



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS-CCSAH
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS-DCSA
CURSO DE DIREITO

TALITA BEZERRA TORRES

**OS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA À LUZ DA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DO
DISPOSITIVO NORMATIVO**

MOSSORÓ

2022

TALITA BEZERRA TORRES

**OS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA À LUZ DA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DO
DISPOSITIVO NORMATIVO**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas, da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (CCSAH/UFERSA), como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Lizziane Sousa Queiroz Franco de Oliveira

MOSSORÓ

2022

TALITA BEZERRA TORRES

**OS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA À LUZ DA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DO
DISPOSITIVO NORMATIVO**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas, da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (CCSAH/UFERSA), como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

APROVADA EM: 28/11/2022

BANCA EXAMINADORA

Lizziane Sousa Queiroz Franco de Oliveira, Prof^a. Dr^a. (UFERSA)
Presidente

José Albenes Bezerra Júnior, Prof. Dr. (UFERSA)
Membro Examinador

Oona de Oliveira Caju, Prof^a. Dr^a. (UFERSA)
Membro Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço principalmente à minha mãe, por sempre esperar o melhor de mim e ao meu pai, por ensinar-me a trilhar meu próprio caminho.

Ao meu irmão Thales, a quem eu desejo profundamente servir de inspiração.

À Igor, por ser companheiro, me entender e ser sempre calma nas minhas tempestades.

À professora Lizziane Sousa Queiroz Franco de Oliveira, por todo o suporte oferecido e por acreditar neste trabalho.

À Ágora – Consultoria Jurídica, Empresa Júnior do curso de Direito, a qual desejo que continue crescendo e impactando a vida de mais pessoas que fazem parte deste lindo e ousado projeto.

Por fim, sou grata por todas as oportunidades que a Universidade Federal Rural do Semi-Árido me propiciou, por todas as amizades que fiz, todos os projetos que participei, todos ensinamentos que recebi e por transformar minha vida de forma positiva.

Aos ignorantes, ensinai-lhes o mais que puderdes; a sociedade é a única culpada por não ministrar a instrução gratuita e torna-se responsável pelas trevas que produz. O pecado comete-se no meio da escuridão que envolve as almas. O culpado não é o que peca, mas sim de quem produziu a sombra.

Victor Hugo, “Os Miseráveis”.

OS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA À LUZ DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DO DISPOSITIVO NORMATIVO

Talita Bezerra Torres¹

RESUMO: Em 01 de abril de 2023 a nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021 – entrará plenamente em vigor, extinguindo a Lei nº 8.666/1993, e revogando a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a Lei nº 12.462/2011 (RDC), vinculando à Administração Pública direta ou indireta vários institutos, alguns novos e outros já conhecidos. Os contratos de eficiência previsto na NLLC pelo art. 6º, inciso LIII, foram incorporados na nova Lei de Licitações e Contratos a partir dos dispositivos previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. É nesta esteira que urge ao administrador e ao aplicador do direito conhecer os institutos para saber aplicá-los da forma correta. O presente trabalho se cumpriu a explicar o que são os contratos de eficiência, regulamentado pela nova Lei de Licitações e Contratos, analisando as inovações dadas a este instituto pela Lei n. 14.133/2021 e tecer uma análise crítica sobre a sua natureza, buscando pontuar os benefícios e problemáticas que giram em torno da norma. Por fim, concluiu-se que o legislador buscou ofertar segurança jurídica ao referido instituto, em uma tentativa de despertar interesse dos meios privados e que apesar de apresentar algumas alterações, em suma, não se difere tanto do que já foi disposto nas leis anteriores.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de eficiência. Contratos Administrativos. Nova Lei de Licitações e Contratos. Eficiência. Maior retorno econômico.

EFFICIENCY CONTRACTS UNDER THE BIDDING LAW AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS: A BRIEF ANALYSIS OF THE NORMATIVE DEVICE

ABSTRACT: On April 1, 2023, the new Bidding and Contracts Law – Law n. 14,133/2021 – will come into full effect, extinguishing Law n. 8,666/1993, and revoking Laws nº 10,520/2002 (Trading Law) and nº 12,462/2011 (RDC), binding to the direct or indirect Public Administration several institutes, some new and others already known. The efficiency contracts provided for in the NLLC by art. 6, item LIII, were incorporated into the new Bidding and Contracts Law based on the provisions set forth in the Differentiated Regime for Public Procurement. It is in this wake that it is urgent for the administrator and the enforcer of the law to know the institutes in order to know how to apply them correctly. The present work was fulfilled to explain what are the efficiency contracts, regulated by the new Bidding and Contracts Law, analyzing the innovations given to this institute by Law n. 14,133/2021 and make a critical analysis of its nature, seeking to point out its benefits and problems that revolve around the norm. Finally, it

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA), campus Mossoró/RN

was concluded that the legislator sought to offer legal certainty to the aforementioned institute, in an attempt to awaken the interest of the private sector and that, despite presenting some changes, in short, it does not differ so much from what has already been provided in the previous laws.

KEYWORDS: Efficiency contracts. Administrative Contracts. New Bidding and Contracts Law. Efficiency. Greater economic return.

1 INTRODUÇÃO

Para Matos (2021), a nova Lei de Licitações e Contratos surge da necessidade de modernizar os processos licitatórios e os consequentes contratos que se encontravam engessados na Lei nº 8.666/1993. Trazendo diversas mudanças e recepcionando uma série de institutos no âmbito da Administração Pública, destaca-se o objeto da presente pesquisa: os contratos de eficiência, que nos termos do art. 6º, LII da Lei nº 14.133/21, podem ser compreendidos como contratos que objetivam a prestação de serviços (obras e fornecimento de bens), de uma maneira econômica ao contratante e que busca reduzir despesas, através da contratação de um particular.

Embora não se trate efetivamente de uma inovação – uma vez que este tipo de contrato já era previsto no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e ainda na Lei das Estatais – o tema se faz necessário, uma vez que não se tem uma discussão acalorada acerca do referido instituto (COELHO, 2019), o que pode renegá-lo ao esquecimento precoce. Outra problemática que se visualiza resultante da falta de tratamento do contrato de eficiência é a sua falta de aplicabilidade, justamente pelo desconhecimento que gira em torno desta modalidade (MATOS, 2021).

Nos termos da Nova Lei de Licitações, a celebração do contrato de eficiência ocorrerá após a conclusão do processo licitatório o qual se aplicará o critério do maior retorno econômico para a escolha da melhor proposta, gerando uma maior economia ao contratante, sendo a remuneração do contratado proporcional à economia gerada. Com base na Lei nº 14.133/21, é importante realizar uma análise que leve luz às necessidades que os entes públicos possuem, com o intuito de estimular o desenvolvimento nacional, através de linhas de raciocínios que busquem priorizar os interesses da coletividade e efetivamente traga economia nos processos realizados.

Diante do apresentado, o presente trabalho cuidará em discutir a respeito da nova Lei de Licitações e Contratos, questionando se a nova norma irá trazer algum tipo de inovação no que diz respeito aos contratos de eficiência ou se apenas faz uma assunção dos conceitos que já haviam sido disciplinados pelo RDC e pela Lei das Estatais.

Para chegar à resolução da problemática central, o primeiro tópico foi dedicado para abordar as questões externas que deram origem aos contratos de eficiência e suas inspirações. Também trata a respeito dos institutos que conferiram legalidade aos contratos de eficiência no ordenamento jurídico interno, com destaque ao princípio da eficiência, considerado o ponto alto para que o legislador brasileiro buscasse soluções que tivesse como finalidade a otimização no setor público.

No segundo tópico, buscou-se uma definição para os contratos de eficiência, com base nos preceitos legais previstos na Lei nº 14.133/2021, reunindo o que pode ser classificado como conjunto de atos que, quando visualizados no mesmo instituto, acabam por materializar o contrato de eficiência.

Por sua vez, no terceiro tópico, foi realizado uma análise comparativa entre as Leis nº 12.462/2011, nº 13.303/2016 e nº 14.133/2021, tendo como finalidade aferir possíveis similaridades ou distanciamentos e, a partir daí, criar-se uma noção sobre o que aproxima ou o que afasta os conceitos presentes em cada uma delas. Por fim, o resultado do projeto se encaminhará para suas considerações finais, trazendo as devidas constatações necessárias.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi utilizado como fonte primária a leitura da legislação, e como fonte secundária, a pesquisa doutrinária² atrelada à consulta a periódicos e sítios eletrônicos, com foco na nova Lei de Licitações³. A análise de diferentes fontes se deve ao fato da carência em existir um trabalho doutrinário ou acadêmico dedicado apenas aos contratos de eficiência⁴ sobre a vigência da Lei nº 14.133/2021.

Importante ressaltar que, durante o estudo, foi verificado se existe, nas casas legislativas, algum projeto de lei que busque alterar o texto da NLLC - especificamente sobre os contratos de eficiência -, concluindo que, até o encerramento do trabalho, inexistia qualquer projeto nesse sentido. A bem da verdade, existem questionamentos

² Pelo menos no que tange às regras gerais e aos institutos consolidados no Direito.

³ Cite-se por oportuno o trabalho do Observatório da Nova Lei de Licitações. <https://www.novaleilicitacao.com.br/>

⁴ Até a data de encerramento do presente trabalho – a saber: 27/11/2022 – nenhuma obra dessa natureza havia sido publicada.

sobre alguns pontos da Lei nº 14.133/2021, mas nenhum deles diz respeito ao conteúdo do presente trabalho.

Como restará demonstrado ao longo deste artigo, é necessário que o pesquisador da área, ao tentar entender as nuances presentes nos contratos de eficiência, consiga compreender o direito administrativo de forma ampla, tendo em vista que certas definições e abordagens não serão encontradas na nova Lei de Licitações e Contratos, tampouco na doutrina tradicional.

2 A ORIGEM DOS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA COM SUSTENTABILIDADE.

Os contratos de eficiência contam com grandes inspirações internacionais: a primeira pode ser verificada ainda na década de 1970, quando os Estados Unidos da América atravessava uma crise energética grave, momento pelo qual foi necessário se discutir meios de se obter economia atrelada à redução de consumo (JUSTEN FILHO, in COELHO, 2019).

À época do exemplo americano, o que se discutia era realmente a redução de consumo; a questão da sustentabilidade ambiental, por sua vez, não era sequer levada em consideração. O marco internacional para a discussão de temas como o desenvolvimento sustentável deu-se durante a ECO-92, realizada no Brasil no ano de 1992, que contou com a participação de 179 países (GUITARRARA, 2022).

Constata-se, neste contexto, a existência de uma movimentação internacional que visa colocar o Estado como protagonista na criação de meios de economia de recursos, sejam eles naturais ou econômicos. A seguir, será tratado sobre essa temática, de forma a compreender como essas questões estão diretamente ligadas aos contratos de eficiência.

2.1 A sustentabilidade internacional

Como será visto adiante, tem-se que o exemplo mais clássico de aplicação dos contratos de eficiência reside na geração de economia de energia elétrica. O exemplo foi citado também por Felipe Dalenogare Alves⁵ durante palestra cujo tema era “A Regulamentação da Lei n. 14.133/21 pelos municípios”. Na oportunidade, foi explicado

⁵ II Congresso Brasileiro de Licitações e Contratos. Escola Mineira de Direito. Em 27/06/2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rPPyVINIaE>.

como a Administração Pública poderia obter uma economia reduzindo as contas públicas, utilizando-se dos contratos de eficiência firmados com empresas privadas que se dispusessem a ofertar medidas de diminuição de gastos com energia elétrica.

Nesse sentido, cumpre-se destacar dois exemplos internacionais atuais: o primeiro, que trata sobre a implementação de parcerias público privadas para redução de desperdício de água e o segundo, que objetiva a economia de energia.

Importante mencionar, inicialmente, a produção do “Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento *em Brasil*”⁶, idealizado para a Corporação Financeira Internacional – IFC, Grupo do Banco Mundial. Trata-se de um documento técnico com o fito de conversar com as empresas públicas brasileiras responsáveis pela distribuição de água.

O estudo ressalta o ocaso da perda física, real e de faturamento de água, tecnicamente chamada de “*non-revenue water*” indicando que o desperdício tem impacto ambiental e econômico e que é compreensível que as estatais brasileiras não consigam eliminar totalmente o problema. No entanto, o próprio estudo indica medidas que podem ser tomadas, sendo uma delas a contratação de assessoria especializada que desenvolva projetos para redução de perda física de água. Destaca que os programas que buscam reduzir a perda de água precisam levar em consideração o valor produzido pelo volume de água economizado. Sobre a abordagem, o texto aduz:

As abordagens tradicionais para redução de perda física de água nos países em desenvolvimento consistem na celebração de contratos de assistência técnica e na terceirização de partes do projeto de redução de perdas de água. (...) Esta abordagem apresenta, em muitas situações, deficiências. A principal delas reside no fato da remuneração da contratada ser fixa e não relacionada ao sucesso do programa de redução de perdas. Além disso, muitas empresas de saneamento carecem de know-how e conhecimento para implantar os programas de redução de perdas formatados, o que reduz a utilidade da assistência técnica contratada.

Outro problema apontado por vários autores é a ausência de flexibilidade das operadoras de saneamento para alterar seus orçamentos para implantação de programas para redução de perda de água, o que normalmente é necessário, tendo em vista a dificuldade de estimar de início todas as ações necessárias à identificação e posterior redução de perdas de água. Já a terceirização de partes dos serviços dos projetos para redução de perdas de água é apropriada para trabalhos de campo como detecção de vazamentos no sistema de distribuição de água, troca de hidrômetros, atualização de cadastros dos consumidores finais e identificação de fraudes. Esta abordagem apresenta algumas vantagens em relação aos contratos de assistência técnica, quais sejam, a redução dos

⁶ Originalmente, o título em língua inglesa: Water Utilities Performance-Based Contracting Manual in Brazil – WAUPBM. O trabalho recebeu incentivo do Governo Espanhol através do Fundo Espanhol para a América Latina e Caribe. Disponível em: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/45666c30-cf76-4318-a48f-8677e1f66941/WaterUtilityBrazilPortuguese.pdf?MOD=AJPERES&CVID=j--RHJf>.

custos de prestação do serviço através de processo licitatório, maior flexibilidade para trabalho noturno e maior flexibilidade na captação de recursos adicionais. (2013)

Importante salientar que o exemplo mencionado na passagem supra poderia ser objeto de contrato de eficiência, uma vez que a Administração Pública poderia, em seu edital, determinar que deseja gerar economia de água diminuindo o desperdício durante o fornecimento da estação de tratamento até o consumidor final. Dessa maneira, a elaboração dos projetos e o monitoramento à longo prazo ficaria à cargo das empresas interessadas, gerando economia em recursos naturais e econômicos.

Na questão de redução de custos com energia elétrica, pode ser mencionado o exemplo português, que incorporou em seu ordenamento jurídico a figura dos contratos de gestão de eficiência energética, como predispõe PEREIRA⁷ em sua obra. O autor afirma que se tratam de contratos administrativos firmados entre a administração pública (contratante) e empresas de serviços de energia (contratadas) e tem por objeto a “implementação de medidas de eficiência energética nos edifícios públicos e equipamentos afectos à prestação de serviços públicos” (PEREIRA, 2012, p. 21).

De maneira superficial, pode-se afirmar que o instituto português se assemelha e muito ao contrato de eficiência brasileiro. Inclusive, o contrato de gestão de eficiência energética prevê que a remuneração à empresa contratada depende intrinsecamente da economia gerada, igualmente como ocorre no instituto brasileiro.

Os exemplos aqui expostos servem para demonstrar que, para além da economicidade, a Administração Pública deve, na constância da gestão de seus recursos, buscar meios de solucionar o problema do desperdício que, no caso da água, é um recurso natural finito. Alinhado ao princípio da eficiência, é necessário que a sustentabilidade também esteja presente na prática administrativa, com o intuito de promover melhorias para a coletividade.

⁷ PEREIRA (2012, pág. 12) ainda traz uma contextualização histórica de outros países, indicando que a busca estatal para se obter economia não é uma coisa da atualidade, vejamos: *A contratualização da eficiência energética ou da implementação de medidas de eficiência energética não é algo novo, em especial na Europa. Na verdade, as primeiras referências de empresas dedicadas a estas actividades surgem na Europa no século XIX, mais concretamente em França. Este conceito de actividade foi posteriormente transposto para os Estados Unidos da América, durante o século XX, em especial após as crises energéticas da década de 1970, com grande sucesso, sobretudo devido ao apoio governamental. No entanto, o grande desenvolvimento da contratualização da eficiência energética deu-se com a proliferação das empresas de serviços energéticos – designadas internacionalmente por ESCO (energy saving companies) – durante a década de 1980, associadas à celebração de contratos de desempenho energético (“energy performance contracts”).*

2.2 A normatização do contrato de eficiência no Brasil

No ordenamento jurídico interno, é percebido que os contratos de eficiência têm sua origem na Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. No contexto da publicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, os contratos de eficiência foram idealizados para suprir a necessidade de se obter mais economia nas contratações que eram necessárias à época. Nesse interim, é realizada a primeira definição de contrato de eficiência no art. 23 do RDC⁸.

Neste ponto, urge a necessidade da realização de um recorte contextual sobre a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas que explique a urgência em se ter meios de contratação de serviço de forma rápida e com um custo menor. Na ocasião, o Brasil sediaria diversos eventos internacionais, como a Copa do Mundo Fifa em 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016.

Anteriormente, em 23 de julho de 2009, Cristiano Tutikian publicara um pequeno texto no Portal Migalhas⁹ o qual salientava que daquele momento em diante o poder público teria muito trabalho pela frente com obras públicas, necessitando assim de novas abordagens em licitações e contratos que de fato unisse o público e o privado. Do referido texto, destaca-se o trecho a seguir:

“A correta estruturação jurídica dos grandes projetos é fundamental e deve ser elaborada com base em constante diálogo entre Poder Público e iniciativa privada. Além disso, há instrumentos a serem utilizados pelo parceiro privado, a fim de que seja garantido o equilíbrio contratual.

Pelo modelo gerencial de Administração Pública, o formalismo é substituído pelo incremento de controles de resultados. Nessa linha, por exemplo, existe a possibilidade de alterações qualitativas nos contratos administrativos, em face de situações supervenientes à contratação, hipótese em que não há limite previamente fixado na Lei de Licitações.

Para tanto, não pode haver desvirtuamento do objeto contratado e devem ser respeitados os princípios da economicidade, razoabilidade e eficiência. Cabe ao administrador público trilhar o caminho que leve à obtenção, nos limites da legalidade, dos melhores resultados, buscando soluções economicamente mais adequadas, com respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (TUTIKIAN, 2009)

⁸ Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

⁹ Copa e os Contratos Administrativos. 2009. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/89336/copa-e-os-contratos-administrativos>. Acesso em 31/08/2022.

No último parágrafo da passagem, é percebido que o autor realiza uma previsão do que posteriormente viria a ser traçado no RDC, com o justo pensamento de que o Brasil deveria, para além dos estádios necessários para realização dos jogos, desenvolver paralelamente a logística e infraestrutura de trânsito que fossem suficientes para garantir o deslocamento de equipes e torcedores estrangeiros e nacionais.

Sob a ótica legal, Tutikian, mesmo que de forma superficial, consegue atribuir um caráter permissivo à flexibilização das normas administrativas com fulcro na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, citando alguns dos princípios previstos em seu art. 37¹⁰, sendo necessária a ênfase no princípio da eficiência como principal requisito de legalidade ao instituto do contrato de eficiência.

2.3 O princípio da eficiência como base legal permissiva para a criação dos contratos de eficiência

Introduzido no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto Lei nº 200/67, o princípio da eficiência só ganhou status de princípio constitucional após sua inserção no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional de nº 19/1998. Na acepção de Marçal Justen Filho, o princípio da eficiência pode ser simplesmente definido como “(...) a utilização mais produtiva de recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados” (2016, pág. 67). Tem-se ainda a definição de Alexandre de Moraes (1999, p. 30), que corrobora com a linha de raciocínio citada, veja-se:

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Se faz importante trazer à baila também o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho (2017):

¹⁰ 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:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 78) destaca que o princípio da eficiência se externa sob dois aspectos. Para a autora,

(...) o primeiro é em relação ao modo de atuação do agente público, o segundo seria no que concerne ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Desse modo, é possível afirmar que a Administração Pública busca, com base no princípio da eficiência, realizar suas atividades de forma rápida, menos onerosa e com melhor desempenho. Contudo, há que se destacar que eficiência não é sinônimo de economia a todo custo, a bem da verdade, o que se busca é o máximo equilíbrio, como preleciona Justen Filho (2016). Assim o é porque a Administração Pública não almeja a obtenção de lucro no desenvolvimento de suas atividades, logo, a simples busca pela economia de custos não pode ser elevada de tal maneira que sucateie ou inviabilize o serviço público. Neste quadrante se espera encontrar soluções inteligentes que oportunize a junção da qualidade com a diminuição da onerosidade aos cofres públicos.

Ao delimitar os princípios norteadores do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, vê-se a presença do princípio da eficiência sendo este fator determinante ao desenvolvimento do critério do maior retorno econômico, utilizado nos contratos de eficiência (PIRONTI, 2022). Por sua vez, a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) também adota o princípio da eficiência em seu art. 5º (DI PIETRO, 2022).

Assim, mesmo que minimamente, há de se falar que o contrato de eficiência está intrinsecamente ligado à necessidade da Administração Pública em buscar meios de se obter economia e qualidade, sendo a forma encontrada pelo Poder Legislativo de se materializar tal princípio. A forma da eficiência prevista no RDC também foi adotada em todos os seus moldes pela nova Lei de Licitações e Contratos.

2.4 As ampliações da aplicação do RDC até a publicação da NLLC

Nada obstante, o legislador brasileiro de fato se debruçou sobre a necessidade em fortalecer as parcerias públicos privadas e atribuir maior flexibilidade às contratações

públicas, pelo menos para aquele período. Por este motivo, é percebido inicialmente que o RDC foi direcionado apenas para os eventos que o sucederiam, como depreende os incisos I e II do artigo primeiro da Lei nº 12.462/2011¹¹:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

Como consta no caput do artigo supra colacionado, vê-se que as regras instituídas através do RDC só seriam aplicáveis aos produtos, serviços e obras destinadas a esses eventos. Dessa maneira, a lei não mais poderia ser aplicada em outras licitações e contratações ordinárias da Administração Pública.

Posteriormente, o artigo primeiro da Lei nº 12.462/2011 foi alterado pelas Leis nº 12.688/2012 e nº 12.722/2012, as quais previam que o RDC poderia se estender, ainda, às licitações e contratos de interesse público para realização de obras e serviços de engenharia para o sistema de ensino público e ações ligadas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (MARINELA, 2013).

Às constantes ampliações do alcance do RDC, Marçal Justen Filho (2016) destacou que o RDC será usado de maneira continuada, e em nota de rodapé enfatiza que *“A tendência é evidente na própria disciplina infra legal. O Dec. 8.241/2014, que regulamenta a atuação das fundações de apoio, incorporou diversas inovações previstas no RDC”* (JUSTEN FILHO, 2016, p. 349)¹².

Paralelamente à ampliação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, tem-se ainda no cenário interno nacional a discussão de uma atualização da Lei nº 8.666/1993. Nessa esteira, foi criado através de Ato do Presidente do Senado Federal de

¹¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em 31/08/2022.

¹² À título de aprofundamento sobre as constantes alterações da aplicabilidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, destaca-se a tabela construída por Adriano Coelho (2019, p. 37/38), em dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina. Na oportunidade, o autor faz uma escala cronológica da expansão do RDC dividindo por Lei ou ato permissivo, data e atribuição.

nº 19, de 2013¹³ a Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos – CTLICON que deu azo ao Relatório Final nº 4/2013¹⁴.

O referido Relatório tinha como intento inicial de, além de atualizar a Lei de Licitações de 1993, incorporar também as Leis nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e nº 12.462/2011 (RDC). Assim, tem-se a gênese do que seria a nova Lei de Licitações e Contratos – Lei n. 14.133/2021 – publicada em 1º de abril de 2021. Ressalta-se que, apesar de já estar em vigor, a própria norma estabeleceu uma possibilidade para que os entes possam se adaptar e utilizar as Leis anteriores pelo prazo de dois anos, através de regulamentações. Ao fim desse período, ela irá vigorar de maneira completa (BRASIL, 2021).

Em conjunto às previsões legais feitas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, entrou em vigor no ano de 2016 a Lei das Estatais, que também traz uma espécie de contrato que busca garantir a eficiência sustentável na Administração Pública.

Diante do apresentado, compreende-se que o diálogo entre as fontes dos contratos de eficiência se faz necessário, pois muito embora a nova Lei de Licitações e Contratos ofereça a este instituto um maior alcance à outras esferas da Administração Pública com outras finalidades, não é um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que foi inaugurado pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas e, posteriormente, pela Lei das Estatais.

Assim, cumpre ao presente trabalho fazer um pequeno resgate sobre como se deu a gênese do instituto dos contratos de eficiência e o que há de novo na constância da Lei nº 14.133/2021 que o distingue das previsões anteriores no RDC e na Lei das Estatais.

Por fim, é correto aferir que a construção do contrato de eficiência decorre de uma influência internacional na busca pelo desenvolvimento com sustentabilidade elegendo o Estado como principal expoente dessa bandeira. No Brasil, o desenvolvimento sustentável pode ser utilizado através do princípio da eficiência e ambos podem se traduzir nos contratos de eficiência e assim alcançar seus verdadeiros propósitos.

3 A DEFINIÇÃO DE CONTRATO DE EFICIÊNCIA

¹³ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4728346&ts=1593989881341&disposition=inline>. Acesso em: 30/10/2022.

¹⁴ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4728409&disposition=inline>. Acesso em: 30/10/2022.

Os contratos de eficiência são um tipo de contrato administrativo¹⁵ que tem como finalidade a obtenção de economia por parte da Administração Pública com a redução de despesas em serviços, realização de obras e fornecimento de bens de caráter contínuo, sendo a remuneração da contratada calculada a partir do percentual de economia obtida¹⁶ (BRASIL, 2021).

Como explica Pironti (2022) o contrato de eficiência deve ser entendido, dentro dos contratos administrativos, por um conjunto de atos que tem como objetivo a otimização de recursos (econômicos, materiais ou humanos), buscando o melhor retorno econômico para a Administração Pública através da materialização do princípio da eficiência.

Importa dizer que outras nomenclaturas são atribuídas aos contratos de eficiência e estas existem porque a condição *sine qua non* para distinção do contrato de eficiência ante aos outros modelos de contrato é a utilização do critério de julgamento do maior retorno econômico. Contudo, há que se analisar o conjunto como um todo, sendo verificado que está presente o critério do maior retorno econômico para escolha da melhor proposta, juntamente com a qualidade de contrato de risco, prazos diversos ao regimento geral dos contratos administrativos e remuneração da contratada condicionada à porcentagem sobre o resultado alcançado, estará diante de um contrato de eficiência.

A questão da diversificação de nomenclatura e a necessidade de análise do contrato através dos quesitos que o compõe pode ser justificada pelas inspirações que trouxeram o contrato de eficiência até a nova Lei de Licitações e Contratos, inspirações estas que, como já comentado, residem no direito internacional e no ordenamento jurídico

¹⁵ Atualmente, inexistente na doutrina tradicional uma classificação doutrinária própria aos contratos de eficiência, porém, pode-se tecer breves comentários sobre os contratos administrativos. Marçal Justen Filho ensina que “a expressão contrato administrativo indica um gênero, que comporta espécies muito diversas entre si” (2016, p. 301), sinalizando que os contratos administrativos devem ser observados a partir de um conceito amplo, principalmente quando levamos em consideração a definição dada pela Lei 8.666/1993. O autor ainda admite que existem três espécies de contratos, sendo: os acordos oriundos da vontade da Administração Pública; os contratos administrativos em sentido restrito; e os contratos de direito privado. A Lei n. 8.666/1993, no parágrafo primeiro do seu artigo segundo, conceitua o contrato administrativo como *toda e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*.

Dá-se ênfase à frase: “*seja qual for a denominação utilizada*”, pois os atos contratuais firmados pela Administração Pública podem ganhar nomenclaturas diversas, como exemplo: convênios; acordos; termos, de modo que a natureza jurídica é a mesma independente do nome adotado (JUSTEN FILHO, 2016). Observa-se, no entanto, que o mesmo tratamento sobre a definição legal de contrato administrativo não é feita pela nova Lei de Licitações e Contratos (14.133/2021).

¹⁶ Lei n. 14.133/2021, art. 6º: Para os fins desta Lei, consideram-se:

LIII - contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada;

pátrio, através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e, posteriormente, é percebido o mesmo instituto sendo celebrado pela Lei das Estatais. Nesta última, porém, visualiza-se apenas o conceito, sem que a lei faça menção específica à expressão “contrato de eficiência”.

Cumpre-se salientar que o contrato de eficiência não seria um contrato de remuneração variável por excelência, o que se pode considerar é que: visto que a prestação feita à contratada depende da redução de custos obtida e é baseada em porcentagem a ser calculada a partir da economia gerada, a remuneração presente nos contratos de eficiência variam de acordo com os valores obtidos (SCHWIND, 2011).

Com a finalidade de tecer didaticamente alguns conceitos, será realizada a seguir uma divisão de subtópicos que tratará das características presentes nos contratos de eficiência de forma mais precisa.

3.1 Os contratos de eficiência como contratos de risco

Pironti (2022) afirma que os contratos de eficiência podem ser classificados como contratos de risco e de performance. Nesses termos, compreende-se contratos de risco como um tipo de contrato em que o contratante se exime de qualquer responsabilidade caso exista alguma falha na negociação; logo, o contratado é quem assume qualquer risco que possa ocorrer.

Ocorre que nenhum contrato pode ser tão instável que não ofereça o mínimo de segurança contratual para a ambas as partes, assim, se faz necessário se cercar de todos os cuidados disponíveis para que equívocos não ocorram (HEINEN, 2022).

Neste sentido, deverá o contrato de eficiência constar todas as implicações a ele inerentes, sem exceção, pois há que se fazer valer segurança jurídica entre as partes. Nesse interim, Cardoso (2022) julga importante que todos os riscos sejam listados para que se construa a matriz de riscos. Pelo que consta o inciso XXVII do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, a matriz de riscos se define da seguinte forma:

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de

eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

É de certo afirmar que a matriz de riscos busca separar as responsabilidades entre as partes integrantes do contrato de forma que de fato garanta a transparência e segurança jurídica (CARDOSO, 2022). No caso dos contratos de eficiência, a contratada possui uma série de responsabilidades e penalidades previstas, fazendo com que os riscos devam ser levados em consideração, uma vez que, conforme consta na nova Lei de Licitações e Contratos, compete à contratada arcar, por exemplo, com os custos de instalação do aparato que for necessário para se obter a economia prometida (BRASIL, 2021). Por sua vez, nos casos em que a economia prevista não for gerada, deverá a contratada pagar para a Administração Pública a diferença, como se depreende do art. 39, § 4º, da NLLC:

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

Em termos práticos, o contrato de eficiência também é um contrato de resultado, uma vez que a remuneração depende intrinsecamente da economia gerada. Assim, em um caso fático, se a contratada não cumprir com a redução de custos que se propôs a oferecer majorando os valores informados, esta arcará com a diferença a ser paga. Justifica-se o risco em favor da Administração Pública com esteio na noção de que as contas públicas necessitam de previsibilidade.

No que diz respeito aos contratos de performance, aduz Santanna (2010 apud Carvalho, 2022, p. 46):

Os contratos de performance garantem que uma empresa seja a única responsável pelo projeto o tempo todo. Ao contrário da construção tradicional, os proprietários que usam este modelo de contratação têm uma conexão direta por meio de uma única empresa com o designer, engenheiro e gerente de

projeto do projeto. Dessa forma, os proprietários mantêm o controle sobre o projeto.

São observadas diversas similaridades com os contratos de eficiência, previstos na NLLC. Dessas similaridades destacam-se: a) a escolha pelo critério do maior retorno econômico; b) a remuneração variável; c) a busca pela otimização e redução de custos; e d) delegação de custos à contratante.

Não se busca aqui fazer um maior detalhamento do que são os contratos de performance, uma vez que este não é o objeto do presente trabalho, o que nos compete por ora é entender quais características estão presentes nele para se chegar à conclusão de que este realmente é um contrato de eficiência por afinidade.

Pironti (2022) em artigo publicado no Observatório da Nova Lei de Licitações¹⁷ sinaliza que os contratos de eficiência podem ser chamados, ainda, de contratos de desempenho, o que não se faz jus à verdade, uma vez que os contratos de desempenho contam com definição própria sendo regulamentados pela Lei nº 13.934, de 11 de dezembro de 2019¹⁸.

Para que não se reste dúvida acerca da diferenciação entre os dois institutos, importa trazer à baila a definição de contrato de desempenho dada pelo caput do art. 2º da Lei nº 13.934/2019 – Lei dos Contratos de Desempenho – a saber:

É o acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais. Portanto, para o supervisor, constitui forma de autovinculação e, para o supervisionado, condição para a fruição das flexibilidades ou autonomias especiais.

O contrato de desempenho é de vinculação interna, sendo os sujeitos desse tipo de contratação apenas os órgãos da administração pública direta, autarquias e fundações entre si (BRASIL, 2019). Contrário ao que se verifica nos contratos de eficiência que são aplicados tanto às instituições públicas de direito público como às empresas de direito privado.

¹⁷ O princípio da eficiência e sua materialização pelo critério de julgamento do maior retorno econômico. 26/05/2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2019/10/30/o-principio-da-eficiencia-e-sua-materializacao-pelo-criterio-de-julgamento-do-maior-retorno-economico/#:~:text=Os%20contratos%20de%20efici%C3%Aancia%20s%C3%A3o,%C3%A0%20execu%C3%A7%C3%A3o%2C%20%C3%A0%20performance%20contratual.>

¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13934.htm.

Superado esse ponto, importa mencionar que ao se atribuir aos contratos de eficiência a característica de contrato de risco, mister se esclarecer que o risco em questão é direcionado para a contratada, e não para a Administração Pública, uma vez que o risco mencionado é o econômico.

Assim, antes mesmo da abertura do edital de licitação, a Administração Pública deva dispor de uma equipe interdisciplinar que possa mensurar os índices para a realização do serviço para que se construa a matriz de riscos deixando claro as responsabilidades contratuais de cada uma das partes, na tentativa de se minimizar qualquer risco que é passível de previsibilidade (BRASIL, 2021).

3.2 Da duração do contrato de eficiência

A nova Lei de Licitações e Contratos confere uma característica única aos contratos de eficiência, prevendo em seu art. 110 que eles terão duração de até dez anos nos contratos sem investimento, e de até trinta e cinco anos nos contratos com investimento¹⁹.

Por investimento, é considerado a realização de benfeitorias permanentes, feitas para se alcançar o objeto contratado, que foram custeadas pela contratante²⁰. A título exemplificativo, pode-se citar a situação ficta de uma licitação aberta para que a Administração Pública obtenha economia de energia elétrica em um determinado prédio público, através da geração de energia solar. No caso em tela, a empresa contratada teria o encargo de providenciar a compra e a instalação das placas solares na quantidade necessária para gerar a economia pretendida, movimentando recursos humanos para instalação e demais trâmites se houver. É verificado que houve emprego de logística e de investimento por parte da contratada para alcançar os níveis esperados, existindo, dessa maneira, o contrato.

De outro modo, se essa mesma empresa realizasse um estudo para que, após implementadas algumas condutas por parte da Administração Pública, tivesse a redução

¹⁹ Lei n. 14.133/2021. Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:

I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;

II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

²⁰ Tribunal de Contas da União/SP. Legislação comentada. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/legislacao-comentada/lei-14133-1o-abril-2021/110>.

desejada sem o emprego de outros atributos que lhe gerasse um custeio prévio, o contrato seria sem investimento, com a duração máxima de dez anos.

Por isso, como se vê na letra da NLLC, aos contratos de eficiência são conferidos prazos diferenciados dos demais contratos administrativos, por levar em consideração, principalmente, que à contratada deve ser concedido um período de amortização dos investimentos feitos (PIRONTI, 2022).

A questão do prazo diferenciado para amortização é uma prática bastante consolidada no setor público e privado, adotado pela NLLC. Importante mencionar que os contratos de eficiência não devem ser atrativos apenas para a Administração Pública, tendo que gerar também interesse no mercado privado para que este participe das licitações, ocasionando em mais competitividade e inovação.

3.4 Da teoria do maior retorno econômico

O julgamento pelo critério de maior retorno econômico foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através do RDC²¹, sendo atualmente previsto tanto na Lei das Estatais²² quanto na nova Lei de Licitações e Contratos²³ como principal quesito para se julgar os contratos de eficiência. Tal princípio disciplina que, para se ter a melhor proposta, o licitante deverá aplicar o princípio do maior retorno econômico.

Cumpre-se destacar que não seria uma simples economia de redução do valor do serviço, produto ou obra, a verdade é que para se chegar ao resultado do maior retorno econômico deverá ser levada em consideração o valor da economia gerada assomado à porcentagem a ser paga à contratada.

A nível meramente exemplificativo, imagine que o Município de Mossoró, no Estado do Rio Grande do Norte, tenha uma média anual de despesa com energia elétrica em um único prédio de uma escola pública, calculado em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) mensais. Com o lançamento de edital para a redução do citado montante, aparecem três propostas, que serão detalhadas ilustrativamente na tabela abaixo:

²¹ Lei n. 12.462/2011. Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

V - maior retorno econômico.

²² Lei n. 13.303/2016. Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

VII - maior retorno econômico.

²³ Lei n. 14.133/2021. Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

VI - maior retorno econômico.

Tabela 01: Propostas Licitatórias para redução de energia elétrica em uma escola do município de Mossoró/RN

EMPRESA	PROPOSTA DE REDUÇÃO	PERCENTUAL DE REMUNERAÇÃO	ESTIMATIVA GERAL
A1	R\$ 85.000,00	20%	R\$ 232.000,00
B2	R\$ 70.000,00	18%	R\$ 242.600,00
C3	R\$ 80.000,00	22%	R\$ 237.600,00

Fonte: Autoria Própria

De acordo com a tabela acima, seria escolhida a proposta da empresa hipotética A1, tendo em vista o menor valor de proposta, com o intuito de gerar maior economia. Observa-se que, uma vez que a remuneração da contratada é dada pela porcentagem onde esta já resulta do valor da economia gerada, é necessário que a Administração Pública, ao julgar a melhor proposta, sempre faça um comparativo levando em consideração as nuances e realize os cálculos pertinentes.

Sabendo-se que os contratos de eficiência tiveram sua origem no RDC, assim como o critério de julgamento pelo maior retorno econômico, institutos estes presentes na nova Lei de Licitações e Contratos. Ao se elevar tal consideração, urge questionar se há algumas mudanças entre os contratos de eficiência à época do RDC e agora sob guarda da Lei nº 14.133/2021.

4 OS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA NO RDC E NA LEI DAS ESTATAIS E AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 14.133/2021

Para analisar os contratos de eficiência, objeto deste estudo, é preciso observar as características já previstas anteriormente pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. É nesta senda que se indaga: existem diferenças entre os contratos de eficiência previstos na vigência do RDC com os agora celebrados pela NLLC?

Para chegar a uma resposta, é importante realizar uma breve contextualização de como ocorriam os contratos de eficiência na constância do RDC, sem esquecer da existência de instituto semelhante na Lei das Estatais que serão tratados separadamente nos tópicos que se seguem.

4.1 Os contratos de eficiência no RDC

Considerando que os aspectos gerais do Regime Diferenciado de Contratações Públicas já foram fartamente discutidos neste estudo, será realizado tão somente a comparação do instituto presente no RDC e do contrato de eficiência previsto na NLLC.

Muitas similaridades estão presentes no que tange à Lei nº 14.133/2021, tornando-se quase impossível se atribuir um valor de análise através da vontade do legislador, como dito anteriormente, o projeto de atualização da Lei de Licitações de 1993 teve início no Senado Federal no ano de 2013. Assim é correto afirmar que até se chegar na Lei de Licitações de 2021, transcorreram-se oito anos, período em que o Brasil passou por momentos políticos significantes como: governo Dilma (2011-2016), Impeachment (2016), governo Temer (2016-2018) e governo Bolsonaro (2019-2022).

Ao comparar o texto presente no RDC e na NLLC, é observado que a definição de contrato de eficiência permanece a mesma, com os mesmos princípios e com a utilização da regra do julgamento pelo maior retorno econômico, como também, a mesma forma de aplicação do referido julgamento. O quadro abaixo traz um comparativo entre as duas normas para que se tenha uma ideia mais fixa do grau de igualdade.

Tabela 02: Comparativos de definição de contrato de eficiência entre as Leis nº 12.462/2011 e nº 14.133/2021

	Lei nº 12.462/2011	Lei nº 14.133/2021
Previsão legal	Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato. § 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.	Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: LIII - contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada;
Critério de julgamento	Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento: V - maior retorno econômico.	Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios: VI - maior retorno econômico.
Aplicação do julgamento	Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado	Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado

exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.	exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.
--	---

Fonte: Autoria Própria

De forma simples, é possível afirmar que a nova Lei de Licitações e Contratos promoveu uma assunção dos termos já consagrados pelo RDC. No entanto, cumpre destacar que o RDC é silente em atribuir aos contratos de eficiência um prazo diferenciado de acordo com a complexidade ali existente se dividindo entre contratos com e sem investimento.

4.2 Os contratos de eficiência na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais)

A Lei das Estatais é recheada de cláusulas gerais²⁴, tendo em vista servir intencionalmente como regramento geral de norteamto e limitação para que as empresas públicas e as sociedades de economia mista baseiem seus respectivos estatutos (LIMA; BRAGAGNOLI, 2022).

Devido a isso, a Lei nº 13.303/2016 não define o contrato de eficiência, do mesmo modo direto que é visualizado no RDC e na NLLC. Na verdade, é visto um conjunto de institutos permissivos de formação contratual, nos moldes semelhantes aos contratos de eficiência. Analisando perfunctoriamente a Lei nº 13.303/2016, nota-se os institutos de aplicação do maior retorno econômico como critério de avaliação da melhor proposta, bem como as regras de remuneração variável (BRASIL, 2016).

Em entrevista à Redação Radar IBEGESP²⁵, Maryberg Braga Neto comentou que o Projeto de Lei (PL 4253/2020), que deu origem à NLLC, tem muito do RDC e da Lei das Estatais. Na oportunidade, destacou 05 (cinco) principais pontos em que a Lei nº 14.133/2021 se assemelha às outras ora citadas, a saber: regime de contratação semi-integrada e integrada; critério de maior retorno econômico e os contratos de eficiência;

²⁴ Na definição de Flávio Tartuce (2021, p. 103), são cláusulas gerais *as janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso.*

²⁵ Disponível em: <https://radar.ibegesp.org.br/nova-lei-de-licitacoes-comentada-conheca-os-principais-pontos/>. Acesso em: 16/10/2022.

regras de compliance; remuneração variável vinculada a critérios de sustentabilidade ambiental e ciclo de vida do objeto para análise de vantagem da contratação.

Das similaridades outrora listadas, destaca-se o critério de maior retorno econômico e os contratos de eficiência e, ainda, a remuneração variável vinculada a critérios de sustentabilidade ambiental, pois todos os quesitos são claramente visualizados no instituto dos contratos de eficiência previstos na nova Lei de Licitações e Contratos (BRASIL, 2021).

No quadro abaixo, faz-se um comparativo entre as normas previstas pela Lei das Estatais e, noutro lado, aquelas previstas pela NLLC:

Tabela 03: Comparativo entre as Leis nº 1.303/2016 e nº 14.133/2021

	Lei nº 13.303/2016	Lei nº 14.133/2021
Previsão legal	Art. 45. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação.	Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: LIII - contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada;
Critério de julgamento	Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento: VII - maior retorno econômico;	Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios: VI - maior retorno econômico.
Matriz de risco	Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei: X - matriz de riscos.	Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

Fonte: Autoria Própria

Na questão dos prazos, é percebido que a Lei nº 13.303/2016 não confere uma maior duração para os contratos de eficiência, justamente ao considerar o caráter de

cláusulas gerais da Lei das Estatais. Porém, observa-se um espaço deixado pelo legislador para que, quando da regulamentação interna, as estatais possam inserir prazos diferenciados a partir das necessidades e práticas administrativas de cada uma no inciso II do art. 71 que aqui se faz referência:

Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:
II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Com base na passagem acima, compreende-se que há realmente uma permissibilidade em oferecer um tratamento diferenciado no que diz respeito aos prazos dos contratos de eficiência, já que a letra da lei estipula uma exceção ao prazo ordinário de cinco anos, se a imposição desse prazo inviabilizar a realização do negócio²⁶ (BRASIL, 2016). Por sua vez, nos contratos que ocorra investimento por parte da contratada, deverá ser concedido um prazo maior para que haja uma amortização do valor inicialmente investido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção da presente pesquisa cuidou em trazer uma definição dos contratos de eficiência à luz da NLLC, bem como realizar comparativos em relação às leis que a antecederam. Através da observação do seu objeto, finalidade e forma, buscou-se realizar uma análise da norma, dada a ausência doutrinária acerca do tema.

Além disso, foi observado que as produções acadêmicas em si são escassas no que concerne o tema abordado. Apesar de diversas produções trazerem o conceito com base no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e existirem artigos que lidam de forma mesmo que indireta sobre o tema, foi necessária a produção de um trabalho que traga um entendimento pleno do instituto. Para a realização disso, foi proposto um comparativo entre a norma e o que se tinha de princípios basilares, atrelados às experiências passadas com o próprio RDC e a Lei das Estatais.

²⁶ Como comentando em outro momento, para que a contratada consiga alcançar a economia prometida, esta deverá arcar com todos os investimentos iniciais, sejam eles de qual ordem for. Nesse aspecto, observa-se que a Lei das Estatais compreende que é necessário dar à contratada um período para amortização dos esforços.

Diante do exposto, insta realizar algumas constatações necessárias acerca do tema abordado. Ao analisar os institutos e realizar os devidos comparativos, pode-se afirmar que a NLLC apenas procedeu com a assunção do conceito de contrato de eficiência e da teoria do julgamento pelo maior retorno econômico. Inclusive, o texto legal presente nos dois mandamentos jurídicos (RDC e NLLC) são idênticos.

Em relação à Lei das Estatais, o instituto só apresenta similaridade pelo conjunto de características presentes, como o contrato de risco com o objetivo de otimização de recursos (econômicos, materiais ou humanos), que busca o melhor retorno econômico para a Administração Pública através da materialização do princípio da eficiência.

Realizando um comparativo ao RDC, a nova Lei de Licitações e contratos inovou por trazer prazos diferenciados para os contratos de eficiência com base em critério de investimento de benfeitorias por parte da contratada. Da Lei das Estatais, foi verificado que a NLLC igualmente adotou a necessidade de construção de matriz de riscos, antes mesmo da elaboração do contrato.

Na praxe administrativa, o agente estatal poderá valer-se dos trabalhos acadêmicos e de juristas especializados que tratavam o tema ainda na constância do RDC, uma vez que não houve um desenvolvimento ou qualquer tipo de mudança no instituto tão significativa a ponto de alterar seu conceito central e aplicações.

De todo modo, observa-se que a nova Lei de Licitações e Contratos buscou incluir mais quesitos que oferecessem segurança jurídica à contratada de uma forma que venha a despertar mais interesse por parte do mercado privado. O que se espera é que o instituto tenha uma maior aplicabilidade quando comparado ao RDC, por ser instituto que pode oferecer economia com responsabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Victor. A origem da Nova Lei de Licitações. *[S.l.]*. ONLL - Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 18 nov. 2022.

ARAUJO, Ivson C. Contratos de eficiência ineficiente?. *[S.l.]*. Portal Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/-344933/contratos-de-eficiencia-ineficientes>. Acesso em: 28 jul. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Estatuto das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Brasília, DF: 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Lei de licitações e contratos. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021. Brasília, DF: 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Brasília, DF: 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

CARDOSO, Lindineide. Alocação de Riscos no Contrato. *[S.l.]*. Sollicita, 2022. Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=19077. Acesso em: 20 nov. 2022.

CARVALHO, Anderson Torres Martins. PARCERIAS PÚBLICAS PRIVADAS COM FOCO EM CONTRATOS DE PERFORMANCE. 2022. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração Pública, Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Ponta Grossa, 2022. Disponível em: <http://riut.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/28865>. Acesso em: 2 dez. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31.ed. Rev.Atual.Ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Adriano. Contrato de eficiência mediante o Regime Diferenciado de Contratações Públicas na perspectiva dos gestores. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração Universitária, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/215672>. Acesso em: 19 nov. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1943- Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 35. ed. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GUITARRARA, Paloma. ECO-92. *[S.l.]*. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilestela.uol.com.br/geografia/eco-92.htm>. Acesso em: 25 nov. 2022.

HEINEN, Juliano. Riscos e Incertezas nos Contratos Administrativos. *[S.l.]*. ONLL - Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/06/04/riscos-e-incertezas-nos-contratos-administrativos/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

IFC - INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento em Brasil. Washington: GO Associados, 2013. Disponível em: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/45666c30-cf76-4318-a48f8677e1f66941/WaterUtilityBrazilPortuguese.pdf?MOD=AJPERES&C-VID=j--RHJf>. Acesso em 02 set. 2022

LIMA, Arthur; BRAGAGNOLI, Renila. A aplicação analógica da Nova Lei de Licitações e Contratos para as licitações regidas pela Lei das Estatais. [S.l.]. GVP Parcerias Governamentais, 2022. Disponível em: <https://www.parcerias-governamentais.com.br/aplicacao-analogica-da-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-para-as-licitacoes-regidas-pela-lei-das-estatais/>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo / Fernanda Marinela – 7. Ed – Niterói: Impetus, 2013.

MATOS, Marilene Carneiro. O contrato de eficiência na Nova Lei de Licitações. [S.l.]. Jornal de Brasília, 2021. Disponível em: <https://jornaldebrasilia.com.br/blogs-e-colunas/questao-direito/contrato-de-eficiencia/>. Acesso em: 27 out. 2022.

MONTORO, Isabela. Nova lei de licitações prevê contrato de eficiência. Entenda os termos. [S.l.]. Radar IBÊ, 2020. Disponível em: <https://radar.ibegesp.org.br/nova-lei-de-licitacoes-preve-contrato-de-eficiencia-entenda-os-termos/#:~:text=Como%20funciona%20o%20contrato%20-de,economia%20gerada%2C%20de%20forma%20proporcional>. Acesso em: 29 set. 2022.

MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo / Marçal Justen Filho. – 12. ed. rev., atual. e ampl.. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Paulo Pinto. Os contratos de gestão de eficiência energética: natureza jurídica e regime substantivo. 2012. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15713/1/Tese%20CGEN%20%20PPP%20-%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

PIRONTI, Rodrigo. O princípio da eficiência e sua materialização pelo critério de julgamento do maior retorno econômico. [S.l.]. ONLL - Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2019/10/30/o-principio-da-eficiencia-e-sua-materializacao-pelo-criterio-de-julgamento-do-maior-retorno-economico/#:~:text=O%20julgamento%20por%20maior%20retorno,obtida%20na%20execu%C3%A7%C3%A3o%20do%20contrato>. Acesso em: 30 out. 2022.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia / José Anacleto Abduch Santos; prefácio de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). *In*: Justen. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, out. 2022. Disponível em: https://www.justen.com.br/-pdfs/IE56/IE56-rafael_rdc.pdf. Acesso em: 4 nov. 2022.

SOUZA, HÉCTOR RAFAELL SANTANA DE. O princípio da eficiência nas contratações do Regime Diferenciado de Contratação e da Lei das Estatais. 2017. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/24062>. Acesso em: 2 set. 2022.

Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Vinicius Alves Ribeiro coordenadores. - - São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único / Flávio Tartuce. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil, vol. 3 – Contratos / Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TUTIKIAN, Cristiano. Copa e os contratos administrativos. *[S.l.]*. Portal Migalhas, 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/-89336/copa-e-os-contratos-administrativos>. Acesso em: 3 set. 2022.

ZYMLER, Benjamin. ALVES, Francisco Sérgio Maia. A nova Lei de Licitações como sedimentação da jurisprudência do TCU. *[S.l.]*. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinioao-lei-licitacoes-jurisprudenciatcu#:~:text=A%20nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20como%20sedimenta%C3%A7%C3%A3o%20da%20jurisprud%C3%Aancia%20do%20TCU&text=Como%20%C3%A9%20de%20conhecimento%20geral,feira%20\(1%C2%BA%2F4\)](https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinioao-lei-licitacoes-jurisprudenciatcu#:~:text=A%20nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20como%20sedimenta%C3%A7%C3%A3o%20da%20jurisprud%C3%Aancia%20do%20TCU&text=Como%20%C3%A9%20de%20conhecimento%20geral,feira%20(1%C2%BA%2F4)). Acesso em: 7 out. 2022.