrigados a reduzir as despesas, maximizando seus resultados, através da adoção de diversas medidas, como a contratação de pessoal no sistema “zero-hora”, que não remunerava pela disponibilidade do pessoal, mas somente quando havia efetiva demanda pelo serviço.

Além disso, como principal consequência, a implementação do novel modelo de contratação incentivou os prestadores de serviços a investir em programas de reabilitação dos idosos, o que diminuiu a necessidade não só dos atendimentos em domicílio, mas também de tratamentos de longo prazo. Ao atingir este resultado positivo, o prestador de serviço era recompensado proporcionalmente ao benefício gerado. Assim, ocorria uma redução nas despesas do Poder Público, uma remuneração mais vantajosa para o prestador e, principalmente, um ganho para a sociedade, notadamente para os destinatários diretos do serviço, com a melhora de sua saúde e qualidade de vida.

Assim, como principais pontos positivos do PbR, aponta-se: a) a possibilidade de redução de custos para o Poder Público na satisfação de demandas sociais; b) o surgimento de ideias inovadoras e criativas com origem no setor privado, que ainda se responsabiliza pelos investimentos iniciais a serem recompensados de acordo com seu desempenho; c) a transferência dos riscos operacionais ao prestador de serviços; d) a possibilidade da mensuração mais clara dos resultados obtidos; e, ainda e) o aumento da participação privada em áreas de atuação tradicionalmente públicas, dando mais opções aos cidadãos beneficiários e fomentando a concorrência, que implica na melhoria dos serviços públicos (ROGERS; GRAVELLE, 2013, p. 118).

Por outro lado, ainda nas lições de Rogers e Gravelle, este modelo de contratação também gera alguns problemas, sobretudo se gerido de maneira incorreta. Para os autores, os maiores riscos consistem na possibilidade de se provocar instabilidade financeira, deficiência na prestação dos serviços com a consequente obtenção de resultados não satisfatórios para os beneficiários e, ainda, dificuldades no gerenciamento financeiro dos projetos e na qualidade dos dados – sobretudo para medição dos resultados (2013, p. 118).

Os desafios do *Payment by Results*, portanto, são diversos, envolvendo uma série de vantagens para a Administração Pública que, em tempos de dificuldades orçamentárias, tem a possibilidade de atender com qualidade demandas sociais com custos

reduzidos e sem assumir os riscos de fracasso, que são transferidos ao agente privado prestador de serviços.

Isto, todavia, não implica dizer que o PbR está isento de problemas, que são naturais pelo seu pouco tempo de existência e merecem atenção. Assim, o sucesso do modelo depende do engajamento dos setores público e privado, já que o Estado precisa promover a fiscalização e o controle rigoroso dos serviços, garantir uma gestão financeira eficiente do sistema, tudo isto através do desenvolvimento de um sistema de dados que permita a avaliação fidedigna dos resultados para que a remuneração seja justa, ou seja, econômica para o Poder Público e suficientemente vantajosa para o fornecedor (ainda que não vise o lucro).

### 2.2.2. *Social Impact Bonds (SIBs)*

O segundo modelo de contratação por resultados a ser tratado nesta pesquisa é o dos *Social Impact Bonds*, que, em verdade, corresponde a uma versão mais sofisticada do *Payment by Results*, incluindo a participação de investidores do mercado de capitais, que financiam os projetos sociais contratados pela Administração Pública e prestados, em sua maioria, por entidades filantrópicas.

Como asseveram Fonseca, Vasconcellos e Araújo, os *Social Impact Bonds* ou, na tradução por estes adotada, Contratos de Impacto Social (CIS), são uma alternativa para o financiamento de intervenções sociais, através do modelo de pagamento por resultado com a transferência do risco do insucesso das políticas públicas para o investidor privado (2018, p. 25).

Em síntese, os SIBs funcionam da seguinte maneira: há uma parceria entre os setores público e privado para promoção de serviços voltados à área social. Neste cenário, o investidor privado financia projetos de entidades sem fins lucrativos e o Estado reembolsa esse investimento acrescido de um retorno pré-determinado de acordo com a redução das despesas públicas ensejada por tais projetos, apenas na hipótese de serem atingidas as metas definidas anteriormente. A mensuração do desempenho na execução do projeto, todavia, é feita por um avaliador independente, garantindo a imparcialidade e a qualidade na medição dos resultados (DERMINE, 2014, p. 9).

Em tal sistema, com a participação de agentes privados interessados nos lucros que os projetos sociais podem lhes render, é ainda mais evidente a transferência do risco que é retirado da esfera pública (fincando o risco financeiro com o investidor e o risco operacional com o prestador de serviços), bem assim a busca pela eficiência, com a redução dos custos e maximização dos resultados que, por outro lado, repercutem positivamente no orçamento público. É, assim, uma alternativa bastante atrativa para Estado, sobretudo em tempos de crise, seja pela redução de despesas públicas, seja pela colaboração do setor privado com atividades que no

passado eram assumidas exclusivamente pelo Poder Público (FONSECA; VASCONCELLOS; ARAÚJO, 2018, p. 25-26).

Os *Social Impact Bonds*, entretanto, não são ideais para qualquer circunstância. Neste sentido, Mulgan, Reeder, Aylott e Bo'sher (2011, p. 7), afirmam:

SIBs are generally likely to work best in situations where there are misaligned incentives to develop, fund and deliver preventative services that can save costs down the line and achieve a better result from the system as a whole.

Assim, tem-se que os SIBs são mais indicados para áreas sociais que carecem de incentivos para o desenvolvimento, financiamento e entrega de serviços e que, por sua natureza, devem receber uma atenção mais preventiva a fim de se reduzir os custos estatais e, ainda, alcançar resultados desejáveis para sociedade. Em tais casos, a injeção não só de recursos, mas de técnicas inovadoras e eficientes do setor privado, são capazes de promover a satisfação de demandas sociais muitas vezes negligenciadas.

Apesar de serem diversos os exemplos de *Social Impacts Bonds*, analisar-se-á o programa *Adolescent Behavioral Learning Experience*, adotado pelo Departamento de Correções da cidade de Nova Iorque em 2013, que tinha como objetivo a redução da taxa de retorno de adolescentes egressos do sistema prisional. O objetivo de tal programa certamente era beneficiar seus participantes, mas também a redução dos custos suportados pela municipalidade, uma vez que cada detento do sistema prisional representa elevados custos para o Poder Público (LINER, 2016, p. 7).

Para coordenar o programa, foi escolhida a entidade filantrópica chamada MDRC e, para sua implementação, o Goldman Sachs investiu sete milhões e duzentos mil dólares, com garantia de seis milhões de dólares da Bloomberg Philanthropies. A meta para que houvesse o retorno do investimento, era de redução da reincidência dos adolescentes na ordem de dez por cento. Infelizmente, este indicador não foi atingido, de modo que a garantia fornecida pela Bloomberg Philanthropies foi utilizada para restituir setenta e cinco por cento do investimento inicial bancado pelo Goldman Sachs (LINER, 2016, p. 7).

Apesar de no exemplo utilizado não terem sido alcançados os objetivos traçados pela Administração, demonstra justamente os benefícios dos SIBs. Isto porque, mesmo na hipótese de não ter ocorrido a redução de dez por cento da reincidência, não o houve o dispêndio de dinheiro público, já que o risco foi assumido integralmente pelo setor privado, que custeou o projeto e somente seria remunerado se lograsse êxito. Assim, não tendo atingido as metas fixadas, o fracasso foi compartilhado entre os particulares envolvidos, sem qualquer repercussão financeira para o Estado.

Deste modo, conforme os ensinamentos de Thomas Dermine (2014, p. 10), ficam claros como benefícios dos SIBs a injeção de recursos em programas sociais com qualidade e inovação, que podem alcançar escala maior do que aquela alcançada somente pela Administração, proporcionando transformações significativas para sociedade; a transferência dos riscos operacionais para prestador de serviços e financeiros para o investidor, preservando o orçamento público; e a mudança de foco em demandas sociais de remediação para a prevenção, potencializando resultados de longo prazo e reduzindo custos. Ademais, a adoção do CIS, ajuda a instaurar uma cultura de controle, monitoramento e avaliação da repercussão social efetiva das políticas públicas, além de estimular o desenvolvimento de novidades no setor, que podem ser replicadas em caso de sucesso (FONSECA; VASCONCELLOS; ARAÚJO, 2018, p. 28).

Os programas financiados por este sistema, todavia, demandam tempo e se iniciaram muito recentemente, de modo que ainda é cedo para avaliar sua efetividade. Portanto, apesar do otimismo de muitos autores com os *Social Impact Bonds*, é necessário o amadurecimento deste modelo de contratação para avaliar se de fato é capaz de entregar os resultados prometidos, sobretudo em países de altas complexidades burocrática e social, como o Brasil.

### **3. Regime diferenciado de contratações públicas (RDC)**

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi implementado no Brasil com a Lei nº 12.462 de 2011, visando, no primeiro momento, os grandes eventos esportivos que seriam sediados no país, quais sejam a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, de modo que teria um caráter meramente transitório (ANDRADE; VELOSO, 2013, p. 31).

Entretanto, houve uma expansão das hipóteses em que o RDC pode ser aplicado por meio de diversos diplomas legislativos, o que o fez perder a característica da transitoriedade (JUSTEN FILHO, 2013, p. 17), garantindo-se maior agilidade e economicidade na sistemática da contratação pública. Este regime, portanto, pelo menos para alguns setores, visa superar problemas históricos da contratação pública no Brasil baseada na Lei Geral das Licitações (Lei nº 8.666 de 1993), marcada pelos altos custos dos processos licitatórios, sua morosidade e por nem sempre permitirem a escolha da melhor proposta, em tese, o principal objetivo de todo processo licitatório.

Destaque-se que a Lei nº 12.462 de 2011 não revoga a Lei nº 8.666 de 1993, que continua sendo aplicável às hipóteses em que não se aplica o RDC, ou, mesmo nas situações em que é possível aplicar o regime diferenciado, se assim optar a Administração. É o que se depreende do § 2º, do artigo 1º da Lei que institui do RDC<sup>3</sup>. Ou

---

<sup>3</sup> O § 2º, do artigo 1º da Lei nº 12.462 de 2011 prevê: “A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de

seja, há semelhança do que ocorre com a Lei que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a modalidade licitatória do pregão (Lei nº 10.520 de 2002).

Apesar de existir em paralelo ao Regime Geral de Licitações, o RDC daquele se diferencia pelo foco ainda maior no princípio da eficiência. Apesar de todo processo licitatório dever perseguir a eficiência que, inclusive, se impõe enquanto princípio constitucional (artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil)<sup>4</sup>, na lição de Marçal Justen Filho, o RDC proporciona melhores condições para seu alcance. O autor afirma, ainda, que o referido regime o faz por três vieses, quais sejam a diminuição do tempo da licitação, a redução dos seus custos e a ampliação das vantagens que pode proporcionar à Administração (2013, p. 17).

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, portanto, é resultado de uma série de diplomas legislativos visando a modernização do sistema de contratações do Estado brasileiro, com vistas à otimização das licitações, facilitando o alcance de seu maior objetivo, que é a celebração de contratos mais vantajosos para a Administração, associando menor custo com melhores resultados qualitativa e quantitativa.

### *3.1. Hipóteses de aplicação*

As hipóteses de aplicação do RDC estão previstas no artigo 1º da Lei nº 12.462 de 2011 e suas alterações que, para além dos contratos relacionados aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 (inciso I), da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014 (inciso II), bem como para contratações de obras e serviços para aeroportos de capitais de Estados distantes até 350 quilômetros das cidades sedes das referidas competições internacionais (inciso III), prevê também a possibilidade de utilização do regime para outras situações.

Assim, o RDC também pode ser aplicado para contratações das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (inciso IV); das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (inciso V), para construção reforma e ampliação de estabelecimentos penais e de atendimento socioeducativo (inciso VI), de melhoria na mobilidade urbana e ampliação de infraestrutura logística (inciso VIII), no âmbito do sistema público de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (§ 3º); das ações no âmbito da segurança pública (inciso VII); de

---

21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”. Assim, resta claro que o Poder Público, nas hipóteses em que é possível aplicar o RDC, pode fazer a opção entre aplicar o regime geral previsto na Lei nº 8.666 de 1993 ou o regime diferenciado e, fazendo opção por este último, deve fazer constar expressamente esta decisão no instrumento convocatório do certame.

<sup>4</sup> Artigo 37, *caput*, da CRFB: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

locação de bens móveis e imóveis *built to suit*<sup>5</sup> (inciso IX); e das ações em órgãos ou entidades dedicados à ciência, tecnologia e inovação (inciso X).

Assim, conforme anotam Ricardo de Andrade e Vitor Veloso (2013, p. 34), percebe-se que, apesar da origem atrelada aos grandes eventos esportivos sediados pelo Brasil, tendo em vista o sucesso e o ganho de eficiência nas contratações sob sua égide, seria uma tendência natural a ampliação de seu escopo. De fato, isto ocorreu e, após diversas alterações legislativas, o RDC e suas regras, pautadas na simplificação e no aumento da agilidade das licitações, passou a abranger contratações em áreas sensíveis ao Estado como infraestrutura, saúde, educação e segurança pública – ganhando, assim, ares de regramento licitatório especial perene<sup>6</sup>.

Em verdade, de há muito se discute no Brasil a alteração do regime das licitações, tendo em vista que a Lei nº 8.666 de 1993 recebe diversas críticas por não acompanhar os avanços tecnológicos e procedimentais na seara das contratações públicas. Todavia, muitas vezes por razões políticas, a modificação do Regime Geral é postergada, apresentando-se como alternativa as inovações parciais, como foi com a Lei do Pregão e, mais recentemente, com a criação e posterior perenização do RDC, possibilitando a modernização com ganhos em eficiência das licitações ao menos nas hipóteses em que é aplicável.

### *3.2. Principais avanços procedimentais: a busca pela eficiência*

Tendo sido criado com o objetivo de aumentar a eficiência na contratação pública, modernizando as licitações que a antecedem, é evidente que o RDC implicou em avanços nos procedimentos licitatórios para reduzir o tempo e os entraves burocráticos, bem como para possibilitar a escolha, pela Administração, daquelas que são efetivamente as melhores propostas. Analisar-se-á adiante, portanto, as principais inovações procedimentais promovidas pelo RDC para compreensão de sua importância para a realidade administrativa no Brasil.

#### *3.2.1. Contratação integrada*

A contratação integrada é prevista no artigo 8º, V e no artigo 9º da Lei nº 12.462 de 2011, mas não corresponde a uma novidade propriamente dita no ordenamento jurídico brasileiro. É que, o Decreto nº 2.745 de 1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A

---

<sup>5</sup> Em tradução livre, podem ser chamados de contratos de locação sob medida ou por encomenda.

<sup>6</sup> Para Marçal Justen Filho, a delimitação temporal de aplicação do RDC sucumbiu assim que foi incluída por alteração legislativa, para além das hipóteses atreladas aos grandes eventos esportivos, a possibilidade de aplicação do regime para as ações do PAC (2013, p. 37).

(PETROBRAS), em seu item 1.9, já previa esta espécie de contrato no âmbito da estatal<sup>7</sup>.

Apesar de a contratação integrada denotar, a princípio, somente uma espécie de contrato, significa, também, mudanças procedimentais na licitação que a antecede. Isto porque, na contratação integrada passa a ser possível, em um único processo licitatório, contratar o licitante que se responsabiliza pela elaboração de projeto básico, projeto executivo e pela própria execução da obra ou dos serviços de engenharia para entrega do empreendimento em pleno funcionamento, remunerando-o de acordo com sua operação em condições pré-definidas, desde que a medida seja financeira e tecnicamente justificada (JUSTEN FILHO, 2013, p. 178-179).

Inverte-se, nesse caso, portanto, a lógica de contratação de meio das obras e serviços de engenharia, que passa a ser uma contratação de fim. Ou seja, cabe ao prestador escolhido na contratação integrada a entrega de uma solução adequada e pronta para sua utilização, inclusive no que tange à operação do empreendimento. É nítido, portanto, o ganho em eficiência, já que a Administração recebe o objeto contratado pronto, em pleno funcionamento, bastando “girar a chave” (*turn key*) para sua exploração. Ademais, a contratação integrada também é marcada pela transferência de risco ao particular que, obrigando-se pelo fim, se responsabiliza pelo sucesso da operação.

A inovação, portanto, é clara, na medida em que a contratação de um único licitante para projetar e executar todos os momentos, prévios, contemporâneos e de pré-operação de um empreendimento, correspondendo a um contrato *turn key*, era simplesmente vedado pela Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666 de 1993), que proibia expressamente, em seu artigo 9º, II<sup>8</sup>, que a empresa responsável pelo projeto básico ou executivo fosse contratada para execução da respectiva obra.

Havia, portanto, a necessária separação em fases e processos licitatórios distintos, da elaboração do projeto básico, da elaboração do projeto executivo e da execução das obras e serviços de engenharia, o que certamente implicava em mais tempo e custos para Administração toda vez que precisasse construir ou reformar, por mais relevância que tivesse o empreendimento. Assim, são inquestionáveis os avanços com a contratação integrada, que implicam na unificação destas fases e, conse-

---

<sup>7</sup> Item 1.9, do Decreto nº 2.745 de 1998: “Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas”.

<sup>8</sup> O artigo 9º, II, da Lei nº 8.666 de 1993, veda a participação no certame para contratação de obras e serviços de engenharia, de “empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado”.

quentemente, na simplificação, celeridade, redução de custos e de riscos para o Poder Público na implementação de seus planos.

### 3.2.2. O sigilo do orçamento estimado

Outra inovação promovida pelo RDC foi a previsão do sigilo do orçamento previamente estimado, constante no *caput* do artigo 6º, da Lei nº 11.462 de 2011, que determina sua revelação somente após o encerramento da licitação. A intenção do legislador, nesse caso, foi evitar o problema histórico dos processos licitatórios no Brasil, a saber o conluio entre os licitantes, atendendo à recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento econômico (OCDE)<sup>9</sup>.

Mais uma vez, percebe-se a busca pela eficiência na contratação pública por meio do RDC, já que, tendo o orçamento sigiloso o objetivo de combater o acerto entre os concorrentes, evita-se a lesão ao patrimônio público, que a atuação concertada poderia impor, através da escolha de propostas com valores superestimados. Assim, garante-se maior lisura no processo licitatório, o que permite contratações por preços mais reduzidos, mantendo-se a qualidade do objeto, o que, em síntese, significa contratações mais eficientes.

Este é mais um exemplo que difere drasticamente o RDC do Regime Geral, uma vez que o artigo 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666 de 1993 impõe que conste como anexo do edital de licitação, o orçamento estimado com as respectivas planilhas com os elementos quantitativos e os preços unitários dos produtos ou serviços a serem contratados. O orçamento estimado tem, portanto, regramentos diametralmente opostos no RDC e no Regime Geral de Licitações.

Evidentemente, esta solução não atinge a perfeição, sujeitando-se a críticas, como a de André Guskow Cardoso (2013, p. 91), que afirma haver o grande risco de vazamento das informações sigilosas, que naturalmente passa por diversos agentes públicos envolvidos com o processo licitatório. Assim, um ou apenas alguns concorrentes poderiam ter acesso às informações, prejudicando a concorrência, evitando a contratação da melhor proposta e, ainda, a continuidade do modelo execrável do superfaturamento.

Cammarosano (2012, p. 41) também critica o sigilo dos orçamentos, apontando que, sendo possível a desclassificação de propostas por inexecuibilidade ou por superar o orçamento estimado, o sigilo e, portanto, a falta de acesso do licitante, feriria os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

---

<sup>9</sup> A OCDE, em seu *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*, recomenda expressamente a adoção do sigilo do orçamento estimado nas contratações públicas, para evitar o conluio entre os concorrentes, como se depreende do seguinte trecho: “Do not publish the reserve price, but keep it confidential in the file or deposit it with another public authority” (2009, p. 7).

Ou seja, a decisão seria tomada, nesta hipótese, contra o concorrente com base em dados aos quais este sequer teve acesso.

Apesar das críticas, é preciso esclarecer que o sigilo do orçamento previsto no RDC é apenas temporário, deixando de ser revelado na fase inicial do certamente apenas para evitar a manipulação de preços por parte dos concorrentes. Deste modo, ao final da licitação, o orçamento estimado é revelado, permitindo seu controle e verificação de sua compatibilidade com o mercado e com o interesse público envolvido na contratação que se almeja. Inclusive, decisões que tenham como parâmetro o valor orçado, podem ser impugnadas pelos meios próprios após sua divulgação, não consistindo, portanto, em efetiva lesão aos direitos dos licitantes, mas apenas seu diferimento.

### 3.2.3. *Inversão de fases e recurso único*

Como já se afirmou neste trabalho, um dos objetivos de criação do RDC foi a redução da morosidade que sempre marcou os processos licitatórios no Brasil. Dentre as soluções encontradas para consecução deste fim, destacam-se a inversão das fases de habilitação e de julgamento das propostas, bem como a previsão de um único recurso para impugnação das decisões tomadas nas licitações sob a égide deste regime.

Assim, o artigo 12 da Lei 12.462 de 2011, estabelece a seguinte sequência a ser seguida nos processos licitatórios em que se aplica o RDC: a) fase preparatória; b) publicação do instrumento convocatório; c) apresentação de propostas ou lances; d) julgamento; e) habilitação; f) fase recursal; e g) encerramento.

Neste sentido, invertendo-se a ordem do Regime Geral de Licitação, que impõe a habilitação de todos os licitantes para, só depois, serem julgadas as propostas dos concorrentes habilitados, no RDC primeiro são julgadas as propostas e, conforme disciplina do artigo 14, II, da Lei nº 12.462 de 2011<sup>10</sup>, são conferidos os documentos de habilitação tão somente do vencedor.

Assim, há grande economia de tempo e de esforço pela comissão de licitação, na medida em que não é necessária a conferência de documentação de todos os licitantes, mas apenas do vencedor e, somente no caso de este ser considerado inabilitado, é que se passa ao concorrente seguinte na classificação e assim por diante (RIBEIRO; PRADO; PINTO JUNIOR, 2012, p. 103).

Quanto à fase recursal única, sua previsão expressa se encontra no artigo 27, *caput*, da Lei nº 12.462 de 2011. É, portanto, outra diferença com relação ao Regime Geral, na medida em que neste é possível a impugnação de decisões relacionadas à

---

<sup>10</sup> Artigo 14, II, da Lei nº 12.462 de 2011: “será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases”.

habilitação e, posteriormente, de decisões relacionadas ao julgamento das propostas, consistindo em modelo que demanda muito mais tempo e, conseqüentemente, mais custos. O recurso único, conforme alíneas “a” a “g”, do inciso II, do artigo 45, da Lei nº 12.462 de 2011<sup>11</sup>, tem objeto extenso, compreendendo todas as decisões do processo licitatório, de modo que, apesar do ganho em celeridade, não há qualquer prejuízo para os licitantes, que não têm tolhido o direito ao duplo grau.

As características apresentadas, que distinguem o RDC do Regime Geral de Licitações, demonstram a preocupação do Estado brasileiro com a melhora na agilidade, celeridade, economicidade e eficiência dos processos licitatórios, de modo que a contratação pública possa ser mais rápida, menos custosa e culmine na escolha da proposta que represente o melhor custo-benefício para a Administração, permitindo-lhe o alcance de seus objetivos, inspirados, inevitavelmente, no interesse público de que é guardiã.

#### **4. RDC e a contratação por resultados**

Apesar da importância dos avanços promovidos pelo RDC apontados nas linhas anteriores, para a presente investigação, outras duas inovações se destacam e, por esta razão, merecem abordagem neste capítulo, que lhes é próprio. Isto se justifica já que seu estudo é essencial para se demonstrar a existência de um sistema de contratação por resultados no ordenamento jurídico brasileiro, com algumas similitudes ao PbR e SIBs.

Assim, far-se-á a análise das previsões de contratos com possibilidade de remuneração variável, bem como dos contratos de eficiência, ambos previstos na Lei nº 12.462 de 2011 e marcados pelo condicionamento da remuneração do contratado ao resultado previamente fixado, cujo acontecimento é incerto.

Evidencia-se, portanto, pontos de contato com os contratos analisados no capítulo 2, de modo que se fará a seguir uma análise da possibilidade de implementação de contratados por resultados no Brasil alinhados com as práticas internacionais, avaliando-se as principais aproximações do RDC com os PbR e SIBs.

---

<sup>11</sup> Art. 45, da Lei nº 12.462 de 2011: “Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação do RDC caberão:

[...]

II - recursos, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face:

- a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados;
- b) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante;
- c) do julgamento das propostas;
- d) da anulação ou revogação da licitação;
- e) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- f) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no:
- g) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; [...].”

#### 4.1. A possibilidade de remuneração variável

O artigo 10, *caput*, da Lei nº 12.462 de 2011, prevê expressamente a possibilidade de celebração de contrato pela Administração Pública com remuneração variável, de acordo com o desempenho do contratado, aferido de acordo com metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega, previstos no instrumento convocatório.

Nas palavras de Rafael Wallbach Schwind (2013, p. 179), no contrato de remuneração variável,

[...] o contratado perceberá uma remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidos no edital da licitação e no contrato. Pode haver, portanto, um “bônus” ao contratado, que terá sua remuneração incrementada caso consiga alcançar determinadas metas.

Pelo mesmo dispositivo (*caput*, do artigo 10 da Lei do RDC), percebe-se uma abrangência muito grande da possibilidade de contratação por remuneração variável, já que se permite sua utilização para “[...] obras e serviços, inclusive de engenharia [...]”. Ou seja, a contratação por remuneração variável é aplicável para qualquer obra ou serviço, bastando que, na linha do que dispõe o parágrafo único<sup>12</sup> do mesmo artigo, haja motivação e que o limite da remuneração seja aquele previsto no orçamento para a contratação.

Já que a remuneração variável pode implicar em um aumento da despesa pública, a motivação é uma exigência lógica, cabendo ao Estado a demonstração de que aquele acréscimo se justifica em razão de algum benefício efetivo à Administração<sup>13</sup>. Da mesma forma, sendo qualquer pagamento público submetido a previsões orçamentárias, a remuneração variável não pode ultrapassar os limites previstos em orçamento, sob pena de violação desta regra (SCHWIND, 2013, p. 180).

A contratação com remuneração variável, historicamente é assunto polêmico no Brasil, de modo que, antes da sua previsão expressa no RDC, havia exemplos esparsos de contratos celebrados nestes moldes, como o caso emblemático da avença firmada pela Prefeitura Municipal de Jacaréí, com empresa para desenvolvimento e gestão de *software* utilizado para arrecadação do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) e estabeleceu remuneração variável para a hipótese de superação da média de arrecadação.

<sup>12</sup> Artigo 10, parágrafo único, da Lei nº 12.462 de 2011: “A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação”.

<sup>13</sup> A motivação deve ser tanto da escolha do contrato com remuneração variável, quanto do pagamento do bônus decorrente do atingimento das metas fixadas, em respeito ao princípio da motivação dos atos administrativos em geral, previsto no artigo 2º, *caput* e parágrafo único, VII, da Lei nº 9.784 de 1999.

Tal espécie de contrato sofreu algumas críticas e foi considerado ilegal pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, tendo o Tribunal de Justiça daquela unidade federativa, apreciando a apelação cível nº 990.10.059277-7, reconhecido o respeito ao ordenamento jurídico, de maneira que desconstituiu a decisão da Corte de Contas, rejeitando a tese da ilegalidade do contrato (TJSP, 2010). Assim, é possível dizer que não havia óbice legal quanto à celebração de contratos de remuneração variável antes da criação do RDC, mas com seu advento, a possibilidade ficou ainda mais clara, aumentando a segurança da Administração na utilização deste instrumento.

Assim, percebe-se no contrato de remuneração variável um aliado do Poder Público para melhora da qualidade de seus gastos. Isto porque, podem ser celebrados contratos sem custos iniciais, atrelando a totalidade da remuneração ao desempenho do particular ou com custos fixos reduzidos, condicionando-se o restante da remuneração aos resultados apresentados. Desta forma, a remuneração do fornecedor não é medida por suas ações, mas sim pelo retorno que elas trazem à Administração e sociedade, incentivando-se a prestação de serviços qualitativamente superiores.

O modelo representa, portanto, ganhos para a administração, sobretudo no quesito eficiência, mas também representa vantagens para o prestador de serviços, que é premiado pelo alcance dos resultados que se propõe a entregar e, ainda, para o cidadão, que, sendo beneficiário direto ou não do serviço prestado, é agraciado com a melhoria de sua qualidade.

#### *4.2. Os contratos de eficiência*

O contrato de eficiência, por sua vez, tem previsão no artigo 23, § 1º, da Lei nº 12.462 de 2011, que dispõe:

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.

Trata-se, portanto, de mais um modelo de contrato previsto no RDC, que vincula a remuneração do prestador de serviços aos resultados apresentados. Todavia, diferentemente do que ocorre com os contratos de remuneração variável, nos contratos de eficiência o resultado representa necessariamente uma economia para o contratante (Administração), de modo que a remuneração do contratado corresponde a um percentual desta economia. Quanto maior a economia, evidentemente, maior será a remuneração do prestador de serviço (SCHWIND, 2012, p. 5).

A previsão dos contratos de eficiência no ordenamento jurídico brasileiro teve inspiração na experiência dos Estados Unidos da América, em que tais contratos ganharam notabilidade no setor da energia. É que, depois da crise energética da década de 1970, ocorreu a elevação dos custos com energia, levando o setor público e o setor privado a se preocuparem com o consumo energético. Foi assim que surgiram as Energy Services Companies (ESCOs), especializadas na redução do consumo de energia, com as quais eram celebrados os Energy Saving Performance Contracts (ESPCs).

Os ESPCs são justamente contratos de eficiência, de modo que as ESCOs são remuneradas em percentuais incidentes sobre a economia que elas efetivamente proporcionam, seja para particulares, seja para o setor público. O RDC, todavia, inspirou-se neste modelo estadunidense, mas ampliou sua abrangência, permitindo a utilização dos contratos de eficiência para redução de qualquer tipo de despesa corrente<sup>14</sup>.

Assim, tendo abrangência elevada no Brasil, o contrato de eficiência previsto na Lei do RDC, pode ser aplicado nas situações mais variadas, o que é positivo, tendo em vista que há uma redução em despesas públicas e que a remuneração do particular corresponde a um percentual desta economia. É dizer, conseguindo o prestador de serviços reduzir em alguma medida as despesas públicas, a Administração sempre sairá ganhando, uma vez que uma parte de sua economia servirá para remunerar o particular, mas o restante ficará como saldo para o Poder Público, beneficiado pelo resultado econômico positivo.

Conforme ensinamentos de Rafael Wallbach Schwind (2012, p. 5-6), um ponto importante do contrato de eficiência brasileiro é a obrigação que tem o prestador de serviço de entregar o resultado, de modo que se não o fizer, pode sofrer a redução de sua remuneração e, mais que isso, configurar inexecução contratual, que é sujeita a sanções.

As consequências impostas ao prestador de serviço que não gera economia contratada estão previstas no § 3º, do artigo 23 da Lei nº 12.462 de 2011. Na primeira hipótese, desconta-se da remuneração do particular a diferença entre a economia contratada e aquela efetivamente gerada para a Administração (inciso I). Se, contudo, o valor da diferença for maior que o da remuneração, ainda assim este valor é cobrado, mas como multa por inexecução contratual (inciso II). Por fim, é prevista a possibilidade de aplicação de outras sanções cabíveis se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite estabelecido em contrato (inciso III).

---

<sup>14</sup> Por despesas correntes, na lição de Thathiane Piscitelli, entende-se que se tratam daquelas que decorrem “[...] da manutenção das atividades próprias do Estado, tais como custeio da estrutura administrativa, o que não gera o aumento do patrimônio do Estado [...]”. Ou seja, são aquelas despesas necessárias apenas para o funcionamento da Administração Pública (2011, p. 96).

Tal rigor apresentado na disciplina desta modalidade contratual, afasta prestadores de serviço aventureiros e descompromissados com o verdadeiro objetivo do instituto, qual seja a redução de custos para o Poder Público com o consequente aumento da eficiência de sua atuação. Desse modo, condicionando-se a remuneração destes contratos aos resultados, ao tempo que se prevê sanções sérias no caso de não serem estes entregues, tal modalidade contratual se mostra como uma maneira criativa e inovadora para solucionar problemas da Administração e, ainda, alcançar economias extremamente importantes para o equilíbrio orçamentário.

#### *4.3. Comparativo com o PBR e as SIBS*

Fica claro, portanto, que há contratação por resultado no Brasil, de modo que as alterações promovidas pelo RDC deixam esta realidade ainda mais clara, sobretudo com a previsão expressa de possibilidade de remuneração variável e de contratos de eficiência. É nítido que estas espécies contratuais, fogem da lógica tradicional de remuneração do particular de acordo com suas ações e passam a relacioná-la ao desempenho na prestação dos serviços, prestigiando-se o princípio constitucional da eficiência.

Assim, é nítida aproximação deste sistema de contratação por resultados, com os exemplos estudados no capítulo 2 do presente trabalho, quais sejam os PbR e os SIBs. O ponto de contato mais evidente é justamente o condicionamento dos pagamentos ao prestador de serviço ao desempenho destes na execução de suas atividades.

Além disso, as preocupações e fragilidades também são parecidas, como a necessidade de estabelecimento de um sistema de gestão eficiente para monitorar e auditar os resultados. Inclusive, em suas lições sobre contratação por resultados, John Bolton (2015, p. 5), menciona tal preocupação, ao afirmar que:

Both commissioners and providers need to recognise the resource intensive nature of Payment by Results contracts, specifically the monitoring and auditing requirements and the need to establish effective systems to manage this.

E continua o autor, tratando de outras preocupações que também são compartilhadas pelos exemplos brasileiros, a saber a necessidade de transparência dos contratos por resultados para que sejam estabelecidas claramente as metas a serem alcançadas, a forma de remuneração e as consequências no caso de falha na entrega dos resultados contratados.

Apesar das semelhanças, seja nos benefícios, seja nos pontos de atenção, a experiência brasileira de contratação por resultados também possui diferenças com os modelos mais comuns em países anglófonos, notadamente os PbR e os SIBs. Em primeiro lugar, estes dois tipos de contrato normalmente contam com a presença

de entidades filantrópicas e têm uma finalidade social e o último conta ainda, com um investidor interessado nos retornos financeiros do contrato (DERMINE, 2014, p. 9).

Já nos exemplos brasileiros rotineiros regidos pelo RDC, isto não ocorre, uma vez que os contratos com remunerações variáveis e contratos de eficiência, rotineiramente são celebrados com empresas e podem ter um objeto com repercussão social mais acentuada ou não, além de não se prever a figura de um terceiro, injetando recursos para fazer frente às despesas da implementação do contrato. Ainda assim, conforme anotam Vera Monteiro e André Rosilho, o próprio RDC pode ser utilizado como instrumento para implementação de Contratos de Impacto Social, desde que tenham como objeto serviço no âmbito da segurança pública ou ações relacionadas à ciência, tecnologia e inovação, em razão da limitação prevista no art. 1º da Lei nº 12.462 de 2011 (2017, p. 1177).

Nas demais hipóteses, ou por conveniência e oportunidade da Administração, é possível ainda se valer de outras fórmulas legais para a contratação por resultados no Brasil, inclusive as de impacto social. Destaca-se nesta pesquisa, seguindo as lições de Monteiro e Rosilho, o contrato e prestação de serviços da Lei nº 8.666/93 e a concessão administrativa da Lei nº 11.079/2004, no caso de prestadores com fins lucrativos ou não. Há ainda a possibilidade de realização de contratação por resultados com o terceiro setor, o que, evidentemente, faz mais sentido nos casos de CIS e pode ser implementado sob a forma de contrato de gestão (da Lei nº 9.637/1998), termo de parceria (da Lei nº 9.790/1999) e, ainda, termo de colaboração ou de fomento (da Lei nº 13.019/2014) (MONTEIRO; ROSILHO, 2017, p. 1177 et seq.).

Assim, fica claro que as disposições da Lei nº 12.462 de 2011, somadas ao regramento geral de contratações públicas da Lei nº 8.666 de 1993, da Lei nº 11.079/2004, bem como da legislação do terceiro setor, denotam a abertura suficiente do ordenamento para outras soluções criativas e inovadoras capazes de aumentar a eficiência da Administração, sem olvidar do princípio da juridicidade. É dizer, os contratos administrativos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, já permitem a materialização de novas “fórmulas de negócio” pela Administração, ainda que não sejam previstas expressamente (MONTEIRO; ROSILHO, 2017, p. 1174).

De há muito o Direito Administrativo deixou de ser mero gabarito para se verificar legalidade dos atos da Administração, passando a servir como instrumento para solução dos seus problemas práticos. O Direito apresenta as ferramentas, que podem ser usadas e adaptadas em cada caso para que o alcance do interesse público e não é diferente no tema da contratação pública, que pode e deve permitir a adoção de medida inovadoras para aperfeiçoar a atuação administrativa.

Não por outro motivo, no Brasil já despontaram iniciativas para implementação de SIBs ou CIS, das quais se destaca, para esta pesquisa, a do Estado de São Paulo, que teria como objetivo a execução e gestão de medidas voltadas à diminuição da evasão escolar e ao aumento na aprovação dos alunos, sem redução da aprendizagem, em escolas de ensino médio da região metropolitana de São Paulo (FONSECA; VASCONCELLOS; ARAÚJO, 2018, p. 27). Vale enfatizar, que foi lançado edital para tanto, adotando-se a modalidade licitatória da concorrência e tendo como marco legal a Lei nº 8.666/1993 e não houve questionamento quanto à legalidade do certame, deixando clara a possibilidade de utilização dos SIBs no Brasil sob a égide da legislação pátria<sup>15</sup>.

Saliente-se, mais uma vez, que o RDC, que estimula o aumento da eficiência na contratação pública, esclarece definitivamente a possibilidade de contratação por resultados no Brasil. Além disso, também deve ser destacada a escassez de recursos do Estado brasileiro – notadamente em tempos de crise –, que reforça a necessidade de adoção de mecanismos inovadores em sintonia com a experiência internacional. Em arremate, se demonstrou a compatibilidade das inovações descritas neste trabalho com a legislação nacional – inclusive com a Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos. Portanto, é possível afirmar que não só é possível, como é desejável a implementação de PbR e SIBs neste país, que vive uma realidade de dificuldades orçamentárias e de imensa demanda por políticas públicas.

## 5. Considerações finais

Com a constante necessidade de modernização da Administração, otimizando-se os gastos públicos, tanto o Direito, quanto a Gestão Pública se deparam com a necessidade de rever os modelos de contratação. É que os contratos, além de fontes de dispêndio, são oportunidades de criação de soluções capazes de aumentar a eficiência da atuação administrativa. Neste contexto é que surgiu recentemente a contratação por resultados.

Na contratação por resultados, diferentemente do que ocorre nos regimes de contratação tradicionais, o Poder Público deixa de remunerar o prestador de serviços de acordo com as atividades que este exerce, passando a remunerar pelo seu desempenho, ou seja, pelos resultados que entrega. Assim, os contratos públicos deixam de ser contratos de meio e passam a ser contratos de fim, de modo que não sendo entregue o resultado contratado, o ônus deve ser suportado pelo particular.

As vantagens da contratação por resultados, assim, são evidentes, na medida em que os riscos operacionais e financeiros do serviço contratado são repassados para o particular que, por sua vez, deve se esforçar mais para prestar serviços de me-

---

<sup>15</sup> *Após o lançamento do edital, a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo resolveu suspender a contratação para ampliar o debate com a comunidade escolar sobre a oportunidade, conveniência e viabilidade do projeto.*

lhor qualidade e, desta forma, atingir bons desempenhos de modo a ser remunerado satisfatoriamente. Além do benefício para a Administração, que só paga se receber o resultado contratado, percebe-se, também, o benefício em favor da sociedade, que recebe melhores serviços.

Neste cenário, internacionalmente, sobretudo nos países anglo-saxônicos, se destacam dois modelos de contratos públicos por resultados, a saber os *Payment by Results* (PbR) e os *Social Impact Bonds* (SIBs). No primeiro, entidades normalmente filantrópicas são contratadas para implementar programas sociais e a remuneração destas se dá com base nos resultados que estes programas apresentam. Já o segundo, apesar de possuir lógica muito parecida, conta com um investidor do mercado, que arca com os custos iniciais do programa e, em sendo atingido o resultado contratado, que é analisado por avaliador independente, tem o investimento restituído com o acréscimo de um ganho de capital.

No Brasil, com os avanços do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), inicialmente pensado como solução transitória para dar agilidade e eficiência às obras dos grandes eventos esportivos sediados por este país recentemente – mas depois teve suas hipóteses de aplicação ampliadas e perdeu sua transitoriedade –, também há a demonstração de preocupação com a eficiência na contratação pública.

Assim, novas soluções foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelo RDC para dar mais celeridade, agilidade, economicidade e eficiência às contratações públicas, como a possibilidade de contratação integrada, em que um mesmo concorrente é contratado para elaborar o projeto básico, o projeto executivo e para executar a obra, cuidando de todos os detalhes e entregando o empreendimento em plena operação; o sigilo do orçamento estimado nas licitações, para evitar o conluio entre os participantes; a inversão de fases da licitação, julgando-se primeiro as propostas para depois analisar os documentos de habilitação apenas do vencedor; e a previsão de uma fase recursal única, em que é possível impugnar todas as decisões do processo licitatório.

Apesar da importância desses avanços, no que tange aos contratos em si, as principais inovações do RDC são as previsões de contratos com remuneração variável e de contratos de eficiência, deixando clara a adesão do Brasil à nova fase mundial em matéria de contratos públicos, que estimula a contratação por resultados, sempre em busca da eficiência administrativa, representada sobretudo pela redução de custos e aumento da qualidade dos serviços.

Assim, seja nos contratos de remuneração variável, nos quais o particular recebe um adicional no caso de atingir as metas pré-fixadas pelo Poder Público, seja nos contratos de eficiência, nos quais a remuneração do particular corresponde a um percentual sobre a economia que tem a Administração como resultado do serviço

prestado, ficam claros os benefícios. Para o setor público, é vantajoso porque só paga de acordo com o desempenho do prestador de serviços, otimizando seus gastos. Para a sociedade, enquanto destinatária final dos serviços, também há um ganho, já que estes tendem a ser cada vez melhor prestados.

Fica clara, portanto, a aproximação entre o sistema brasileiro e os modelos de contratação por resultados conhecidos como PbR e SIBs, que condicionam o pagamento dos prestadores dos serviços ao seu desempenho, exigindo, outrossim, transparência e controle de resultados através de sistema de dados de qualidade. Trata-se, portanto, de soluções criativas para melhoria de qualidade e aumento de eficiência da atividade administrativa, com redução de custos para o Estado e ganhos sociais, que são compatíveis com o ordenamento jurídico nacional, podendo ser adotado, em cada caso, o formato mais adequado de contratação de acordo com as opções legais e a conjuntura fática.

## 6. Referências bibliográficas

- ANDRADE, Ricardo Barreto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n. 12.462 e ao Decreto n.7.581*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BOLTON, John. *Emerging practice in outcome-based commissioning for social care*. Oxford: Institute of Public Care (IPC), 2015, disponível em: <[https://ipc.brookes.ac.uk/publications/John\\_Bolton\\_Outcome\\_Based\\_Commissioning\\_Paper\\_April\\_2015.pdf](https://ipc.brookes.ac.uk/publications/John_Bolton_Outcome_Based_Commissioning_Paper_April_2015.pdf)> acesso em: 08 fev. 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo n. 990.10.059277-7. Rel. Des. Marrey Uint. São Paulo: 30 nov. 2010, disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=4838944&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_17dcdb0d11134974928b6cbde1e23124&vlCaptcha=kch&novoVlCaptcha=>](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=4838944&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_17dcdb0d11134974928b6cbde1e23124&vlCaptcha=kch&novoVlCaptcha=>)>, acesso em: 20 fev. 2018.
- CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contrata-*

*ções Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 2 ed.* Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CLIST, Paul; VERSCHOOR, Arjan. *The Conceptual Basis of Payment by Results*. Norwich: University of East Anglia, 2014, disponível em: <[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a089bb40f0b64974000230/61214-The\\_Conceptual\\_Basis\\_of\\_Payment\\_by\\_Results\\_FinalReport\\_P1.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a089bb40f0b64974000230/61214-The_Conceptual_Basis_of_Payment_by_Results_FinalReport_P1.pdf)>, acesso em: 18 fev. 2018.

DERMINE, Thomas. Establishing Social Impact Bonds in Continental Europe. *M-RCBG Associate Working Paper Series*, n. 26, 2014, disponível em: <[https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/dermine\\_final.pdf](https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/dermine_final.pdf)>, acesso em: 16 fev. 2018.

EDMISTON, Daniel; NICHOLLS, Alex. Social Impact Bonds: The Role of Private Capital in Outcome-Based Commissioning. *Journal of Social Policy*, vol. 47, n. 1, 2018, disponível em: <[https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/83B92D884934604E21EE2A963EB4E11C/S0047279417000125a.pdf/social\\_impact\\_bonds\\_the\\_role\\_of\\_private\\_capital\\_in\\_outcomebased\\_commissioning.pdf](https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/83B92D884934604E21EE2A963EB4E11C/S0047279417000125a.pdf/social_impact_bonds_the_role_of_private_capital_in_outcomebased_commissioning.pdf)>, acesso em: 05 fev. 2018.

FONSECA, Gustavo Madureira; VASCONCELLOS, Juliana F. Barbeito de; ARAÚJO, Thiago Cardoso. O contrato de impacto social (CIS) e a modelagem jurídica para sua implementação: uma inovação na forma de financiamento de políticas públicas. *Fórum Administrativo – FA*, a. 18, n. 203, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

LINER, Emily. *Social Impact Bonds: A New Model for Investing in Social Services*. Washington: Third Way, 2016, disponível em: <<http://www.thirdway.org/report/social-impact-bonds-a-new-model-for-investing-in-social-services>>, acesso em: 08 fev. 2018.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Como o Estado pode celebrar Contrato de Impacto Social/CIS. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem a Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017.

MULGAN, Geoff; REEDER, Neil; AYLOTT, Mhairi; BO'SHER, Luke. *Social Impact Investment: the challenge and opportunity of Social Impact Bonds*. London: The Young Foundation, 2011, disponível em: <<https://youngfoundation.org/wp-content/uploads/2012/10/Social->

Impact-Investment-The-opportunity-and-challenge-of-Social-Impact-Bonds-March-2011.pdf>, acesso em: 28 jan. 2018.

OCDE. Guidelines for fighting bid rigging in public procurement: helping governments to obtain best value for Money. Paris: 2009, disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>>, acesso em: 20 jan. 2018).

PISCITELLI, Thathiane. *Direito Financeiro Esquemático*. São Paulo: Método, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.

ROGERS, Colin; GRAVELLE, James. Future of Policing in the UK: Understanding the Economics. *Review of European Studies*, vol. 5, n. 1, 2013, disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1030.8055&rep=rep1&type=pdf>>, acesso em: 10 fev. 2018.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contrato de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/11). In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC. *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 10, n. 36, 2011, disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/44838>>, acesso em: 11 fev. 2018.