

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

Sabrina Nunes Gonçalves Queiroz

SEGURO GARANTIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

**ITUVERAVA
2018**

SABRINA NUNES GONÇALVES QUEIROZ

SEGURO GARANTIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação Educacional de Ituverava, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Professor Doutor Wander de Bortoli Pereira

**ITUVERAVA
2018**

SABRINA NUNES GONÇALVES QUEIROZ

SEGURO GARANTIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

**Trabalho de Conclusão de Curso para
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Fundação Educacional de Ituverava.
Faculdade Dr. Francisco Maeda.**

Ituverava, 27 de Setembro de 2018.

Orientador (a): _____
Prof. Dr. Wander de Bortoli Pereira

Examinador(a): _____
Prof. Christopher Abreu Ravagnan

Examinador(a): _____
Prof. Giovana Estela Vaz dos Santos

DEDICATÓRIA

Dedico esse Trabalho de Conclusão de Curso primeiramente a Deus sem ele não teria vencido, a minha Família, Marido e Amigos sem eles eu não teria suportado toda essa pressão, eles sempre acreditaram em mim e nós meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por ter guiado e cuidado do meu caminho nesses cinco anos, por todas as minhas conquistas, por ouvir minhas orações e por ter me dado conhecimento e um entendimento que é de precioso espírito, por uma fé que até então eu não sabia que existia em mim.

Aos meus pais, José Carlos e Andréa, aos meus irmãos Bruno e Ellen, e a minha família por sempre acreditarem em mim e deram todo apoio e amor necessário. Agradeço a Deus por vocês existirem.

Ao meu Marido Jônatas que esteve ao meu lado nessa jornada, com toda paciência e compreensão, por sempre me incentivar e acreditar em mim, por me dar segurança e me fazer acreditar que eu seria capaz de estar aqui.

Ao meu orientador Prof^o Dr^o Wander Bortoli Pereira, que é um excelente profissional, e totalmente dedicado ao seu trabalho, obrigado por tudo principalmente por ter me escolhido como orientanda. Obrigada por me mostrar que eu seria capaz de conquistar tudo aquilo que sonhei. Sou grata por ter tido o prazer de conviver todo esse tempo que foi essencial para o meu trabalho. Obrigada por todas as orientações, pois foram elas que me trouxeram aqui hoje. Saiba que levarei tudo que aprendi nesse tempo dentro do meu coração, te desejo tudo de melhor dessa vida e que Deus te ilumine e te guie sempre.

Aos meus queridos professores, por todos os ensinamentos, paciência e dedicação composta por esse corpo docente, que nessa longa caminhada sempre fizeram de tudo por nossa formação profissional.

Aos profissionais da direção, biblioteca, administração e limpeza que sempre tiveram disposição e dedicação para conosco, muito satisfatório ter convivido com todos nessa trajetória da minha vida.

“Ao bacharel não basta mais o simples “conhecer leis”, mas necessita “pensar” o direito (...)”

Dr. Paulo de Tarso Oliveira

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de identificar como a Performance Bond (seguro garantia) diminui os riscos de inadimplemento nos contratos administrativos de obra, de fornecimento de bens e de prestação de serviços, além de trazer a história de seu surgimento. Em seguida, são feitas considerações dos Estados Unidos desde a sua promulgação original pelo Heard Act, em 1894. A análise dos aspectos regulatórios e concorrenciais da Performance Bond no contexto de sua utilização nos contratos administrativos no Brasil considera o impacto à concorrência na licitação resultantes da exigência da apólice, a concentração econômica do setor de seguros no Brasil e o modelo de supervisão adotado pela Superintendência de Seguros Privados (Susep). Assim com esse tipo de seguro poderá existir a possibilidade de combater a corrupção perante a Administração Pública do País, analisando os riscos financeiros e técnicos das empresas contratadas. Conclui-se que a Performance Bond reduz os riscos de inadimplemento nos contratos garantidos, mas sua funcionalidade decorre de um equilíbrio frágil, alcançado através da combinação de práticas setoriais e de supervisão com um desenho normativo adequado, sendo seu maior aliado o combate a corrupção em obras e serviços públicos.

Palavras-chave: Seguro garantia. Contrato administrativo. Licitação.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to identify how Performance Bond (insurance guarantee) reduces the risks of default in the administrative work contracts, the supply of goods and the provision of services, in addition to bringing the history of its emergence. Next, the United States makes its views since its original promulgation by the Heard Act in 1894. The analysis of the regulatory and competitive aspects of Performance Bond in the context of its use in administrative contracts in Brazil considers the impact on competition in bidding resulting from policy, the economic concentration of the insurance industry in Brazil and the supervisory model adopted by the Superintendency of Private Insurance (Susep). Thus, with this type of insurance, there may be the possibility of combating corruption before the Brazilian Public Administration, analyzing the financial and technical risks of contracted companies. It is concluded that Performance Bond reduces the risks of default in the guaranteed contracts, but its functionality stems from a fragile balance achieved through the combination of sectoral and supervisory practices with an adequate normative design, being its greater ally the fight against corruption in works and public services.

Keywords: Insurance guarantee. Administrative contract. Bidding.

LISTA DE FIGURA

Figura 1. Seguro garantia.....	40
---------------------------------------	----

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DESCRIÇÃO DA PERFORMANCE BONDS: SEGURO GARANTIA E SUA HISTÓRIA	13
2.1 Heard act	19
2.2 Miller act (1935).....	20
2.3 Modalidades de performance bond e seus procedimentos à execução da apólice nos EUA	22
3 A PERFORMANCE BONDS NO BRASIL: SEGURO GARANTIA NO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	26
3.1 Modalidades do seguro garantia: seus procedimentos à execução da apólice no Brasil....	32
3.2 Seguros garantia no Brasil em obras públicas.....	33
4 LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	35
4.1 Projeto de Lei do Senado nº 274, de 2016.....	36
4.2 A contratação de performance bond nas contratações de licitações públicas.....	37
4.3 Casos envolvendo a corrupção no dinheiro público brasileiro.....	38
4.4 Algumas obras que não foram terminadas no Brasil.....	40
4.5 Como é o segmento do seguro nas seguradoras.....	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS.....	45
ANEXOS.....	47

1 INTRODUÇÃO

Quando tratamos de obras públicas, o tema *performance bond* (seguro garantia) insere-se dentre os instrumentos jurídicos que merecem uma análise séria e aprofundada, por ser utilizada largamente em países desenvolvidos como o EUA entre outros.

Em uma delimitação, no Brasil ela é praticamente inexistente devido aos limites muito baixos de cobertura impostos pela legislação, de 5 a 10%, enquanto nos EUA, país em que tal instrumento surgiu, sua cobertura frequentemente ultrapassa os 100% do valor do contrato.

Porque uma busca pela eficiência na aplicação de recursos públicos é uma grande discussão nas pautas jurídicas e econômicas, especialmente no Brasil, país que ainda busca traçar seu caminho de desenvolvimento econômico e social. Apesar das peculiaridades de nosso sistema legal, o estudo de mecanismos utilizados em outros países que alcançaram essa maior eficiência é não somente recomendável, mas necessário. Atualmente, a inadimplência parece ser a regra nas contratações públicas de obras em nosso país.

Mais muitas são as recomendações e objetivos listados para que esta situação mude, mas dentre elas estão alterações nos sistemas de incentivos, melhora nas fiscalizações e na certificação de empresas aptas a executar a obra, e contratação de seguros. Estes pontos são diretamente afetados pela contratação da Performance Bond, que pode ser definida como uma espécie de seguro-garantia que garante o adimplemento de um contrato de licitação pública. Inicialmente apresentei algumas considerações sobre a Performance Bond, no que exatamente ela consiste e qual a sua natureza jurídica.

Em cada capítulo busquei fundamentar a história, problemática e solução para o tema, no segundo e terceiro capítulo discorrei sobre as legislações brasileira e americana, respectivamente, isto é, de que forma a Performance Bond é tratada nos dois países, desde sua origem histórica, o que permitiu traçar um quadro comparativo das diferenças de cada ordenamento jurídico, o que afeta o funcionamento das instituições e da gestão e governança na Administração.

No último capítulo discorrei a Licitação Pública e os contratos administrativos na licitação, buscando mostrar o fundamento de existir a Performance Bond em nosso ordenamento jurídico como prioridade em obras e prestações de serviços, para o fim da corrupção. Buscando uma melhor fiscalização, obras concluídas, e respeito com o dinheiro público a fim de voltar a confiar nos contratos e não mais temer que o dinheiro seja desviado para contas particulares, a fim de enriquecimento ilícito.

O debate público sobre uma mudança na legislação brasileira para que a Performance Bond passe a ser efetivamente utilizada nas obras públicas vem ocorrendo com frequência, de

modo que é relevante estudarmos, sob o ponto de vista econômico-jurídico, quais as consequências da utilização deste instrumento. Este trabalho busca fomentar a questões de garantia absoluta em comparação com outros países, para uma melhor performance nos contratos de licitações, de modo a negativar de vez a maior fonte de corrupção vista de modo cultural em nossos países, obras efetivamente concluídas, e ao fim de lavagem de dinheiro.

2 DESCRIÇÃO DA PERFORMANCE BONDS: SEGURO GARANTIA E SUA HISTÓRIA

Seguro Garantia conhecido mundialmente por **Surety Bond**¹ ou **Performance Bond**², é um seguro destinado aos órgãos públicos e às empresas privadas com o objetivo de garantir o fiel cumprimento das obrigações contratuais estipuladas pelas partes. Nos órgãos públicos, o Seguro Garantia é usado nas garantias de manutenção de licitação e do fiel cumprimento de contratos. Já nas empresas privadas o seguro encontrasse nas relações contratuais feitas com terceiros que deseja anular ou mitiga o risco de descumprimento com seus fornecedores, prestadores de serviços, etc.

O Seguro Garantia foi se desenvolvendo em razão da complexidade das relações contratuais e da necessidade de minimizar as contingências quanto ao possível não cumprimento contratual; ou seja, o mercado impôs as suas próprias regras para o surgimento e o desenvolvimento deste ramo de seguro. Aliás as regras de mercado são responsáveis por outros instrumentos contratuais que outrora também eram denominados de atípicos; como exemplo: *leasing*³, *factoring*⁴, *franchising*⁵, *know-how*⁶ (GALGANO, 1993, p.62 apud POLETTTO, 2003, p.39).

Segundo Siqueira (2013, p. 17) a origem do Seguro Garantia nos remete a idade antiga e está vinculada à origem do instituto fiança. Historicamente as fianças ou avais foram conhecidos pelos povos antigos e utilizados muitos anos antes de Cristo. Os romanos são destaque quando se pensa em garantia contratual, pois entre eles existia a palavra “*ad promissor*” que significa “garante”, ou seja, aquele que garante alguma coisa. Já na idade contemporânea, mais especificamente no ano de 1840, houve em Londres a criação da primeira seguradora especializada para operar com esse tipo de negócio, chamada ***The Guaranty Society of London***⁷. Exatamente 40 anos depois, em 1880, foi criada a primeira

1 Obrigação de garantia, vínculo de garantia. (google tradutor)

2 Bond de desempenho, vínculo contratual, garanti a conclusão satisfatória de um projeto por um contratado. (google tradutor, https://en.wikipedia.org/wiki/Performance_bond)

3 Locação. (google tradutor)

4 contrato pelo qual um comerciante ou industrial cede, total ou parcialmente, a uma instituição financeira créditos de vendas feitas a terceiros, em troca do pagamento de certa comissão, assumindo a instituição o risco do não recebimento dos créditos.(dicionário google)

5 Franquia (dicionário google)

6 Saber-como, conhecimento contratual (Google tradutor)

7 A Sociedade Garantia de Londres. (google tradutor)

seguradora americana a comercializar os chamados *surety bonds (Fidelity and Casualty Company of New York*⁸). (GRIFOS NOSSOS)

A *performance bond*, ou seguro-garantia de obras, é uma espécie de seguro-garantia surgido nos EUA na segunda metade do século XIX. Constitui um tipo específico e atípico de seguro que garante que um contrato de construção será executado satisfatoriamente em conformidade com os padrões de quantidade, qualidade e prazo ali estabelecidos. A *performance bond* garante que o projeto construtivo será executado ainda que surjam circunstâncias desfavoráveis no curso da execução contratual. Neste caso, a seguradora se responsabilizará pelo pagamento indenizatório dos danos advindos de qualquer inadimplemento ou, simplesmente, pelo término do serviço, seja pela contratação de uma construtora, seja pela execução direta da obra.

A *performance bond*, portanto, é instrumento contratual que estabelece uma garantia a partir de uma relação tripartite, da qual é parte o contratante, ou segurado (*principal*); a seguradora (*surety*); e o contratado, ou tomador do serviço (*obligee*). No caso de obras públicas, a seguradora garante ao Estado (segurado) que a empreiteira licitante (tomadora) honrará com as cláusulas de sua proposta. O beneficiário da apólice do seguro é o Estado, mas quem assume a obrigação sobre o serviço segurado é a empreiteira contratada.

Poletto (2003, p.40), descreve que o Seguro Garantia além de ser substanciado pelas regras de mercado, foi também contemplado por alguns regulamentos e normas específicas, e é **socialmente típico**, sendo assim, sempre de forma específicas constituem as condições gerais para a operacionalidade do ramo e outras a alguns setores de sua atuação servem como objeto de regulamentação direta e normas (Grifos Nosso)

Gomes (2016, p. 9), trás em seus estudos que a responsabilidade da seguradora é secundária, ou seja, surge somente caso o tomador do serviço incorra em ato que signifique sua inadimplência.

É secundária, mas não subsidiária. A subsidiariedade implica que o devedor subsidiário deve responder pela obrigação caso o principal não o faça, mas é condição *sine qua non*⁹ que o devedor primeiramente acione o principal. Portanto, o devedor subsidiário só responde depois de acionado o devedor principal (FIUZA, 2010, p. 337).

Segundo Schubert (2003, p. 48 apud GOMES, 2016, p. 9),

⁸ Fidelidade e Companhia de acidentes de Nova York (google tradutor)

⁹ Termo em latim que significa indispensável, essencial (Dicionário google)

[...] a relação tripartite do seguro-garantia implica em responsabilidades mútuas entre as partes. Dessa forma, o contratado, ou tomador do serviço, tem o dever de performance nos termos do contrato. O contratante, ou segurado, tem o dever de adimplir o contrato até o seu final, incluindo o pagamento de acordo com os termos contratuais, seja para o contratado, seja para a seguradora, caso esta assuma a obra. A seguradora tem o dever, junto ao segurado, de agir de acordo com os termos do seguro-garantia em caso de inadimplemento do contratado. Por fim, a seguradora tem o dever de determinar se o contratado está inadimplente, de cumprir com os termos do seguro-garantia e de eventual obrigação de indenizar, ao passo que o contratado deve cooperar com qualquer investigação de alegação de inadimplência e reembolsar a seguradora por perdas incorridas em razão de sua não-performance.

O que foi mencionado à cima são responsabilidades gerais e deveres, com os termos específicos do contrato principal e da apólice que serão definidos as responsabilidades e deveres.

Gomes (2016, p.10) defini que é bem fácil perceber que, em termos econômicos o seguro garantia de performance é um mecanismo de transferência de riscos à seguradora, que prevenir uma possível perda financeira do segurado.

Como tipo específico, a *performance bond* apresenta características particulares que a diferenciam de um seguro ordinário. Algumas das peculiaridades do seguro-garantia dentre as quais:

(i) a existência da relação tripartite¹⁰, que envolve além do segurado e da seguradora, o tomador do serviço que está sendo garantido; (ii) a inexistência da expectativa de sinistros por parte da seguradora, na exata medida em que, se a seguradora verifica riscos relevantes na operação, não emitirá o seguro; (iii) o prêmio da seguradora não se destina, via de regra, ao pagamento de sinistros, mas sim para cobertura de taxas administrativas de investigação, certificação e fiscalização do segurado e do serviço prestado; (iv) a exigência, em alguns casos, de garantias financeiras para a emissão do certificado de seguro, o que não é usual para outros tipos de seguro (GALIZA, 2015, p. 17).

Sendo assim especificados todas as peculiaridades do seguro-garantia, através dos estudos de Galiza (2015), já Gomes (2016) trás em seus estudos uma grande diferença da *performance bond* para os seguros tradicionais:

É que, a ocorrência do sinistro implica que a seguradora assumo o custo referente à cobertura da apólice, sem que venha depois, exigir o ressarcimento, não há direito de regresso contra quem quer que seja, a menos que o sinistro tenha sido causado por ato ilícito de terceiro, estranho à relação contratual originária. No caso da *performance bond*, o segurado é o contratante, e não o tomador do serviço. Por esse motivo, na inadimplência deste último, a seguradora será responsável pelos custos para término da obra, mas poderá executar a tomadora em busca de ressarcimento. (GOMES, 2016, p. 11)

¹⁰ Relação tripartido (dicionário google)

Segundo Galiza (2015) em termos gerais, podem também diferenciar a *performance bond* de uma espécie de fiança bancária, porque:

(i) abarca, além de critério econômicos e financeiros, também critérios técnicos; (ii) há a possibilidade de resseguro ou cosseguro ¹¹, fazendo com que o risco não caia totalmente sobre a seguradora; (iii) é uma forma de contratação mais simples e barata; (iv) e, mais relevante, existe a possibilidade de cumprimento da obra ou indenização em dinheiro, enquanto na fiança bancária só há esta última opção (GALIZA, 2015, p. 18-19).

É relevante destacar que o gênero seguro-garantia de construção pode ser dividido em três espécies: **o *bid bond*¹², a *performance bond* e o *payment bond*** ¹³(SCHUBERT, 2003, p. 50 apud GOMES,2016, p. 11,Grifos Nosso).

De acordo com Gomes (2016, p. 11):

A *bid bond* assegura que a empreiteira assinará o contrato nos termos de sua oferta e providenciará os seguros adicionais que forem necessários. Essa apólice cobre a necessidade de se realizar nova licitação por recusa da assinatura. A *performance bond* assegura que o empreiteiro irá executar o contrato de acordo com o projeto, incluindo pagamento de subcontratados e fornecedores, e a *payment bond* é uma garantia aos subcontratados e fornecedores de que, em caso de inadimplência da empreiteira, poderão exigir seu crédito frente à seguradora.

Gomes (2016) concorda com Galize (2015) ao fundamentar que:

Nos EUA os bid bonds, performance bonds e payment bonds são também identificados, de forma genérica, como performance bonds. Assim, podemos falar da performance bond lato sensu, significando o seguro-garantia de construção, e da performance bond stricto sensu, significando especificamente o seguro-garantia de performance e cumprimento da obra (GOMES, 2016, p. 11).

Gomes (2016, p.11) trata a *performance bond* sempre como sinônimo de seguro-garantia de construção, que afiança de forma ampla, as obrigações assumidas pela empreiteira junto ao Estado e terceiros, como fornecedores e mão-de-obra.

Sendo assim existindo um vínculo de segurança para o término da obra, suas custas e todos envolvidos.

11 É o seguro dos seguradores. Através do resseguro os seguradores diretos cedem, parcialmente, riscos assumidos que excedem sua capacidade ou que, por outras razões, não queiram assumir sozinhos / Cosseguro ou Co-seguro: seguro que se distribui entre diversas companhias seguradoras, dividindo-se entre elas os riscos proporcionalmente às cotas distribuídas (<https://www.dicionarioinformal.com.br/diferenca-entre/cosseguro/resseguro/>)

12 o vínculo de oferta (google tradutor)

13 vínculo de pagamento (google Tradutor)

Carvalhosa (2016, s.p.) situa os Objetivos do Regime de Performance Bond:

- Impedir a interlocução entre o Poder Público e as empreiteiras e fornecedores;
- Quebrar a corrupção sistêmica;
- Garantir o preço, a qualidade e os prazos dos contratos;
- Possibilidade de retorno do investimento público: prazos rigorosamente cumpridos;
- Exigência de projeto técnico pelo Poder Público de necessidade e da viabilidade da obra, definindo o preço, a qualidade e os prazos;
- Exigência de empenho da verba orçamentária para a obra;
- Exigência de licenciamento da obra nos planos federal, dos Estados e dos municípios abrangidos.

Esses objetivos são claros e certos, nos Estados Unidos esse seguro funciona praticamente 100% (cem por cento), trazendo ao País uma margem insignificante de corrupção em seus contratos de licitações para as obras públicas e privadas.

Carvalhosa, com seus grandes estudos aborda a Estrutura da Surety Bond- Apólice de Garantia de Obra:

- Necessidade de estabelecer regime de seguro de garantia (Surety Bond) no formato de apólice de execução de obras ou de fornecimentos de produtos e de serviços (Performance Bond);
- A apólice de garantia envolve três pessoas: o ente público contratante da obra ou do fornecimento; a pessoa jurídica privada contratada para obras, fornecimentos e serviços, e a seguradora;
- O beneficiário da apólice é o ente público contratante;
- O garantidor é a companhia de seguro que paga ao beneficiário (ente público);
- Se a companhia de seguro for obrigada a pagar ao ente público o valor da apólice em virtude do descumprimento pela pessoa jurídica privada contratada, esta deverá ressarcir inteiramente a companhia seguradora, conforme contrato de ressarcimento pleno, firmado no momento da emissão da apólice;

Além da estrutura da Surety Bond de uma forma ampla de entender ele caracteriza as Características do Performance Bond:

- A apólice de garantia de obra ou fornecimento é inteiramente diversa da apólice de seguro;
- A apólice de seguro comum assegura ao segurado por fato desconhecido ou evento com data desconhecida. É firmada entre duas partes – a seguradora e o segurado, por fato futuro e/ou incerto;
- Já a apólice de performance bond é firmada entre três partes – (i) a seguradora, (ii) o ente público (segurado) que contrata e (iii) a pessoa jurídica privada contratada pelo ente público;
- A seguradora assume a obrigação de responder perante o ente público contratante pelo descumprimento das obrigações por parte da pessoa jurídica contratada para a realização de obras e de fornecimento;

- Trata-se de acontecimento presente e conhecido que depende unicamente do cumprimento (performance) do contrato perante o ente público contratante;
- O valor do ressarcimento ao ente público é o fixado na apólice, cujo montante a seguradora é notificada a pagar no caso de descumprimento do contrato. Essa soma poderá ser menor se o descumprimento corresponder apenas a uma parte da obra ou do fornecimento;
- Essa soma deve, sempre, corresponder ao total do valor da obra ou do fornecimento contratado entre o ente público e a pessoa jurídica privada, incluindo todos os valores adicionais, como o valor dos impostos, encargos previdenciários etc.;
- Esse valor global e abrangente, que deverá ser coberto pela seguradora no caso de inadimplência da contratada, é firmado simultaneamente, com outro contrato de indenização a favor da seguradora, firmado pela pessoa jurídica privada contratada, demais pessoas jurídicas do grupo empresarial e seus administradores, tendo por objeto a indenização ou o reembolso dos valores pagos pela seguradora ao ente público pela inadimplência total ou parcial da obra ou do fornecimento;
- Trata-se de um contrato de indenização em favor da Seguradora, com cláusula de solidariedade da empreiteira ou fornecedora contratada, que inclui os principais diretores do grupo as controladoras e controladas, diretas e indiretas etc.;
- O contrato de indenização firmado entre a seguradora e a pessoa jurídica contratada pelo ente público faz parte integrante da apólice, sendo, portanto, do pleno conhecimento das três partes envolvidas. (CARVALHOSA, 2016, s.p.).

Por fim os estudos de Carvalhosa (2016) vêm mostrando o que nos interessa, sobre a performance bond, que é a garantia que o ente público precisa contra os riscos de inadimplência do contrato de obras firmado pela contratada, de além de ser robótica a escolhas no contrato licitatório de escolher tudo sempre pelo preço e descobrindo a péssima qualidade depois, o seguro por si só vem abrangendo tanto o preço, qualidade e prazos.

No caso de inadimplência da contratada, a seguradora fornece ao ente público os recursos necessários para prosseguir com as obras cuja execução foi inadimplida. A seguradora deverá, também, cobrir as multas de mora e as contratuais estabelecidas no contrato de obra ou de fornecimento firmado entre o ente público e a contratada, pessoa jurídica privada;

A pessoa jurídica contratada é sempre considerada “general contractor¹⁴”, com todas as obrigações daí decorrentes, não podendo arguir exceção de inadimplemento por nenhuma das subcontratadas, ainda que estas constem do próprio contrato de obras, sendo, portanto, do conhecimento e da aceitação do ente público contratante. (CARVALHOSA, 2016, s.p.).

Sendo assim mais que espetacular este seguro, se funcionam tão bem em outros Países subdesenvolvidos há décadas, porque não em nossa Nação, que está aprojada, suja de tanta corrupção envolvendo o dinheiro público, desde as grandes cidades até aquelas que podem ser chamadas de vilarejo, triste saber que o dinheiro que deveria ser usado para término de obras públicas está sempre sendo usado para enriquecimento ilícito. E o povo fica a mercê nesse País com uma cultura corrupta.

¹⁴ empreiteiro geral (google tradutor)

2.1 Heard act

Em 1893, o congresso americano aprovou o chamado “Heard Act¹⁵”, estabelecendo a obrigatoriedade das cauções de garantias em todos os contratos governamentais. Desse modo, se transferia para a iniciativa privada o risco de inadimplência, assim como o trabalho de análises técnica e financeira das empresas, podendo desta forma aplicar com maior segurança os recursos públicos. Em 1895, surgia, na Filadélfia¹⁶, a primeira seguradora especializada na modalidade de seguro garantia (GALIZA, 2015, p.15)

Depois do surgimento da Heard Act que estabelecia a obrigatoriedade nos contratos governamentais de cauções de garantias, as pessoas e os bancos começaram a confiar mais no governo, já que os riscos de inadimplência transferiam para a iniciativa privada.

Como ensina Gomes (2016, p. 17), em que diz que o Heard Act exigia que o pagamento das obrigações contraídas por empreiteiras contratadas pelo governo federal fosse assegurado por seguro-garantia contratados de “good and sufficient sureties¹⁷”.

Anterior ao advento dessa legislação, mão-de-obra, fornecedores e subcontratados das empreiteiras que conduziam obras federais que estavam desprotegidos, na medida em que não conseguiam executar seus débitos pela falta de previsão legal de que a construção pública pudesse lhes servir de garantia, ou de que o governo pudesse reter pagamentos da contratada para adimplir ele mesmo tais débitos. O Heard Act garantia ao governo dos EUA o direito de ação contra a empreiteira e sua seguradora em função de débitos trabalhistas e de fornecedores (CUSHMAN, 1956, p. 241 apud GOMES, 2016, p. 17).

Como podemos ver à legislação anterior não trazia nenhum benefício e muito menos regras, os fornecedores entre outros viviam quebrando os contratos, muitas vezes por falta de garantia, retenção de pagamento por conta do governo, não sobrando alternativa se não a paralização da obra, muita vezes definitivas.

Segundo Xavier (2017, p. 26), a promulgação do Heard Act em 1894 estabeleceu proteção ao governo ao exigir dos empreiteiros a apresentação de uma única apólice de performance e payment bond para garantir as obras públicas federais, como não basta-se também foi incluído em relação às obrigações adicionais, como fazer pagamentos a todas as pessoas fornecendo-lhes trabalho e material de construção.

15 Lei ouvida (google tradutor)

16 é a cidade mais populosa do estado norte-americano da Pensilvânia (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Filad%C3%A9lfia>)

17 garantias boas e suficientes (google tradutor)

Isto foi uma grande revolução tanto para o governo, como para os empreiteiros enfim, Xavier (2017, p. 26) não para por ai ao confirmar que os EUA foram pioneiros na exigência das apólices com natureza corporativa a partir do Heard Act. Assim sendo sua promulgação o marco funcional desta modalidade particular de apólices de garantia que superaram o antigo paradigma das garantias individuais.

Como o País precisava de mais e existiam muitas obras a ser feitas e garantidas, o Heard Act substituído pelas companhias de seguradoras que ofereceram maior segurança para o beneficiário da apólice.

Contudo, Xavier (2017, p. 27) descreve o fato de a redação do Heard Act estabelecer único performance and payment bond mostrou-se um impedimento à realização dos interesses do ente público beneficiário da apólice de performance, na medida em que seus interesses rivalizavam com os interesses dos subcontratados e trabalhadores beneficiários do payment bond. Gradualmente o Heard Act provou ter uma série de limitações materiais e procedimentais que obstaram sua efetividade e ensejaram uma emenda ao texto em 1905, a qual restou infrutífera, motivando uma série de propostas de suplantação do Heard Act por uma nova lei:

Esta exigência contida na Lei de Heard foi alterada em 1905 para dar aos Estados Unidos o direito exclusivo de processar com base na garantia em até seis meses do término do contrato entre os Estados Unidos e o contratante. Isso causou grande dificuldade para subempreiteiros e fornecedores. O Congresso, no início dos anos 1930, começou a realizar audiências sobre a questão, até que em 08 de março de 1935, o comitê sobre o judiciário da Câmara Legislativa, na Subcomissão nº 1, presidida pelo honorável John E. Miller, realizou uma audiência sobre várias leis que propunham emendas ao Heard Act. Em 1935, o Congresso substituiu a Lei Heard pela Lei Miller, retendo primeiro direito de pagamento da garantia ao proprietário em função da contratação de performance bond, mas dando aos reclamantes um direito primeiro ao pagamento de acordo com apólice de pagamento [payment bond] separada (SCHUBERT, 2000, p. 41 apud XAVIER, 2017, p. 27).

Durante o período do New Deal¹⁸, o governo federal norte-americano começou a ter dificuldades ao executar as apólices de performance atreladas às payment bonds nos grandes projetos de obras públicas (XAVIER, 2017, p. 27). Sendo a alternativa Miller proposta pelo Congresso Norte Americano, Miller que veio a estabelecer a separação entre as Performance e as Payment Bonds, ela superou o Heard Act.

2.2 Miller act (1935)

¹⁸ Novo acordo (google tradutor)

Em 1935, entrou em vigor o denominado *Miller Act*¹⁹, que incorporou maior proteção ao Estado, como por exemplo, a utilização de garantias para fornecedores e mão de obra contratada, evitando tal forma, que o Estado viesse a ser executado judicialmente pelo inadimplemento de seus contratados junto a terceiros (SIQUEIRA, 2013, p. 18)

Todos adquiriram a ideia de que realmente teria ainda mais garantia, já que o Estado não teria mais a possibilidade de inadimplência com seus contratados.

Um panorama geral da legislação americana foi feito por Lynn Schubert (2003, tradução Nossa), descreve o Ato de Miller de 1935:

(originalmente promulgada em 1893 como o Heard Act) determina o desempenho e obrigações de pagamento para todas as obras públicas federais contratos acima de US \$ 100.000 e pagamento proteção, com obrigações de pagamento método preferido para contratos em excesso de US \$ 25.000. Além disso, quase todos os 50 estados, o Distrito de Colúmbia, Porto Rico e a maioria das jurisdições locais promulgou semelhante legislação que exige cauções em obras públicas sobre certos valores em dólares. Estes geralmente são referidos como “Little Miller Acts”(pequenos atos de Miller). Muitos empreiteiros gerais exigem que seus subempreiteiros contratem seguro para obter títulos para protegê-los do contratante padrão. Enquanto a maioria dos estados não exige obrigações em projectos de construção privados, muitos proprietários exigem que eles protejam seus projetos e ativos. (SCHUBERT, 2003, p. 48, Tradução Nossa)

(originally enacted in 1893 as the Heard Act) mandates performance and payment bonds for all federal public works contracts in excess of \$100,000 and payment protection, with payment bonds the preferred method for contracts in excess of \$25,000. Also, almost all 50 states, the District of Columbia, Puerto Rico and most local jurisdictions have enacted similar legislation requiring surety bonds on public works over certain dollar amounts. These generally are referred to as “Little Miller Acts.” Many general contractors then require their subcontractors to obtain similar bonds to protect them from contractor default. While most states do not require bonds on private construction projects, many owners do require them to protect their project and assets. (SCHUBERT, 2003, p.48)

A cultura entre esses povo de adquirir seguro-garantia fez com que outros povos vizinhos também o adquirissem, mesmo muitos Estados ainda não exigindo o seguro, os proprietários os faziam embora vissem que de alguma forma teria que proteger seus projetos e bens, para que a empresa continuasse no mercado.

Com a entrada em vigor do Miller Act, o Governo dos Estados Unidos passou a ter mais proteção ao exigir uma dupla garantia, como por exemplo, a mão-de-obra contratada e garantias para fornecedores, como fundamentada pelo (GALIZA, 2015 p. 15):

Evitou-se, assim, que o Estado viesse a ser executado judicialmente pelo inadimplemento de seus contratados junto a terceiros. Essa lei estabeleceu a

19 Lei de Miller (google tradutor)

exigência de diversas garantias nas obras federais como, por exemplo, as garantias de concorrência (“bid bond”), de cumprimento da obra (“performance bond”) e de pagamento de obrigações com a mão de obra, com os fornecedores e com os subempreiteiros (“labor and material bond”)

Isto fez com que a legislação básica permitisse o seguro-garantia assegura-se a conclusão das obras contratadas pelo Governo, deixando a seguradora a cargo do processo de contratação.

Essas leis, tanto a federal como as estaduais, municipais e distritais (condados), exigem a celebração da apólice de garantia mediante o *performance bond*, para todas as obras a partir do valor de US\$ 10 mil nos municípios e US\$ 100 mil na esfera federal, abrangendo 100% do contrato, garantindo a sua execução em boa-fé, rigorosamente de acordo com o projeto, especificações, prazos e demais condições contratadas (CARVALHOSA, 2016, s.p., Grifos Nossos).

Como as leis no seguro performance bond é executada rigorosamente, não há razões para ter medo de obras não terminadas, desvio de dinheiro público, empreiteiras desistindo de ir até o fim com o projeto por falta de dinheiro, pois as empresas contratadas para essas grandes obras são empresas que particularmente tem um capital muito maior, e que efetivamente irá concluir com a obra, as seguradoras fiscalizam tudo, para assegurar-se de futuros sinistros.

2.3 Modalidades de performance bond e seus procedimentos à execução da apólice nos EUA

As modalidades do seguro-garantia Performance Bond estão diretamente relacionados com seu objeto, declaração do sinistro, procedimentos para o beneficiário executar a apólice entre outras, elas são divididas em outras subespécies. Uma vez que notificado o sinistro pelo segurado, sua apólice é crucial já que irá definir a natureza e a extensão das obrigações.

Segundo estudo de Xavier (2017, p. 30).

São, portanto modalidades de performance bond atualmente encontradas nos Estados Unidos: i) Defeasance Bond²⁰; ii) The A312 Performance Bond²¹; iii) The A311 Performance Bond²²; iv) Indemnity Bonds²³; v) Miller Act/Federal Standard

20 Obrigação de Reembolso (google tradutor)

21 O bônus de desempenho A312 (google tradutor)

22 O bônus de desempenho do A311 (google tradutor)

23 Obrigações de indenização (google tradutor)

Form; ²⁴vi) Little Miller Act Bonds²⁵; vii) Subcontractor Bonds²⁶; viii) Bid Bonds²⁷. A seguir as opções de escolha disponíveis à seguradora na hipótese de sinistro nos EUA são listadas. Foi utilizada como referência a modalidade A312 Performance Bond, a mais comum apólice de performance bond contratada nos EUA e que se aproxima, em seus termos, escopo e objetivo, da apólice nº 775/Susep.

Uma vez declarado o sinistro nas apólices de Performance Bond nos Estados Unidos a seguradora e as suas expensas escolhe algum dos planos de ação:

- i) financiar o contratante, com o consentimento do segurado, a completar o contrato;
- ii) renunciar ao seu direito de completar o contrato e selecionar no mercado interessado em executar o restante do instrumento;
- iii) comprometer-se a executar o objeto do contrato. Nesse caso, após a investigação do sinistro, determinar o montante pelo qual se responsabilizará perante o segurado;
- iv) negar responsabilidade, no todo ou em parte e notificar o segurado/beneficiário das razões para assim proceder (XAVIER, 2017, p. 31).

Carvalhosa (2016), define em seu esplendor estudos e pesquisa referente à Performance bond, seus procedimentos requisitórios para execução da apólice; procedimentos pós notificação da inadimplência que são eles:

Procedimentos requisitórios para execução da apólice:

- O ente público deve estar rigorosamente cumprindo com suas obrigações junto ao contratado, nos estritos termos constantes da apólice de performance;
- O ente público deve notificar o contratado do inadimplemento e da consequente rescisão do contrato, ou seja, cessação do seu direito de continuar executando a obra;
- O ente público é obrigado a notificar a seguradora do inadimplemento e da rescisão do contrato com a contratada, dando, assim, conforme a apólice, a faculdade da seguradora (i) selecionar outra construtora ou ela (ii) própria assumir a execução do restante do contrato;
- O ente público deve colocar à disposição da seguradora os recursos disponíveis para a continuidade e o término da obra, tudo conforme os termos da apólice;
- O ente público, em continuação, obriga-se a pagar à seguradora o restante do valor do contrato inadimplido, diretamente ou a um novo contratante selecionado por ela.

Procedimentos pós notificação da inadimplência:

- A seguradora deve imediatamente promover uma investigação sobre as causas e as razões do inadimplemento tendo em vista saber se tal inadimplemento se ajusta aos termos da apólice;

24 Lei de Miller/ Formulário Padrão Federal (google tradutor)

25 Pequena Obrigações do Miller Act (Google tradutor)

26 Obrigações Subcontratadas (google tradutor)

27 Obrigações de licitação (google tradutor)

- A investigação deve ser rápida e ao mesmo tempo profunda, com exame dos documentos e peritagens técnicas sobre o andamento da obra e sua (des)conformidade com o contrato firmado com o ente público;
- A seguradora pode contratar uma empresa de auditoria especializada para assisti-la na investigação;
- Toda essa investigação ampla visa, outros sim, documentar a seguradora para a ação de indenização junto à contratante inadimplente solidariamente com as empresas do grupo e com seus administradores;
- Deve a contratante da obra colaborar inteiramente com a seguradora após declarada inadimplente, tendo em vista as obrigações da seguradora junto ao ente público;
- Na investigação a seguradora pode utilizar auditorias especializadas para verificar da existência e extensão da inadimplência e do dano correspondente, causado ao ente público.

Depois de definir os procedimentos da Performance Bond, Carvalhosa (2016) também define há quem cabe apurar o efetivo contrato realizado entre as partes que é:

Cabe às auditorias especializadas apurar:

- O percentual da obra inadimplida que deve ser completada;
- A qualidade do trabalho realizado até então pela contratada inadimplente;
- As datas de efetiva entrega da parte da obra adimplida;
- Estimativas do custo para o término da obra, seja pela própria seguradora, seja por terceiros por esta contratada;
- Análise e parecer sobre as alegações oferecidas pelo ente público, pela contratada inadimplente;
- Se a seguradora decidir fazer uma licitação para outorga do restante da obra a terceiro mediante certame, cabe à empresa de auditoria contratada pela Seguradora organizar e julgar a licitação.

Em sua sequencia deve a empresa de auditoria, depois de concluída a licitação segundo Carvalhosa (2016):

- Monitorar os trabalhos do novo contratado pela seguradora para o término das obras;
- Aprovar as solicitações de pagamento pelo novo contratante junto à seguradora;
- Atuar como interlocutora junto ao ente público no que concerne à execução complementar do projeto.

Depois que a empresa de auditoria monitora, aprova as solicitações de pagamento e atua como interlocutora, Carvalhosa (2016), defini as opções da seguradora no caso de ser obrigada a ressarcir:

- 1 - Assumir ela própria seguradora o restante da obra, como *general contractor*; ou
- 2 - Contratar um novo *general contractor*; ou
- 3 - Financiar o próprio contratante inadimplente para a complementação da obra, desde que dentro dos prazos contratados; ou
- 4 - Indenizar o ente público, não assumindo nenhum compromisso com o término da obra; ou
- 5 - Recusar o pagamento do bônus por descumprimento das obrigações contratuais da Apólice por inadimplência do ente público; à contratada sem o consentimento da seguradora.

E por ultimo ele defini o Improper Payments que trata-se:

- Aditamentos por obra ainda não realizada;
- Pagamento por obra defeituosa ou com materiais fora da especificação;

- Celebração de aditivos contratuais;
- Devolução antecipada de retenções contratuais;
- Extensão da obra além daquela contratada;
- Pagamento final da obra sem o consentimento e aprovação plena da seguradora. (CARVALHOSA, 2016, s.p.).

3 A PERFORMANCE BONDS NO BRASIL: SEGURO GARANTIA NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Segundo Poletto (2003, p. 31), o seguro-garantia pode ser considerado como um ramo de seguros pós-modernos no Brasil, porque foi com decorrência da 2ª Guerra que esta atividade se tornou, de fato, efetivamente necessária. Estavam parcialmente destruídas as grandes potências, como tinham urgências em retomar o crescimento do País buscaram um auxílio na concorrência nacional e internacional.

Na evolução histórica do Seguro Garantia no Brasil, a experiência no ramo foi consolidada sem existir uma lei que o regulasse de maneira completa. A norma consuetudinária consagrou o instituto, em face da sua real necessidade prática, uma vez que, entre outras finalidades, programava a atividade produtiva. (POVEDA, 2012, p.99).

A experiência do seguro-garantia no Brasil foi consolidada por haver necessidade plena, e por saber que à década os Países subdesenvolvidos adquiriram esse seguro como prioridade em seus contratos licitatórios.

Siqueira (2013, p. 18), sanciona que as:

Experiências mencionadas, principalmente nos EUA, serviram de base para a construção da teoria e regulamentação do Seguro Garantia no Brasil e que partir de 1964, o Brasil iniciou um programa de desenvolvimento econômico em todos os setores, e o Estado, buscando garantir seus contratos, determinou que o mercado segurador implementasse um sistema de garantia nos moldes do Surety Bond americano, pois, nessa época, o Seguro Garantia ainda não era um produto de seguro aprovado para ser operado no Brasil.

Essa base foi um grande marco na revolução deste seguro no Brasil, já que o governo e as empresas viam esse marco como uma efetiva garantia nos contratos, buscando então um molde usado nos Estados Unidos chamada Surety Bond.

As garantias contratuais exigidas à época serviam tanto para as empresas públicas como para as privadas, uma vez que ambas utilizavam o sistema de concorrência para viabilizar os seus projetos, já condicionados às exigências contratuais, entre elas, à da apresentação de garantia. (POLETTO, 2003, p.31)

Assim como as empresas públicas as privadas buscavam sempre segurança em seus contratos, uma garantia que a empresa privada até hoje busca priorizar, usando praticamente quase sempre um dos moldes de seguro para efetivar seus contratos.

Siqueira (2013) deixa claro que em nosso País foram várias às vezes em que o seguro foi citado, porém sempre lhe faltou à regulamentação necessária para a efetiva consolidação, muitas vezes desinteresse direto do polo Administrativo. Além desses fatos sempre se identificou a concorrência da fiança bancária, pois a forma de contratação do Seguro Garantia era difícil.

Os bancos tinham uma grande vantagem perante as seguradoras, pois a fiança bancária eram emitidas do dia para a noite, com o texto que o contratante exigia enquanto os seguros tinham enormes clausulados (clausulas contratual). (Siqueira, 2013, p. 18), (grifos nossos).

Contudo situa Siqueira (2013, p. 18):

Que apesar de contido como opção de caução neste período, o Seguro Garantia não chegou a ser utilizado em patamares desejáveis, frente a outros países, pois a complexidade do instituto, a falta de interesse das seguradoras e a possibilidade de se utilizar garantias tradicionais (fiança bancária, penhor mercantil, caução de títulos de dívida pública, etc.), colaboraram para o não desenvolvimento desse instrumento de garantia securitária no país.

Que foi uma pena, pois se desde daquela época tivéssemos adquirido o Seguro Garantia, seria uma porcentagem muito grande, de que não estaríamos vivendo esse colapso de corrupção do dinheiro publico, que praticamente foram feitos sempre por contratos de licitações que nunca passou do papel, valores de obras que nunca foram terminadas ou muitas vezes nem feita, mais o dinheiro foi para alguém, e muito dinheiro, enquanto isso o País passa cada dia mais descobrindo o quanto sua administração é corrupta, muitas cidades sem recursos básico nenhum por conta deles, enriquecimento ilícito entre muitos outros fatores.

Já Poletto (2003, p. 32), menciona que em 1967, por imposição de instituições financeiras estrangeiras, uma empresa brasileira, para atender às exigências de um contrato, teve que recorrer ao Seguro Garantia a fim de assegurar a execução da obra.

Assim o seguro provocou a sua internacionalização, trazendo consigo um instituto moderno, por conta da necessidade do mercado teve que ser criada, pois a exigência de garantia entre as relações essencialmente econômica, demonstravam que qualquer dos contratantes sempre buscava obter o máximo de garantia quanto ao cumprimento do objeto contratado.

A grande virada do Seguro Garantia veio em agosto de 1994, quando o Brasil aderiu o Acordo de Basiléia, esse acordo determinou a área e volume de atuação dos bancos e passou a considerar que a carta fiança seria uma operação ativa de crédito e, assim, tomaria limite do banco. Em outras palavras, o banco passou a utilizar seu limite em operações mais rentáveis em detrimento da carta fiança, abrindo espaço para o Seguro Garantia como produto. Conforme exposto anteriormente e, também em 1994, com a correção da nova lei das licitações, Lei 8666/93, o Seguro Garantia passou a integrar uma das opções de caução e, desde

então, iniciou seu crescimento. A Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, observando a evolução do produto, no uso de suas atribuições em 1997, divulgou as circulares 004 e 005, nas quais foram aprovadas todas as regras e modelos necessários à operação do ramo. Como forma de condensar as inúmeras circulares e leis que falavam em Seguro Garantia, após o apelo do mercado, no ano de 2003, a SUSEP publicou a Circular 232, onde o Seguro Garantia ganhou regras e regulamentação específica, definiu corretamente o instituto e instituiu diretrizes. Além da Circular 232, o Seguro Garantia hoje também é regido pela Circular SUSEP 256, a qual dispõe sobre a estruturação mínima das Condições Contratuais e das Notas Técnicas Atuariais dos Contratos de Seguros de Danos. Em paralelo, atualmente está sendo discutida no mercado a atualização das condições da circular SUSEP 232 (SIQUEIRA, 2013, p. 19).

Observando o crescimento que o Seguro Garantia tem em entrar no mercado de vez, a SUSEP sempre está criando condições contratuais relevantes para todas as partes, além de buscar sempre que sejam visto esse seguro com outros olhos, perante a administração pública.

Poletto (2003, p. 32-33) enfatiza que:

[...] somente no final da década de 70 é que o ramo de Seguro Garantia teve uma carteira específica de negócios, pois a complexidade técnica do instrumento, a dificuldade de interpretação frente ao seguro tradicional, a preferência pelas garantias tradicionais como a fiança bancária, o penhor mercantil e a caução dos títulos da dívida pública, o receio comum frente ao novo e o despreparo no âmbito da administração Pública representaram um entrave ao desenvolvimento do instituto, sob todos os aspectos: técnicos, econômico e jurídico.

E assim se faz, o despreparo da administração pública continua frente aos nossos bens e vontades, o desinteresse, ou até a má vontade proporcionalmente que esse seguro nunca possa existir para que continue a festa de licitações ilícitas no Brasil. Afinal com uma garantia nos contratos, como irá continuar o enriquecimento ilícito não é mesmo.

A seguir em estudos de Poletto (2003), que traça o histórico da evolução da legislação brasileira, o que assim nos dar uma ideia do quadro geral da utilização do seguro-garantia para construções de obras públicas no Brasil. Sendo assim a primeira legislação surgiu em 1966, com o **Decreto-Lei nº 73, de 21 de Novembro de 1966**. Esta norma estabelece a obrigatoriedade do seguro-garantia para o cumprimento de obrigações do construtor e incorporador de imóveis.

No ano seguinte, o **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**, instituiu como facultativo à Administração Pública exigisse dos licitantes a prestação de garantia, listando ali o seguro-garantia, além da fiança bancária e da caução, aplicável em obras públicas. (Grifos Nossos)

Gomes (2016, p.12-14) fundamenta que:

Em 1986, o **Decreto-lei 200/1967** seria revogado pelo **Decreto-Lei nº 2.300**. A nova legislação manteve o seguro-garantia como exigência facultativa à Administração, mas o limitou a 5% do valor do contrato. Posteriormente, o **Decreto-Lei nº 2.348, de 24 de julho de 1987**, alterou essa limitação especificamente no que toca ao seguro-garantia, mantendo-a para a caução e a fiança. Ou seja, o Decreto-Lei nº 2.348/1987 retirava a limitação de cobertura do seguro-garantia, permitindo que fosse exigido em até 100% do valor do contrato. Desde aí se percebe que o legislador tomava consciência da natureza específica da performance bond frente a outros tipos de garantia, dando-lhe um tratamento extraordinário. No entanto, a **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**, revogando o Decreto-Lei 2.300/1986, inicialmente estabeleceu como garantias possíveis a serem exigidas pela Administração Pública somente a caução e a fiança-bancária. O seguro garantia fora vetado pela Presidência da República somente a caução e a fiança-bancária, junto com a exigência de que fosse obrigatoriamente adotado em obras de grande vulto, como originariamente estava previsto no texto aprovado pelo Congresso Nacional. As Razões do veto revelam que o Ministério da Justiça e o Ministério dos Transportes se manifestaram desfavoravelmente à exigência do seguro-garantia, por “comprometer a democratização e a lisura das licitações”. Dentre os motivos expostos, estão: (i) a ausência de critério objetivo de fixação do valor de cobertura, dando exagerada liberdade ao administrador; (ii) conhecimento prévio de quais empresas poderiam conseguir determinado valor de seguro-garantia, baseado em cadastro do Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, que estabelecia um limite máximo de concessão de seguro-garantia por empresa; e (iii) favorecimento de grandes empreiteiras, pois o limite de cobertura do seguro-garantia seria baseado no valor do patrimônio líquido da empresa.

A **Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994**, porém, reincluiria o seguro-garantia como modalidade a ser escolhida. Ainda assim, ele deveria obedecer ao limite de 5% do valor do contrato ou, em caso de obras de grande complexidade, de 10%. Além disso, agora a escolha da modalidade da garantia a ser prestada caberia ao contratado e não à Administração, que seria livre somente para escolher se exigiria ou não uma garantia.

Observa-se nesta disposição a tentativa de contornar as razões de veto expostas anteriormente, na medida em que estabeleceu critério de limitação da exigência do seguro-garantia e deixou a cargo do contratado a escolha da garantia. É esta a legislação federal atualmente vigente, que rege as licitações e contratos públicos e que se aplica a qualquer entidade pública, seja ela federal, estadual ou municipal, que queira licitar e contratar obras.

Atualmente, além da legislação federal, a **Circular nº 477, de 30 de setembro de 2013**, da **Superintendência de Seguros-Privados (SUSEP)** rege a matéria. Ela divide o seguro-garantia em privado e público, sendo o público assim descrito: **Art. 4º Define-se Seguro Garantia:**

Segurado – Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de:

I – processos administrativos;

II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais;

III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não e dívida ativa;

IV – regulamentos administrativos.

Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso. (Grifos Nossos).

Gomes (2016, p.14), ressalta além das obrigações do tomador que se refere às multas e indenizações em razão do inadimplemento de suas obrigações, outros dispositivos que são:

- (i) alterações no contrato principal (aquele celebrado entre segurado e tomador) devem ser endossadas pela seguradora, de modo que o valor da garantia acompanhe tais modificações;
- (ii) o prazo de vigência da apólice é aquele do contrato principal;
- (iii) alterações de prazo do contrato principal devem ser também endossadas pela seguradora;
- (iv) o tomador é responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora;
- (v) a seguradora deve indenizar o segurado mediante acordo entre as partes, por meio de pagamento em dinheiro ou assumindo a obra à sua responsabilidade;
- (vi) a seguradora responde de forma proporcional ao risco que assume.

Poveda (2012, p. 89-91), se refere que no período do chamado **milagre econômico, que ocorreu no final do ano de 1960** e início de 1970, existiu um cenário favorável ao Brasil ao estabelecimento do seguro garantia as obras de grande complexidade.

A SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) como o IRB (Instituto de Resseguros do Brasil) e a FENASEG (Federação Nacional de Seguradoras e Capitais) tentaram implantar no País um sistema semelhante ao usado nos EUA a Surety Bond.

Carvalho (2004) fundamenta de não ter indo muito longe, pois o conselho Monetário Nacional implicou com essa decisão no ano de 1994, quando surgiu o **Acordo de Basileia** no País, por meio da resolução nº 2099/1994, pelo motivo de tomar o limite operacional do banco. Foi assim restrito a emissões de cartas de fianças, o que foi o motivador da ampliação do setor de seguro garantia.

Como demonstram os dados do setor, o mercado continuou incipiente de acordo com Galiza (2015, p. 22), o mercado de seguro garantia para obras públicas no Brasil faturou R\$ 960 milhões em 2014, e R\$ 780 milhões em 2013, uma fração pequena se comparado ao faturamento do setor nos EUA.

Se desde o início do projeto desse seguro todos tivessem adquiridos, o País com certeza teria uma margem muito relevante comparada a outros.

O que se refere ao valor da limitação segurado, segundo Fiuza (2009, p. 264) é que:

Além da concorrência com outros tipos de garantias, que ficam a cargo de escolha do contratado, é importante notar que a limitação do valor segurado (5% ou 10% do contrato) é muito baixa, o que leva à conclusão de que “aparentemente, não existe a figura do seguro de performance nas licitações públicas brasileiras”.

Isto quer dizer que em outras palavras a porcentagem da Performance bond a um valor muito baixo acaba se tornando quase insignificante e os efeitos esperados são os mesmo insignificantes para uma garantia deste tipo. A nossa legislação faculta ao contratado que ele

escolha a modalidade de garantia que irá apresentar isto não faz com que os contratados escolham de forma certa a alternativa mais eficiente para o contratante.

O seguro-garantia é mais eficaz no sentido de sinalizar a solvência do contratado ao invés de cauções em dinheiro ou fianças bancárias. Uma empresa menos solvente tenderá a pagar um custo maior do seguro-garantia, o que nos faz concluir que empresas menos solventes ou com histórico de inadimplência tendem a apresentar outros tipos de garantias. Ao inverso, fosse exigido o seguro-garantia, isso significaria que as empresas com maior risco de inadimplência tenderiam a apresentar um preço maior e sofreriam dificuldades na concorrência, na exata medida em que lhe seria exigido um prêmio mais caro (GOMES, 2016, p. 12-16)

Assim com certeza teríamos uma filtração de empresas que realmente teriam capital para realização do projeto, empresas que historicamente não teriam nenhuma inadimplência quanto aos seus serviços, a seguradora mais garantia quanto também à administração. Não desprezados as pequenas empresas de participarem, mais se para um contrato de tão altura do valor, a empresa automaticamente com seguro ou sem seguro não teria condições de realizar o término de tal obra, causando assim um custo elevadíssimo de despesas para a administração pública, que vimos acontecer diariamente em nosso País.

Galiza (2015, p. 16) de acordo em tudo que foi acordado, trás de maneira simplificada a revolução do seguro frente ao seu desenvolvimento no Brasil:

No Brasil, o desenvolvimento do seguro garantia teve duas grandes dificuldades: uma regulamentação necessária e a concorrência da fiança bancária e, desse modo, o seu avanço se deu por etapas. Em 1966, tornou-se o seguro garantia obrigatório para incorporadores e construtores de imóveis. Ficou pendente, porém, a sua regulamentação. Em 1967, era incluído entre as modalidades de garantia que a administração direta e as autarquias podiam exigir dos licitantes; contudo, o assunto também não se desenvolveu. Em legislação de 1986, o seguro estava presente ao lado da Fiança Bancária e da Caução. Por fim, na Lei nº 8.666 de 1993, chamada de “nova lei das licitações”, após algumas discussões políticas, foram vetados todos os artigos que faziam menção ao seguro, e a lei foi promulgada sem abordar o assunto. Em 1994, porém, a Lei nº 8.883 recuperou o seguro como garantia possível, deixando a cargo do contratado escolher entre ele, a caução e a fiança, sempre que a autoridade exija prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Carvalhosa (2016), explica que no Brasil o que realmente prevalece até hoje é o Capitalismo de Laços em outras palavras caracterizam como uma economia na qual o sucesso nos negócios depende das relações entre os empresários e os agentes públicos, resultando o favoritismo para determinadas empresas, aquelas que contratam serviços públicos e fornecimentos.

O capitalismo de laço na Inglaterra é designado como Crony Capitalism.

O capitalismo de laços caracteriza-se, portanto, como o regime da relação direta, permanente dos empresários com os agentes públicos. No Brasil o capitalismo de laços é liderado pelas empreiteiras de obras públicas que, na sua totalidade, são controladas por grupos familiares o que permite uma manipulação continuada das relações com os agentes políticos e administrativos.

Esses laços permitem a manipulação e a fraude de concorrências e leilões, bem como dos termos dos contratos que firmam com os governos e as estatais. Permite, na sequência, a manipulação permanente de tais contratos, em termos de superfaturamentos, execução incompleta ou defeituosa das obras etc.

Essa verdadeira casta de empreiteiras brasileiras familiares difusamente entrosadas com as autoridades, leva a que se formem entre elas os cartéis de obras, dos quais participam empresas multinacionais sediadas no exterior.

O remédio fundamental para o combate efetivo à corrupção sistêmica no Brasil é o rompimento desse capitalismo de laços, ou seja, a quebra da interlocução direta e promíscua das empreiteiras e fornecedoras com os agentes políticos e administrativos (CARVALHOSA, 2016, s.p.)

3.1 Modalidades do seguro garantia: seus procedimentos à execução da apólice no Brasil

No Brasil encontram-se duas espécies de Performance Bond: o seguro garantia de execução do contrato na modalidade segurado-setor público (775/Susep) e na modalidade segurado-setor privado (776/Susep). As performance bonds, no Brasil, receberam esta nomenclatura e classificação pela Susep (XAVIER, 2017, p. 36) que traz com ela seu conceito, nos termos de seu art 4º da Circular nº 477/2013 como já explicado anteriormente:

Art. 4º Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de:

I – processos administrativos;

II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais;

III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa;

IV – regulamentos administrativos.

Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso. (RIO DE JANEIRO, 2013, s.p.).

Esse artigo conceitua de forma geral diretamente como é tratado este seguro perante a legislação Brasileira, e suas modalidades, já Xavier (2017), explica como é feita a declaração do Sinistro:

No Brasil a declaração do sinistro é feita pela própria seguradora ao final da regulação do sinistro, fase posterior à comunicação ou reclamação do sinistro pelo beneficiário. Assim, fica caracterizado o sinistro quando há a emissão do relatório final da regulação do sinistro pela seguradora, no qual a seguradora se posiciona expressamente sobre a sua caracterização (XAVIER, 2017, p. 37).

Desta forma é caracterizado como a seguradora posiciona a frente de tal sinistro em nosso ordenamento.

3.2 Seguros garantia no Brasil em obras públicas

Galiza (2015, p. 17-18) enfatiza se:

Estranhamente, uma primeira pergunta sobre esse produto é se, de fato, podemos considerar o seguro garantia como um seguro, segundo a definição clássica e estrita do termo. Por exemplo, há algumas características básicas desse produto que não seguem o padrão usual de um seguro: O seguro, como a maioria das pessoas conhece, envolve somente duas partes: um segurado e uma seguradora. O seguro garantia envolve três partes; No seguro tradicional, a seguradora espera ter sinistros. No seguro garantia, não; a taxa de sinistralidade tem que ser zero. Se a seguradora avalia que pode haver algum risco relevante na operação, o seguro simplesmente não é emitido; No seguro garantia, o prêmio da seguradora, na verdade, não deve servir para pagar sinistros. A sua taxa irá cobrir o custo de investigação (técnica e financeira) e certificação, sem falar nos custos administrativos e de comissão (existentes também em um produto tradicional de seguros); e algumas vezes a seguradora pode exigir garantias financeiras adicionais para a emissão do certificado de seguros. Por exemplo, hipotecas, notas promissórias etc. Isso não acontece nos seguros mais usuais. Os fatos acima explicam a necessidade da existência de seguradoras especializadas para operar esse tipo de produto, já que as condições comercializadas são bastante específicas, distintas de outros segmentos. O seguro garantia pode ter nomes distintos nos países onde é utilizado. Por exemplo, “Seguro de Fianzas” (México), “Seguro de Caución” (Argentina) ou “Surety” (EUA). Apesar da variedade de nomes, seu princípio básico é o mesmo, o conceito de fiança. Ou seja, garantir a um terceiro o cumprimento de uma obrigação por parte do afiançado. Em essência, a seguradora garante a um terceiro (segurado) que o contratado (tomador) dispõe de suficientes recursos técnicos, humanos e financeiros para poder honrar com as obrigações contratualmente assumidas. Caso o contratado se torne inadimplente ou incapaz de honrar o compromisso, a seguradora deverá intervir, com seus próprios recursos, a fim de seu cumprimento ou pagar o prejuízo efetivamente sofrido, podendo inclusive posteriormente acionar o tomador para recuperar as perdas. Como se vê, pelas características desse produto, ele está mais assemelhado a um negócio financeiro, uma vez que a seguradora estará expondo seu patrimônio de forma análoga à operação de um banco de crédito.

Continuando estudo de Galiza (2015, p. 18), que não deixa de explicar as funções de cada parte no contrato, e quem contrata uma obrigação de construção, de fornecimento de bens ou de prestação de serviços:

É o beneficiário da apólice emitida pela seguradora e normalmente é pessoa jurídica. Tomador ou Contratado Aquele que está assumindo obrigações de construir, fornecer bens ou prestar serviços. Entre o segurado e o tomador existe um contrato que prevê as obrigações descritas. O tomador será sempre pessoa jurídica. Seguradora A seguradora é quem garante ao segurado que as obrigações assumidas pelo tomador serão cumpridas na forma e no prazo acordados.

Depois de explicar as funções de cada parte Galiza (2015, p.18-19), comenta um último aspecto muito importante para melhor entender esse seguro:

Pelo fato de terem os mesmos objetivos, a fiança bancária possui muitas semelhanças com o seguro garantia. Porém, há também algumas diferenças marcantes, citadas abaixo. Em seguro garantia existem critérios técnicos, econômicos e financeiros na aceitação. Em fiança bancária, somente critérios econômicos e financeiros são levados em conta; A fiança bancária compromete a linha de crédito bancário, ao contrário de seguro. Recentemente, isso se tornou um problema para os bancos, pelas novas regras de solvência para essas instituições.

E desta forma Galiza (2015, p.18-19) nos remete a uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas em que:

Em seguro garantia, existe a possibilidade de diluição dos riscos, pelo resseguro (ou pelo cosseguro também, embora essa modalidade seja menos difundida no Brasil). Na fiança bancária, há a concentração do risco no próprio banco; Teoricamente, o seguro garantia teria uma forma de contratação mais simples e mais barata; e Em seguro garantia, existe a possibilidade de cumprimento da obra ou a opção por dinheiro. Em fiança bancária, somente o dinheiro é usado.

Depois de espetacular explicação de Galiza (2015) sobre o seguro garantia, não deve ser esquecer-se da Circular 477/2013, que posteriormente substituiu a Circular 232/2003

Algum dos tipos de seguro existentes no País trazido no Artigo 4º como já mencionado, e Artigo 5º Seguro Garantia: Segurado – Setor Privado: **Seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no contrato principal firmado em âmbito distinto do mencionado no art. 4º.** (RIO DE JANEIRO, 2013, s.p.) (Grifos Nossos).

4 LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO

Barros (2009, p. 134), conceitua que no direito administrativo a Licitação representa a busca pela Administração Pública da melhor proposta ofertada pelo particular, buscando fins de contratação e possibilitando a participação de qualquer um que preencha as condições impostas na lei.

Se no dia a dia todos buscam a melhor proposta para os seus interesses ao negociar algo, não poderia ser diferente na Administração Pública que diferencia esta com a escolha da melhor proposta que é realizada através de um procedimento administrativo chamado de licitação, os seus termos são expostos em EDITAL que assim obriga e vincula todas as partes envolvidas, como a própria cláusula do contrato.

Licitação vem do latim licitationem, dos verbos liceri ou licitari (lançar em leilão, dar preço, oferecer lance) e possui, em sentido literal, a significação do ato de licitar ou fazer preço sobre a coisa posta em leilão ou a venda em almoeda (BARROS, 2009, p. 134).

A **lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**, regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para as licitações e contrato da Administração Pública e outras providências. À Administração Pública é vedado realizar qualquer ação sem o correspondente calço legal, sob pena de anulação.

Art. 3º Caput desta lei garante o fiel cumprimento e garantia dos princípios básicos e da constituição, que será julgada e processada através de tal lei.

Art. 3º Caput. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993, s.p.).

Barros (2009, p. 134) define de forma clara que a licitação, em verdade, é o procedimento administrativo de eleição daquele com quem a Administração irá contratar em melhores condições.

As melhores condições de tal contrato irão definir de forma suscita a quem a Administração irá fazer a contratação, negocio jurídico, sendo o objetivo da licitação o momento preparatório e antecedente do contrato administrativo, que deverá descrever o objeto que pretende licitar no edital ou carta-convite de modo claro e quando for se tratar de

compra o objeto deve ser caracterizado adequadamente, se tratando de obra ou serviço o projeto básico deve ser aprovado pela autoridade competente.

A licitação nada mais é que um procedimento administrativo onde são praticados atos administrativos materiais e processuais.

O Art 45 § 1º da Lei nº 8.666/93 prevê os tipos de licitação sendo vedada a utilização de outros tipos são eles “menor preço, melhor técnica, melhor técnica e preço, maior lance ou oferta” e sendo suas modalidades “concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão”. (BARROS, 2009, p. 141-143)

Madeira e Mello (2014, p. 15) conceitua o objetivo do procedimento licitatório reflète-se de duas diferenças, o objeto imediato da licitação e seleção da proposta que de melhor maneira atenda aos interesses da Administração, já a outra diferença é o objeto mediato, que é a própria obtenção de obra, serviços, compra alienação, locação ou prestação de serviço publico, a serem produzidos por particular por intermédio de contratação formal.

Artigo 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (MADEIRA; MELLO, 2014, p. 40).

4.1 Projeto de Lei do Senado nº 274, de 2016

Ementa:

Dispõe sobre o seguro garantia de execução de contrato na modalidade seguro setor público, determinando sua obrigatoriedade em todos os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou de serviços, de valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), alterando a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 para estabelecer o limite de cobertura do seguro garantia em 100% (cem por cento) do valor do contrato, além de prever outras providências.

Explicação da Ementa:

Regulamenta a obrigatoriedade de contratação de seguro garantia pelo tomador em favor da Administração Pública, em contratos públicos com valor global igual ou superior a dez milhões de reais, cobrindo a totalidade do valor do contrato, estabelecendo critérios objetivos para orientar a atuação dos administradores públicos perante os tomadores e as seguradoras, de modo a limitar a possibilidade de corrupção e de manipulação de preços (BRASIL, 2016, s.p.).

Esse projeto de lei criado pelo senador Cassio Cunha Lima, encontra-se em tramitação no Senado Federal, sendo sua última atualização sendo analisado pela Matéria com a Relatoria no dia 10.07.2017.

O senador propõe em regulamentar a contratação de um seguro garantia a chamada “Performance Bonds”, para favorecer a Administração Pública nos contratos de seguros feita na Licitação, esse projeto visa melhoras na totalidade do valor limite de cobertura do contrato público de maior valor. Além de limitar as corrupções e manipulação de preços.

A principal motivação dessa proposta foi em função das irregularidades mostradas na Operação Lava Jato, seguidas de atos generalizados de corrupção, o que trouxe incalculáveis prejuízos à Nação – os quais, segundo o proponente, teriam sido evitados caso o Performance Bond estivesse em vigor (TISAKA, 2016, p.86).

O objetivo desse projeto foi para regular as irregularidades ocorrida pela a Administração Pública, como por exemplo, a Operação Lava Jato que generalizou o dinheiro público molde de corrupção, que fez o País entrar em um colapso de prejuízos incalculáveis a Nação, se o Brasil tivesse acompanhado os projetos de País subdesenvolvidos, usado o modelo de Performance Bond em seus contratos administrativos, isto jamais teria ocorrido. A obrigatoriedade do Seguro Garantia a Performance Bonds no contrato nada mais é de assegurar a segurança das obras públicas para que seja feita com todos os princípios da lei de Licitações.

Performance Bond no contrato é assegurar que, no caso de a empreiteira não concluir plenamente a obra contratada pela Administração, a seguradora terá que garantir a sua finalização ou fazer os reparos necessários para o seu término, assumindo por sua conta e risco a conclusão da obra (ou contratar um terceiro sob sua inteira responsabilidade). Isso significa que a seguradora, para calcular o prêmio de seguro precisará ter pleno conhecimento do contrato a ser firmado, com a condição de fiscalizar a obra durante toda a sua realização através de uma equipe de engenheiros especializados interferindo diretamente no processo de execução com o objetivo de minimizar o risco assegurado (TISAKA, 2016, p.86).

4.2 A contratação de performance bond nas contratações de licitações públicas

A ideia consiste, basicamente, em afastar as outras modalidades de garantia prestadas por meio de caução em dinheiro ou títulos públicos ou fiança bancária e adotar o modelo americano de performance bonds para obras públicas, baseado na garantia compulsória do valor integral do contrato por seguro, em cobertura de 100% do valor contratual. Isso incentivaria a empresa seguradora a fiscalizar de perto a obra – pois dependeria da fiel execução contratual para não incorrer em perda pelo acionamento do seguro e garantir seu lucro –, passando a ser a verdadeira fiscal da obra e criando uma distância entre empreiteira e governo (LAAN, 2016, p.1).

Sendo assim segundo Laan (2016), a contratação de seguro garantia a Performance Bonds o modelo a ser seguido nos contratos de Licitações Publicas, desta forma as empresas contratadas efetuará a execução das obras contratadas, como também as próprias tecnologias tornando cada vez mais eficientes, Pereira; Machado (2016, p.100) ressalta as empresas da seguinte maneira:

Entretanto, as empresas que procuram participar de processos licitatórios nem sempre estão aptas à conclusão do objeto contratado, desqualificando o ambiente de otimização do uso dos recursos públicos. Desta forma, a inclusão de exigência de contratação de *performance bond* nos contratos que tenham como objeto à construção de obras públicas, parece ser adequada para evitar, por exemplo, a inexecução do contrato ou até mesmo a sua execução sem a devida qualidade.

Desta forma, escolher entre as outras modalidades garantidoras ou o seguro garantia, não gera nenhum estímulo legal a integridade da garantia do contrato. Mais não podemos desistir já que de vagar mais pensando em mudar, já existe um projeto de lei no senado nº 59, de 2016, para a obrigatoriedade de prestação de seguro garantia de 100% do valor do contrato em obras, serviços e fornecimento de bens de valor estimado superior a 200 milhões de reais (PEREIRA; MACHADO, 2016, p.103), e como já mencionado a cima o projeto de lei do senado nº 274, de 2016.

Caso seja aprovado essas leis pelo Legislativo, realizara um novo modo de pensar e agir perante as licitações e seus contratos administrativos, conferindo uma maior participação do setor privado na forma de fiscalizador dos contratos administrativos, além de proporcionar sem duvidas maior segurança ao Poder Publico.

4.3 Casos envolvendo a corrupção no dinheiro público brasileiro

Segundo Pagotto (2010, p.56), Muito mais do que mera quebra de formalidade ínsita ao estado moderno, a corrupção possui efeitos deletérios sobre o tecido social, contaminando a política e a economia. Desta forma é fácil justifica-se a preocupação do Estado em buscar tomada de ações para combater a corrupção.

Primeiramente, pode-se considerar a corrupção como a situação normal de promiscuidade entre o público e o privado, inerente à organização do Estado patrimonialista. (PAGOTTO, 2010, p. 56).

Corrupção enfim na Administração publica refere-se ao comportamento de autoridades publicas que se desviam das normas aceitas, a fim de servir a interesses

particulares, os contratos administrativos muitas vezes é base de troca de favor, vemos todos os dias a autoridade competente que exerce o poder de modo indevido para benefício de interesse privado, em troca de retribuição material, isto já virou cultura em nosso país, onde temos que suportar a corrupção, lavagem de dinheiro publica que deveria servir para outros fins como (Direito básico constituído pela Constituição Federal Brasileira), sendo depositado em contas do exterior dos políticos e toda sua Administração, somos obrigados a engolir obras que custaram milhões de reais, que a única coisa feita foi os outdoor para comunicar a população que ali irá gastar milhões de reais, só não sabemos quando, Brasil virou cultura a política ser meio de enriquecimento ilícito .

Pagotto (2010, p.56) conceitua corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual.

Por isso, os três vieses da corrupção precisam ser vistos conjuntamente pelo direito econômico. A subversão do publico pelo privado se dá tanto por práticas corruptas atomizadas quanto pelas práticas políticas consideradas legais, mas que, se submetidas à comparação com a dominação racional e à estrutura burocrática decorrente da dicotomia público privado, causam repulsa. A simbiose dos vários níveis de corrupção por meio de retribuição material (a corrupção-suborno, diga-se assim para distingui-la das outras), a corrupção-favorecimento (a que importa no favorecimento do privado em detrimento do publico) e a corrupção-solapamento (a que atinge o fundamento último de legitimidade) (PAGOTTO, 2010, p.66).

O Brasil é uns dos países campeões em corrupção, principalmente envolvendo licitações, o caso campeão que parou o Brasil foi o chamado “Operação Lava Jato”, foi desviado um valor de R\$ 42,8 bilhões, prejuízo causado foi de R\$ 88,8 bilhões apenas na Petrobras.

Trata-se também da maior operação da história do país em termos de valores reavidos pelo Estado. Foram mais de R\$ 2,9 bilhões, sendo R\$ 700 milhões repatriados. Ao todo são R\$ 37,6 bilhões em pedidos de ressarcimento. À frente da operação, a maior força tarefa já montada pela Polícia Federal (HERMES, 2016).

Houve também os chamados “Anãos do Orçamento”, ocorreu na década de 80 e inicio dos anos 90, Hermes (2016, s.p.) relata o caso:

Para investigar o caso, foi aberta uma CPI em 1993, que acabou investigando 37 deputados. Destes, seis foram cassados e quatro renunciaram. No centro do esquema, segundo a CPI, o deputado João Alves de Almeida, membro desde 1972 da Comissão do Orçamento no Congresso, justamente onde o esquema se dava. Para desviar os recursos, os deputados adotavam três esquemas distintos. No primeiro deles, incluíam emendas para entidades filantrópicas detidas por parentes ou laranjas. No segundo e mais representativo, incluíam verba para grandes obras públicas mediante comissões de empreiteiras. No terceiro caso, prefeituras

acordavam o pagamento de taxas para incluir obras públicas no orçamento, que seriam pagas por meio da contratação da construtora Seval, do próprio deputado João Alves.

João Alves comprava bilhetes premiados na loteria, para lavar o dinheiro desviado, e dizia ser uma pessoa de sorte.

Em 2007, vivemos outro marco de corrupção o chamado “Navalha da carne”, foram desviado R\$ 1,06 bilhão.

O esquema da Operação Navalha envolvia, a exemplo do caso dos Anões do Orçamento, o uso de emendas parlamentares para a realização de obras públicas. No centro do esquema, a empreiteira Gautama. Ao todo 49 pessoas foram presas, incluindo o ex-governador do Maranhão, Jackson Lago. Iniciado na cidade de Camaçari na Bahia, o esquema se estendeu por dez estados, sugando verbas de quatro ministérios (Minas e Energia, Transportes, Cidades e Integração Nacional). Fraudes em licitações, obras não explicadas, como o caso de uma ponte que liga o nada a lugar nenhum, foram responsáveis por sugar recursos da ordem de R\$ 1,06 bilhão. O esquema envolveu inúmeros políticos conhecidos, além do próprio ex-governador maranhense. O atual presidente do senado, Renan Calheiros, teria conhecido pessoalmente o presidente da empreiteira. Obras sob responsabilidade de Olavo Calheiros, irmão de Renan, estão listadas entre aquelas colocadas sob suspeita pela Polícia Federal. (HERMES, 2016, s.p.)

Como podemos ver, existem milhares de casos de corrupção semelhantes que envolvem principalmente os contratos de licitações, empreiteiras, órgãos políticos, entre outros, se não forem tomada uma atitude urgente, só irar piorar as contas publicas, não há em que se falar em cultura corrupta, pois além de prejudicar um País todo, prejudica países vizinhos e essa telha só vai desencadeando cada vez mais pobreza, falta de oportunidade, emprego, saúde precária, pois onde a corrupção puder entrar ela irar se radiar, desde as grandes cidades ate a menor, não importa se o dinheiro irá para a merenda da escola, moradia, saúde, educação, INSS, lazer, não importa se amanhã será descoberto, pois em nosso País existem muitas falhas na aplicação do direito, favorecimento politico infelizmente virou Cultura Brasileira.

4.4 Algumas obras que não foram terminadas no Brasil

Existem no Brasil várias obras que nunca teve fim, ou então nunca foram terminadas, entra político e sai político as obras continuam do mesmo jeito. Muitas obras criadas para lavagem de dinheiro, para ter uma ideia Hermes (2016) relata que de cada dez maiores obras anunciadas pelo governo, apenas foram concluídas duas e que na área da saúde a média é ainda pior de cada dez obras prometidas, só uma é concluída e funciona a pleno vapor.

Vivemos em um canteiro de obras mal administrado, onde é sugado cada centavo do dinheiro dos pagadores de impostos. Um exemplo se dar na obra em que o estado decidiu construir um aquário em meio à maior seca dos últimos 100 anos no Ceara.

Em tese, o aquário deveria custar US\$ 150 milhões, sendo US\$ 105 milhões por parte do americano Ex-Im Bank e o restante vindo dos cofres estaduais. Os recursos do tesouro saíram. Já o financiamento estrangeiro, aguarda uma última etapa para liberação. O sucessor de Cid, Camilo Santana (PT), considera a continuação da obra inviável. O investimento foi alto demais e o retorno tornou-se incerto. O que fazer com a obra então? Para o atual governador, a resposta é simples: privatizar. Uma consultoria deve ser contratada para analisar os termos e então repassar a obra para a iniciativa privada. (HERMES, 2016, s.p.).

Também esta na lista a obra da transposição do Rio São Francisco, que já foi inaugurada, mas a conclusão nem pensar.

Inaugurar obras incompletas não é nenhuma novidade quando se trata do Brasil. Inaugurações de trechos e promoção de múltiplos eventos tornaram-se um padrão para os últimos governos do país. Como já era de se esperar, o mesmo ocorreu com a transposição das águas do Rio São Francisco. Idealizada no século XIX por Dom Pedro II, a construção começou a ser tocada em 2005 e, em 2007, foi incluída no PAC1. Entre 2005 e 2015, entre R\$ 8,37 bilhões e R\$ 9,5 bilhões foram investidos (sequer o valor gasto até aqui é conhecido com exatidão), mais do que o dobro do valor de R\$ 4,5 bilhões previsto inicialmente. Para ser concluída, a obra ainda demandará R\$ 1,1 bilhão. Os desvios de recursos da obra já chegaram a ser alvo de uma operação da Polícia Federal, intitulada Vidas Secas. Em meio à seca que atinge a região Nordeste há pelo menos cinco anos, a obra ainda é uma promessa (HERMES, 2016, s.p.).

Como no caso de corrupção existem na mesma proporção milhares de obras não concluída, ou até mesmo que nunca saíram do papel, a quantidade de Ponte no País que por falta de concluir acabaram se desfazendo com o tempo, ficando um cenário de como se tivesse existido uma guerra é incalculáveis, nosso País esbanja dinheiro publico em coisas inacreditáveis, enquanto isso, o governo fecha os olhos para a população mais pobre, País tomado pela falta de segurança, desprovido de dignidade humana, existe ainda em pleno século XXI famílias inteiras vivendo a maior falta de oportunidades e pobreza já imaginada.

4.5 Como é o segmento do seguro nas seguradoras

Figura 1: seguro garantia



Fonte: Framar (2018).

O contrato principal é assinado entre o tomador (contratado) e segurado (contratante), determina as obrigações a serem cumpridas pelo primeiro que serão garantidas pela seguradora.

Contrato do seguro (apólice): é feito entre seguradora e segurado, garantindo contra riscos de não cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador, firmadas no contrato principal.

Contra garantia: é assinado entre seguradora e tomador, permite que a seguradora recupere a indenização que tiver que pagar ao segurado no caso de sinistro, e ainda, a cobrança de um prêmio que o tomador não pagar (FRAMAR, 2018).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de pesquisa surgiu várias questões sobre o uso do Seguro Garantia, sendo algumas delas, qual a vantagem e benefício que esse projeto de lei traria para nosso País? Por que utilizá-lo? Respondendo essas perguntas pude notar que subitamente respondia outras questões. O estudo mais detalhado desse tema, bem como as observações didáticas no processo do estudo de caso foi fundamental para entender a importância desta modalidade de garantia como instrumento de obrigações contratuais. Os contratos firmados entre as empresas e órgãos do âmbito municipal, estadual e federal, são fundamentais de acordo com a necessidade e obrigatoriedade de cada organização. Para formalizar o relacionamento entre as partes o contrato determina por meio de suas cláusulas quais as obrigações e direitos entre elas.

A Lei 8.666/93 determina que seja exigido garantia em contratações de obras, serviços e compras, por parte do serviço público federal. O Seguro Garantia privadas com o objetivo de garantir o fiel cumprimento das obrigações contratuais estipuladas pelas partes é utilizado em garantias de manutenção de licitação e de fiel cumprimento destes contratos.

Este seguro, qual fora instituído no Brasil por meio do Decreto Lei nº 200/67, teve seu lento crescimento frente às demais modalidades, entretanto não somente atua como um instrumento de seguro destinado aos órgãos públicos e às empresas pela sua complexidade técnica, mas sim de fato pela alternativa das empresas interessadas por outras formas de garantia: a caução em dinheiro, em títulos da dívida pública e a fiança bancária oferecida por instituições financeiras a preços mais atrativos.

Em agosto de 1994, quando o Brasil aderiu o Acordo de Basiléia, este determinou a área e volume de atuação dos bancos onde passou a considerar que a carta fiança seria uma operação ativa de crédito, tomando limite dos bancos. Desta forma, os bancos passariam a utilizar seus limites em operações mais rentáveis em detrimento da carta fiança, abrindo espaço para o Seguro Garantia como produto. Por várias razões, o Seguro Garantia passou a ser mais utilizado, contribuindo para a divulgação de um seguro tecnicamente diferenciado e muito específico no mercado. Observando a evolução do produto, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, divulgou a circular 477/2013, onde foram aprovadas as regras e modelos necessários a operação do ramo. Por meio dessa pesquisa comprovou-se às vantagens e potencialidades do Seguro Garantia em aos demais produtos, cumprindo destacar seu menor custo em comparação à fiança bancária e sua liquidez, uma vez que não compromete a linha de crédito das empresas junto às instituições financeiras. Outros fatores

de destaques é facilidade de obtenção, contando com as modalidades deste seguro que mais se adequam a necessidade das empresas e órgãos públicos, além da vantagem de contar com uma empresa de seguros especializada, a qual se torna fiscalizadora fiel e mediadora em eventuais sinistros nos contratos, conforme apresentado no estudo caso.

Doutrinadores dos Estados Unidos relacionam esse seguro como uma ideia genial já diferente no Brasil se os políticos viessem à forma de melhoria e segurança que esse seguro traz, não teria tantas discussões nos parlamentos públicos, alguns políticos ainda enxergar esse seguro como o fim de sua riqueza ilícita, o fim da lavagem de dinheiro pública, se um terceiro totalmente interessado no fim da obra fiscalizar, não terá mais no que se falar em obras paradas, dinheiro não deu para terminar, milhões e milhões desviado todos os dias, favorecimento de empresas e políticos, empresas fantasmas.

Nosso país prefere investir milhões nas mãos de empresas, que nem se quer tem o capital suficiente para cobrir a obra caso aconteça uma eventualidade, empresas inseguras, do que confiar em uma empresa que tem um seguro garantia se por qualquer razão ocorrer o sinistro, a seguradora que por séculos vem abrangendo a segurança nos contratos administrativos do País, assim não seria.

Responsável terá que garantir o cumprimento do contrato. Espero que esse projeto de lei seja o mais rápido aprovado, para que possamos viver em um país sem corrupção, pois onde há corrupção, há tudo de ruim, falta de escolas, saúde, segurança, empregos, entre muitos outros, assim como uma roda gigante nos deparamos com a violência, educação precária, falta de oportunidades, pobreza ao extremo.

REFERÊNCIAS

BARROS, W. P. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo, Atlas, 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF., 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 274, de 2016**. Dispõe sobre o seguro garantia de execução de contrato na modalidade seguro setor público, determinando sua obrigatoriedade em todos os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou de serviços, de valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), alterando a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 para estabelecer o limite de cobertura do seguro garantia em 100% (cem por cento) do valor do contrato, além de prever outras providências. Brasília, DF., 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126365>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

CARVALHOSA, M. Combate efetivo à corrupção depende da quebra do capitalismo de laços. Revista **Consultor Jurídico**, 14 jun. 2016, 7h41. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

FRAMAR corretora de seguros. **Importância do Seguro Garantia**. Disponível em: <http://www.framar.com.br/images/apoio/graficos/grafico-seguro-garantia-framar_garantia.png>. Acesso em 21 set. 2018

GALIZA, F. **Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas**. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015.

GOMES, F. Y. C. **Análise econômica da performance bond nos contratos de obras públicas**. 2016.

HERMES, F. **Obras públicas inacabadas que não param de sugar dinheiro do seu bolso**. 2016. Disponível em: <<https://spotniks.com/11-obras-publicas-inacabadas-que-nao-param-de-sugar-dinheiro-do-seu-bolso/>>. Acesso 08 ago. 2018.

HERMES, F. **Os 10 maiores casos de corrupção da história do Brasil**. 2016. Disponível em: <<https://spotniks.com/os-10-maiores-casos-de-corrupcao-da-historia-do-brasil/>>. Acesso em 08 ago. 2018.

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: 08 ago. 2018.

MADEIRA, J. M. P.; MELLO, C.de M. **Lei 8.666 Comentada e Interpretada, Lei de Licitação e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

PAGOTTO, L.U. C. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**.

2010.409 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

PEREIRA, T. C., MACHADO, R. C. **Sub aproveitamento do performance bond em obras públicas no brasil** Direito Administrativo e Gestão Pública II, durante o XXV

CONGRESSO DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em

Direito realizado em Curitiba - PR, entre os dias 07 e 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba –

UNICURITIBA. Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/623yu435/45vQT103175J7QCz.pdf>>.

Acesso em: 08 ago. 2018.

POLETTI, G. A. **O seguro garantia – Em busca de sua natureza jurídica**. Rio de Janeiro: Funenseg, 2003.

POVEDA, E. P. R. **Seguro Garantia como instrumento de gestão para a mitigação de danos ambientais na mineração**. Campinas, 2012.

RIO DE JANEIRO (estado). **Circular susep n o 477, de 30 de setembro de 2013**. Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências. Rio de Janeiro, 30 set. 2013. Disponível em:

<<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460>>. Acesso em: 04 jun. 2018

SCHUBERT, L. The legal basics of surety bonds. **Construction EXECUTIVE**, November, 2003. Disponível em: <https://suretyinfo.org/news_room/products/legal_basics.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SIQUEIRA, R. F. de. **A utilização do seguro garantia como instrumento de garantia em licitações e contratos administrativos**. Curitiba, 2013.

TISAKA, M. Seguro Performance Bond para obras públicas. **Engenharia: Agrologística**, 2016. p.86-87. Disponível em:

<http://www.brasilengenharia.com/portal/images/stories/revistas/edicao631/631_agrologistica_12.pdf>. Acesso em 20 set. 2018.

XAVIER, V. B. **O seguro garantia de execução do contrato – performance bond: uma análise de aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela administração pública no Brasil**. 2017. 79 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

ANEXOS