A remuneração conforme o desempenho, prevista no rdc, e sua conciliação com os paradigmas da gestão pública pós-moderna

Por: Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Por: Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União

1. INTRODUÇÃO

Dispõe o art. 10 da Lei nº 12.462/12, instituidora do Regime Diferenciado de Contratação:

> 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.

São normas do Decreto nº 7.581/11 acerca da remuneração vinculada ao desempenho:

> 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. Nas licitações de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, parâmetros de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos pela administração pública no instrumento convocatório, observado o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência.
>
> § 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.

A remuneração vinculada ao desempenho traduz, como regra geral de um regime de contratação administrativa, desafiante estímulo à eficiência, como estatuído no art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 12.462/11. No contrato que a adote, o resultado futuro é predeterminado, o que se alinha também à legitimidade como parâmetro constitucional do controle da gestão pública (CF/88, art. 70), porém certeza não há quanto ao grau de sucesso a ser alcançado na consecução desse resultado, por isto que dependerá da excelência da eficiente atuação do contratado.

O contrato que vincula a remuneração ao desempenho é aparentado do contrato de risco, em que o contratado aceita condicionar a sua remuneração - ao menos em parte - à obtenção de resultado vantajoso para o contratante. Na vinculação da remuneração ao desempenho, tal como enunciada no RDC, a vantagem para a Administração decorre do pactuado dever de remunerar o contratado (inclusive a maior, se for o caso) em medida equivalente ao resultado gerador de benefícios.

A remuneração variará de acordo com a atuação direta e exclusiva do contratado. O desempenho a ser aferido considerará, entre outras condições, metas implementadas, padrões de qualidade alcançados, economia produzida, critérios de sustentabilidade ambiental atendidos e prazo de entrega, todos objetivamente explicitados no instrumento convocatório.

A remuneração vinculada a desempenho encontra também precedente similar na Lei nº 11.079/04, que, instituindo normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas, prevê a remuneração variável segundo o desempenho do parceiro privado em seu art. 6º, § 1º ("*O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato*").

Na contratação de bens e serviços de informática e automação, é possível estabelecer-se remuneração variável conforme desempenho, tendo em vista que esses objetos podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de qualidade e desempenho e, ainda, vantagens e desvantagens relacionadas a cada solução.

Na percepção de Rafael Wallbach Schwind[1], em comentários ao art. 10 do RDC,

Nas contratações que prevejam remuneração variável , o contratado perceberá uma remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de

[1] *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. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 179-180)

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 . A remuneração variável prevista no RDC é, em última análise, um mecanismo de sanção premial, em que se põe em prática a função promocional do direito.

É importante observar que , num contrato que envolva remuneração variável , a Administração não poderá se descuidar da qualidade das prestações contratualmente estabelecidas. Há, de um lado , condições mínimas de qualidade a serem observadas pelo contratado, que devem ser suficientes para o atendimento das finalidades públicas e cujo descumprimento acarretará a imposição de sanções . De outro lado, há metas adicionais que , se alcançadas, proporcionarão vantagens ainda maiores à Administração e incrementarão a remuneração do contratado, mas cujo não atendimento não implicará a imposição de sanções.

A remuneração variável em função do desempenho do contratado é cabível na contratação de obras e serviços , inclusive de engenharia. Tem, portanto, um âmbito bastante abrangente de aplicação.

O artigo 10 da Lei 12.462 estatui que a remuneração variável pode ser estabelecida com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Não é possível prever em tese toda e qualquer hipótese que justifique o incremento da remuneração do contratado. O rol de critérios previstos no artigo 10 da Lei 12.462 é bastante amplo. A menção genérica a "metas", por exemplo, tem um alcance extremamente alargado. De todo modo, o dispositivo legal já dá algumas orientações sobre possíveis critérios.

O incremento da remuneração do contratado em virtude do atendimento de determinadas metas e padrõe s depende de uma definição prévia por parte da Administração acerca da utilidade e relevância de tais metas.

Como o atingimento de determinadas metas terá o efeito econômico de ampliar o dispêndio de recursos públicos , é indispensável que as exigên cias estabelecidas resultem em benefícios efetivos e úteis ao interesse público. Será indevida a previsão de níveis de qualidade caprichosos, que não tenham nenhuma relevância concreta . O estabelecimento de critérios desvinculados dos interesses pú blicos envolvidos somente ampliaria de forma indevida o dispêndio de recursos estatais, constituindo-se conduta irresponsável e ímproba por parte do administrador público.

Além disso, os critérios que influem na remuneração variável do contratado devem ser claros, objetivos e previamente estabelecidos no contrato – e, antes disso , no edital da licitação.

O parágrafo único do artigo 10 da Lei 12.462 estabelece que a remuneração variável será motivada. O dever de motivação se aplica tanto à adoção dessa sistemática contratual como também à fixação dos critérios que influirão na remuneração variável. Na fase interna da licitação, a Administração deverá motivar as escolhas realizadas, demonstrando que as opções consagradas no instrumento convocatório (e posteriormente no contrato) são úteis e relevantes à consecução dos objetivos públicos envolvidos.

O parágrafo único do artigo 10 da Lei 12.462 também prevê que a utilização da remuneração variável respeitará o limite o rçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

Portanto, ainda que haja incerteza quanto à remuneração efetivamente devida (uma vez que não se sabe de antemão se o contratado atingirá as metas que darão ensejo ao incremento de sua remuneração), deve haver um limite orçamentário para o dispêndio de recursos públicos – o que é uma questão de responsabilidade fiscal.

2. REQUISITOS LEGAIS MÍNIMOS E DESVIO DE FINALIDADE

A escolha e o perfil da remuneração variável terão de estar fundamentados em cada caso. Em outras palavras: seja no tocante à adoção do sistema, seja na fixação dos critérios que influirão nos cálculos da remuneração, a Administração cumprirá o dever jurídico de explicitar os motivos que legitimaram a escolha e o perfil, evidente e devida homenagem ao princípio da motivação obrigatória (Lei nº 9.784/99, art. 2º, *caput* e parágrafo único, VII). Balizará tais motivos o fato de conter-se a remuneração do contratado, necessariamente, nos limites orçamentários fixados pela Administração a cada contratação (art. 10, parágrafo único), o que, por si só, não garante efetivo bom uso do dinheiro público se o orçamento estimado não houver apreendido corretamente os preços praticados pelo mercado.

A Administração deve conhecer as características e especificações do objeto a ser contratado, levar em conta os percalços previsíveis, com os riscos que lhe sejam inerentes, capazes de afetar-lhe o prazo de execução, em face do que ordinariamente ocorre no mercado e respeitadas as limitações deste. Não há sentido, *v.g.*, estabelecer-se remuneração variável vinculada à antecipação da entrega do objeto se a Administração dosar, no instrumento convocatório, o prazo adequado à sua execução; a antecipação resultaria prejudicial à qualidade da execução. Por outro lado, caracterizaria desvio de finalidade a estipulação, no edital, de prazo além do necessário à execução, para o efeito de estabelecer-se remuneração variável vinculada à antecipação da entrega do objeto. O estabelecimento de prazo de entrega reduzido, como justificativa para a obtenção de um bônus, somente seria útil, destarte, se esse prazo se demonstrasse apto a gerar benefício adicional para os resultados de interesse público a alcançar em menor tempo. Tal, inclusive, o sentido da antecipação de pagamento prevista no art. 40, XIV, alínea "d", *in fine*, da Lei nº 8.666/93: pode a Administração antecipar o pagamento se também antecipada for a execução em relação ao prazo previsto, ensejando, então, que a Administração faça jus a desconto no preço correspondente à etapa concluída antes do prazo, a justificar que se excepcione a norma que veda o pagamento antes da execução atestada, que a Lei nº 4.320/64 impõe, como princípio, ao processo da liquidação da despesa pública em todas as esferas da federação.

3. REMUNERAÇÃO VINCULADA AO DESEMPENHO E CONTRATO DE RISCO

Com o fim de conhecer a perspectiva do controle externo na matéria, traga-se à colação, a título ilustrativo, hipótese de remuneração vinculada ao desempenho com a contratação de serviços advocatícios pela Administração, em que o contratado anui ao recebimento de determinado percentual de honorários, caso obtenha sucesso no processo (contrato de risco). Confira-se, a respeito, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

> Não discordo da unidade técnica quando aponta que a remuneração recebida pela empresa [...] foi elevada em relação ao trabalho desenvolvido. No momento das tratativas entre a CBTU e a empresa [...], não se sabia quanto tempo iria levar a conclusão do processo, nem, muito menos, qual a decisão da Secretaria da Receita

Federal. Assim, os acontecimentos futuros eram completamente imprevisíveis, tanto que o contrato previa remuneração apenas em caso de sucesso da demanda. Ou seja, **tratava-se de típico contrato de risco**.

Nesses casos, **é natural que, havendo sucesso na empreitada, a remuneração do contratado seja elevada e, eventualmente, desproporcional ao serviço prestado, pois o contratado assume, para si, todos os ônus do insucesso, adiantando despesas e arcando integralmente com os custos associados ao serviço, na expectativa de auferir o prêmio oferecido.**

Se, ao final do processo, nada fosse obtido, isto é, se a decisão da Receita Federal fosse desfavorável à CBTU ou, ainda que favorável, demorasse muitos anos, a empresa contratada poderia ter prejuízo.

Ora, para uma empresa que celebra contratos de risco, a remuneração auferida naqueles contratos em que se obtém sucesso deve necessariamente ser elevada, justamente para compensar o prejuízo incorrido nos outros contratos em que resultado pretendido é frustrado.

Também para o contratante, naqueles casos em que prepondera a incerteza de sucesso da demanda, o contrato de risco revela-se proveitoso, pois ele nada desembolsa pelo serviço prestado, somente comprometendo-se a partilhar com o contratado o eventual resultado favorável.

Por isso, **não se pode avaliar se o prêmio foi excessivo a partir de análise posterior.**

O método correto é verificar se o prêmio oferecido estava compatível com as chances de sucesso da empreitada e as dificuldades a serem enfrentadas, a partir das informações detidas pelas partes à época da celebração do contrato. Para auxiliar nessa tarefa, também deve-se perscrutar negócios similares ocorridos e a remuneração média, praticada pelo mercado.

De início, não há nos autos nenhum indício de que já se sabia de antemão o desfecho do processo administrativo, ou quando isso ocorreria. Assim, qualquer ilação de favorecimento deve ser descartada por falta de substrato probatório. Também não consta dos autos que haveria elementos que permitissem às partes, ao menos, inferir a alta probabilidade de conseguir, em curto prazo, uma decisão favorável no processo administrativo.

Assim, afastadas essas hipóteses de ilicitude do negócio, resta verificar se os honorários estavam razoáveis e compatíveis com o mercado.

Nesse sentido, mesmo em face de situação que configurava notória especialização, a CBTU teve o cuidado de proceder à seleção das propostas, havendo registro de que foram requeridas propostas de outras duas empresas, para cotejo com a proposta oferecida pela [...]. Foram apresentadas propostas das empresas [...], com proposição de honorários fixados em 25%, e [...] que pediu 28 %.

A proposta oferecida pela empresa [...], que detinha notória especialização, era a mais baixa das três, inicialmente fixada em 23,5%. Mesmo assim, a CBTU após negociação conseguiu reduzi-la para 20%, valor posteriormente considerado pela Secex como "dentro do valor de mercado dos chamados honorários de risco" (fl. 411, vp).

> Além do mais, **os contratos juntados por cópia nos volumes 6 e 7, celebrados pela [...] com entidades públicas e privadas, fixaram honorários em percentuais muitas vezes superiores a este que foi cobrado da CBTU, em 30%, 40% e até 50%**.
>
> Todos esses elementos evidenciam que os honorários fixados no contrato foram compatíveis com as peculiaridades do negócio e com a remuneração média praticada pelo mercado. (Acórdão nº 589/2004 - Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 008.746/2000-4). (os grifos não constam do original).

Resulta claro que, para o TCU, a mensuração do preço nos contratos de risco deve ocorrer na fase de apuração do valor estimado do objeto no mercado, antes do contrato, e, não, após a celebração ou ao final de sua execução. Em outras palavras: o risco há de ser demonstrado e precificado ao início do processo de contratação e não ao seu final. Impõe-se, como método, a apuração mediante pesquisa de várias fontes, observada, decerto, a natureza do objeto a ser contratado (comparação entre preços cotados por empresas do ramo, preços obtidos em contratos administrativos assemelhados pretéritos, negociação direta com a empresa que cote o menor preço, com o fim de reduzir o mais possível o índice que corresponda ao risco). Manejar-se-á a técnica integrativa da razoabilidade (valores médios de mercado), em atenção ao teor de álea inerente ao risco, inconciliável com exigência de precisão matemática.

4. PARÂMETROS DE QUALIDADE NA EXECUÇÃO DO OBJETO EM FACE DO ORÇAMENTO ESTIMADO

A remuneração conforme o desempenho não significa que o padrão mínimo de qualidade estabelecido no instrumento convocatório não será exigido do contratado, nem que o pagamento pelo que este houver executado será afastado caso não atinja as metas estipuladas pela Administração. Esse formato da cláusula de retribuição, que se deve compatibilizar com a cláusula geral da proposta mais vantajosa para a Administração (Lei nº 8.666/93, art. 3º), será adotado apenas se tal vantagem puder ser objetivamente estabelecida no edital, nos termos do art. 8º, XIV, do Decreto nº 7.581/11 – *"O instrumento convocatório definirá: […] os critérios objetivos de avaliação do desempenho do contratado, bem como os requisitos da remuneração variável, quando for o caso".* Ou seja, não se trata de não pagar se meta pré estabelecida não for alcançada, mas de pagar um bônus ao contratado caso logre atingir tal meta, respeitado o orçamento estimado para a contratação.

A fixação dos critérios que balizarão a remuneração variável incumbe à Administração. Eventual nulidade do procedimento licitatório ou do contrato administrativo celebrado, inclusive no que tange ao critério de remuneração variável adotado, não exime a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado, incluindo as despesas adicionais a que o seu cumprimento houver dado causa. Ou a remuneração variável, ao invés de fonte de atração do mercado, representaria causa de desestímulo de licitar e de contratar com a Administração, porquanto a priori impediria que Administração e empresa privada desenhassem a equação econômico-financeira a ser mantida em equilíbrio durante toda a relação contratual, mesmo nos contratos administrativos, na qualidade de garantia inarredável desses contratos (CF/88, art. 37, XXI, e Lei nº 8.666/93, artigos 58, §§ 1º e 2º, e 65, § 6º).

Averbe-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

> [...] é preciso uma atuação mais precisa do [...] no recebimento das obras sob sua responsabilidade, de modo a evitar a aceitação de serviços com qualidade deficiente. Uma das medidas necessárias para melhorar a atuação da autarquia é o estabelecimento de parâmetros mínimos para a entrega dos serviços contratados. Mostrou-se necessária, também, a definição de procedimentos adequados para o recebimento da obra, que deve contemplar a realização de ensaios técnicos em complemento à vistoria no local.
>
> Nesse sentido, mostra-se necessário determinar ao [...] que apresente ao Tribunal documento técnico contemplando **estudo sobre a inclusão de parâmetros mínimos de aceitabilidade de obras de construção, adequação e restauração de obras rodoviárias. Esse estudo deverá contemplar parâmetros relacionados a dados deflectométricos e de irregularidade longitudinal, porém não deve se restringir somente a eles, podendo incluir outros parâmetros que julgar pertinentes**.
>
> [...] além dos benefícios já destacados, esses parâmetros podem ser utilizados para a definição dos critérios a serem adotados no pagamento da remuneração variável vinculada a padrões de qualidade. Essa possibilidade está prevista para as contratações que adotem o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), estabelecido no art. 10 da Lei 12.462/2012 (Acórdão nº 328/2013, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Processo nº 030.410/2012-6) (os grifos não constam do original).

5. OS PARADIGMAS DA GESTÃO PÚBLICA PÓS-MODERNA

Jessé Torres Pereira Junior, ao prefaciar obra monográfica, os sumaria:

> [...] nas últimas décadas, ocorreu o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, projetado em todas as Cartas Fundamentais promulgadas, no curso da segunda metade do século XX, com o fim de, traçando políticas públicas cogentes que assinam ao estado obrigações de fazer e de não fazer, fixar limites que as autoridades públicas devem respeitar em face da sociedade e dos direitos fundamentais que a embalam (individuais, sociais, econômicos, ambientais)...

É nessa constitucionalização que se vão plasmando os novos paradigmas do controle jurídico da gestão pública: a efetividade dos princípios a que a administração pública deve obediência; a obrigatoriedade da explicitação dos motivos do ato administrativo; a redução da discricionariedade a controles; a processualização da atividade decisória; a responsabilidade universal dos agentes públicos, afastado qualquer nicho de irresponsabilidade; a consensualidade que vincula a ação administrativa às prioridades da sociedade objetivamente aferidas; a gestão sustentável dos bens e recursos públicos.

O movimento constitucionalista do pós-guerra deflagrou a revisão ao cunhar o primeiro dos paradigmas que passariam a reger a gestão estatal, qual seja o da supremacia da Constituição. Os Textos Fundamentais então promulgados em França, Itália, Alemanha, Espanha, Portugal - não por acaso países profundamente afetados por aqueles conflitos bélicos de 1914-18 e 1939-45 - optaram por conciliar princípios e normas, de modo a construir um modelo que invertesse a submissão da sociedade ao estado. Eis a origem das referências expressas a fundamentos principiológicos - como o da dignidade da pessoa humana -, tanto

quanto a diretrizes definidoras de políticas públicas. Tudo no evidente propósito de colocar o respeito ao homem e ao atendimento de suas necessidades essenciais (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social e assistência aos desamparados) como vetores limitadores e orientadores da autoridade estatal. Nenhuma ação de estado será legítima se os ignorar. A Carta brasileira de 1988 segue o modelo ao vincular todos os poderes constituídos do estado aos fundamentos e princípios enunciados em seus artigos 1º, 5º, 6º e 37, bem assim às políticas públicas traçadas em capítulos específicos.

O segundo paradigma, corolário do primeiro, é o da efetividade dos princípios. Os compêndios do século passado ensinavam que princípio era toda proposição geral, impessoal e abstrata a desafiar o futuro, na qualidade de norma tão só programática. Hoje, princípio continua sendo proposição geral, impessoal e abstrata, todavia com a índole de norma cogente, provida de eficácia e de sanção para o caso de descumprimento. A nenhum dos poderes da república, em qualquer das esferas federativas, é dado imaginar que os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, insertos na cabeça do art. 37 da Constituição de 1988, devam ser entendidos como mera condição - evento futuro e incerto. Devem presidir toda e cada ação de gestão estatal desde já, podendo a sua dolosa desobediência configurar improbidade administrativa, tal como previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

O terceiro paradigma é o da motivação obrigatória. A novidade não está na admissão dos motivos (razões de fato e de direito que justificam a decisão da autoridade) entre os elementos integrantes da estrutura morfológica irredutível de todo ato jurídico da administração, ao lado da competência, do objeto, da forma e da finalidade. A novidade está em que os motivos hão de ser explicitados pela autoridade quando de sua edição, de modo a propiciar o controle de sua veracidade e idoneidade para produzir resultados conformes ao interesse público, ditos almejados pela autoridade. Daí distinguir-se motivo de motivação, esta a revelação obrigatória daquele.

O quarto paradigma é o da sujeição da discricionariedade a controle. A discrição para escolher a solução adequada entre as possíveis, quando a norma de regência não a predetermina, continua sendo atributo indispensável da função administrativa, no executivo, no judiciário e no legislativo. Dela o gestor público não pode prescindir ou será colhido desarmado para alinhar prioridades aos meios disponíveis, bem como para conjurar incidentes e imprevistos. A novidade está em que a discricionariedade não confere à autoridade, no exercício da função administrativa, a faculdade de escolher qualquer das alternativas possíveis. O gestor somente será fiel à discricionariedade que recebeu da lei quando, sob pena de responsabilidade, escolher a alternativa que estudos consistentes comprovaram ser a mais adequada em face da eficiência (relação custo-benefício) e da eficácia (aptidão para produzir resultados de interesse público).

O quinto paradigma indica a sede formal onde estarão as provas de que o gestor agiu de acordo com a ordem jurídica, fundado em motivação idônea e legítima discrição. Trata-se da processualização da atividade decisória. A decisão da autoridade há de ser tomada ao cabo de um processo administrativo, no qual se levaram em conta levantamentos, relatórios, análises, propostas e pareceres que importavam à seriedade da decisão. É ao longo do processo que a decisão, uma vez percorrido o procedimento que a norma de regência haja fixado, amadurece e encontra os elementos de sua densidade e legitimação. Combate-se, com o devido processo, seja em meio impresso ou eletrônico, a improvisação, o amadorismo, a superficialidade, o personalismo.

O sexto paradigma exprime o que se convencionou chamar de consensualidade. Abriu-lhe o caminho o art. 37, § 3º, da CR/88, com a redação da EC nº 19/98, ao autorizar a lei a disciplinar formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. Desde então leis se vêm multiplicando no emprego do novel instituto, seja exigindo, como requisito de validade, audiências públicas prévias à concretização de negócios jurídicos pelo poder público, tal como na instituição das parcerias público-privadas; seja anuindo em que o Ministério Público ponha cobro a irregularidades na esfera administrativa, mediante termos de ajustamento de conduta; seja admitindo a introdução, em contratos administrativos, de cláusulas de arbitragem; seja estimulando outros métodos de composição de conflitos, tais como a conciliação e a mediação; seja animando os tribunais de contas a exercerem fiscalização concomitante, e não apenas *a posteriori*, dos atos de que se origina a despesa pública. As possibilidades são infinitas.

O sétimo paradigma é o compromisso com o desenvolvimento sustentável. Cuida-se de prover às necessidades do presente sem causar danos a serem suportados pelas gerações futuras. O pacto intergeracional tem raiz no art. 225, *caput*, da CR/88, que erige à qualidade de direito fundamental o "meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Púbico e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Tal dever será igualmente jurídico, e cobrará responsabilidades ao gestor público, na medida em que a lei torna exigível dos administradores a adoção de requisitos de sustentabilidade na contratação de compras, obras e serviços, de modo a evitar desperdícios ou uso irracional de água, ou de energia oriunda de fontes não renováveis, ou a elevar custos no tratamento de acidentes ou doenças que poderiam ser prevenidos. Em outras palavras, evitar a contratação de produtos e serviços inadequados do ponto de vista da sustentabilidade; incluir estudos de impacto ambiental nos processos decisórios em matérias que possam provocá-lo; escolher soluções compatíveis com a sustentabilidade, de preferência àquelas que, embora também viáveis, a desatendam; entender, afinal, que o custo da sustentabilidade será historicamente menor do que o custo de desprezá-la, embora este, no presente, possa parecer monetariamente inferior àquele.

Ao assim agir, o gestor público, na administração direta e indireta de qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, não se estará dispensando de cumprir os demais paradigmas: reconhece a supremacia da Constituição, dá efetividade aos princípios nela inscritos, motiva as suas decisões de modo idôneo e como resultado de um processo administrativo bem instruído e amadurecido, em consenso com a qualidade de vida ou o mínimo existencial a que tem direito todo cidadão, no presente e no futuro.

Nesse contexto, a atividade contratual da administração é instrumento decisivo para implementar as políticas públicas e manter o cotidiano das estruturas administrativas do estado, incumbidas de promovê-las com eficiência e eficácia. As cláusulas contratuais devem denotar, com clareza, os direitos e obrigações a que vocacionados os contraentes, seja a administração contratante ou o particular contratado. E ambos titulares do dever jurídico de lhes dar fiel e correto cumprimento. Não o fazer pode comprometer não apenas o funcionamento da burocracia administrativa, mas a própria consecução das finalidades de interesse público que inspiram e movem as relações contratuais da administração. (*in* Yara Beatriz Cruz de Oliveira, Dosimetria da Penalização nos Contratos Administrativos. Ed. Instituto Nacional de Gestão Pública - INGEP, Porto Alegre, 2013)

6. CONCLUSÃO

Embora a figura da remuneração conforme o desempenho contenha teor de álea que a alguns pudesse sugerir incompatibilidade com a objetividade e a impessoalidade inerentes à atividade contratual da Administração pública, os termos em que a delineia o RDC, já apreciados em manifestações do Tribunal de Contas da União no exame de casos concretos, são de ordem a afastar a suspeitosa restrição.

Não se vislumbra ofensa aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo na medida em que a aplicação da figura cumpra as premissas e os critérios técnicos estabelecidos em normas gerais, traduzidos nos respectivos projetos e editais. Até porque a adoção da fórmula depende da demonstração e da mensuração adequadas dos riscos tanto pela Administração quanto pelas sociedades empresárias que se disponham a contratar nesses termos, a todas impondo rigor de aferição, sujeitas aos mesmos riscos assim medidos e codificados em metas e bônus, nos limites do orçamento público.

A remuneração variável é uma fórmula que premia o desempenho e estimula a eficiência, compondo-se, em verdade, com os paradigmas que distinguem a gestão pública dita pós-moderna, nos estados democráticos de direito.