

COMISSÃO DE TRABALHO, DE ADMINISTRAÇÃO E DE SERVIÇO PÚBLICO

PROJETO DE LEI Nº 10.217, DE 2018

(PLS 459/2016)

Regulamenta o contrato referido no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, denominado “contrato de desempenho”, no âmbito da administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais.

Autor: Senador ANTONIO ANASTASIA

Relator: Deputado TIAGO MITRAUD

I - RELATÓRIO

O Projeto de Lei nº 10.217, de 2018, regulamenta o contrato referido no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, denominado “contrato de desempenho”, no âmbito da administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais.

O PL foi recebido em 10/05/2018, oriundo do Senado, que o submeteu à revisão da Câmara dos Deputados.

Foi despachado às Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público - CTASP e Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC, sujeito à apreciação conclusiva pelas Comissões, com tramitação em regime de prioridade.

No dia 20/03/2019, fui designado Relator da proposição.

Encerrado o prazo regimental, não foram oferecidas emendas ao projeto.

É o Relatório.

II - VOTO DO RELATOR

A esta Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público compete apreciar a proposição quanto aos aspectos referentes ao Direito Administrativo em geral, consoante disposto no art. 32, XVIII, alínea “o”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Para fins de contextualização, cabe explicitar que, a partir da Reforma do Estado de meados da década de 1990, tomou forma no plano da administração pública brasileira um novo instituto, denominado *contrato de gestão*.

A matriz do contrato de gestão brasileiro parece ser a francesa¹, que surgiu a partir dos seguintes instrumentos: *contratos de programa*, *contratos de empresa*, *contratos de plano* e *contratos de objetivos*. Tais instrumentos foram sendo implementados paulatinamente, tendo como objetivo aumentar a eficiência e promover o alinhamento dos órgãos vinculados ao Estado às diretrizes do governo. Os contratos de programa tinham o declarado fim de pactuar o enquadramento das empresas públicas francesas no programa de governo, em troca de ampliação de sua autonomia. Já os contratos de empresa buscavam reestruturar e adequar as empresas públicas de setores monopolizados, como o de transportes ferroviários. Era a tentativa de tornar competitivo um serviço que não tinha competição.

Estas experiências parecem ter sido bastante exitosas em solo francês e inspiraram os teóricos brasileiros da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, que tinham também a intenção de melhorar a eficiência e qualidade dos serviços públicos, implantando novas técnicas e modelos, com vistas à superação da crise do Estado.

Todavia, se estas técnicas não encontraram problemas do ponto de vista administrativo para sua implantação, do ponto de vista jurídico já não se pode dizer o mesmo. Isto porque o direito administrativo francês tem tradição jurisprudencial, ao passo que o brasileiro é amplamente positivado em

¹ Sobre o assunto, conferir o artigo **Anotações sobre o contrato de gestão**, de Alexis Vargas, contido na Revista Debates da FGV Saúde, Volume 1, 1º semestre de 2006.

plano constitucional e infraconstitucional, sendo um dos seus pilares o princípio da estrita legalidade, que, como regra, impede o administrador de fazer o que não esteja expressamente autorizado por lei.

Portanto, é certo de que o modelo de “contratualização” francês encontra dificuldades de aceitação nos planos doutrinário e jurisprudencial nacionais.

A partir da Emenda Constitucional nº 19/98 (a Emenda da Reforma do Estado), duas são as espécies de contrato de gestão, dispostas em nosso ordenamento positivo, cujos objetos e fins não se confundem.

Há o contrato de gestão firmado entre o poder público e os administradores de órgão e entidades da Administração Direta e Indireta (doravante chamado de *contrato de desempenho*), e há o contrato firmado entre órgão da Administração Pública e entidade da sociedade civil, qualificada como Organização Social.

O contrato de desempenho tem matriz constitucional (art. 37, § 8º, CF/88) e opera somente dentro da administração pública; o outro tem respaldo na legislação ordinária (Lei nº 9.637/98) e regula a relação do Estado com um terceiro, que deve ser uma entidade sem fins lucrativos, dentre outros requisitos.

Para os fins deste Parecer, nos ocuparemos apenas do contrato de desempenho.

Este contrato visa conferir maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira aos órgãos e entidades da administração direta e indireta, e tem por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, **respeitando à lei**, que deve dispor sobre:

- I- o prazo do contrato;
- II- os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III- a remuneração do pessoal.

É exatamente esta lei, reclamada pela Constituição, que vem a ser objeto do PL nº PL 10.217/2018, de autoria do Senador Antonio Anastasia (PLS nº 459/2016, na origem).

Antes de adentrar ao mérito do PL, devemos tecer algumas considerações, oriundas do posicionamento da doutrina publicista a respeito do contrato de desempenho.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro² assevera que todos os contratos de desempenho devem conter, no mínimo:

I – a forma como a autonomia será exercida;

II - metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido no contrato;

III - controle de resultado.

É o controle de resultados que orienta a Administração Pública quanto à conveniência ou não de manter, rescindir ou alterar o contrato.

Aliás, a natureza “contratual” deste instituto é bastante discutida, pois: a) o órgão da administração que firma o contrato (Ministério, Secretaria, Agência, Comissão etc.) em geral não tem personalidade jurídica; b) o contrato é firmado entre órgãos que compõem a *mesma pessoa jurídica*; e, por fim, não se pode falar em interesses opostos, ou seja, não há sinalagma³, mas sim um interesse convergente, que é a busca da melhor prestação do serviço ou atividade pública.

E a doutrina vai mais longe.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ aponta as seguintes distorções no instituto delineado pela Emenda Constitucional nº 19/98: a) os órgãos da administração direta *não têm autonomia, logo não há como ampliá-*

² No livro **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e parceria público-privada**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

³ *Sinalagma* significa uma relação de obrigação contraída entre duas partes, onde cada uma condiciona a sua prestação a contraprestação da outra. Em Direito, o melhor exemplo é o contrato oneroso (contrato de compra e venda de um terreno, por exemplo, onde o vendedor só transfere o registro no Cartório de Imóveis se o comprador pagar um valor em dinheiro).

⁴ A este respeito, ver Celso Antonio Bandeira de Mello, no **Curso de Direito Administrativo**, 27ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2010, pág. 235.

la; b) estes contratos de desempenho seriam inexecutáveis, pois os *órgãos do Estado são o próprio Estado*, e não se admite haver contrato consigo próprio; c) por fim, a dificuldade de promover a responsabilização (civil, administrativa, penal e política) dos agentes que os firmarem, pois estes não teriam a capacidade *a priori* de firmar este contrato.

Conclui Bandeira de Mello que o dispositivo constitucional inserido pela EC 19/98 (§8º do art. 37), "deve ser *considerado como não escrito* e tido como um momento de supina infelicidade em nossa história jurídica, pela vergonha que atrai sobre nossa cultura, pois não há acrobacia exegética que permita salvá-lo e lhe atribuir um sentido compatível com o que está na própria essência do Direito e das relações jurídicas."

O Professor Jessé Torres Pereira Júnior⁵ pondera que "as partes de qualquer contrato devem ter personalidade jurídica para contratar e disponibilidade para fazê-lo. Se tiver a lei coarctado competências, não será, certamente, por contrato que poderão ser ampliadas. De outra parte, por evidente não necessita a Administração, que já tem hierarquia sobre determinados órgãos, de qualquer contrato de gestão. Além do mais, não será possível - e nunca - os direitos e deveres dados por lei serem modificados por contrato."

Tais críticas são contundentes e partem de renomados juristas, doutos em Direito Administrativo. Servem para demonstrar como o tema da *modernização do Estado* divide opiniões, não apenas no meio político.

Sem embargo, ousaremos tecer algumas ponderações sobre as críticas relatadas.

Em nosso sentir, não é correto dizer que estes contratos não podem alterar a configuração padrão dos direitos e deveres de entidades públicas. Isto porque estes direitos e deveres tem seu fundamento direto na Constituição Federal, que é assim denominada porque "constitui" o Estado, dando-lhe forma e conteúdo; e dela decorrem leis, decretos autônomos, regulamentares etc.

⁵ Na obra *Da Reforma Administrativa Constitucional*. São Paulo: Editora Renovar, 1999, pág. 172.

Ora, se a própria Constituição autoriza esta forma de agir - a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira através de contratos que tem limites definidos na legislação - não há como impedir que seus efeitos jurídicos fluam naturalmente.

Dito de outro modo: não é porque a doutrina publicista adota a chamada *teoria do órgão*⁶ que o legislador e o administrador a ela terão de se submeter implacavelmente.

A Carta Política delineia um regime de autonomia gerencial, orçamentária e financeira para os entes da administração direta e indireta. E prevê que esta autonomia poderá ser incrementada mediante um instrumento jurídico que tem suas balizas em lei. Esta lei, por sua vez, determina o limite a que estes contratos podem chegar no cumprimento deste papel que lhes foi destinado pela Constituição.

Assim, não restam empecilhos de ordem legal para que se reconheça o valor jurídico deste incremento de autonomia, pois não há óbices à abertura de exceções ou regras especiais mediante a edição de outra lei (ou diploma legal de hierarquia equivalente).

Por outro lado, as críticas feitas à terminologia “contrato”, embora pertinentes, pois a noção moderna de contrato envolve sinalagma, não têm força suficiente para retirar do instituto a sua validade jurídica, e por uma simples razão: se a Constituição, sendo a Lei Suprema, diz que aquilo é um contrato assim deve ele ser chamado, mesmo que se tenham reparos (merecidos) quanto a esta opção terminológica.

O Direito não existe para o exclusivo deleite dos juristas. Se assim fosse, o legislador restaria de mãos atadas.

⁶ Por inspiração do jurista alemão Otto Gierke, foi instituída a **teoria do órgão**, e segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes. A característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, **a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence**. Há, pois, uma **relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e outras pessoas, e uma relação interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence**. (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2018, pág. 13, com grifos nossos).

O Direito sofre injunções da Administração, da Política e da Economia, que se articulam com os institutos jurídicos para aprimorar o funcionamento da sociedade e do Estado.

Se esta figura ímpar, denominada contrato de desempenho (ou de gestão), tem papel importante na teoria da administração pública e isso já foi reconhecido em nível constitucional, o dever do jurista é acomodá-la no ordenamento.

Os franceses, que criaram esta prática, sempre a chamaram de contrato. A nossa Constituição apenas replicou a nomenclatura já consolidada.

Adentremos ao **mérito** do PL nº 10.217/2018.

O art. 1º nomeia o novo instituto por “contrato de desempenho”, o que é salutar, para diferenciá-lo do “contrato de gestão”, já amplamente utilizado na administração pública e regulamentado pela Lei nº 9.637/98⁷. E o dispositivo também fixa o âmbito de incidência da norma proposta, deixando claro que ela será aplicada também a este Congresso Nacional e ao Poder Judiciário da União.

O art. 2º define *contrato de desempenho*, *meta de desempenho* e *indicador de qualidade*, bem como alude às chamadas *flexibilidades ou autonomias especiais*, que seriam a contrapartida recebida pelo órgão supervisionado caso cumpra as metas de desempenho fixadas pelo órgão supervisor. Tais metas devem prever resultados mensuráveis de forma objetiva e por determinado período.

No art. 5º, o PL explicita os objetivos principais do contrato de desempenho, dentre os quais merecem destaque: facilitar o controle social sobre a atividade administrativa; estabelecer indicadores objetivos para o controle de resultados e o aperfeiçoamento das relações de cooperação e supervisão; fixar a responsabilidade de dirigentes quanto aos resultados.

O art. 6º do projeto especifica quais as flexibilidades e autonomias podem ser conferidas ao supervisionado pelo contrato de

⁷ A diferenciação dos institutos já foi vista acima.

desempenho, ou seja, o que o órgão supervisionado “ganha” se cumprir as metas fixadas no contrato de desempenho. Um exemplo seria a autorização para que os servidores lotados no órgão supervisionado pudessem fazer banco de horas. Outro seria o estabelecimento de limites específicos para a realização de despesas de pequeno vulto.

Por sua vez, o art. 7º estabelece as cláusulas obrigatórias no contrato de desempenho, das quais merecem relevo: estimativa dos recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros; sistemática de acompanhamento e controle, contendo critérios, parâmetros e indicadores a serem considerados na avaliação do desempenho; **penalidades aplicáveis aos responsáveis**, em caso de falta pessoal que provoque descumprimento injustificado do contrato; condições para revisão, prorrogação, renovação, suspensão e rescisão do contrato; **prazo de vigência, não superior a 5 (cinco) anos nem inferior a 1 (um) ano**.

O art. 8º versa sobre as obrigações dos administradores do órgão supervisionado, dando enfoque à necessidade de aprimoramento com controle interno.

No art. 9º, o PL faz uma inversão e dispõe sobre as obrigações dos administradores do órgão supervisor, dos quais destacamos a obrigação de assegurar os recursos e meios necessários à execução do contrato, **incluindo, na proposta de lei orçamentária anual a ser encaminhada ao Congresso Nacional, os recursos orçamentários nele previstos**.

E o que acontece na hipótese de as metas não serem atingidas? Quem nos responde são os arts. 10 e 11 do PL, que cuidam sobre a suspensão e sobre a rescisão do contrato de desempenho, respectivamente.

Chama a atenção o fato de que o contrato poderá ser extinto por *acordo entre as partes* ou por *ato unilateral do supervisor*, se o desempenho do supervisionado for ruim.

O art. 12 estabelece *vacatio legis* de 180 dias, a fim de permitir maior ciência por parte da administração pública federal acerca do novo instituto que o PL pretende inserir no ordenamento jurídico.

O PL nos parece conveniente e oportuno, já que, no momento, o art. 37, §8º, não tem eficácia plena, sendo necessária a edição de lei que discipline o regime especial do contrato de desempenho.

Basta pensarmos que mais de duas décadas já se passaram desde a entrada em vigor da EC 19/98, que reclamou a lei objeto deste PL.

Assim, o PL, além de suprir lacuna existente há mais de 20 anos, vem conferir segurança jurídica ao tema dos contratos de desempenho.

No que tange à flexibilização das regras constitucionais orçamentárias e financeiras propostas no PL, não se vislumbra mácula ao art. 167 do Texto Magno, pois há que se entender que decorre de autorização do próprio texto constitucional (art. 37, §8º), sempre lembrando a lição comezinha de que não existe hierarquia entre normas constitucionais.

Chama a atenção o fato de que a CF/88 expressamente dispôs que a lei que regulamentar o §8º do art. 37 deverá dispor sobre a **remuneração do pessoal** (art. 37, §8º, III).

Dando cumprimento à norma constitucional, na redação original do PL ora analisado, havia a previsão de autorização para concessão de bônus para servidores, de natureza eventual, vinculado ao cumprimento do contrato, a título de prêmio, sem incorporação à remuneração (art. 6º, I, do PLS 459/2016)⁸.

Todavia, na CCJ do Senado, esse dispositivo foi tido por inconstitucional, por vício de iniciativa, e excluído da proposição. Alegou-se que a previsão de concessão de bônus à remuneração de servidores públicos apenas poderia ser apresentada pelo Presidente da República.

Dessa forma, o PL nº 10.217/2018 está, por assim dizer, incompleto, pois não cuida do tema remuneração do pessoal.

Todavia, assiste razão à CCJ do Senado quanto ao vício de iniciativa por ela detectado, o que nos aconselha a evitar de emendar o PL para suprir a lacuna.

⁸ Vide ficha de tramitação da proposição original. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4349096&ts=1553260919873&disposition=inline>. Acesso em 4/4/2019.

Assim, sem embargo das críticas dos juristas e da falta de regulamentação da remuneração do pessoal, pode-se dizer que o PL é digno de chancela nesta Comissão, por permitir a efetivação do modelo gerencial de administração no setor público **federal**, tal como preconizado pela Reforma do Estado. O art. 1º deixa claro que a Lei é aplicável apenas à órbita federal. E nem poderia ser diferente, sob pena de violação ao pacto federativo.

Por essas razões, este Relator vota pela **APROVAÇÃO INTEGRAL** do Projeto de Lei nº 10.217, de 2018.

Sala da Comissão, em de de 2019.

Deputado TIAGO MITRAUD

Relator