

Contrato de Desempenho e Organização Administrativa



Paulo Modesto
Professor

Em 14.9.1998, no seminário *A Nova Organização Administrativa*

, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (São Paulo/SP), proferi conferência sobre o tema “Contrato de Gestão”. Na ocasião, levei um texto escrito, pois falaria para professores e, simplesmente, não havia trabalho jurídico algum escrito no Brasil sobre o tema, ao menos à luz da Emenda Constitucional n.19, publicada poucos meses antes (5.6.1998). Entre 1995 e 1998 ocupei as funções de assessor especial do MARE para a reforma da administração. É certo que existia um livro publicado pela ENAP, de 1993, que reuniu administradores da França e do Brasil para debater aspectos gerenciais e políticos do assunto, mas sem qualquer abordagem jurídica. Não publiquei o texto da palestra imediatamente. Foi um erro e uma ingenuidade — no ano imediatamente seguinte, perplexo, li vários fragmentos do texto inédito da palestra em artigos e livros de terceiros, sem qualquer referência à fonte. Para maior espanto ainda, li dois parágrafos inteiros do meu trabalho em nova edição de um famoso manual publicado por autor morto, atualizado por algum discípulo abusado. Na sequência, a indústria do plágio teve curso com trabalhos de maior extensão, e plagiários foram sendo plagiados por outros plagiários.

Esse episódio, além de aprendizado, provocou desconforto e me afastou do tema por muito tempo, salvo uma ou outra referência a fragmento do texto da palestra escrita em outros trabalhos que publiquei ([\[1\]](#)), pois o original da palestra nunca foi publicado. Afinal, se o publicasse, corria o risco de ser considerado o plagiador, salvo se os registros orais da conferência estivessem arquivados.

Esse trauma acadêmico somente foi vencido em 2008-2009, quando fiquei responsável por redigir a versão base do capítulo sobre contrato de gestão para o anteprojeto da comissão de professores incumbida de elaborar uma nova proposta de lei geral de organização administrativa para a União. A Comissão, sem remuneração, trabalhou por dezoito meses e realizou quinze encontros de discussão, com ampla autonomia. Foi instituída pelo Ministério do Planejamento (Portaria 426, de 6.12.2007, alterada pela Portaria 84, de 23.4.2008), com os seguintes integrantes: Maria Sylvia Zanella di Pietro (Presidente), Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sunfeld, Maria Coeli Simões Pires, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira. Todos os temas foram debatidos e contaram com contribuições de todos os professores, mas capítulos específicos foram distribuídos aos integrantes para formulação de texto de referência. Ao final dos trabalhos, em 2009, diante da riqueza do anteprojeto e de sua abrangência, sugeri que publicássemos imediatamente um livro explicando os diversos capítulos e seções do anteprojeto, com cada relator escrevendo sobre o tema em que atuou mais diretamente ([2]). Foi quando finalmente publiquei um ensaio dedicado especialmente ao tema contrato de gestão, que na comissão foi apelidado de “contrato de autonomia”, assim batizado pela abertura do texto constitucional (artigo 37, §8º) e para evitar a confusão do texto proposto com o contrato de gestão adotado pela Lei 9.637, de 15-5-98, que possui outra lógica e outra finalidade.([3])

O Poder Executivo, que inicialmente recebeu com entusiasmo o texto do anteprojeto, passou a ser pressionado por órgãos vários, interessados em manter o *status quo*. O texto continuou a ser debatido na Academia, transformou-se em tema de discussão em mestrados e doutorados, e o livro recebeu uma segunda edição, mas o anteprojeto estacionou em alguma gaveta do Governo Federal. Curiosamente, vários artigos do anteprojeto passaram a ser incluídos em leis estaduais e até em projetos de leis federais, a demonstrar que as ideias inovadoras do anteprojeto encontravam eco e respondiam a necessidades de seu tempo.

Em 2016, pelas mãos seguras do Senador Antonio Junho Anastasia, o capítulo referente ao “contrato de autonomia” do anteprojeto foi destacado e apresentado como Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 459. Na versão original do projeto do senador Anastasia, esse conjunto de enunciados foi apresentado como destinado a regulamentar o artigo 37, § 8º, da Constituição Federal e dispor sobre o contrato de desempenho dos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta. Debatido e aprovado com ampla maioria no Senado e na Câmara dos Deputados, o PLS 459, renumerado na Câmara para 10217/18, foi sancionado e converteu-se na *Lei 13.934/2019*, publicada em 12.12.2019.

A *arquitetura do instituto* é a mesma do anteprojeto apresentado em 2009, alterando-se apenas a nomenclatura do acordo para “contrato de desempenho”, segundo a mesma definição central do anteprojeto de 2009:

“Contrato de desempenho 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.” (artigo 2º da Lei 13.934/2019; artigo 2º, do PLS 459, de 2016; artigo 27, §1º, do Anteprojeto/2009).

Essa definição abrangente é complementada por outra mais específica e técnica, estabelecida na sequência, com a redação idêntica tanto no anteprojeto de 2009 quanto no projeto do Senado de 2016 e na lei aprovada:

“O contrato de desempenho constitui, para o supervisor, forma de autovinculação e, para o supervisionado, condição para a fruição das flexibilidades ou autonomias especiais.” (artigo 3º da Lei 13.934/2019; artigo 3º do PSL 459/2016 e artigo 27, §2º, do Anteprojeto/2009).

Permanece na lei aprovada, como constava também dos projetos e anteprojeto que a antecederam, o *realce ao aspecto do controle* a ser exercido pelo órgão supervisor como veículo de *duas faces* : a) condição para a fruição de benefícios para a entidade ou órgão supervisionado; b) parâmetro vinculante para o exercício do controle administrativo. Em outro dizer: o contrato de desempenho no sistema brasileiro comparece como *forma de parametrização do controle (veículo de redução da discricionariedade) e estabelecimento de regimes especiais administrativos para órgãos e entidades submetidas a graus mais específicos de apuração do desempenho*.

A grande novidade – semelhante em alguns aspectos a inovações pouco desenvolvidas no instituto das Agências Executivas – é que a regulamentação do contrato de desempenho autoriza para amplo segmento de entidades e órgãos *mecanismo flexível para modificar-se o regime de funcionamento e vinculação de órgãos e entidades públicas mediante um simples ato administrativo de aprovação do acordo*. O acordo em si não é inovador da ordem jurídica ou equivalente à lei, mas funciona como mecanismo de enquadramento da entidade em regime jurídico especial, abstratamente e previamente assinalado em lei, ou em regulamento, nesta última hipótese quando em causa matéria legitimamente sublegal.

A celebração do contrato de desempenho não estabelece uma *alforria ao regime de legalidade*. Ao *contrário*: o contrato de desempenho detalha e parametriza o controle, com indicação mais precisa dos resultados esperados e dos parâmetros de qualidade a serem seguidos, em perfeita coerência com o regime da legalidade. Mas, enquanto é cumprido, serve de condição para o ingresso do órgão ou entidade em regime jurídico-administrativo específico, estabelecido a partir da lei ou, quando cabível, em regulamento.

O *elemento de flexibilidade* conferido deve ser *abstratamente* admitido em lei e, sem embargo disso, resultar *concretamente* da celebração e manutenção de contrato de desempenho especificador de controles mais específicos de resultado. É certo que o “contrato”, que a própria lei define como “acordo”, não confere competência de controle a quem não a possui. Os controles também devem ter base legal, mas ganham com o contrato de desempenho maior *determinação e operacionalização*, a partir da fixação clara de *objetivos, metas e indicadores de qualidade*, que funcionam como *índices ou referenciais objetivos* e comparativos para o exercício da supervisão administrativa ou controle hierárquico.

É esse o nó górdico da Lei 13.934/2019. Por não ter sido de iniciativa do Poder Executivo, mas resultado de iniciativa parlamentar, a lei aprovada não incluiu rol abrangente de flexibilidades aplicáveis em matéria gerencial, orçamentária e financeira, elemento fundamental para incentivar a implementação do instituto. Nasce a lei incompleta, bem articulada como *instituto de parametrização do controle* (redução da discricionariedade no exercício do controle hierárquico e da supervisão administrativa), porém insuficiente como veículo para o ingresso da entidade ou órgão signatário em *regime jurídico especial favorável*, mais flexível ou autonomizante quanto a aspectos destacados no §8º do artigo 37 da Constituição Federal. É fácil exemplificar: não pode prever a lei a criação de bônus para servidores, de natureza eventual, vinculado ao cumprimento do contrato, a título de prêmio de produtividade, sem incorporação à remuneração, em razão de economia de despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, conforme autoriza a Constituição (artigo 39, §7º)([\[4\]](#)), ou pelo alcance dos resultados pactuados (artigo 28, I, b, do anteprojeto/2009), pois violaria a iniciativa privativa do Poder Executivo (artigo 61, § 1º, II, da CF), conquanto o tópico “remuneração de pessoal” esteja previsto expressamente no §8º, III, do artigo 37 da Constituição; não estabeleceu o impedimento ao contingenciamento administrativo de verbas essenciais ao cumprimento do contrato de desempenho (autorização para o supervisionado promover o empenho integral das despesas relacionadas à execução do contrato), sob o argumento, bastante discutível, de afronta ao artigo 167, da Constituição; igualmente recusou-se a contemplar previsão de simplificação da programação orçamentária, com previsão de remanejamento administrativo de dotações entre ações específicas, respeitadas as metas pactuadas, bem como a adoção de procedimentos próprios de contratação, ou a elevação dos parâmetros de valor máximos de modalidades licitatórias, já admitidos, os primeiros, para segmento da administração pública em atividades de ciência, tecnologia e inovação (artigo 167, §5º, da CF) e, os segundos, com elevação dos percentuais definidores das modalidades de licitação, para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista e por autarquia ou fundação pública qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas (artigo 24, § 1, da Lei 8666/1993, alterada pela Lei 12.715, de 2012). É dizer: na análise conjugada do §8º do artigo 37 e do artigo 167 da Constituição, o Congresso foi ortodoxo e pouco ofereceu para a ampliação da autonomia orçamentária, gerencial e financeira das entidades, deixando de realizar o programa constitucional do §8º, do artigo 37, da Constituição em grau elevado.

As previsões constantes do artigo 6º da Lei 13.934, de 11 de dezembro de 2019, em especial a flexibilidade quanto a definição de estrutura regimental, sem aumento de despesas, conforme os limites e as condições estabelecidos em regulamento; ampliação de autonomia administrativa quanto a limites e delegações relativos a) celebração de contratos; b) estabelecimento de limites específicos para despesas de pequeno vulto; c) autorização para formação de banco de horas, são claramente decisões de natureza sublegal, que poderiam ser adotadas independentemente da aprovação da lei e pouco sinalizam para um regime jurídico administrativo especial realmente motivador para entidades e órgãos públicos ingressarem no regime do contrato de desempenho. Conclua-se: é preciso completar e desenvolver a lei aprovada e estabelecer *legislação efetivamente experimental em matéria de organização administrativa*, que permita romper a uniformidade quando razões de interesse público o recomendem, mesmo que por períodos limitados de tempo, com vistas a incrementos de produtividade e resultado na área pública([\[5\]](#)).

A Lei 13.934/2019 restringe a sua aplicação, por igual, aos órgãos e entidades da União. Mais ainda: deixa de fora as empresas estatais e sociedades de economia mista, limitando-se a administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais. O Projeto de Lei do Senado (PLS) 459 era abrangente, predispondo-se a regulamentar o artigo 37, § 8º, da Constituição Federal.

Esse modo de dispor, embora frustrar objetivos relevantes do §8 do artigo 37, que é abrangente, evidencia que de matéria contratual não se trata, mas de acordo administrativo sujeito à disciplina autônoma a ser desenvolvida por qualquer ente federativo, sem necessidade de aprovação de novas normas gerais prévias da União em matéria de licitação e contratação.

A voz contrato, nos termos do artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, assinala exclusivamente que o vínculo a ser estabelecido deve apresentar natureza voluntária e consensual, sendo útil para ampliar aspectos da atuação de órgãos e entidades administrativas, sem possuir conotação sancionadora ou restritiva. Trata-se de relação entre *sujeitos de direito*, independentemente de serem pessoas jurídicas ou não, por aí figurarem como *centros parciais de imputação*, pontos de confluência de normas jurídicas, na dicção precisa de Lourival Vilanova ([6]). Trata-se de vínculo que ao mesmo tempo parametriza o controle administrativo e apresenta caráter premial, constituindo um incentivo ao cumprimento de metas de desempenho por órgãos e entidades signatárias.

A Lei 13.934/2019 é um avanço, mas precisa ser completada, na União, e renovada e ampliada nos Estados e Municípios. O seu esqueleto é firme; falta a substância do regime jurídico especial e um pouco mais de ousadia para renovar velhas formas de exercício do controle e de atuação no âmbito da organização administrativa. Reformar e melhorar o desempenho do setor público permanece um desafio atual e de interesse de todas as unidades da Federação.

[1] Ver, em especial, MODESTO, Paulo. Agências Executivas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 75-84, abr. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46649/44475>>. Acesso em: 18 Dez. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v228.2002.46649>.

[2] MODESTO, Paulo. (Org.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009; 2ed, 2010.

[3] MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da administração pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: Modesto, Paulo (org.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Minas Gerais, Ed. Fórum, 2009, pp.113-169. O texto completo do ensaio não foi divulgado na internet. No entanto, fragmentos desse texto mais amplo foram publicados em dois artigos mais sintéticos:

MODESTO, Paulo . Autovinculação da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público* , v. 29, p. 9-22, 2010. Na internet: <https://www.academia.edu/1035236> ; MODESTO, Paulo. Contrato de Gestão no Interior da Organização Administrativa como Contrato de Autonomia. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 30, p. 59-89, 2010. Na internet:

<https://www.academia.edu/1063377>

[4] artigo 39, § 7, da Constituição Federal: “ Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[5] Sobre experimentalismo normativo e sua importância crescente no direito contemporâneo, ver RANCHORDÁS, S. *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: A Comparative Perspective*. (Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014; RANCHORDAS, Sofia e ROZNAI, Yaniv, *Time Matters: How Time Shapes Law and Regulation* (August 10, 2019). S.Ranchordas & Y. Roznai (eds), *Time, Law, and Change: An Interdisciplinary Study* (Hart, 2020) (forthcoming); University of Groninge Faculty of Law Research Paper No. 37/2019. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3442785> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3442785>

[6] VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 273. Em termos expressivos, sintetiza LOURIVAL VILANOVA: “A divisão de poderes importa numa repartição de funções a órgãos diferentes. Os órgãos se tornam, em *centros parciais de imputação*, pontos de referência de um complexo de normas (e seus respectivos suportes fácticos). Os órgãos carecem de personalidade *própria*: a personalidade total do Estado sobrepõe-se-lhes. Mas a cada órgão é distribuído um feixe de atribuições, de faculdades, de deveres e de meios disponíveis, para a execução de suas funções. Esse plexo de direitos/deveres (para dizer numa fórmula abreviada) é *competência repartida*. Há uma individualidade em cada órgão, uma diferenciação formal e material, indispensável para demarcar as *relações jurídicas interorgânicas*.”

Date Created

19/12/2019