

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

SEGURO-GARANTIA EM OBRAS PÚBLICAS

Walmor F. Molin Neto

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de [17.10.2020]

1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante

A pesquisa objetiva analisar o seguro-garantia sob o enfoque do fortalecimento das contratações e execuções de obras públicas. Para tanto, será abordado o regime jurídico do instituto à luz da legislação em vigor e do projeto de lei n.º 1.292-F de 1995 que visa o aperfeiçoamento das normas gerais de licitação e contratação.

O cenário brasileiro de obras públicas reforça a necessidade de aprimoramento dos contratos administrativos, especialmente de construção. O Tribunal de Contas da União – TCU indicou no diagnóstico (acórdão 1079/2019) a existência de 14 mil obras públicas paralisadas, os quais já foram investidos pelo menos 10 (dez) bilhões de reais. Nesse levantamento, apenas, foi considerado a base de dados da Caixa Econômica Federal – CEF, Ministério da Educação – MEC, Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, Programa de Aceleração do Crescimento – PAC e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte – DNIT.

A Administração Pública necessita do particular para realizar suas obrigações perante a sociedade. É imprescindível que o objeto do contrato seja adequadamente concluído pelo particular-contratado para que o Estado desempenhe seus deveres e competências previstos na Constituição Federal.

Um instituto da qual a Administração Pública pode se valer para minimizar o risco de prejuízos gerado pelo particular-contratado consiste na garantia contratual, o qual “se destina a reduzir riscos e incertezas quanto à satisfação do crédito eventualmente titularizado pela Administração Pública” (JUSTEN FILHO, 2019).

Assim, o seguro-garantia consiste numa modalidade de garantia a ser prestada pelo contratado. A doutrina define o seguro-garantia como o “contrato firmado entre o particular contratado e instituição seguradora, pelo qual esta última compromete-se a arcar com o risco de eventos danosos, relativos à inexecução da prestação devida à Administração Pública.”. (JUSTEN, 2019)

A Lei n.º 8666/1993 dispõe que as modalidades de garantias podem ser exigidas de forma discricionárias pela Administração Pública. Ou seja, fica a critério do gestor exigi-la do particular. Caso exigida a garantia pela Administração Pública, o contratado poderá optar pelos

tipos previsto na lei, sendo eles: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública (inc. I); seguro-garantia (inc. II); e fiança bancária (inc. III), conforme incisos do §1º do art. 56.

Ainda, é permitido à Administração Pública exigir garantia em montante de até 5% (cinco por cento) sobre o valor do contrato, ressalvada a hipótese de obras e serviços de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros, no qual o limite poderá ser elevado para até 10% (dez por cento), conforme previsão dos parágrafos 2º e 3º do art. 56.

O regime jurídico aplicável às garantias contratuais, especificamente a modalidade seguro-garantia, não propicia ambiente favorável para a seguradora assumir a obra e concluí-la. A prática reside em pagar a multa – limitada a 10% sobre o valor do contrato – e se eximir do cumprimento da obrigação principal do contrato.

No entanto, o projeto n.º 1.292/1995 objetiva a modernização da Lei de licitações e contratos, de modo a revogar a Lei geral n.º 8.666/1993, a Lei de instituição e regulação do Pregão n.º 10.520/2002, e alguns dispositivos da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC n.º 12.462/2011.

O projeto prevê mudanças a respeito dos limites da garantia, bem como o regime jurídico do seguro-garantia. Houve mudança substancial em relação as obras e serviços de engenharia de grande vulto – aquelas com valor acima de 200 milhões de reais – eis que poderá ser exigido seguro-garantia em até 30% (trinta por cento) sobre o valor do contrato. Previu-se, ainda expressamente a cláusula de retomada, hipótese em que a seguradora poderá concluir o objeto do contrato direta ou indiretamente mediante a contratação de outro particular.

A despeito de alguns avanços, alguns pontos do projeto de lei, acima mencionado, foram alvos de críticas (Paschoa, André; Rocha, Silvio; 2020), principalmente em torno discricionariedade envolvendo a garantia contratual, eis que não se tornou impositiva sua exigência. A respeito dos percentuais exigidos a título de garantia, houve pouca alteração, a não ser para obras de grande vulto que restou limitada em até 30% (trinta por cento) sobre o valor contrato.

Com foco nesses temas intrincados que a presente pesquisa pretende se desenvolver. A discricionariedade da Administração Pública na exigência de garantia, as limitações dos percentuais da garantia sobre o valor do contrato, a cláusula de retomada, a possibilidade disjuntiva da seguradora (cumprir ou não a obrigação principal) serão analisados a fim de verificar a racionalidade jurídica e econômica acerca do regime jurídico do seguro-garantia.

Além disso, é preciso analisar o comportamento do instituto nos EUA, eis que o instituto foi criado e desenvolvido nesse país, sendo sua compreensão e uso mais maduro em relação a prática Brasileira. Assim, o regime jurídico do *performance bond* denota-se importante para se ter um paralelo frente a legislação nacional.

Para tanto, recorreremos ao trabalho de caráter exploratório com pesquisa doutrinária e normativa e, a fim de demonstrar a realidade do instituto das garantias, especialmente em relação ao seguro-garantia, recorreremos à análise de casos prático. Dito isto, aponta-se que a

proposta de pesquisa, pretende avaliar o grau de efetividade da configuração normativa do seguro-garantia perante a lei em vigor e o projeto de lei.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

A pesquisa pretende adotar os seguintes quesitos no desenvolvimento do trabalho:

Quesito 1. Tratamento do tema nos EUA.

Quesito 2. Diferença no emprego entre *performance bonds* (EUA) e seguro-garantia (BR).

Quesito 3. Regime jurídico aplicável as garantias contratuais e a modalidade seguro-garantia.

Quesito 4. Incentivos para a adoção do seguro-garantia (seguro-garantia vs. outras modalidades de garantia).

Quesito 5. Problemas recorrentes na contratação e acionamento do seguro-garantia.

Quesito 6. Os percentuais de garantia previstos na Lei 8666/1993 e PL 1292/1995 são adequados para mitigar os riscos de inadimplência do contratado (tomador)?

Quesito 7. Qual a racionalidade da proposta legislativa contida no PL 1292/1995 no que tange ao protagonismo do Seguro Garantia como forma de fortalecimento das contratações públicas?

3. Fontes de pesquisa e formas de acesso

Tendo em vista que o trabalho assume caráter exploratório, a fonte de pesquisa será a legislação, artigos, livros e, no que for pertinente ao tema tratado, casos práticos no âmbito de processos administrativo e judicial.

Além do estudo de fontes nacional, será abordado a doutrina estrangeira, principalmente estadunidense, vez que o instituto tratado é originário e utilizado massivamente naquele país.

4. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

As garantias dos contratos administrativos é tema de extrema importância para o campo da infraestrutura. Especialmente em virtude do processo legislativo em andamento, o estudo do seguro-garantia, se tornou ainda mais pertinente, devido sua aptidão de incrementar a eficiência das contratações públicas.

A Administração Pública necessita se proteger de eventual insucesso do contratado, sendo que o sistema de garantia adotado no Brasil somente propicia mitigar o risco de inadimplência da multa prevista para o descumprimento contratual e não propriamente a conclusão satisfatória do objeto principal.

Assim, mesmo recebendo o valor da multa, a Administração Pública necessita realizar outro processo licitatório a fim de selecionar outro particular para o término da obra ou serviço.

Intui-se que a prestação de garantia no patamar de 5% a 10% sobre o valor do contrato, às vezes, não cobre sequer os custos envolvidos nos certames licitatórios.

Somente um adequado sistema de garantia e efetiva regulação da cláusula de retomada seria condizente com o cenário Brasileiro. E o único instrumento viável para a Administração se proteger amplamente dos malefícios causados pelo inadimplemento do contratado consiste no seguro-garantia, em razão da possibilidade da seguradora assumir a obrigação principal do contrato de modo a concluí-lo satisfatoriamente.

Não obstante, a garantia exigida em face do contratado representa um custo financeiro em que ao final é repassado à própria Administração. Igualmente, elevados custos de garantias podem gerar efeitos anticoncorrenciais, resultando em aumento de custos.

Percebe-se, portanto, que o estudo sobre o seguro-garantia deve, necessariamente, investigar com profundidade suas nuances jurídicas e econômicas a fim de apresentar uma adequada compreensão sobre o tema.

5. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

A experiência do autor na Procuradoria Geral do Município de Curitiba como assessor jurídico, e posteriormente como advogado em favor de empresas licitantes, proporcionou uma experiência em dois ângulos sobre o tema.

A partir da experiência vivenciada, o autor reuniu diversos questionamentos e reflexões que buscará compactar nesse trabalho a nível e rigor acadêmico.

6. Bibliografia preliminar

AUD-TCU. Nota pública. 2018. Disponível em: <<http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Nota-Pu%CC%81blica-sobre-PL-1292-Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7o%CC%83es-e-Contratos-seguro-garantia-com-cla%CC%81usula-de-retomada.pdf>>. Acesso em: 26.07.2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.079/2019. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 15.05.2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1079%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=10f72b50-ce9e-11ea-8cde-4f6e3755c7d6>>. Acesso em: 25.07.2020.

CBIC. Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas. Agência CBIC, Brasília, 2018. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Impacto_Economico_das_Obras_Paralisadas.pdf>. Acesso em: 25.07.2020.

GALIZA, Francisco. Uma Análise Comparativa do Seguro Garantia de Obras Públicas. 29 ed. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros Gerais, nov. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: RT, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Garantia contratual em contratos de concessão de serviço público. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). Direito da Infraestrutura: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 205-221.

KATZ, Avery Wiener. An Economic Analysis of the Guaranty Contract. University of Chicago Law Review, Vol. 66: Iss. 1, Article 2, 1999. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol66/iss1/2/>>. Acesso em: 24.07.2020.

LAAN, C. R. van der. Reformulação da Lei de Licitações e Contratações Públicas: fragilidades na proposta de uso de seguro-garantia como instrumento anticorrupção. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, setembro/ 2016 (Texto para Discussão nº 206). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 24.07.2020.

MPF. Nota técnica ao projeto de lei n. 6814/2017 (lei geral de licitações e contratos administrativos). Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%20ao%20Projeto%20de%20Lei%206814.pdf>>. Acesso em: 27.05.2020.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas. 'Performance bond' e 'surety bond' como instrumento de regulação e concreção de políticas públicas para o desenvolvimento nacional após a operação lava-jato. Revista do Direito. vol.1, n.54, 2018.

PASCHOA, André; Rocha, SILVIO. Contrato de seguro-garantia e seus efeitos na execução de obras públicas – notas sobre o projeto de lei de licitações. Revista da AGU, v. 19, n.03, p. 19-40. 2020.

PEREIRA, Adilson Neri. Seguro de garantia de obrigações em contratos administrativos: a iniciativa privada e a alternativa pública. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

POLETTTO, Gladimir Adriani. O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica. Rio de Janeiro: Funenseg, 2003.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64303/62514>>. Acesso em: 24.07.2020.

RUSSEL, Jeffrey S. Surety Bonds for Construction Contracts. American Society of Civil Engineers (ASCE), 2000.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular nº 477, de 30 de setembro de 2013. Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências. Rio

