

O SEGURO-GARANTIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO E OS PROBLEMAS DE SELEÇÃO ADVERSA E MORAL HAZARD

Marcos Nóbrega¹
Pedro Dias de Oliveira Netto²

Resumo: O artigo tem como objetivo debater o instituto do seguro-garantia aplicável aos contratos administrativos de obras e serviços de grande vulto, considerando as peculiaridades que envolvem este modelo de seguro diante da relação trilateral entre a Administração Pública, o contratado e a seguradora. Pretende-se examinar como o seguro-garantia pode contribuir na mitigação da assimetria de informações e fornecer os incentivos necessários para a execução do objeto contratual. Essa análise tem como ponto de referência legal os novos dispositivos sobre o tema estabelecidos pela Lei n° 14.133/21, a nova lei de licitações e contratos.

Palavras-chave: Licitações. Seguro-garantia. Assimetria de informação. Seleção adversa.

Abstract: The paper aims to discuss the performance bond institute applicable to administrative contracts of constructions and services, considering the peculiarities involving this insurance model in view of the trilateral relationship between the Public Administration, the bidder and the insurer. We intend to examine how the performance bond can contribute to the mitigation of information asymmetry and provide the necessary incentives for the execution of the contractual object. This analysis has as a legal reference the parameters established by Law n°. 14.133/21, the new law on bidding and contracts.

Keywords: Bids. Performance bond. Information asymmetry. Adverse selection.

1 - O seguro-garantia e a sua previsão normativa no âmbito da Administração Pública

Um grande desafio da Administração Pública nos remete à extensa quantidade de contratos de obras inacabadas que existem no país. Por vezes, os contratos administrativos para a realização de obras públicas são celebrados e, em curto ou médio prazo, têm a sua execução interrompida, acarretando paralisações e litígios judiciais infundáveis.

¹ Professor Adjunto de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito (UFPE), Visiting Scholar na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE).

² Advogado. Doutorando em Direito (UFPE).

A auditoria especial realizada pelo Tribunal de Contas da União³, em 2018, após analisar mais de 30 mil obras públicas financiadas com recursos públicos federais, constatou que cerca de 37% destas obras estão paralisadas ou inacabadas. As principais causas identificadas pela auditoria especial foram a contratação com base em projeto básico deficiente; a insuficiência de recursos financeiros por parte do estado ou município corresponsável pela obra; e a dificuldade dos entes subnacionais em gerir os recursos federais recebidos⁴.

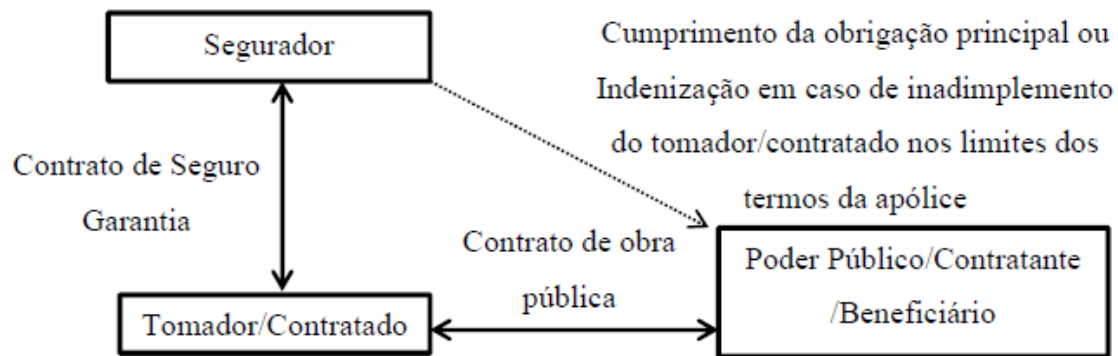
Estas obras representam um investimento previsto de R\$ 144 bilhões, dos quais R\$ 10 bilhões já foram aplicados em obras paralisadas que não estão agregando qualquer benefício à sociedade, atrasando o fornecimento de serviços públicos e o crescimento econômico.

Diante das consequências adversas de obras inacabadas e a necessidade de garantir o cumprimento das obras públicas, o presente artigo tem como objetivo analisar, em especial, uma das hipóteses legais de modalidades de garantia, qual seja, o seguro-garantia, aplicável aos contratos administrativos pactuados pelo Poder Público para a realização de obras, serviços e fornecimento de bens.

O seguro-garantia é um importante instrumento para garantir a execução das obrigações contratuais de fazer, fornecer e prestar, que são celebradas pelo tomador em relação ao segurado. O segurador, terceiro em relação ao contrato celebrado entre o tomador e o beneficiário, se coloca na condição de garante para o cumprimento da obrigação contratual. Observa-se, por conseguinte, que o contrato de seguro-garantia detém certa peculiaridade em relação a um contrato típico de seguro, haja vista a presença de três partes envolvidas.

³ Acórdão 1079/2019 - Plenário - TCU

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria operacional TC 011.196/2018-1*. Órgão: Ministério da Economia (então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão). Relator: Ministro Vital do Rêgo. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outros-documentos/acordao-tcu-1079-2019>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.



Fonte: Pedro Henrique Christofaro Lopes (2019)

A regulamentação técnica do seguro-garantia está contida, basicamente, na Circular nº 477/2013 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Entre os dispositivos normativos contidos na Circular, se destacam os arts. 4º e 5º que estabelecem:

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.

Art. 5º Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Privado, o 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.

No âmbito legal aplicável à Administração Pública, ao considerarmos como ponto de partida a Lei nº 8.666/93, não podemos olvidar que a modalidade de seguro-garantia não estava inserida no rol de instrumentos aptos para garantia dos contratos públicos, conforme previsão original do art. 56. Foi através da Lei nº 8.883/94 que a modalidade seguro-garantia se tornou passível de escolha ao lado das modalidades de caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública e da fiança bancária.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 56, §2º, determinava que as modalidades de garantias deveriam ter, como regra, uma limitação para que não excedesse a 5% do valor do contrato. Excepcionalmente, quando estivessemos diante de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto e que envolvessem alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, o §3º prescrevia que o limite de garantia poderia ser elevado para até 10% do valor do contrato.

Não obstante, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, atribuiu novos parâmetros aos percentuais máximos dos valores contratuais abrangidos pelas modalidades de garantias.

Com o propósito de fortalecer a utilização do seguro-garantia, o art. 97 da nova lei prevê a definição legal do instituto, como também estabelece regras que devem ser observadas nas contratações que envolvam esta modalidade de garantia:

Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

Como preceito geral, o art. 98 estabelece que a garantia poderá ser de até 5% do valor inicial do contrato, podendo ser autorizada a majoração desse percentual para até 10%, desde que esteja devidamente justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Destaca-se que a Lei nº 14.133/2021, diferentemente do que a antiga lei dispunha, não condicionou, nesse momento, a aplicação da majoração de até 10% ao requisito de se tratar de uma obra de grande vulto.

O legislador ordinário dedicou um artigo específico para as obras e serviços de engenharia de grande vulto⁵. O art. 99 abarca, especialmente, entre as modalidades de seguro previstas na lei, apenas o seguro-garantia, com cláusula de retomada, ampliando o percentual exigível para até 30% do valor inicial do contrato.

Com contornos de novidade, a nova lei de licitações dedicou o art. 102 para regulamentar a modalidade seguro-garantia para as contratações de obras e serviços de engenharia. O dispositivo estabelece que o edital do certame licitatório poderá exigir que a garantia seja na modalidade seguro-garantia, bem como prever a obrigação da seguradora para assumir a execução e concluir o objeto pactuado se for verificado o inadimplemento do licitante contratado⁶.

O inciso I do art. 102 prescreve que a seguradora deverá participar do contrato, bem como nos aditivos contratuais, na condição de interveniente anuente, ou seja, expressando sua aquiescência aos dispositivos do contrato. Daí a importância da seguradora em conhecer, minuciosamente, as cláusulas contratuais, de modo que as obrigações e direitos de cada parte estejam claros para exigir do tomador que a obra seja executada de acordo com os parâmetros qualitativos e quantitativos previstos⁷.

No que tange às prerrogativas da empresa seguradora, ela poderá acompanhar a execução do contrato e terá livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal e aos documentos de auditoria técnica e contábil, podendo requerer esclarecimentos ao responsável técnico da obra.

⁵ O art. 6º, inciso XXII, da Lei nº 14.133/2021, conceitua obras, serviços e fornecimentos de grande vulto como aqueles cujo valor estimado superar o valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

⁶ Lei 14.133/2021 – Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;

b) acompanhar a execução do contrato principal;

c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;

d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

⁷ O §3º do art. 96 da Lei nº 14.133/2021 prescreve que o edital de licitação fixará prazo mínimo de 1 mês, contado da data de homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato, para a prestação pelo contratado quando optar pela modalidade de seguro-garantia.

O art. 102 da Lei nº 14.133/2021 também faculta à seguradora a possibilidade de subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente, inclusive, podendo emitir empenho em nome próprio, ou a quem ela indicar para a concluir as obrigações contratuais, desde que seja demonstrada a regularidade fiscal.

Há de se ressaltar que, como consequência do inadimplemento do licitante contratado, podem ocorrer duas situações distintas. Se a seguradora executar e concluir o objeto do contrato, ela estará isenta da obrigação de pagar o montante segurado indicado na apólice. Por outro lado, caso a seguradora não assuma a execução do contrato, deverá pagar a integralidade do montante indicado na apólice.

Interessante observar que a empresa seguradora não participou do procedimento licitatório. No entanto, se tornará responsável por concluir o objeto, ou por subcontratação, acarretando numa sub-rogação indireta do contrato administrativo nas condições pactuadas pelo Poder Público e o contratado ou, então, arcar integralmente com o valor previsto na apólice do seguro-garantia.

Certamente, haverá por parte da seguradora uma análise custo-benefício entre a possibilidade de assumir o contrato ou de pagar o limite de 30% do valor inicial do contrato. Diversos incentivos e custos estão envolvidos, mas, no âmbito das obras públicas, o pagamento da apólice seria suficiente para que outros meios sejam adotados para a conclusão da obra de grande vulto?

Ainda, podemos questionar a possibilidade real da seguradora exercer, por conta própria, a atividade relacionada à construção, engenharia etc., diante das limitações contidas no contrato social e nas normas regulatórias do mercado de seguros que determinam um objeto social único vinculado à atividade de seguros.⁸

Não se pode negar que as seguradas buscarão o menor custo para se desonerar das suas obrigações contratuais, preferencialmente, pagando a indenização da apólice, que em muitos casos não é suficiente para garantir a conclusão da obra por completo. Após o pagamento da indenização, ou se decidir pela continuidade das obrigações contratuais, a seguradora irá se sub-rogar nos direitos do segurado contra o tomador.

Em complemento, se destaca outra questão importante sobre a Lei nº 14.133/2021 que, em seu art. 97, II, estabelece regras que devem ser observadas para os contratos de

⁸ SOGAYAR, Alberto; MATOS, Tácito Ribeiro de; ALCANTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago de; GUIMARÃES, Fernando. *A cláusula de retomada na nova Lei de Licitações*, 2021. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 4 de jun. de 2021.

seguro-garantia no âmbito da Administração Pública. O dispositivo desperta o debate acerca da manutenção da vigência do seguro-garantia quando o contratado não realizar o pagamento do prêmio nas datas convencionadas.⁹

É notório que o tomador se torna responsável pelo pagamento do prêmio para a seguradora nos prazos estabelecidos no contrato. Não obstante, a lei de licitações determina que o seguro continuará em vigor ainda que o tomador não realize o pagamento do prêmio nos prazos previstos, diferentemente do que ocorre em grande parte dos contratos tradicionais de seguro.

Cuidando-se da finalidade do prêmio nos contratos de seguro-garantia, se faz importante ressaltar que o prêmio se distingue da prática comercial adotada nos seguros tradicionais. Enquanto que no seguro tradicional o prêmio pago contribui na formação de fundo de recursos financeiros para permitir o pagamento de eventuais indenizações esperadas pelos riscos contidos na apólice, no modelo contratual de seguro-garantia o prêmio dispõe de natureza diversa, pois não está baseado na probabilidade média da ocorrência do sinistro.¹⁰

Conforme ressaltado por David Raick, os prejuízos decorrentes do sinistro em contratos de seguro-garantia devem ser compensados à seguradora por meio de um acordo de contragarantias. Daí que, no que se refere aos riscos cobertos pelo contrato de seguro-garantia, não se espera que ocorram prejuízo pela ocorrência do sinistro, pois este é contragarantido pelo tomador.¹¹

Nessa linha argumentativa, o autor aponta que caso seja materializado o sinistro no contrato de seguro-garantia, este não é pago pelo fundo criado com os prêmios pago

⁹ Lei 14.133/2021 - Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

¹⁰ RAICK, David. *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública*: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de performance bonds ao contexto brasileiro. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018, p. 35.

¹¹ RAICK, op. cit. p. 36.

pelo tomador, mas pelo patrimônio da empresa seguradora que será ressarcida posteriormente pelos contrato de contragarantias assinado.¹²

Por certo, tais indagações não são de fáceis elucidações, pois a relação trilateral entre a Administração Pública, o contratado e a seguradora, está inserida em um amplo contexto de assimetria de informações que é intrinsecamente relacionada à celebração de contratos dessa natureza.

2 Breve panorama acerca do instituto *performance bond* no direito norte-americano

Para uma melhor compreensão dos desafios do seguro-garantia no ordenamento jurídico brasileiro se faz oportuno analisarmos, ainda que com certa concisão, as características do modelo norte-americano de *performance bond*, haja vista ser possível identificar algumas semelhanças e diferenças com as práticas adotadas no Brasil, contribuindo para reflexões sobre as contratações públicas e a cobertura por seguro-garantia.

A promulgação do *Heard Act*, em 1894, estabeleceu a obrigatoriedade das cauções de garantias em todos os contratos celebrados pela Administração dos EUA, transferindo para o setor privado os riscos advindos da inadimplência da execução das obras.

Como é bem destacado por Pedro Henrique Christofaro Lopes, a utilização do seguro-garantia teve como propósito inicial a proteção de empregados e fornecedores dos contratantes com a Administração mais do que garantir os interesses do Estado. O autor enfatiza que no momento que antecedeu a elaboração desta lei, o mercado norte-americano de construção civil encontrava-se em um cenário instável, sem exigências específicas para a qualificação técnica, o quadro de inadimplência era elevado, bem como era frequente que as empresas contratadas dispusessem de grandes débitos antes mesmo das obras serem iniciadas. Daí que, nesse quadro de incertezas, foi editado o *Heard Act* nos EUA¹³.

Alguns anos depois, especificamente, em 1935, entrou em vigor o *Federal Miller Act*, estabelecendo uma maior proteção, com cobertura de 100% do contrato em âmbito federal, tal como a utilização de garantias para fornecedores e mão de obra contratada. Esta medida pretendeu evitar que a Administração Pública viesse a ser executada judicialmente nas hipóteses em que os contratados se tornassem inadimplentes junto a terceiros.

¹² RAICK, op. cit. p. 45.

¹³ LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise Econômica do Direito e Contratações Públicas: o Performance Bond em Contratos de Obras Públicas como Instrumento para Mitigar a Assimetria de Informações*. Dissertação de mestrado. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019, p. 98.

É por meio do *Federal Miller Act* que diversas garantias nas contratações públicas foram previstas, tais como 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*)¹⁴.

Comumente, nós podemos encontrar três tipos principais de contratos de seguro-garantia no direito norte-americano. O *bid bond* trata-se de um seguro-garantia que fornece à Administração um meio para recuperar parte do custo de ter que repetir o procedimento licitatório se o vencedor da licitação não celebrar o contrato ou não fornecer as garantias de execução e pagamento exigidos. Por seu turno, o *performance bond* fornece uma garantia de execução do objeto do contrato, em caso de inadimplemento do contratado. Já o *labor and material bond*, também chamado por *payment bond*, assegura que determinados contratantes e fornecedores de materiais serão indenizados nos casos em que o executor da obra não realizar os pagamentos¹⁵.

Destaca-se o fato de que, nos EUA, quase todos os 50 Estados, assim como o Distrito de Columbia e grande parte das jurisdições legais, promulgaram leis semelhantes ao *Federal Miller Act* para exigir o seguro-garantia em obras públicas acima de determinados valores.

A pesquisa normativa realizada por Francisco Galiza¹⁶, no ano de 2015, nos permite verificar alguns dados interessantes sobre as obrigações de seguro-garantia nos estados norte-americanos. A tabela seguinte, com dados catalogados pelo autor através do *NACM'S Manual of Credit and Commercial Laws*, demonstra as hipóteses e os valores contratuais em que o seguro-garantia passa a ser exigido em cada estado e o percentual de cobertura do seguro em relação ao valor do contrato.

Tabela 1 – Seguro-garantia por Estado (EUA)

1	Alabama	No mínimo, 50% do valor da obra, a partir de US\$ 50 mil.
2	Alaska	Para obras até US\$ 1 milhão, 40% do valor.
3	Arizona	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 100 mil.
4	Arkansas	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 20 mil.
5	Califórnia	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 25 mil.
6	Colorado	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 50 mil.
7	Connecticut	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 100 mil.
8	Delaware	100% do valor da obra.

¹⁴ GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015, p. 15.

¹⁵ GALIZA, op. cit. p. 28.

¹⁶ GALIZA, op. cit. p. 31-33.

9	District of Columbia	No mínimo, 50% do valor da obra.
10	Florida	100% do valor da obra.
11	Georgia	100% do valor da obra.
12	Hawaii	100% do valor da obra.
13	Idaho	No mínimo, 85% do valor da obra.
14	Illinois	Até determinado valor, não precisa.
15	Indiana	100% do valor da obra.
16	Iowa	Acima de 75% do valor da obra.
17	Kansas	100% do valor da obra, se > US\$ 100 mil.
18	Kentuck	100% do valor da obra.
19	Lousiana	% varia em função do tamanho da obra.
20	Maine	100% do valor da obra.
21	Maryland	50% do valor da obra.
22	Massachussets	No mínimo, 25% da obra.
23	Michigan	100%, mas acima de US\$ 50 mil.
24	Minnesota	100% do valor.
25	Mississippi	100% do valor.
26	Missouri	100%, mas acima de US\$ 25 mil.
27	Montana	100% em contratos estaduais. No mínimo, 25% em contratos municipais.
28	Nebraska	100% do valor.
29	Nevada	Acima de 50% da obra.
30	New Hampshire	100% do valor, mas acima de US\$ 35 mil.
31	New Jersey	100% do valor.
32	New Mexico	100% do valor, mas o Estado tem condições de baixar até 50%.
33	New York	Abaixo de US\$ 50 mil, não precisa. Não especifica o percentual.
34	North Carolina	100% do contrato. Abaixo de US\$ 300 mil, não precisa.
35	North Dakota	Mão de obra e material cobertos.
36	Ohio	Mão de obra e material cobertos.
37	Oklahoma	100% do valor da obra.
38	Oregon	Abaixo de US\$ 100 mil, não precisa.
39	Pennsylvania	100% do valor da obra.
40	Puerto Rico	No mínimo, 25% da obra.
41	Rhode Island	Entre 50% e 100% da obra.
42	South Carolina	100% para estradas. Nos outros, no mínimo, US\$ 50 mil.
43	South Dakota	Abaixo de US\$ 25 mil, não precisa.
44	Tennessee	No mínimo, 25% da obra.
45	Texas	100% do valor do contrato.

46	Utah	100% do valor do contrato.
47	Vermont	Só usado para estradas.
48	Virginia	Obrigatório a partir de US\$ 350 mil.
49	Washington	100% do valor do contrato. Para valores menores, esse percentual pode diminuir.
50	West Virginia	Depende do tipo de obra executada, mas tem que ser compatível.
51	Wisconsin	Igual ao valor do contrato.
52	Wyoming	> 25% do contrato. Se o contrato > US\$ 100 mil, valor pode aumentar. Se o contrato < US\$ 7,5 mil, não precisa.

Fonte: Francisco Galiza (2015)

Os estados norte-americanos demonstram uma ampla aceitação ao instituto de *performance bond*, ainda que subsista uma diferença de percentuais em relação à cobertura do seguro e o valor do contrato da obra.

Há uma variação entre 25% e 100% da abrangência da apólice do seguro, alguns valores mínimos também foram estabelecidos para que seja possível exigir o seguro-garantia para a obra executada. O estado de Arkansas, por exemplo, determina 100% de cobertura do valor da obra, mas desde que o contrato seja acima de US\$ 20 mil. Já o estado de Arizona também estabelece uma cobertura de 100% para a apólice, porém, aplicando-se apenas para os contratos que são acima de US\$ 100 mil.

Nesse diapasão, nas apólices de seguro-garantia nos EUA, ao ser declarado o sinistro, cabe à seguradora adotar uma das seguintes condutas: 1) financiar o tomador do seguro, com o consentimento do beneficiário, para que este possa concluir o contrato; 2) renunciar ao seu direito de concluir a execução do contrato, desde que seja selecionado no mercado interessado em executar o objeto contratual; 3) executar o contrato por conta própria após a investigação do sinistro, determinando qual o montante que se responsabilizará diante do segurado; 4) negar responsabilidade, em todo ou em parte, comunicando ao segurado as razões da negativa¹⁷.

Ainda, como é evidenciado por Vitor Boaventura Xavier, as seguradoras norte-americanas podem optar por operações de resseguro, com a finalidade de repassar percentual do seu risco ao ressegurador para emissão de novas apólices. O autor aponta que a legislação norte-americana não apenas permite a realização de operações de resseguro, assim como permite que as seguradoras constituam *co-suretyship agreements*, isto é, acordos para a emissão de apólices para joint-ventures quando os tomadores têm

¹⁷ XAVIER, Vitor Boaventura. *O Seguro Garantia de Execução do Contrato – Performance Bond: Uma Análise dos Aspectos Regulatórios e Concorrenciais da sua Exigência pela Administração Pública no Brasil*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2017, p. 31.

seguradoras distintas ou quando o tomador não dispõe de capacidade para ter a apólice subscrita. Daí que os *co-suretyship agreements* são responsáveis para definir as obrigações entre as seguradoras coligadas e por distribuir os riscos assumidos por cada uma na relação contratual¹⁸.

Comparativamente, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 14.133/2021, demonstrou avanço em relação ao percentual de cobertura dos contratos de seguro-garantia até então regulados pela Lei nº 8.666/93, ampliando dos 10% para os 30% nas hipóteses de obras de engenharia de grande vulto.

Por outro lado, verificamos que apenas poucos estados dos EUA estabeleceram um parâmetro de cobertura tão diminuto, nos moldes do patamar do Brasil, pois uma grande parte dos estados americanos exige coberturas mínimas de 50% ou, até mesmo, 100% para garantir que a execução da obra seja efetivamente cumprida.

3 A seleção adversa e o risco moral nas contratações públicas e o papel do seguro-garantia

A celebração de contratos é revestida de grande preocupação decorrente da assimetria informacional existente entre as partes envolvidas. Não obstante, a concepção clássica dos contratos adota como pressuposto a ideia de uma racionalidade ilimitada, onde todas as vontades das partes são previsíveis e seriam parâmetros para tomada de decisão entre os envolvidos.

Contudo, este cenário de amplo conhecimento e informação plena na celebração dos contratos não ocorre no mundo dos fatos. A racionalidade limitada dos agentes econômicos, a complexidade e incertezas, bem como o oportunismo das partes, são fatores que repercutem na formatação de contratos imperfeitos, incompletos, ainda mais quando estamos diante de obras de grande vulto no âmbito de contratações realizadas pela Administração Pública.

A Administração Pública não detém condições de analisar todos os requisitos necessários para conhecer as intenções do licitante vencedor. A nova lei de licitações, assim como as normas que antecederam, apenas tentam indicar uma sinalização para direcionar uma melhor escolha, adotando critérios que busquem revelar informações dos participantes do certame licitatório.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 80, estabelece a pré-qualificação como procedimento técnico-administrativo para selecionar interessados para futuras licitações, oportunidade em que serão apresentados documentos acerca da capacidade técnica e

¹⁸ XAVIER, op. cit. p. 32.

econômica. Ocorre que, por vezes, esses critérios são insuficientes para sinalizar a real capacidade do licitante para executar o objeto pretendido.

É de conhecimento geral que as contratações públicas são assoladas pelo prejudicial “jogo de planilha”, que consiste na atribuição de preços unitários abaixo dos preços de mercado para serviços que, supostamente, não terão condições de serem executados e, após um período de início das obras, a empresa alega caso fortuito e força maior, requerendo a revisão do contrato com base no equilíbrio econômico-financeiro.

A prática oportunista da empresa contratada também pode ocorrer quando são fixados preços mais altos para os serviços que naturalmente ocorrem mais cedo. Ainda, acentua-se o fato de que a empresa contratada detém uma maior expertise de mercado em relação ao Poder Público, de tal sorte que esta informação privilegiada permite saber que certos serviços podem ter os quantitativos alterados ao decorrer da execução da obra por motivo de ordem técnica.

O comportamento dos agentes econômicos que atuam de forma oportunista pode ocorrer antes ou depois da assinatura do contrato. Se ocorrer em momento anterior, estaremos diante de uma situação de seleção adversa, pois a informação privilegiada é obtida previamente e aquele que a detém vai buscar auferir alguma vantagem.

Nas licitações públicas a seleção adversa ocorre principalmente quando objeto for de alta complexidade, pois os critérios de qualificação técnica e econômica são insuficientes para avaliar a assimetria de informação e expor as reais possibilidades do contratante em executar a obra. No procedimento licitatório não há mecanismos reveladores de informações eficazes, pois, como sabemos, os contratos administrativos têm uma natureza de contrato de adesão, a minuta é pré-estabelecida no edital e não há possibilidade de barganha entre as partes em determinadas cláusulas¹⁹.

Não podemos olvidar que a assimetria informacional pode ocorrer em diversos setores da economia. Por exemplo, os trabalhadores conhecem mais sobre suas habilidades do que a empresa contratante; uma pessoa que adquire um seguro de saúde conhece mais sobre o seu quadro clínico; o dono de um automóvel conhece mais sobre as características do seu carro do que potenciais compradores; e o CEO da empresa detém mais informações do que os seus investidores etc.²⁰

De mais a mais, a seleção adversa é objeto de pesquisa sobretudo na área de seguros. Também conhecida como antisseleção, a seleção adversa se refere a um

¹⁹ TIMM, Luciano Benetti (Organizador). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 409.

²⁰ STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics, *The American Economic Review*, vol. 92, no. 3, junho, 2002, p. 469-470.

procedimento no qual a informação assimétrica possuída por uma das partes irá garantir uma vantagem nas negociações. É dizer, uma das partes dispõe de conhecimento insuficiente sobre fundamentos essenciais da outra contratante, dificultando a tomada de decisão.

Atento ao tema da seleção adversa, Paulo Pereira Ferreira²¹ ressalta que o segurado também tem dificuldade em quantificar o risco ao qual ele está exposto. Para atenuar as consequências da seleção adversa, a seguradora dispõe de técnicas atuariais para quantificar os riscos, que são precificados com certa margem de segurança.

O contrato de seguro, portanto, torna-se aceitável pelo segurado diante das diversas opções de cobertura apresentadas pela seguradora para que seja escolhida a opção que melhor se adequa aos interesses do segurado. O autor evidencia a importância da “Teoria da Utilidade Econômica” como hipótese justificante para que o segurado aceite pagar um prêmio para a seguradora que seja superior ao valor médio da sua perda devido à grande redução na sua função utilidade se ocorrer um sinistro.²²

Nos contratos de seguro, a seleção adversa irá ocorrer com maior frequência, pois o segurado possuirá informações acuradas dos principais riscos que está submetido, não revelando facilmente para a seguradora. Cabe à seguradora gerenciar de forma eficaz os mecanismos reveladores de informações e procurar janelas de oportunidades resultantes das propostas apresentadas ao segurado.²³

Não obstante, quando a assimetria de informação surgir após a assinatura do contrato estaremos diante de uma hipótese de risco moral. Situações em que a empresa, após um período de início da execução do contrato, começa a reduzir a qualidade dos materiais utilizados e passa a executar o serviço com produtos inferiores é uma situação corriqueira na realização de obras.

O risco moral é remetido pela doutrina aos chamados problemas de agência, em que uma parte, denominada por agente, deve representar os interesses de outra, denominada por principal. Em determinadas situações o agente receberá incentivos para agir de forma oportunista, isto é, diversamente à vontade do principal, sem que este tenha condições de monitorar a conduta lesiva.

O problema do risco moral pode ocorrer em contratos entre empresas (risco moral externo), ou na mesma empresa (risco moral interno). Per-Erik Eriksson e Hans Lind

²¹ FERREIRA, Paulo Pereira. *Seleção adversa*, 2020, p. 29. Disponível em: <<https://cadernosdeseguro.ens.edu.br/pdf/cadseg197v2selecaoaversa.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

²² FERREIRA, op. cit. p. 30.

²³ FERREIRA, op. cit. p. 33.

aduzem que o risco moral externo acontece nos casos em que uma empresa se comporta de forma oportunista diante de outra. Por exemplo, o contratado atua sem cuidado e esforço, passa a substituir materiais mais caros por outros mais baratos e de menor qualidade, informa que realizou mais trabalho do que realmente foi feito etc. De igual forma, o contratante também pode adotar um comportamento oportunista quando não realiza o pagamento nas condições pactuadas, passa a exigir trabalho que não estava previsto contratualmente, ou se recusa a aprovar o serviço que atende todos os parâmetros do acordo²⁴.

Por conseguinte, o risco moral interno se verifica dentro de uma empresa e pode ocorrer em diferentes níveis hierárquicos. Podemos identificar comportamento oportunista interno quando o funcionário celebra um contrato sem a aprovação necessária, quando não segue as ordens relativas à qualidade de trabalho e de segurança, principalmente quando a atuação decorre de pouco esforço, falta de conhecimento ou de atos de corrupção.²⁵

Exemplo clássico do risco moral ocorre na situação em que uma pessoa celebra um contrato de seguro para o seu veículo e, após os primeiros meses, começa a perder os incentivos de cautela com o automóvel, tal como estacionar em local seguro, deixar de utilizar rastreadores etc. Daí que, para evitar esta conduta oportunista, as seguradoras utilizam mecanismos para manter os incentivos por meio da aplicação da franquia ou, até mesmo, aumentam os preços futuros diante da impossibilidade de fiscalizar o segurado para que mantenha a matriz de riscos de acordo o parâmetro inicial do contrato.

São imensas as dificuldades e os riscos envolvidos na seleção dos licitantes para realização de obras públicas. Porém, não se pode deixar de considerar que os contratos de seguro-garantia não são típicos contratos de seguro, eles detêm uma natureza híbrida com certa peculiaridade, pois envolvem direitos e obrigações de natureza trilateral. Nestes contratos são envolvidas três partes: o tomador do seguro, que é responsável por entregar a obra; a seguradora, que nos casos de inadimplência irá garantir a execução da obra e se responsabilizar até o montante garantido contratualmente; e a presença do ente público.

Conforme evidenciado por Francisco Galiza²⁶, no contrato de seguro tradicional a seguradora espera que ocorra o sinistro e precifica esse risco. **Já nos contratos de seguro-garantia, a taxa de sinistro tem que ser zero.** Existindo alguma probabilidade de haver algum risco na execução do contrato, o seguro-garantia não é firmado. Daí que nesses contratos, o prêmio cobrado pela seguradora tem como propósito cobrir o custo

²⁴ ERIKSSON, Per-Erik; LIND, Hans. *Moral hazard and construction procurement: A conceptual framework*, 2015, p. 5. Disponível em: < https://ideas.repec.org/p/hhs/kthrec/2015_002.html>. Acesso em: 3 de jun. de 2021.

²⁵ ERIKSSON; LIND, op. cit. p.6.

²⁶ GALIZA, op. cit. p. 17.

necessário para mitigar as assimetrias de informações entre as partes, analisando a capacidade técnica, financeira e operacional daquele que, por exemplo, irá executar uma obra pública.

James Vieira, Renata Macedo e Hermann Hrdlicka²⁷ também ressaltam algumas diferenças entre o seguro comum e o seguro-garantia. Os autores argumentam que em relação às perdas esperadas em decorrência do sinistro podem ser verificadas duas perspectivas. Nos contratos de seguro tradicional, a seguradora realiza cálculos atuariais para estabelecer uma margem de perdas de acordo com um conjunto de fatores e de taxas que se ajustam conforme flutuações de mercado. Já em relação às perdas nos contratos de seguro-garantia, a seguradora não tem essa expectativa, pois, assim como apontado anteriormente, a sinistralidade deve ser zero. Só haverá pactuação do contrato de seguro-garantia quando houver ampla margem de segurança, diante da constatação de eventual risco na operação o seguro não será emitido.

Ainda, os autores destacam outra importante distinção no que diz respeito ao cálculo do prêmio. Nos contratos comuns de seguro, o prêmio é estimado de acordo com avaliações atuariais que irão analisar de acordo com o tipo de bem objeto do seguro, essa análise não é relacionada com algum projeto ou com a capacidade financeira do segurado. Por outro lado, os contratos de seguro-garantia calculam o prêmio conforme as características do tomador, analisando a capacidade de executar a obra.²⁸ O prêmio, portanto, serve para pagar os custos que a seguradora terá ao avaliar a condição do tomador, assim como remunerar a seguradora pelo seu “selo de qualidade” ao projeto.

Por sua vez, David Raick expõe certa semelhança do seguro-garantia com o instituto da fiança. O autor aponta que, assim como na fiança, o seguro-garantia é constituído numa relação tripartite: interna (contrato principal que estabelece as obrigações afiançadas), externa (credor-fiador numa relação fidejussória) e uma eventual (fiador-devedor). Também são apontadas outras características que se assemelham à fiança: a obrigação garantida é uma obrigação de adimplemento; tem caráter subsidiário e acessório da obrigação principal prevista contratualmente; e o fiador e a seguradora irão se sub-rogar nos direitos do credor ao pagarem a indenização ou assumir a execução da obra.²⁹

Em verdade, a modalidade de seguro-garantia, considerando a complexidade na sua estruturação, trata-se de uma espécie de seguro com características próprias, devendo

²⁷ VIEIRA, James Batista; MACEDO, Renata Gomes de; HRDLICKA, Hermann Atila. A relevância do seguro garantia nas compras públicas, *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v. 04, n. 02, nov./2019, p. 227.

²⁸ Ibidem.

²⁹ RAICK, David. *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de performance bonds ao contexto brasileiro*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018, p. 91-92.

ser celebrado por meio de seguradora especializada nesse mercado. A necessidade de uma constante fiscalização da obra, principalmente quando estivermos diante de obras públicas, se torna essencial para evitar falhas na execução e garantir que as obrigações sejam cumpridas.

Quanto mais especializada for a seguradora no mercado de seguro-garantia, melhor será a escolha das empresas que terão condições de emitir uma apólice. Daí a importância do seguro-garantia para reduzir a assimetria de informações nas licitações e evitar que a realização de uma obra pública de grande vulto seja realizada por empresa inidônea.

No seguro garantia, o que está sendo contratado é a chancela da seguradora ao tomador, considerando sua capacidade de executar o contrato. A seguradora funciona com o uma espécie de agência de rating ou certificadora, atestando que fez a devida *due diligence* no tomador e tem razões suficientes para acreditar que ele executará o contrato. De tal sorte que o seguro garantia funciona como um instrumento de revelação de informação, considerando que outros já foram utilizados como a pré-qualificação e os tradicionais critérios de habilitação.

4 Considerações finais

Houve certo avanço advindo da Lei nº 14.133/2021 para garantir a execução das contratações públicas. Entre as modalidades de garantias previstas na lei, ganhou destaque o seguro-garantia. A ampliação do percentual exigível para cobertura do seguro no patamar de até 30% representa uma relativa melhora, pois, ao utilizarmos como paradigma o modelo norte-americano, é possível observar que o valor do seguro deverá corresponder a patamares entre 50% e 100% do valor inicial do contrato da obra.

Com efeito, o contexto dos dois países no mercado de seguros é distinto, haja vista sua utilização ser mais consolidada nos EUA desde a promulgação do *Heard Act* no ano de 1894. Não obstante, o instituto de *performance bond*, se bem aplicado, pode gerar incentivos para permitir que, por meio desta relação trilateral entre o tomador, seguradora e segurado, as obras e serviços possam ser executados nos termos que inicialmente foram pactuados, reduzindo os atrasos na execução contratual e as infundáveis obras inacabadas.

O art. 102, da Lei nº 14.133/2021, poderia ter adotado uma postura mais incisiva para estabelecer um dever e não uma mera faculdade da Administração Pública para a utilização do seguro-garantia nas contratações de obras de grande vulto. Ao utilizar a expressão “o edital poderá exigir”, a lei acaba concedendo margem de interpretação para que os diversos gestores públicos possam optar entre utilizar ou não a modalidade de seguro-garantia nos casos de obras de grande vulto.

Se o mercado interno de seguros estiver composto por empresas capacitadas para modelagem e fiscalização de contratos na modalidade de seguro-garantia, os incentivos gerados podem contribuir para reduzir a assimetria de informações e, de igual forma, evitar a ocorrência do sinistro nas contratações públicas.

À derradeira, há de se destacar que as seguradoras aceitarão pactuar contratos de seguro-garantia apenas com as empresas que apresentem uma alta taxa de confiabilidade técnica para executar a obra, isto é, quando houver ampla margem de segurança e um risco zero de ocorrência do sinistro, de sorte que afastará dos certames licitatórios aqueles que não consigam atender aos parâmetros de análise da seguradora. Se bem estruturados, os contratos de seguro-garantia podem contribuir no supervisionamento da execução da obra e no combate de condutas oportunistas, inclusive, nas tentativas de reajustes contratuais para elevar excessivamente o valor final da obra.

5 Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria operacional TC 011.196/2018-1*. Órgão: Ministério da Economia (então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão). Relator: Ministro Vital do Rêgo. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outros-documentos/acordao-tcu-1079-2019>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

ERIKSSON, Per-Erik; LIND, Hans. *Moral hazard and construction procurement: A conceptual framework*, 2015. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/hhs/kthrec/2015_002.html>. Acesso em: 3 de jun. de 2021.

FERREIRA, Paulo Pereira. *Seleção adversa*, 2020, p. 29. Disponível em: <<https://cadernosdeseguro.ens.edu.br/pdf/cadseg197v2selecaoadversa.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

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

LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise Econômica do Direito e Contratações Públicas: o Performance Bond em Contratos de Obras Públicas como Instrumento para Mitigar a Assimetria de Informações*. Dissertação de mestrado. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

RAICK, David. *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de*

performance bonds ao contexto brasileiro. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018.

SOGAYAR, Alberto; MATOS, Tácito Ribeiro de; ALCANTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago de; GUIMARÃES, Fernando. *A cláusula de retomada na nova Lei de Licitações*, 2021. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 4 de jun. de 2021.

STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics, *The American Economic Review*, vol. 92, no. 3, junho, 2002, p. 469-470.

TIMM, Luciano Benetti (Organizador). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, James Batista; MACEDO, Renata Gomes de; HRDLICKA, Hermann Atila. A relevância do seguro garantia nas compras públicas, *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v. 04, n. 02, nov./2019.

XAVIER, Vitor Boaventura. *O Seguro Garantia de Execução do Contrato – Performance Bond: Uma Análise dos Aspectos Regulatórios e Concorrenciais da sua Exigência pela Administração Pública no Brasil*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2017.