

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THAILA RENATA TEIXEIRA DORIA

SEGURO GARANTIA COMO ALTERNATIVA ÀS OBRAS PÚBLICAS
PARALISADAS NO BRASIL



CURITIBA

2019

THAILA RENATA TEIXEIRA DORIA

SEGURO GARANTIA COMO ALTERNATIVA ÀS OBRAS PÚBLICAS
PARALISADAS NO BRASIL

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Econômico.

Orientador: Prof. Dr. José Guilherme Silva Vieira

CURITIBA

2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS SOCIAIS
APLICADAS – SIBI/UFPR COM DADOS FORNECIDOS PELO(A) AUTOR(A)
Bibliotecário: Eduardo Silveira – CRB 9/1921

Doria, Thaila Renata Teixeira

Seguro garantia como alternativa às obras públicas paralisadas no Brasil /
Thaila Renata Teixeira Doria. – 2019.
69 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de
Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em
Desenvolvimento Econômico.

Orientador: José Guilherme Silva Vieira.

Defesa: Curitiba, 2019.

1. Seguros. 2. Obras públicas. 3. Licitação. I. Universidade Federal do
Paraná. Setor de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação
em Desenvolvimento Econômico. II. Vieira, José Guilherme Silva. III. Título.

CDD 368.01



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO ECONOMIA -
40001016051P7

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em ECONOMIA da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **THAILA RENATA TEIXEIRA DORIA** intitulada: **Seguro garantia como alternativa às obras públicas paralisadas no Brasil**, sob orientação do Prof. Dr. **JOSÉ GUILHERME SILVA VIEIRA**, que após terem inquirido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua **APROVAÇÃO** no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 26 de Março de 2019.

ARMANDO JOÃO DALLA COSTA

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

WELLINGTON DA SILVA PEREIRA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

JOSÉ GUILHERME SILVA VIEIRA

Orientador - Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

À Pandora.

“O desenvolvimento de um país depende diretamente da realização de obras de infraestrutura tais como rodovias, geração de energia, portos, meios de comunicação, as quais necessitam de coberturas securitárias adequadas aos riscos que correm. Desta forma, concluímos que, além da necessidade de termos coberturas próprias dos riscos de engenharia no período da construção, é primordial também assegurar a conclusão destas obras. O que torna de suma importância a contratação do seguro garantia.” (JOÃO GILBERTO POSSIEDE, 2015)

RESUMO

O atual modelo de garantia atrelada às licitações brasileiras não é suficiente para reduzir o montante de obras públicas paralisadas no país. O Seguro Garantia, relacionado como garantia possível na lei nas licitações enfrentou diversos obstáculos na legislação brasileira para se consolidar no mercado, porém ainda hoje é subutilizado no Brasil, o seguro se mostra mais eficiente na seleção e no monitoramento das empreiteiras contratadas, reduzindo os custos de transação do Estado, gerando maior eficiência nas relações contratuais, além de outras externalidades positivas geradas no processo. Os atuais desafios para o ramo, seria a ampliação da cobertura do seguro, hoje fixada em 5% do valor do contrato e alteração do status de alternativa, para modalidade obrigatória de garantia nos contratos de licitação. O objetivo do presente estudo é demonstrar as vantagens da contratação da apólice de seguro garantia nas licitações brasileiras, justificando sua contratação compulsória.

Palavras-chave: Seguro Garantia 1. Obras Públicas 2. Licitações 3. Custos de Transação 4.

ABSTRACT

The current guarantee model linked to Brazilian bids is not enough to reduce the amount of public works paralyzed in the country. Guarantee Insurance, listed as a possible guarantee in the bidding law, faced several obstacles in Brazilian legislation to consolidate itself in the market, but is still underutilized in Brazil. Insurance is more efficient in selecting and monitoring contractors, reducing costs. State transaction, generating greater efficiency in contractual relations, in addition to other positive externalities generated in the process. The current challenges for the industry would be to expand the insurance coverage, now set at 5% of the contract value and change the alternative status, for mandatory form of guarantee in bidding contracts. The objective of the present study is to demonstrate the advantages of contracting the guarantee insurance policy in Brazilian bids, justifying its compulsory contracting.

Keywords: Performance Bond 1. Public Works 2. Bids 3. Transaction Costs 4.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 REVISÃO DE LITERATURA	18
2.1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	18
2.2 AS INSTITUIÇÕES	19
2.3 A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	20
2.3.1 Os custos de transação	21
2.4 A TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS	24
2.4.1 Os contratos incompletos	24
3 OBRAS PARALISADAS NO BRASIL	27
3.1 JURISPRUDÊNCIA	28
3.2 DADOS E DIAGNÓSTICO	29
4 O SEGURO GARANTIA	35
4.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PERFORMANCE BOND NOS ESTADOS UNIDOS E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	36
4.2 EVOLUÇÃO DO MERCADO DE SEGURO GARANTIA NO BRASIL	39
4.3 REGULAÇÃO E DEFINIÇÕES	43
5 CONTRATAÇÕES PÚBLICO PRIVADA (LICITAÇÕES)	49
5.1 APRESENTAÇÃO DO SEGURO COMO GARANTIA	50
5.2 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DAS LICITAÇÕES 8.666/93	52
6 IMPACTO DO SEGURO GARANTIA NO PROCESSO LICITATÓRIO	55
6.1 IMPACTO DO SEGURO GARANTIA NOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS	57
6.1.1 externalidades do seguro garantia no processo licitatório	59
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A eficiência do Estado em alocar recursos e prover bens e serviços à população está diretamente relacionada à eficácia dos órgãos públicos na aquisição dos insumos e serviços necessários às suas funções de produção, diferentemente do setor privado, o Estado obedece à critérios previstos em lei na seleção de fornecedores e no apreamento de suas compras, através das denominadas licitações. (FIUZA; MEDEIROS, 2014).

A Constituição Federal de 1988, atribui à União a autoridade de legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal, municípios, empresas públicas e sociedades de economia mista. No que se refere ao processo licitatório, através da Lei das licitações nº 8.666/1993, o Estado possui critérios rígidos de seleção, obedecendo os princípios de impessoalidade, isonomia e transparência. Além da Lei nº 8.666, em maio de 2000 foi instituída a Lei de Responsabilidade Fiscal, nº 101/2000, que estabelece diretrizes para as finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com o objetivo de conter o gasto irresponsável, esta lei trouxe alterações para Lei das Licitações, auxiliando na busca pela eficiência no processo licitatório e a correta destinação do recurso público.

Apesar de ambas as leis atuarem para o correto planejamento e controle das licitações, segundo a CNI (2018), existem no Brasil 2.796 obras atrasadas ou paralisadas, este número sobe para 14 mil tendo como base a recente auditoria efetuada pelo TCU (2019), esses números representam quebras contratuais, evidenciando que o processo licitatório brasileiro precisa ser revisto. Como consequência, a população é desassistida com a falta de infraestrutura básica (estradas, escolas, saneamento) além de todas as externalidades positivas geradas pelas obras, sejam de pequeno ou grande porte (renda, desenvolvimento social e urbano) (GOMES, 2016).

Em 2019, a Lei das licitações completa 26 anos e está passando por uma vasta revisão através do Projeto de Lei 6814/2017, aprovada pelo Senado em dezembro de 2017, em discussão no Congresso desde 2013 (TCU, 2018). Uma das pautas da revisão, Art. 89 § 4º, é a exigência de seguro garantia nas obras e nos serviços de engenharia de grande vulto, exigir-se-á seguro garantia com cláusula de

retomada no percentual de 30% do valor inicial do contrato, hipótese em que o edital poderá prever a obrigação de apresentação de seguros adicionais, em contrapartida dos atuais 5% do valor inicial do contrato (BRASIL, 1988).

O seguro garantia é baseado no modelo Americano de securitização de obras públicas, o Performance Bond instituído no Miller Act de 1935. O Senado procura no seguro, uma alternativa para evitar o abandono de grandes obras, onde as entidades seguradoras, em caso de sinistro, ficariam responsáveis por indenizar o Estado ou finalizar a obra segurada, além de todo sistema de incentivos que o seguro garantia proporcionaria às licitações de obras (GALIZA, 2015).

A partir do exposto, é relevante estudarmos sob o ponto de vista econômico-jurídico, quais os impactos gerados pela utilização deste instrumento nas licitações de obras públicas, em termos dos custos incorridos pelo Estado e quais seriam as externalidades geradas pelo seguro no processo, demonstrando os benefícios no âmbito social e econômico para o país. Este trabalho está dividido em quatro seções, primeiramente uma explanação sobre a Teoria dos Custos de Transação e Contratos Incompletos, na segunda parte, o histórico do ramo e seu desenvolvimento no Brasil, na terceira parte, seu impacto nos custos de transação e as externalidades geradas na contratação pública e por último as considerações finais do texto.

2 REVISÃO DE LITERATURA

Nesta seção se abordará as teorias das Instituições, dos Custos de Transação e dos Contratos Incompletos, utilizadas para avaliar os impactos da utilização do seguro como forma de garantia nas licitações e suas externalidades.

2.1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

Com o ambiente de neutralidade institucional e rigidez de pressupostos, as instituições não eram objeto de estudo da teoria neoclássica, onde os agentes possuem perfeita informação e o equilíbrio de mercado era alcançado unicamente pelo sistema de preços, em meados da década 1930, por meio dos pensamentos de Coase, Simon, Commons e Hayek, as instituições passaram a ter evidência na teoria econômica com a Nova Economia Institucional (FURUBOTN; RICHTER, 2000). Além de enfatizar a importância das instituições a Nova Economia Institucional, introduziu o conceito de racionalidade limitada e a incompletude contratual nas transações entre os agentes. Nas transações, os agentes possuem objetivos distintos e pode surgir um comportamento oportunista em suas interações no mercado, gerando custos de transação, desta forma, se faz necessário um ambiente regado, que possam balizar o comportamento dos agentes em uma estrutura de governança.

A Nova Economia Institucional postula que os custos de transação existem e exercem influência sobre as instituições e suas escolhas ao interagirem no mercado, influenciando no preço final dos produtos e serviços, assim surge a busca pela maximização de resultados através do comportamento dos indivíduos dentro das organizações (PERES, 2007).

Trazendo a teoria para o caso das licitações, segundo Coase, os custos podem ser subdivididos em duas vertentes, o custo da coleta de informações e o custo da negociação dos contratos, portanto, antes que se estabeleça um vencedor no processo licitatório, ambas as partes (concedente e cessionário) terão custos de transação. Em relação à racionalidade limitada, por mais que se levante informações e que a decisão seja racional, não é possível prever os cenários futuros, como os contratos oriundos das licitações são em sua maioria de longo prazo, existem fatores

que não são controlados, como por exemplo, mudança no cenário econômico, (FARINA; AZEVEDO, 1997).

A racionalidade limitada pode desencadear uma série de complicações nas transações de mercado, o *hold up* (oportunismo) e o *moral hazard* (risco moral), que pode ser dividido em *hidden information* e *hidden action* (informação oculta e ação oculta), sendo que, a informação oculta, surge de uma informação monopolizada por um dos agentes da transação, gerando desequilíbrio no contrato, o detentor da informação privilegiada, poderá usá-la para tirar vantagem da outra parte em qualquer momento da interação, a ação oculta ocorre quando uma das partes toma uma ação negativa para obter vantagem em algo, em detrimento dos demais, essas duas ações enfatizam que os contratos são incompletos e que a racionalidade dos agentes é limitada.

2.2 AS INSTITUIÇÕES

As instituições possuem um papel significativo na Nova Economia Institucional, não no sentido de organização, mas sim como restrições ou normas que estruturam as ações sociais, econômicas e políticas, são compostas por restrições formais como sanções e costumes e informais, como leis e direitos (FARINA; AZEVEDO, 1997).

As instituições, por serem balizadoras da ação dos agentes, reduzem a incerteza do mercado, no caso das licitações, a lei nº 8.666/1993 traz tranquilidade e segurança aos licitantes e ao Estado, assegurando os direitos e obrigações de ambas as partes, bem como garantir que os critérios de seleção serão respeitados (LAMARÃO, 2011).

As instituições possuem três dimensões, a regulativa, a normativa e a cognitiva. A dimensão regulativa, relacionada às regras, avaliações e obrigações no âmbito sócia, por meio de valores e normas, construindo padrões e bases de comparação, essas regras podem ser aplicadas para apenas alguns agentes, ou para a sociedade, estabelecendo papéis sociais e meios legais para alcançar determinados fins. A dimensão normativa, não relacionada ao comportamento dos agentes na busca de um objetivo, mas sim pela conduta induzida por uma tendência dos indivíduos a agirem conforme é esperado, sendo socialmente adequado. A dimensão cognitiva representa o sistema de símbolos, representações e crenças as

quais os agentes interpretam o ambiente e idealizam as ações possíveis no mesmo e as executam (LAMARÃO, 2011).

2.3 A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A Teoria dos Custos de Transação (TCT) surgiu em 1937, com o ensaio “The Nature of the Firm” de Ronald Coase, onde desenvolveu a ideia da existência de custos incorridos nas negociações, não inerentes à produção da firma, mas sim, decorrentes das transações realizadas no mercado. Neste ensaio, Coase, na tentativa de responder as razões pelas quais a firma internaliza atividades que poderiam adquirir com custos inferiores no mercado, postulou que na relação entre os agentes econômicos e as firmas, existem custos concretos na negociação dos contratos, os custos de transação.

Coase, realizando esta leitura, permitiu uma elucidação sobre a organização interna das firmas e dos mercados e, maior compreensão das relações contratuais dos agentes na busca pela eficiência, ou seja, na busca pela redução dos custos oriundos das transações, contrapondo a abordagem neoclássica, onde os agentes econômicos possuem racionalidade ilimitada e cuja preocupação se dava apenas pelos custos de produção.

Para Williamson (1998), a Teoria dos Custos de Transação (TCT) é oriunda de duas correntes de pensamento, a Nova Economia Institucional e a da Organização, sendo que a Nova Economia Institucional trata das instituições, analisando contratos, leis e normas, já a da Organização, se ocupa da governança. A TCT estuda as possibilidades de organização da produção (governança), à luz do arcabouço institucional.

A teoria econômica passou a olhar a atividade produtiva além da perspectiva do preço, considerando a alocação de recursos conforme as leis e a complexidade da relação entre os agentes econômicos, sistematizando a relação entre o Direito e a Economia (CATEB; GALLO, 2010). Portanto, o foco da análise da TCT é a própria transação, as transações considerando as estruturas de governança da firma e como a mesma otimiza suas escolhas acerca de suas atividades econômicas. As firmas apropriam-se de distintas formas institucionais focando em aumentar sua eficiência produtiva e minimizar seus custos de transação, estas formas variam entre estruturas de mercado (relações de compra e venda), estruturas hierárquicas

(organização interna da firma) e estruturas híbridas (elementos mercantis e administrativas) (WILLIAMSON, 1981).

Em resumo, a TCT estuda a governança da firma e do mercado a partir dos ganhos de eficiência oriundos da diminuição dos custos de transação, as instituições, em particular, a firma, o mercado e os contratos e os custos de transação, que referem-se aos custos do funcionamento do sistema econômico (WILLIAMSON, 1991).

Os custos de transação podem ser divididos em dois grupos, os custos ex-ante e os custos ex-post, sendo que, segundo Williamson (1993), os ex-ante são referentes ao preparo, negociação e a salvaguarda dos acordos, enquanto os ex-post são oriundos dos ajustes e adaptações durante a execução do contrato, quando afetado por informações incompletas, falhas, erros, omissões e alterações inesperadas. Williamson (1985) ainda relaciona os fatores que acarretam os custos ex-post: i. alinhamento falho do acordo; ii. custos de negociação incorridos para corrigir distorções contratuais; iii. custos de governança para solucionar possíveis disputas, e; iv. custos de efetivação.

2.3.1 Os custos de transação

Para Williamson (1985) custos de transação são os custos decorrentes do planejamento e monitoramento das estruturas de governança, sempre que, nas transações, houverem custos em negociar, monitorar e coordenar os agentes, as mesmas se tornam custosas, deste modo não alcançaram a eficiência desejada na negociação (COASE, 1937). A existência de tais custos indica que os contratos são falhos, principalmente em função do comportamento dos agentes envolvidos, que estão sujeitos à racionalidade limitada, desta forma, os custos de transação são frutos das imperfeições existentes no funcionamento dos agentes econômicos, onde os mesmos não dispõem a atenção devida à essas falhas (WILLIAMSON, 1985).

Segundo Williamson (1985) existem três características que definem uma transação: i. a frequência; ii. a incerteza e; iii. a especificidade dos ativos envolvidos (aspecto físico, habilidades, localização, patentes e dependência bilateral). Já as características comportamentais são o oportunismo e a racionalidade limitada, que seria o comportamento adequado à realização de objetivos, dentro dos limites,

condições e restrições determinadas, afetado pela capacidade de processamento das informações pelos agentes.

Em relação às características da transação, as transações que englobam ativos específicos são as que somente uma quantidade limitada de agentes podem participar, uma vez que os ativos são específicos o número de produtores capazes de ofertá-los e os demandantes interessados em adquiri-los são reduzidos. Os ativos específicos e oportunismo estão fortemente correlacionados, quanto mais específico for o ativo, maior o oportunismo, caso contrário, a existência de um maior número de agentes reduziria o acontecimento de tais atitudes oportunistas (WILLIAMSON, 1991).

A frequência das transações está relacionada com a especificidade dos ativos e também com os custos de transação, caso a transação seja recorrente, um comportamento cooperativo pode surgir, uma vez que os ganhos futuros com a transação compensariam ganhos eventuais obtidos por meio de um comportamento oportunista, existe também maior possibilidade de firmar contratos de longo prazo (SOUZA, 2004).

A racionalidade limitada aliada às condições de complexidade e incerteza se torna relevante em termos de custos de transação. Existem dois tipos distintos de incerteza, um ligado ao aspecto contingencial e outro ligado à assimetria de informações, o primeiro, de origem eventual, surge de ações não coordenadas ou de alterações nas preferências dos indivíduos, já o segundo possui origem nas falhas de comunicação ou no desconhecimento do tomador de decisão sobre os planos e decisões dos demais agentes (SOUZA, 2004).

Existem limitantes para a racionalidade perfeita, como: i. incerteza sobre as consequências; ii. informações incompletas e; iii. a complexidade das informações. O comportamento dos agentes é racional, porém, limitado, o agente não consegue prever todos os elementos existentes e necessários para elaborar um contrato completo, um contrato que não precise de ajustes ao longo de sua vigência (WILLIAMSON, 1985). Sobre o oportunismo, ele é a busca do interesse próprio, originando problemas de risco moral e seleção adversa, que manipulam ou omitem intenções e informações, com o intuito de auferir lucro, alterando a configuração inicial do contrato (WILLIAMSON, 1985), sendo assim, todos os contratos são inevitavelmente incompletos, existem imprevistos que ocorrem devido às lacunas, erros e omissões na relação contratual.

Os agentes, em suas interações no mercado, serão regidos por contratos e todos os empasses envolvendo este, como quebras contratuais, salvaguardas e monitoramento devem ser sanados pelas instituições, como reduzem a incerteza, reduzem os custos de transação (NORTH, 1991).

Existem diversos custos de transação associados às licitações, os custos econômicos (incluindo custos de oportunidade) diretos e indiretos, os de recursos materiais e os de recursos humanos envolvidos nos trâmites burocráticos incorridos pelo Estado, que devem ser somados à tarifa da aquisição direta dos bens e serviços transacionados (FIUZA, 2009). Os custos incorridos pelo fornecedor, que são incorporados ao preço praticados, são custos com cadastramentos, obtenção de certidões, realização de ensaios, interposição de recursos judiciais, entre outros. Quanto Maior a burocracia e a incerteza sobre a conclusão do processo de compra, maiores os custos das firmas participantes da licitação (FIUZA, 2009).

De forma geral, os custos do setor público são os de desenvolvimento do edital, negociar e prever salvaguardas contratuais e os custos associados ao monitoramento e ao controle do contrato após efetivado, sinteticamente, seria a somatória do custo de desenhar, negociar e prever salvaguardas contratuais CTac, dos custos de monitoramento e controle do contrato CTpc, dos custos associados à execução da licitação (confecção e publicação do edital, julgamento das propostas, de publicação dos vencedores), e os custos referentes ao tempo entre a necessidade da compra e o recebimento do produto CTlic (HERRMANN, 1998).

O bom uso dos recursos públicos está diretamente associado ao princípio de moralidade, o oportunismo e a ineficiência de um contrato envolvendo o Estado ocorre quando o interesse público é comprometido pela desproporcionalidade entre custo e benefício (NETO, 1992). A lógica da licitação, postulada pela lei das licitações nº 8.666/93 simula condições de mercado que resultam em concorrência perfeita, desta forma a racionalidade dos agentes é dada como ilimitada e o produto é padronizado, buscando a participação do maior número de concorrentes, o critério de escolha é unicamente o menor preço. O processo de licitação parte do princípio que nenhum fornecedor tem condições de influir no mercado, permitindo ao órgão público adquirir bens e serviços a preços inferiores aos que seriam praticados na ausência desta competição (COSTA, 1994), fazendo com que:

$$CTac + CTpc + CTlic + Plic \leq Pm$$

Sendo que, P_{lic} é preço do produto do fornecedor vencedor da licitação e P_m é preço do produto no mercado, para que a transação através da licitação seja eficiente, P_{lic} tem que ser inferior ao P_m (HERRMANN, 1999).

2.4 A TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS

A teoria do contrato incompleto, nos afasta da ideia de completude contratual, que seriam aqueles contratos capazes abranger todas as características de uma transação, nesses contratos não haveria necessidade de revisão dos direitos e obrigações das partes durante sua vigência, uma vez que o contrato estaria resguardado em todos os cenários futuros possíveis, o levantamento dessas informações seria uma atividade demasiadamente custosa e de mesmo modo, estaria sujeito à condições adversas e incerteza (BELLANTUONO, 2005; LIMA, 2014).

A incorporação da noção de racionalidade limitada, oportunismo e incerteza na análise contratual e a ideia da existência de custos de transação, afastam o sistema econômico de seu funcionamento ideal e elucidam questões como falhas de mercado, assimetrias de informação e contratos incompletos.

2.4.1 Os contratos incompletos

Os contratos são unidades fundamentais para os custos de transação, uma vez que seus determinantes não podem ser completamente eliminados, a construção dos contratos se torna morosa, em especial se for efetivado em data futura (ZYLBERSTAJN, 2005). Segundo Fianni (2002), existem quatro tipos de contratos: i. contratos que especificam no presente determinada performance no futuro; ii. contratos que especificam no presente determinada performance no futuro, sendo condicionado à ocorrência de eventos definidos antecipadamente, ou seja, contratos de cláusulas condicionais; iii. contratos de curto prazo, realizados apenas no momento em que as condições necessárias para a realização da transação efetivamente se concretizam e; iv. contratos estabelecidos no presente com o direito de selecionar no futuro uma performance específica dentro do conjunto de performances estipuladas previamente.

Em relação ao primeiro tipo de contrato, estes são menos flexíveis, possuem menor grau de complexidade e incerteza, portanto, não possuem custos de transação significativos, já em relação ao segundo, os agentes envolvidos determinam certo desempenho condicionados à uma ocorrência futura, o terceiro tipo de contrato, de curto prazo, onde as negociações ocorrem no mercado à vista, ou seja, somente quando a necessidade da transação se concretiza, reduzindo as dificuldades de adaptação entre os agentes, porém, estes contratos pressupõe que existe um mercado de curto prazo, onde seus custos são baixos, de maneira que seja vantajoso para os agentes recorrerem à ele sem custos expressivos. Em relação ao quarto tipo de contrato, existe uma relação de autoridade de um agente sobre o outro, um determina a ação do outro dentre várias possíveis, estes contratos têm a vantagem de não ser necessário prever cenários futuros e ações a serem executadas diante deles.

Como definição, os contratos são incompletos devido à racionalidade limitada dos agentes, ao oportunismo e em função da especificidade dos ativos envolvidos na negociação (WILLIAMSON, 2002). Em uma relação contratual de qualquer natureza, os parâmetros da negociação são estipulados e registrados em documento, este busca enumerar exaustivamente todos os possíveis cenários futuros que impactam a negociação, este trabalho possui custos elevados, de modo que seus termos devem ser respeitados por ambas as partes, ajustes realizados ao longo de sua vigência são complexos, os contratos são inflexíveis e alterações após sua efetivação acarretam em destrato. Os contratos que conseguem englobar todos as eventualidades são exceções e complexos em sua implementação (CARSON, MADHOK E WU, 2006).

Para a teoria econômica, os contratos serão sempre incompletos, seria impossível prever todas as possibilidades de acontecimentos futuros que de certa forma poderiam intervir na relação entre os agentes. Os contratos incompletos geram perdas potenciais em relação à transação realizada, perante às informações disponíveis. Tem-se o custo de transação como causa da incompletude contratual, que se apresenta em função da racionalidade limitada dos agentes, que não possuem todas as informações para a tomada de decisão ótima, pela assimetria de informação e pelo oportunismo (LIMA, 2014).

Para diminuir os custos de transação e elevar a eficiência contratual, os agentes, podem optar por um contrato flexível, ao invés de um contrato que

apresente o risco ex-ante, de forma rígida e imutável, possibilitando ajustes em relação ao previsto, após sua efetivação (LIMA, 2014).

A complexidade de alguns serviços, como os de construção civil, torna muito difícil a elaboração de contratos completos, que enumeram todos os estados contingentes da natureza e as ações a serem tomadas em cada um deles (WILLIAMSON, 1985; HART, 1995) e se tratando de um processo licitatório, a situação é agravada em decorrência da legislação brasileira, o edital da licitação é o que guiará todo o contrato posterior, sendo inflexível mediante situações adversas. Estes fatores contribuem para a quebra dos contratos, resultando em serviços não prestados ou não finalizados, na próxima seção se quantificará o montante empenhado nos contratos paralisados evidenciando a relevância do tema.

3 OBRAS PARALISADAS NO BRASIL

Segundo o Banco Mundial (2017), o investimento em infraestrutura é fundamental para o desenvolvimento econômico sustentado, investimentos dessa natureza são geradores de ganhos e de produtividade e estão relacionados à demanda da sociedade por bens e serviços públicos de qualidade, gerando bem-estar social.

A falta de investimento em infraestrutura pode se destacar ainda mais que seu investimento, as deficiências de infraestrutura são motivo de atraso para os países em seus esforços para atingir o status de desenvolvido, existem diversos estudos que demonstram uma lacuna global de infraestrutura grande e crescente (MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, 2014).

A evidência empírica mostra que o declínio do investimento em infraestrutura no Brasil afetou negativamente o crescimento econômico, o boom das commodities que teve início em 2003, aliviou as restrições macroeconômicas e permitiu um crescimento do PIB per capita de quase 3% ao ano, porém, o investimento em infraestrutura não seguiu esse crescimento e a lacuna resultante passou a ser uma restrição à futuras perspectivas de crescimento (BANCO MUNDIAL, 2017).

Neste contexto, o cenário de crise político-econômica é um fator determinante para a paralização de algumas obras, a instabilidade financeira e a forma com que os recursos públicos são geridos, causa impactos diretos no investimento em infraestrutura, outros fatores importantes são a corrupção e o superfaturamento das obras, eles implicam em grande prejuízo à administração pública, como também paralisações por embargos judiciais e complicações fiscais (SALOMAO, 2019). Ressaltando que a lei nº 8.666/93 trabalha para que a legislação aplicável seja seguida e que ocorra efetiva fiscalização dos contratos para a minimizar os impactos provocados por atos que contrariam a lei mencionada.

Além do impacto social e alocação ineficiente de recurso público, a paralisação de obras impacta diretamente o mercado de construção civil, este mercado movimentou R\$ 460 bilhões na economia em 2016, o que equivale a 7,3% do PIB (FGV, 2017; ABRAMAT, 2017). Os efeitos ocorrem diretamente sobre a demanda agregada, impactando trabalhadores e a cadeia produtiva das empresas contratadas e fornecedores de bens e serviços, além da contribuição tributária. Desta forma, obras paralisadas impactam o produto e a renda do país em termos

agregados, além dos efeitos indiretos sobre todos os setores da economia (CBIC, 2018).

3.1 JURISPRUDÊNCIA

Como definição, segundo a Lei nº 8.666/1993, obra pública é toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público, que pode ser realizada por meio de execução direta, quando a obra é feita pelo próprio órgão, por seus próprios meios, ou por execução indireta, quando é executada por terceiros.

Segundo o TCU (2019) a forma mais comum de contratação é a indireta, onde a Administração contrata empreiteiras para a execução da obra e fiscaliza o desempenho da contratada do produto entregue, prestando contas sobre a boa e regular aplicação dos recursos públicos. Neste sentido, existem as obras geridas diretamente pela União e aquelas geridas por transferências voluntárias de recursos, onde os recursos são repassados aos estados e municípios, os quais ficam responsáveis pela execução e fiscalização da obra.

Para conceituar o termo obra paralisada, o então Ministério das Cidades utiliza o Manual de Instruções para Contratação e Execução dos Programas e Ações do Ministério das Cidades - Projetos Inseridos no Programa de Aceleração do Crescimento (MICE/PAC), o qual define que obra paralisada é aquela que estiver sem desbloqueio¹ há mais de três meses consecutivos. Já para o Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão segundo a Portaria n. 348/2016 2016, define, para o monitoramento específico de obras paralisados com valor de investimento inferior a R\$ 10 milhões, o empreendimento iniciado e sem apresentação de boletim de medição em período igual ou superior a noventa dias, salvo ateste de execução física pelo Ministério gestor ou pela mandatária da União.

Uma definição clara e uniforme para o tema seria fundamental para o controle exercido pelo gestor da obra e pela população, permitindo também que existam dados comparativos em diferentes políticas e tipologias de obras. A falta

¹ O desbloqueio corresponde a etapa do processo de trabalho que se dá após a aprovação da medição pelo ente contratante e respectiva aferição pela Caixa, no papel de Mandatária da União. Em outras palavras, o boletim de medição é o documento que melhor retrata a real situação da obra que os desbloqueios do órgão federal. Assim, o controle da situação da obra de acordo com o último boletim de medição é mais fidedigno à realidade do empreendimento (TCU, 2019).

desta definição prejudica a transparência e a tomada de decisões e dificulta a alocação assertiva dos recursos públicos (TCU, 2019).

Outro fator que prejudica a fiscalização, são as paralisações não registradas nos bancos de dados. Estas ocorrem quando o gestor ou a empreiteira executam a obra com avanços ínfimos, nestes casos, o empreendimento tem como status em execução, quando na verdade estão paralisadas. Este e outros fatores ressaltam a importância de que a informação seja disponibilizada de forma fidedigna, assim podendo ser utilizada como base para tomada de decisão, além da uniformização dos conceitos, que permitem a definição de procedimentos relacionados à gestão de riscos, gerando rotinas para acionar medidas preventivas e corretivas (TCU,2019).

3.2 DADOS E DIAGNÓSTICO

Ao analisar uma obra paralisada, além do montante financeiro despendido na obra, destacam-se diversos prejuízos de difícil mensuração, tais como os custos relacionados ao desgaste e manutenção das obras, o comprometimento dos serviços já executados e o prejuízo ocasionado pela privação dos benefícios assistenciais que o empreendimento viria gerar.

De acordo com um estudo realizado pela CBIC (2017), foi constatado que o montante comprometido em decorrência de obras públicas paradas no Brasil em 2017 era de aproximadamente R\$ 76 bilhões em recursos públicos, sem estimar os custos de retomada, uma vez que ocorre a deterioração da estrutura inacabada e aumento do valor contratual. Em 2017 foi criado o programa Avançar, principal ferramenta do Governo Federal para catalogar e retomar as obras inacabadas, com uma perspectiva de investimento de R\$ 130,97 bilhões, originários do Orçamento Geral da União, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e de recursos de empresas estatais, caso estes investimentos forem concretizados, fomentaria o desenvolvimento econômico do país, de acordo com um estudo realizado pela CBIC (2018), haveria um acréscimo de R\$ 115 bilhões na economia caso todas as obras paradas abrangidas pelo programa fossem retomadas.

No sentido da retomada, é necessário garantir que estas obras sejam retomadas sem novas interrupções e para isso é necessário que os problemas que ocasionaram a paralisação sejam corrigidos, bem como a maneira em que o governo administra seus recursos financeiros, ainda, é imprescindível o

reestabelecimento da economia (SALOMAO, 2019). As paralisações são ainda mais problemáticas, já que muitas obras perdem seu sentido econômico e social, fazendo com que sua conclusão seja desnecessária (MARTINS, 2018).

O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) realizou um estudo em 2017 sobre as obras paralisadas no Brasil e levantou um total de 2.796 projetos nesta condição e, inesperadamente, 48,7% do total se refere à obras de baixa complexidade, creches, pré escolas e quadras esportivas. As grandes obras de infraestrutura como saneamento, aeroportos, ferrovias, hidrovias, obras de mobilidade urbana, portos e rodovias, correspondem somente 18,5% do total das obras paradas, em sua maioria parcialmente executada, implicando em significativo custo de oportunidade do investimento empregado na obra. Apesar de serem menos expressivas em quantidade, estas obras de grande porte, possuem valores acima de R\$ 10 milhões, as rodovias lideram o ranking monetário das obras paradas, com um total de R\$ 3,1 bilhões em recursos, seguido pelo setor ferroviário com R\$ 3 bilhões em investimentos. Os projetos de infraestrutura respondem por 73,2% de um total de R\$ 25,4 bilhões em investimentos listados pelo Ministério do Planejamento (CNI, 2018).

O investimento em infraestrutura no Brasil é baixo e parte do que é investido acaba preso em obras paralisadas, resultando em recurso público empregado de forma ineficiente. O perfil das obras paradas mostra que a paralisação não se dá em função da complexidade da obra, mas nas falhas na forma que o setor público executa seus projetos, demonstrando sua falta de planejamento, falta de bons controles internos e excesso de burocracia. Os dados da pesquisa também mostram os principais motivos das paralizações: i. motivos técnicos; ii. abandono pelas empresas; e iii. problemas orçamentários/financeiros (CNI, 2018).

Conforme demonstrado, os números das obras paradas revelam que o problema se encontra relevante no setor de grandes obras, infraestrutura, mas também existem milhares de obras de baixa complexidade que afetam a população diretamente e seriam de fácil conclusão.

O estudo conclui que os motivos das paralizações revelam a falta de um planejamento adequado do Estado, evidente na descontinuidade do financiamento, precariedade nos projetos de engenharia e seus desdobramentos. Para obras futuras, recomenda-se dar foco no planejamento macro e micro do contrato, na

qualidade da garantia exigida e na execução dos controles internos, fortalecendo os órgãos de controle e manutenção dos projetos (CNI, 2018).

O Tribunal de Contas da União recentemente divulgou, através do Acórdão nº 1079/2019, processo 011.196/2018-1, o relatório de auditoria realizado com o intuito de elaborar um diagnóstico sobre as obras paralisadas no país financiadas com recursos da União, para tanto as bases de dados analisadas foram as seguintes: i. Órgãos Públicos – Acompanhamento de Obras – TCU da Caixa Econômica Federal (CEF) – abril/2018; ii. Sistema Integrado de Monitoramento Execução e Controle do Ministério da Educação (MEC) – abril/2018; iii. Fundação Nacional de Saúde (Funasa) – abril/2018; iv. Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) – fevereiro/2018 e; v. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) – abril/2018. Através das Tabelas 1 e 2, podemos observar a distribuição das obras por base de dados e a situação consolidada dos contratos:

TABELA 1 – DISTRIBUIÇÃO DAS OBRAS POR BASE DE DADOS

Banco de dados	Contratos	Investimento	%Qtd	%investimento
CAIXA	14.224	R\$ 15.087.800.487	37,03%	2,07%
PAC	10.666	R\$ 663.349.865.889	27,77%	91,11%
SIMEC 2.0	9.055	R\$ 10.412.537.471	23,57%	1,43%
SIMEC SESU	645	R\$ 4.729.617.284	1,68%	0,65%
SIMEC SETEC	367	R\$ 1.153.566.319	0,96%	0,16%
DNIT	1.168	R\$ 28.512.435.426	3,04%	3,92%
FUNASA	2.287	R\$ 4.847.271.601	5,95%	0,67%
Total Geral	38.412	R\$ 725.456.451.627	100,00%	100,00%

FONTE: TCU (2019)

TABELA 2 – SITUAÇÃO DOS CONTRATOS RELACIONADOS A OBRAS DO DIAGNÓSTICO CONSOLIDADO

Situação	Contratos	Investimento	% Qtd	% investimento
Em reformulação	590	R\$ 204.988.943	1,54%	0,03%
Adiantada	950	R\$ 957.961.228	2,47%	0,13%
Atrasada	2.700	R\$ 4.105.680.314	7,03%	0,57%
Normal/em execução/em obras/ativo	19.728	R\$ 575.829.146.944	51,36%	79,37%
Iniciada sem medição	41	R\$ 44.541.721	0,11%	0,01%
Paralisada/inacabada	14.403	R\$ 144.314.132.477	37,50%	19,89%
Total Geral	38.412	R\$ 725.456.451.627	100,00%	100,00%

FONTE: TCU (2019)

Através da compilação dos dados, foram analisadas um total de 38.412 contratos, onde cerca de 14 mil se encontram paralisados, representando 37,5% das obras que deveriam estar em andamento, o montante financeiro previsto para estes contratos paralisados somam R\$ 144 bilhões. O acórdão recomenda ao Ministério da Economia que:

(...) adote providências para constituir fórum permanente, envolvendo múltiplos atores, para avaliar as principais causas de paralisações de obras públicas, identificar e implementar medidas tendentes a mitigar os riscos associados a essas causas, bem como monitorar o desempenho geral da execução de obras com recursos federais (TCU, 2019).

Segundo o levantamento efetuado, do montante de R\$ 144 bi pelo menos R\$ 10 bi já foram investidos, além deste, o prejuízo decorrente da interrupção de uma obra abrange valores que são de difícil mensuração como o custo de oportunidade do recurso público e ainda, uma obra paralisada consome os recursos nela aplicados sem gerar retorno para a sociedade, além de limitar o crescimento econômico do País, por deixar de fomentar a economia local com a retirada da oferta de empregos diretos e indiretos. Outro custo que deve ser considerado, está associado ao desgaste das obras, que em situação de abandono, têm suas estruturas expostas à ação de intempéries, sendo necessárias intervenções para recuperar os estragos decorrentes do abandono antes de retomar a obra, e tais medidas envolvem custos adicionais incorporados ao valor total da obra (TCU, 2019).

TABELA 3 – VALORES JÁ INVESTIDOS NAS OBRAS

Banco de dados	Representação das colunas do Banco de dados	Valor
CAIXA	Soma de valor repasse desbloqueado	R\$ 5.772.867.105
PAC	Percentual de execução financeira x valor do contrato	R\$ 10.069.481
SIMEC 2.0	Percentual executado pela instituição x valor do contrato	R\$ 977.981.042
SIMEC SESU	Valor total liquidado	R\$ 909.372.288
SIMEC SETEC	Valor total liquidado	R\$ 125.814.822
DNIT	Percentual realizado x valor do contrato	R\$ 2.472.043.875
FUNASA	Valor total pago	R\$ 688.579.032
Total Geral	-	R\$10.830.912.823

FONTE: TCU (2019)

Para identificação das causas de paralisação, a auditoria optou por analisar as causas registradas no banco de dados do Programa de Aceleração do

Crescimento (PAC), em função da materialidade das obras, da importância e da disponibilidade de informações. Ao identificar uma paralisação nas obras do PAC, os gestores devem informar o motivo da paralisação, que pode ser classificado em sete categorias: i. abandono pela empresa contratada; ii. ambiental; iii. judicial; iv. orçamentário e/ou financeiro; v. órgãos de controle; vi. técnico; vii. Titularidade e/ou desapropriação. A tabela abaixo relaciona os motivos de paralisação com a quantidade de obras paralisadas e os recursos previstos.

TABELA 4 – MOTIVOS DAS PARALISAÇÕES DAS OBRAS CONSTANTES DO BANCO DE DADOS DO PAC

Motivo da paralisação	Qtd	Total (R\$ Milhões)	% Qtd	% Recursos
Técnico	1.359	R\$ 25.546	47%	19%
Abandono pela empresa	674	R\$ 5.843	23%	4%
Outros	344	R\$ 21.678	12%	16%
Orçamentário/Financeiro	294	R\$ 62.961	10%	48%
Órgãos de Controle	93	R\$ 4.506	3%	3%
Judicial	83	R\$ 6.121	3%	5%
Titularidade/Desapropriação	35	R\$ 3.433	1%	3%
Ambiental	32	R\$ 2.145	1%	2%
Total Geral	2.914 ²	R\$132.227	100%	100%

FONTE: TCU (2019)

Ao relacionar as causas de paralisação, podemos observar que os maiores motivos para o abandono são: i. técnico; ii. Abandono pela empresa; iii. outros e iv. orçamentário/Financeiro, parte destes motivos poderiam ser corrigidos através da adoção do Seguro Garantia na licitação, inclusive citado durante a discussão do Acórdão pelos Ministros do TCU, uma vez que ao contratar a apólice de seguro, as Seguradoras especializadas realizariam uma avaliação técnica, qualitativa e financeiras das empreiteiras antes de conceder a apólice, minimizando o risco de contratações com problemas técnicos, além do objeto da apólice de seguro garantia ser o fiel cumprimento das obrigações assumidas em contrato, assegurando indenização no caso da falta de repasse do recurso pelo Estado e também em caso de abandono pela empresa contratada.

² Segundo o TCU (2019), a diferença entre a quantidade de obras paralisadas indicadas no diagnóstico do PAC (Tabela 2 - Situação dos contratos relacionado a obras - PAC - 2292 obras) e a quantidade de obras cujas causas de paralisação (Tabela 4 - Motivos das paralisações das obras constantes do banco de dados do PAC - 2914 obras) serão analisadas adiante se dá por conta da inclusão, nesta análise, das obras constantes do Simec e da base de informações da Funasa que também estão incluídas no PAC e foram retiradas do diagnóstico acima para não duplicar os dados analisados.

Demonstrada a abrangência do problema e apresentada a possibilidade de securitização das licitações, dada a complexidade do seguro garantia, cabe na próxima seção uma explanação sobre sua origem, suas especificidades, sobre a experiência internacional do ramo e sobre a sua evolução no Brasil.

4 O SEGURO GARANTIA

O seguro garantia, ou *Performance Bond*, é um contrato de seguro que surgiu nos Estados Unidos na segunda metade do século XIX e trata-se de um tipo específico de seguro, que garante obrigações assumidas em contrato, em sua concepção, apenas para contratações de obras públicas, assegurando que as mesmas fossem concluídas de acordo com os padrões de qualidade e prazo ali estabelecidos, portanto a *Performance Bond* garante que a obra será executada ainda que surjam circunstâncias desfavoráveis no curso da execução contratual. Em caso de sinistro, a seguradora se responsabiliza pelo pagamento de indenização em relação aos danos oriundos de qualquer inadimplemento ou, pelo término da obra, seja pela contratação de uma construtora, seja pela execução direta da obra (GOMES, 2016).

O funcionamento do seguro se dá em uma relação triangular, da qual fazem parte o contratante, ou segurado; a seguradora; e o contratado, ou tomador do serviço. No caso de obras públicas, a seguradora garante ao Estado (segurado) que a construtora (tomadora) cumprirá com o acordado, portanto, o beneficiário é o Estado, mas quem assume a obrigação sobre o serviço segurado é a construtora, sendo que, a responsabilidade da seguradora é secundária, surgindo somente em caso de sinistro (LANGLEY; HOUSTON, 2009). No contrato de seguro garantia, as três partes envolvidas possuem responsabilidades, o tomador, de cumprir o contrato, o segurado, de cumprir sua obrigação financeira e a seguradora, de honrar com os termos do seguro e assumir sua responsabilidade em caso de inadimplência do tomador, o segurado também se compromete a reembolsar a seguradora no caso de sua inadimplência em relação ao contratado (SCHUBERT, 2003).

A apólice de seguro garantia, em sua função securitária, é um mecanismo de transferência de risco, porém, apresenta algumas características particulares que o diferencia dos demais tipos de seguro. A existência da relação triangular (tomador, segurado e seguradora), a gestão do risco pela seguradora (caso haja risco excessivo na operação, a apólice não é emitida) e a exigência de garantias, são fatores não usuais para outros ramos. Um dos maiores diferenciais, em termos regulatórios da apólice, é a possibilidade de ressarcimento do sinistro, no caso das obras públicas, o segurado é o Estado e em caso de sinistro, será ressarcido pela seguradora no valor da importância segurada, mas a mesma poderá executar o

tomador em busca de ressarcimento, caso alguma observância do contrato não seja cumprida (GALIZA, 2015; LANGLEY; HUSTON, 2009).

O seguro garantia pode se assemelhar, em termos gerais, com a fiança bancária, porém existem diferenças importantes entre as duas modalidades que os tornam produtos bem distintos, como por exemplo: i. engloba além de critérios econômicos e financeiros, a capacidade técnica; ii. existe a possibilidade de pulverização do risco pela seguradora através de resseguro ou cosseguro; iii. é uma forma de contratação mais simples e barata e; iv. existe a possibilidade de cumprimento da obra ou indenização em dinheiro (GALIZA, 2015).

4.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PERFORMANCE BOND NOS ESTADOS UNIDOS E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

O seguro garantia surgiu com o risco incorrido na contratação de empreiteiras em um período onde qualquer pessoa poderia se qualificar como um construtor nos Estados Unidos, os custos de entrada eram baixos e não havia qualificação para o ramo, fazendo com que o mercado da construção civil se tornasse grande e insolvente. A taxa de inadimplência era muito elevada, sendo que a maioria das firmas já estavam próximas à falência antes mesmo de iniciar a obra pública (CALVERAS; GANUZA; HAUK, 2004).

Em 1893, aprovado pelo congresso, o chamado Heard Act, estabeleceu a obrigatoriedade de cauções e garantias em todos os contratos governamentais, incluindo os contratos de obras, transferindo para a iniciativa privada o risco de inadimplência, assim como o trabalho de análises técnica e financeira das empresas. A legislação recebeu diversos aprimoramentos e em 1935, entrou em vigor o denominado Miller Act incluindo maior proteção ao Estado, como a utilização de garantias para contratos terceirizados evitando execuções judiciais (GALIZA, 2015).

A partir desta legislação, a contratação do Performance Bond é obrigatória em todas as obras contratadas pelo Estado e em relação às normas regionais, alguns Estados exigem a apólice inclusive para obras Municipais e outros, como Maine, Mississippi, Carolina do Sul, exigem que o seguro cubra 100% do valor contratado (GALIZA, 2015).

FIGURA 1 – “CONSTRUCTION BONDS” POR ESTADO - EUA

Estado	Algumas características
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
9 District of Columbia	No mínimo, 50% do valor da obra

FONTE: NACM's (2019)

Já sobre a experiência internacional, a Europa se destaca pela menor importância relativa do seguro garantia e existem pelo menos três motivos para explicar a menor presença da modalidade, primeiro, o seguro garantia surge de obrigações legais, o Estado deve impor limites mínimos para a contratação, em segundo lugar, o baixo percentual da importância segurada, em média, de 10%. Nos EUA, chegaria a 100%, ou 50% no Canadá. O terceiro motivo seria a alta frequência da fiança bancária, Nos EUA, existem certas restrições para a atuação dos bancos nesse segmento (GALIZA, 2015).

Na América Latina, para a Colômbia, o seguro é regulado pelo Código Comercial. Só existe a obrigatoriedade do seguro para as obras públicas, não havendo nenhuma normatização quanto às obras entre entes privados. O Código Comercial apresenta as condições dos seguros obrigatórios (valores mínimos, o tipo de seguro necessário etc.). Das três modalidades apresentadas pelo Código (Seguro, patrimônio próprio ou fiança bancária), o seguro tem sido o mais utilizado, pelas vantagens de preço e agilidade. No México, assim como a Colômbia, a predominância desse tipo de contrato de seguro se refere às obras públicas. No México toda obra do setor público deve ter alguma forma de garantia, para as

apólices de cumprimento ou qualidade do contrato, o montante segurado é de 20% do valor contrato (GALIZA, 2015).

FIGURA 2 – EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL



FONTE: FUNESEG (2016)

Segundo a National Association of Surety Bond Producers (2019) existem quatro modalidades de seguro garantia para obras, o *bid bond* (seguro garantia licitante), que cobre o custo de repetição de uma concorrência, o *performance bond* (seguro garantia do executante) que cobre a própria obrigação da construção, o *payment bond* (seguro garantia de pagamento), que cobre os custos de material e mão de obra e o *warranty bond* (seguro garantia de manutenção) que cobre qualquer defeito de fabricação ou referente aos materiais utilizados na construção.

Além das modalidades para obras, ainda segundo National Association of Surety Bond Producers (2019), existem outros produtos direcionados ao setor público, conforme descritos abaixo:

i. Contract surety bonds: é a modalidade que garante que a construção irá ser concluída, engloba os já mencionados performance bonds. Bid bonds: que proporcionam segurança financeira na concorrência, Performance bonds: que garante indenização em caso de quebra de contrato, Payment bonds: garante que o contratante pagará as empresas subcontratadas, como trabalhadores e fornecedores, Maintenance bonds: garante indenização em caso de defeitos de

fabricação ou de materiais envolvidos na construção e os Subdivision bonds: garantem ao município, ou estado que o tomador vai financiar e concluir melhorias de infraestrutura, tais como ruas, calçadas e saneamento.

ii. Court bonds: São divididos em dois tipos. Os fiduciary bonds, que fixam o desempenho acordado em funções fiduciárias, os litigation bonds, direcionados à ações judiciais.

iii. License and permit bonds: exigidos por lei estadual ou regulamentos locais, que tem como objetivo licenciar a participação em negócios como concessionárias etc.

iv. Public official bonds: O seguro garante o cumprimento do dever de um funcionário público; por exemplo, tesoureiros, cobradores de impostos, magistrados, juízes etc.

v. Miscellaneous bonds: Aqui, temos um grupo de produtos. Por exemplo, garantir o pagamento de serviços públicos, para garantir as contribuições patronais para os benefícios adicionais da União etc.

4.2 EVOLUÇÃO DO MERCADO DE SEGURO GARANTIA NO BRASIL

No que tange ao surgimento e consolidação do Seguro Garantia no Brasil, a modalidade teve dois grandes impasses, a regulamentação necessária e a concorrência com a fiança bancária (GALIZA, 2015).

A partir do Decreto de Lei nº 73, de 1966, o seguro se tornou obrigatório para incorporadores e construtores de imóveis, ficando pendente ainda, sua regulamentação (BRASIL, 1988). Já o decreto nº 200 de 1967, que instituiu como facultativo à Administração Pública exigir dos licitantes uma prestação de garantia, incluiu entre as modalidades de garantia, o seguro, além da fiança bancária e da caução (BRASIL, 1988), iniciando assim uma legislação aplicável às obras públicas. Em 1986, o Decreto-lei 200/1967 foi revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, onde o seguro garantia foi mantido como exigência facultativa, porém, com importância segurada limitada à 5% do valor do contrato (BRASIL, 1988).

O decreto Lei nº 2.348 de 1987, alterou essa limitação ao seguro garantia, mantendo-a para a caução e a fiança, permitindo assim, que a importância segurada fosse até 100% do valor do contrato (BRASIL, 1988), destacando a importância do ramo para o setor público. Em 1993, a Lei nº 8.666, vetou o seguro garantia,

estabelecendo somente a caução e a fiança-bancária como garantias possíveis. Como justificativa, o Ministério da Justiça postulou que o seguro comprometia a democratização das licitações, com as seguintes justificativas: i. inexistência de critério para o valor de cobertura, ficando a critério do administrador; ii. conhecimento prévio das empresas que conseguiriam determinado valor de crédito para o seguro pelo cadastro do Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, onde constava o limite máximo de concessão por empresa; e iii. favorecimento de grandes construtoras, em decorrência do limite de cobertura ser baseado no valor do patrimônio líquido (GOMES, 2016).

Os motivos listados pelo Ministério da Justiça para o veto não se sustentam do ponto de vista técnico, principalmente pelo processo licitatório de obras se dar através de concorrência, onde ocorre uma pré qualificação dos licitantes (art. 22 da Lei nº 8.666/93) e dentre os pré requisitos existe a análise de capital mínimo e/ou patrimônio líquido da empresa (art. 27 e seguintes da Lei nº 8.666/93), desta forma não se pode afirmar que o seguro garantia seria um obstáculo à concorrência, pois a fase de pré qualificação dos licitantes teria esse mesmo fim (GOMES, 2016).

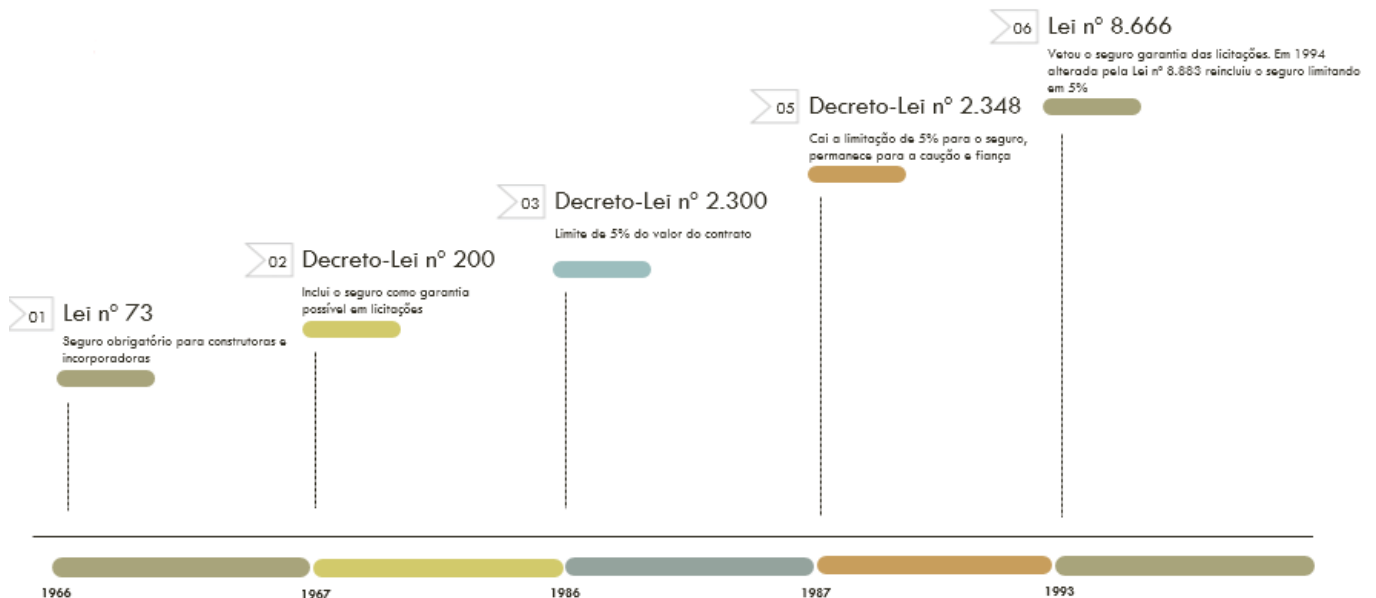
Em 1994 a Lei seria novamente alterada, agora reincluindo o seguro garantia, a Lei nº 8.883 também limitou a importância segurada em 5% do valor do contrato, exceto para obras de grande vulto³, onde a importância segurada é ampliada para 10% do valor do contrato. Outra mudança prevista na lei, foi que a modalidade da garantia seria escolhida pelo contratado e não mais pela Administração Pública, que seria livre somente para escolher se exigiria ou não uma garantia, essa alteração resolvia as razões do veto do seguro anteriormente relacionadas, pois, estabeleceu uma limitação ao contrato e sua adoção estaria a cargo do contratado (BRASIL, 1988). Esta última alteração é a legislação atualmente vigente, abarcando as licitações e contratos públicos de qualquer entidade pública, seja ela federal, estadual ou municipal.

³ A obra de grande vulto é definida, de forma objetiva, pela Lei n. 8.666/93, em seu artigo 6º, V: é aquela cujo valor estimado seja superior a 25 vezes o limite da concorrência de obra e serviço de engenharia (art. 23, I, “c”, da Lei). Este limite, atualmente, é de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Portanto, obra de grande vulto é aquela com valor estimado superior a R\$37.500.000,00 (trinta e sete mil e quinhentos mil reais).

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1o Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II - seguro-garantia; III - fiança bancária. § 2o A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo. § 3o Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato (BRASIL, 1988).

No decorrer do desenvolvimento do ramo, no período do “milagre econômico”, final da década de 1960, o país possuía condições favoráveis à consolidação do seguro garantia, em decorrência das obras de grande complexidade. Desta forma, o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e a Federação Nacional de Seguradoras e Capitalização (FENASEG), tentaram implementar um delineamento semelhante ao Surety Bond dos EUA no Brasil, porém, a modalidade não se desenvolveu naquela época, mesmo com o Decreto-Lei 200/1967, tanto que somente em 1993 surgiu a primeira seguradora especializada nesse tipo de seguro. O seguro garantia somente ganhou espaço no cenário nacional após a Resolução nº 2099/1994 do Conselho Monetário Nacional, que incluía o Brasil no acordo de Basileia, onde fora restringida a emissão de cartas fianças por tomar limite operacional dos bancos, colocando o seguro em evidência (POVEDA, 2012; GOMES, 2016).

FIGURA 2 – LINHA DO TEMPO DA LEGISLAÇÃO DO SEGURO GARANTIA

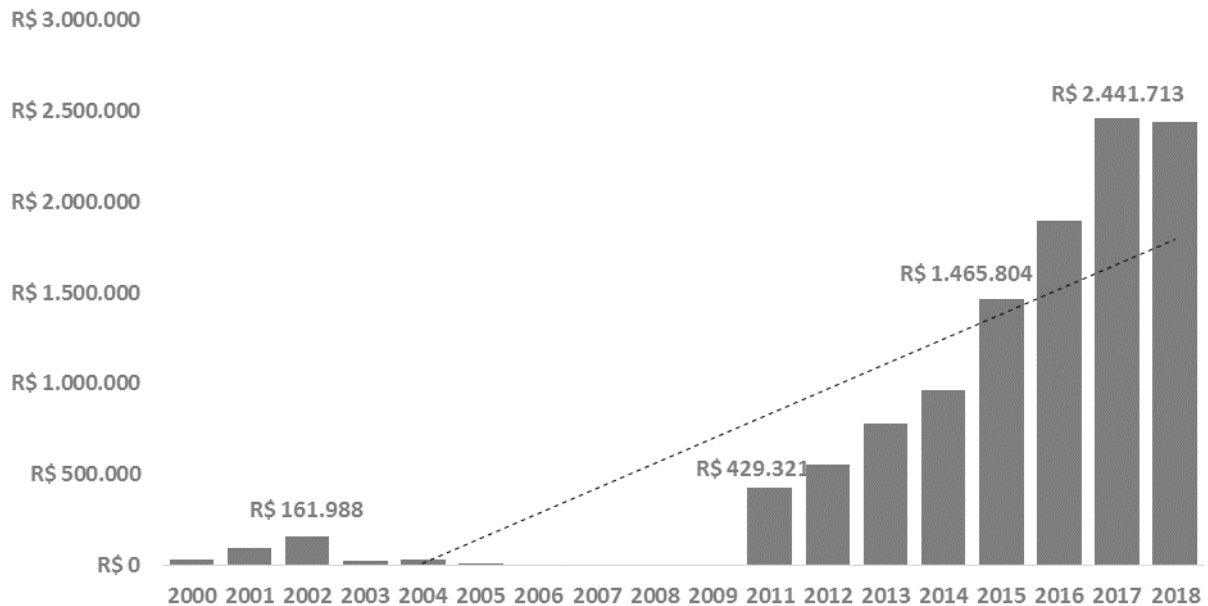


FONTE: CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988)

Apesar do ambiente favorável, o mercado não apresentou grandes evoluções, pela concorrência com outros tipos de garantias, que ficam a cargo de escolha do contratado e pela limitação do valor segurado (5% ou 10% do contrato) que é baixo, baseado no risco do projeto, o engessamento do limite do performance bond o torna quase insignificante quanto aos efeitos esperados de sua atuação (FIUZA, 2009).

Podemos observar a partir do Gráfico 1, que o mercado somente se consolidou a partir de 2011, onde grandes obras estruturais foram realizadas no Brasil, como o PAC 2, com investimento que somam R\$ 955 bilhões de 2011 à 2014 e os grandes eventos esportivos, como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, que ajudaram na crescente do ramo foram os eventos de grande porte no país.

GRÁFICO 1 – EVOLUÇÃO DO SEGURO GARANTIA – SETOR PÚBLICO



FONTE: SUSEP (2019)

4.3 REGULAÇÃO E DEFINIÇÕES

Pelo código civil Art. 757⁴, o segurador se obriga, mediante ao pagamento de uma remuneração específica, o prêmio, a garantir o interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados, sendo a parte garantidora, segundo a legislação aplicável, somente entidades para tal fim legalmente autorizada. No contrato de seguro, a entidade seguradora assume obrigação de garantia contra riscos predeterminados nas cláusulas contratuais e caso não assuma essa obrigação, estará sujeita às consequências impostas pelo órgão regulador, já o segurado, em decorrência de eventual sinistro, estará suportado por tal contrato (BRASIL).

A Teoria da Transferência do Risco ou Repartição do Dano, orienta os contratos onde a transferência do risco seria elemento presente tanto em contratos de danos quanto no de pessoas. Esse processo de diluição do risco surge para a manutenção de um sistema que permita à uma empresa ou pessoa operar na prevenção de riscos alheios, sem que isto lhe conduza a falência, esse processo se

⁴ Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

consolidou com o advento da ciência atuarial (FRANCO, 2014). No modelo securitário atual, a transferência de risco é mitigada pelas seguradoras através da pulverização do risco com mecanismos como Cosseguro, Resseguro e Retrocessão, afastando o risco de insolvência por parte da seguradora (SUSEP, 2017).

O contrato de seguro é uma das formas mais difundidas e antigas de compensação de riscos, sobre sua origem, tem-se o seguro marítimo, das navegações do século XV, como a primeira estrutura de contrato de seguro consolidada, já no século XX, a função do contrato de seguro fora ampliada para a responsabilidade civil, fidelidade funcional, execução de obrigações (performance bond), riscos políticos, insolvência etc. (WALD, 2015). A evolução histórica do seguro foi paralela à industrialização, na evolução histórica das complexidades das relações de direito material, desenvolveu-se um descasamento entre o desenvolvimento das sociedades e as tarefas frutos do risco, que ameaçavam incessante e potencialmente não somente aqueles que delas obtinham algum proveito, como também aos que nela não estavam inseridas, surgindo a necessidade de transferência desses riscos para o mercado segurador, ao passo da preocupação cada vez maior em não deixar impune o responsável por um dano, tenha ele praticado a ação, omissão, ou apenas faltado com o dever de cuidado que lhe era imposto pela lei ou pelos costumes (FRANÇA, 2009).

Sendo o risco o principal elemento do contrato de seguro, sem a sua existência, não existe probabilidade de ocorrência do dano, ou seja, não existe importância segurada, o risco deve estar presente na contratação e durante toda a vigência da apólice (REGO, 2014). O risco poderia ser simplesmente definido como “perigo, probabilidade de dano”, ainda, uma expressão muito comum na definição do contrato de seguro é a de possibilidade de um evento incerto, ou seja, o sinistro (FILHO, 2002). A decisão de segurar ou não segurar um risco é individual e para pessoa jurídica, a decisão irá partir da sua gestão de risco ou por exigências contratuais. Os contratos de seguro refletem uma aversão ao risco de quem o contrata, através do pagamento do prêmio, estas pessoas evitam a necessidade de arcar com as consequências de um evento incerto (COOTER; ULEN, 2010).

Para esclarecimentos sobre o ramo de garantia, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), emitiu a circular 232/2003, que posteriormente foi

substituída pela Circular 477/2013⁵ e segundo a definição contida na última o Seguro Garantia tem por objetivo garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado, sendo que o mesmo pode se tratar do Setor Público ou Privado (SUSEP, 2013).

Quando trata-se de Setor Público, o seguro tem como finalidade garantir o cumprimento das obrigações do tomador perante o segurado em função de licitação, obras públicas, serviços, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e também as obrigações oriundas de: i. processos administrativos; ii. processos judiciais, inclusive execuções fiscais; iii. Parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa; e iv. regulamentos administrativos. Também estão garantidos os valores devidos ao segurado decorrentes de multas e indenizações oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador. No caso do Setor Privado, garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado (SUSEP, 2013).

Em relação às definições das partes, o Agente Econômico, Segurado ou Contratante é quem contrata uma obrigação de construção, de fornecimento de bens ou de prestação de serviços. O beneficiário da apólice emitida pela seguradora normalmente é pessoa jurídica. O Tomador ou Contratado é aquele que está assumindo obrigações de construir, fornecer bens ou prestar serviços. A Seguradora é quem garante ao segurado que as obrigações assumidas pelo tomador serão cumpridas na forma e no prazo acordados. A Tabela 4 traz os ramos atinentes à modalidade do Seguro Garantia.

⁵ 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

TABELA 4 – OS RAMOS DO SEGURO GARANTIA

Grupo	Nome do Grupo	Identificador do Ramo	Nome do Ramo	Observação
07	Riscos Financeiros	43	Stop Loss	Ramo novo. Operações anteriormente informadas no Ramo Riscos Diversos (0171).
07	Riscos Financeiros	46	Fiança Locatícia	Inalterado.
07	Riscos Financeiros	48	Crédito Interno	Ramo novo. Operações anteriormente informadas nos Ramos Crédito Doméstico Risco Comercial (0860) e Crédito Doméstico Risco Pessoa Física (0870).
07	Riscos Financeiros	49	Crédito à Exportação	Ramo novo. Operações anteriormente informadas nos Ramos Crédito à Exportação Risco Comercial (0819) e Crédito à Exportação Risco Político (0859).
07	Riscos Financeiros	75	Garantia Segurado - Setor Público	Ramo novo. Operações anteriormente informadas nos Ramos Garantia Financeira (0739), Garantia de Obrigações Públicas (0745), Garantia de Concessões Públicas (0747) e Garantia Judicial (0750).
07	Riscos Financeiros	76	Garantia Segurado - Setor Privado	Ramo novo. Operações anteriormente informadas nos Ramos Garantia Financeira (0739), Garantia de Obrigações Privadas (0740), e Garantia Judicial (0750).

FONTE: Circular 477 - SUSEP (2013).

No presente estudo, serão utilizados somente os ramos referentes ao Setor Público 0775 Riscos Financeiros Garantia Segurado – Setor Público.

Para fins explicativos definem-se: i. sinistro: inadimplemento das obrigações do tomador cobertas pelo seguro; ii. tomador: devedor das obrigações por ele assumidas perante o segurado; iv. segurado – Setor Público: a Administração Pública ou poder Concedente; e v. segurado – Setor Privado: credor das obrigações assumidas pelo tomador no contrato principal.

O valor da garantia é o valor máximo da apólice, ou seja, sua importância segurada (IS), sendo que a mesma deve ser alterada perante quaisquer mudanças

no contrato gerador da obrigação, onde a seguradora deve emitir um novo endosso, seu período de vigência também será o mesmo acordado em contrato e caso esta sofra alterações, da mesma forma, deverá a seguradora emitir um novo endosso refletindo essas alterações.

Conforme Orientação da SUSEP ao Mercado – Provisões Técnicas de Março/2018, em relação ao acionamento da apólice, o Seguro Garantia segue o mesmo exemplo das garantias financeiras, onde a ocorrência do sinistro não se dá de forma repentina, ou seja, anterior à sua ocorrência, não existem indícios da mesma. O inadimplemento do tomador se dá de forma gradual, onde o segurado observa atrasos de entrega, falhas na prestação de serviços, onde o mesmo deve, obrigatoriamente, acusar a expectativa de sinistro à seguradora, onde a mesma, para se resguardar financeiramente e também em cumprimento às exigências da SUSEP constitui uma provisão financeira para o eventual desembolso daquela obrigação. O sinistro será caracterizado no dia em que a Seguradora for comunicada da confirmação do inadimplemento do tomador, implicando na reclassificação da expectativa, antes registrada, para sinistro.

A indenização do segurado pela seguradora ocorrerá seguindo alguma das seguintes formas: i. realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade sob sua responsabilidade; e ii. indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos causados pela inadimplência do tomador⁶.

Em relação ao risco tomado pela seguradora na emissão de apólices, a SUSEP determina que a Seguradora não deve reter 100% do risco das apólices para si, elas possuem um limite de retenção, ou seja, uma responsabilidade máxima que a sociedade supervisionada poderá reter, tendo que repassar o restante da responsabilidade em resseguro. Desta forma, espera-se que as seguradoras gerenciem e acompanhem seus acúmulos de risco de forma a não ficar demasiadamente exposta.

⁶ Art. 13 A seguradora indenizará o segurado, mediante acordo entre as partes, segundo uma das formas abaixo:

I – realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade, sob a sua integral responsabilidade; e/ou

II – indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e/ou multas causados pela inadimplência do tomador, cobertos pela apólice.

O resseguro funciona de forma similar à um seguro para as seguradoras, ela repassa um percentual do risco assumido e paga um prêmio à resseguradora que o assume. O limite de retenção de risco pela seguradora não deve ultrapassar 5% do seu Patrimônio Líquido ajustado, acima desse limite se faz necessária uma aprovação da SUSEP. Em caso de pagamento de sinistro, a seguradora indeniza o segurado e posteriormente é ressarcida do montante referente ao repasse em resseguro pela resseguradora.

Após a explanação sobre as especificidades do Seguro Garantia, sua evolução no Brasil e a experiência internacional, voltando ao processo licitatório, resta analisá-lo de forma legal, verificar a jurisprudência para a inclusão do seguro no processo e conseqüentemente enumerar seu impacto no mesmo.

5 CONTRATAÇÕES PÚBLICO PRIVADA (LICITAÇÕES)

O setor público adquire produtos e serviços por meio de processos licitatórios regidos pela lei nº 8.666 de 1993, de acordo com a Constituição Brasileira, Art.37, Inc. XXI “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (BRASIL, 1989). Por conseguinte, licitação é um procedimento administrativo preliminar que o setor público, baseado em critérios pré-definidos de avaliação, seleciona entre diversas propostas, a que melhor atende ao interesse público. A lei das licitações tem o intuito de normatizar as compras públicas e celebrar contratos administrativos entre o setor público e o privado, garantindo o princípio da isonomia e assegurando igual oportunidade à todos os candidatos (BRASIL, 1993).

A elaboração de um processo licitatório surge da necessidade do setor público pela aquisição de bens ou serviços, tem como início a solicitação de compra, sendo finalizado com a assinatura do contrato entre o vencedor da licitação e o licitante, para tanto, existe uma etapa interna, atribuída ao Estado, de preparação da licitação onde é definido o objeto da licitação, é realizada uma pesquisa de preços e o edital é elaborado, posteriormente existe uma fase externa em que a administração disponibiliza aos licitantes as informações e condições da referida licitação, por meio da publicação do edital (CARIO; NEUENFELD; STADNICK, 2017).

Segundo a Constituição Federal, Artigo 22, inciso XXVII, a responsabilidade por legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação fica a cargo da União. Como mencionado anteriormente, a Lei no 8.666 de 1993, rege as compras públicas, estabelecendo princípios gerais e definições, tendo em vista que ao longo da sua existência a lei foi alterada por 61 medidas provisórias (MPs) e dezenove leis, a mesma não conseguiu ser colocada em prática integralmente (FIUZA, 2014).

Segundo o Governo Federal (2019), nos contratos de PPPs devem constar algumas obrigações como: i. penalidades aplicáveis ao governo e ao parceiro privado em caso de inadimplência; ii. formas de remuneração e de atualização dos valores assumidos no contrato; iii. critérios para a avaliação do desempenho da prestação do serviço; iv. apresentação de garantias de execução suficientes para a realização da obra ou serviço.

5.1 APRESENTAÇÃO DO SEGURO COMO GARANTIA

A Lei de Responsabilidade Fiscal, nº 101, de maio de 2000, estabelece diretrizes para as finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com o objetivo de conter o gasto irresponsável, esta Lei trouxe alterações para Lei das Licitações, auxiliando na busca pela eficiência no processo licitatório e a correta destinação do recurso público. A Lei trouxe aos administradores públicos uma mudança nos métodos e na liberdade na condução da máquina pública, contendo a criação de despesas sem que haja a devida previsão de recursos orçamentários. O cumprimento das diretrizes de receitas e despesas passou a ser uma obrigação, extinguindo o desequilíbrio orçamentário. A Lei de Responsabilidade Fiscal foi criada para conferir maior controle na geração de despesas e as receitas públicas (MATTOS, 2002).

Apesar dos quase 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal, os processos licitatórios ainda são falhos e não garantem a correta destinação do recurso público, trazendo para a discussão orçamentária maior jurisprudência para a proteção da provisão de bens e serviços à população. Desta forma surge a discussão sobre a forma de garantia apresentada no processo de licitação, trazendo a experiência Americana do seguro garantia para a necessidade brasileira de garantia nas obras públicas.

Segundo Fiuza e Medeiros (2014), o que existe atualmente sobre a capacidade das empreiteiras é essencialmente o *backward looking*, as exigências de capacidade financeira visam corrigir o problema da seleção adversa, empresas com baixa capacidade possuem maior risco de quebra e são justamente as que dão lances agressivamente mais baixos, o mesmo vale para a qualificação técnica, que corrige a seleção adversa de firmas de baixa qualidade. Porém, o *backward looking* é insuficiente para garantir que a empresa cumpra o contrato em termos de tempestividade, qualidade e adimplência.

Das três formas de garantias aceitas pela lei das licitações, seguro garantia, fiança bancária e caução, em dinheiro ou títulos, limitadas em 5% ou 10% do contrato a apresentação de alguma destas seria equivalente ao seguro desempenho, mas com percentual de cobertura muito baixo em relação ao valor da obra, dando a possibilidade de abandono da obra sem ônus significativo. Além da fiança bancária e a caução comprometerem recursos financeiros da empresa

aumentando o risco de quebra e tendem a ser mais custosos para empresas com histórico ruim (IPEA, 2018).

Segundo Fiuza (2009) a falência da empresa pode ocorrer quando os pagamentos contratados ficam abaixo dos custos realizados, as razões pelas quais uma empreiteira faça lances abaixo do esperado em custos segundo são:

- Maldição do vencedor: a firma vencedora subestima os custos;
- Expectativa de renegociação: a empresa vencedora espera a renegociação do contrato quando for muito custoso para o comprador substituí-lo; e
- Má situação financeira e responsabilidade limitada (*limited liability*): fornecedores tentando sobreviver podem adotar, por desespero, estratégias arriscadas.

Nos casos em que os custos são mais altos, a empresa pode pedir falência, suas perdas são limitadas, mas seus ganhos não, esta situação desencadeia um comportamento mais propenso ao risco, despertando nelas um comportamento agressivo nos lances propostos na licitação.

A contratação de seguro se torna muito mais eficiente, garantindo a execução do contrato, em especial, a execução de obras, sobre os tipos de contratos de *Performance bond* já expostos neste texto, abaixo segue a correlação com os riscos contidos nos contratos entre o setor público e o privado (BAJARI; MCMILLAN; TADELIS, 2008).

- Seguro de garantia para a proposta – *bid bond* – em torno de 10% do valor da proposta, onde a seguradora é responsável se a empreiteira renegar o contrato;
- Seguro garantia de desempenho – *performance bond* – valor igual ao montante do contrato, a seguradora é responsável se a empreiteira é falha na construção (tempestividade, qualidade etc);
- Seguro garantia de pagamento – *payment bond* – valor igual ao montante do lance, garante o pagamento aos subcontratados e fornecedores.

No caso da empreiteira não cumprir o contrato, possuirá grande dificuldade em contratar apólices de seguro futuramente, desta forma, o seguro não só preservaria melhor o setor Público, como também permitiria extrair *ex-ante* evidências sobre o desempenho passado da empreiteira, com base no *rating* (classificação de risco) atribuídos pelas seguradoras ou no ágio (prêmio de risco)

pago pela empreiteira em relação ao valor de mercado (BAJARI; MCMILLAN; TADELIS, 2008).

Com o poder de escolher a forma de garantia a ser apresentada ao contratante em reponsabilidade das empresas, é estimulado um ambiente desfavorável, onde as empresas com alto risco e histórico ruim, tenderão a optar pela fiança bancária, mais barata, mas que compromete seus recursos financeiros, uma vez que aumenta o risco de insolvência, enquanto as empresas com bom *rating*, se optarem pelo seguro, terão desvantagem na proposta pela necessidade de considerar o custo mais alto de sua garantia (FIUZA, MEDEIROS, 2014). Ou seja, é altamente recomendado que não seja dada opção aos licitantes, mas que se estabeleça apenas uma das modalidades de garantia previstas na lei e que seja preferencialmente o seguro (IPEA, 2018).

Segundo Fiuza e Medeiros (2014) o Brasil tomou para si a tarefa de analisar os riscos das empresas contratadas a partir de evidências ineficientes, como documentos de habilitação, exclusão de lances ínfimos e instrumentos antiquados de garantias, esta abordagem não avalia os riscos envolvidos no projeto, o seguro garantiria cobertura tanto para risco associado à empreiteira quanto para o risco associado ao projeto, transferindo assim, a responsabilidade de avaliação da empresa do Estado para as Seguradoras.

Além da opção do seguro garantia nas contratações de obras públicas, a modalidade poderia ser exigida também aos contratos de concessão, que englobam as prestações de serviço associadas à infraestrutura, não sendo aceitas outras formas de garantias financeiras, resta avaliar a capacidade do mercado nacional de seguros para atender a essa demanda (IPEA, 2018).

Como já mencionado em capítulos anteriores, o mercado de seguros garantia é novo e pequeno no Brasil, em comparação aos demais tipos de seguros comercializados, porém existe pulverização do risco através de resseguradoras, de origem estrangeira e de grande porte.

5.2 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DAS LICITAÇÕES 8.666/93

Atualmente existem dois projetos de lei em tramitação no Senado com o intuito de alterar a lei das licitações, o primeiro, nº 274/2016 de autoria do Ex-Senador Cássio Cunha de Lima (PSDB/PB), se propõe a reformular o regime

brasileiro de seguro garantia atual na Lei de Licitações e no Regime Direto de Contratações (RDC), para tornar compulsória a contratação do seguro garantia em todos os contratos de obra, fornecimento de bens ou de serviços com valor igual ou superior a dez milhões de reais, com o percentual de importância segurada em 100% do valor do contrato, além de atribuir a competência de fiscalização às seguradoras.

A proposta também abrange a apresentação de projeto executivo adequado no caso das contratações de obras públicas, como condicional à execução da apólice, que tem papel fundamental na fiscalização do contrato pela seguradora. Fomentando a criação de projetos de engenharia melhor qualificados, onde a descrição do objeto, e as etapas executivas são de extrema importância para avaliação de riscos pela seguradora. Abordando também a concorrência, o projeto veda a contratação do seguro à tomador que participe direta ou indiretamente do grupo econômico da seguradora e procura arbitrar o procedimento de expectativa de sinistro e aviso de sinistro, através de regras claras e objetivas, o que pode, inclusive, proporcionar uma regulação de sinistro menos conturbada, o projeto de lei foi arquivado em abril de 2019.

Além deste, existe também o Projeto de Lei n. 6814/2017, que visa modernizar a lei das licitações alterando os níveis de importância segurada das apólices, como demonstrado no art. 89, §3º onde cita a ampliação do atual limite de 5% do contrato, para 20%, analisando seu custo-benefício, para os contratos de grande vulto, a exigência do seguro garantia será de 30%.

Neste projeto, a importância segurada não seria mais determinada pela complexidade técnico e financeira, mas sim no valor da contratação, e de acordo com o §7º no caso de obrigação de sub-rogação, das obrigações do tomador, o contratado não pode optar pelas modalidades de caução e fiança bancária, sendo obrigatória a adesão do seguro garantia.

Esses projetos levantam diversos questionamentos no âmbito das seguradoras, a elevação proposta de 30% do valor do contrato é bem aceita pelo mercado tendo em vista que se o percentual fosse elevado para 100%, o valor do prêmio seria inviável ao negócio, sendo assim, essa elevação permitiria que as seguradoras tenham fôlego para garantir a retomada da obra, cobrindo os custos necessários para a contratação de uma nova construtora após a quebra de contrato (DATT, 2017). A proposta foi pensada ao Projeto de Lei nº 1292/1995 que engloba

todas as propostas de alteração da Lei das Licitações, o projeto está tramitando em carácter de urgência no Plenário, aguardando votação para alterações e aprovações no projeto.

6 IMPACTO DO SEGURO GARANTIA NO PROCESSO LICITATÓRIO

Uma vez que o seguro foi escolhido como garantia para o contrato, resta avaliar, sob a perspectiva econômica, os impactos que o mesmo gera nos contratos, para tanto utilizaremos a Teoria dos Custos de Transação (TCT) e a Teoria dos Contratos incompletos (TCI), frutos da interação entre a economia e o direito.

A Teoria dos Contratos Incompletos, como já mencionado, é fruto na interação jurídico econômica baseada nos pressupostos da corrente Neoinstitucionalista, que tem como objeto de estudo o impacto que as instituições possuem sobre as negociações contratuais (ARAÚJO, 2007).

Para a Teoria Neoinstitucional existem ao menos três conceitos principais: i. a economia depende dos contextos culturais, políticos, sociais, jurídicos, entre outros; ii. compreensão do direito a partir de uma análise evolucionista, tendo em vista a complexidade dos processos, considerando a Teoria dos Jogos e da Escolha Racional; iii. racionalidade limitada, incerteza e custos de transação (SALAMA, 2008).

Com a Teoria dos Contratos Incompletos, temos argumentos para contrapor a teoria de completude contratual, que seriam contratos capazes de enumerar, em teoria, todas as características de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para todos os cenários futuros, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante a execução do mesmo, já que o instrumento preveria todas as possibilidades futuras envolvendo o contrato (CATEB; GALLO, 2009), temos a TCI pois, nenhum contrato estabelece parâmetros para todas as questões que poderiam interferir na execução das obrigações. Considerar e especificar todas os possíveis cenários futuros seria custoso e, de mesmo modo, haveria incerteza.

Sobre os custos de transação, segundo Lima e Caminha (2014) podem ser exemplificados por despesas significativas e também pelo dispêndio de tempo para negociar, executar e fiscalizar um acordo, abarcam todos os fatores que as partes devem considerar quando buscam estabelecer negócios.

Segundo Williamson (1991), podemos destacar três pontos fundamentais para os Custos de Transação: i. as transações e seus custos definem diferentes modos institucionais de organização das atividades econômicas; ii. a tecnologia,

embora importante para a firma, não é determinante da mesma; iii. as falhas de mercado conferem importância às formas institucionais.

Assim, partindo da teoria neoclássica, onde os agentes possuem racionalidade ilimitada e são capazes de absorver e processar toda a informação disponível (PINHEIRO, 2010), onde a preocupação se voltava aos custos de produção, passamos à uma análise de custos de transação, introduzida pela teoria econômica neoinstitucionalista.

O seguro garantia se enquadra na Teoria dos Contratos Incompletos, pois a mesma assume que os agentes possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista, fatores que causam os custos de transação e que podem ser minimizados por meio da cooperação das partes no momento da execução do contrato (CATEB; GALLO, 2009), o seguro permite realocar riscos e alterar o esquema de incentivos do contrato, minimizando os custos de transação e gerando maior eficiência (GOMES, 2016).

Para as PPPs, resta saber se a adoção do seguro geraria um contrato mais eficiente, mitigando riscos e reduzindo os custos de transação, utilizando o modelo de custos de crédito de garantias, desenvolvido por Avery Wiener Katz (1999), adaptada para o seguro garantia, nas contratações Público Privadas, levando em considerações as implicações do seguro no custos de transação entre outros.

Segundo Gomes (2016), a contratação do seguro seria mais eficiente se a seguradora tiver a capacidade de atribuir risco e monitorar o contratado de forma menos custosa que o Estado (KATZ, 1999). O seguro teria impacto sobre o contrato mudando seu sistema de incentivo, pois, promove a alternativa de concluir o objeto do contrato ao invés de somente indenizar o Estado, entre outras externalidades positivas.

Segundo KATZ (1999), as garantias são uma resposta ao *moral hazard* (risco moral) e aos problemas de seleção adversa, resguardam os credores contra riscos de inadimplemento ou insolvência do prestador do serviço, realocando os riscos para a seguradora e com a transferência de risco, o seguro gera alienação de parte do monitoramento que o Estado tem sobre a performance do contratado, monitoramento que é parte do custos de transação dos contratos de obras públicas. Ao transferir o risco, resta ao fiador, no caso as seguradoras, a redução e gestão desses riscos, pois no processo de contratação, os envolvidos podem ocultar informações.

6.1 IMPACTO DO SEGURO GARANTIA NOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

A partir da equação do custo dos contratos públicos formulada por Katz (1999), Gomes (2016) adaptou sua teoria para o caso dos contratos públicos com a adesão de seguro. Em primeiro lugar, é considerado o custo marginal de liquidez, que seria a taxa de juros paga sobre o valor empregado na construção, tanto por recursos próprios quanto por terceiros, outro fator a ser considerado é o custo de oportunidade em relação à escolha do investimento, essas variáveis serão denominadas de CMe (KATZ, 1979; GOMES, 2016). Também são considerados os custos de contratação associados ao processo licitatório e os custos diretos e indiretos (máquinas e equipamentos e capital humano) incorridos pela atividade do Estado, que devem ser somados ao preço de aquisição, além de taxas e seguros denominados de CTe (GOMES, 2016; FIUZA, 2016).

Em relação ao desenvolvimento do contrato, consideram-se os custos de monitoramento, como vistorias e fiscalizações e também os custo de manutenção do aparato burocrático do Estado voltados à este fim. Ainda, existe o risco de insolvência ou inadimplência, qual seria sua probabilidade e o dispêndio financeiro em decorrência de um rompimento de contrato, denominados Re (KATZ, 1999; GOMES, 2016), desta forma temos:

$$CMe + CTe + Re$$

Segundo KATZ (1999), considerando a contratação do seguro garantia |S na equação, os custos diminuem, exceto o custo marginal de liquidez. A equação descrita abaixo demonstra que o custo de monitoramento e o risco de inadimplência, quando combinados, são menores com a contratação seguro do que com ele ausente, por serem transferidos parcialmente à seguradora, conseqüentemente, a contratação do seguro será vantajosa (GOMES, 2016).

$$CTe|S + Re|S < CTe + Re$$

A nova equação demonstra que seria mais vantajoso para o Estado exigir o seguro, sem considerar os custos que seriam atrelados à seguradora e à empreiteira

em função da contratação do seguro. Desta forma, é necessário agora incluir os custos da seguradora e da empreiteira para verificar se a equação continuaria válida. Os custos da seguradora, seriam o custo de monitoramento CTS, o risco de insolvência da empresa contratada e o efeito do Estado na contratação (que pode interferir de duas maneiras: i. diminuindo a probabilidade de inadimplência, reduzindo os custos de monitoramento da seguradora; e ii. o comportamento oportunista do governo, aumentando os custos de monitoramento) denominados RS, neste também está contido o risco de sinistro, que caso ocorra, a seguradora tem a obrigação de indenizar o Estado, seja assumindo o contrato ou mediante indenização financeira (GOMES, 2016), resultando em:

$$CTS + RS$$

Sob a ótica da empreiteira, denominada T, a mesma terá um custo adicional em função do pagamento do prêmio e também terá custos para adequar sua estrutura aos padrões exigidos pela seguradora, além dos custos de transação advindos do relacionamento com a seguradora e com o Estado CTT|S, desta forma temos:

$$CTT|S > CTT$$

A partir do exposto, o seguro garantia se fará vantajoso se houver ganho de eficiência pela transferência dos custos de monitoramento e riscos do Estado para a seguradora e este deve se sobressair sobre os custos de transação da relação tríplice. Caso a seguradora apresente maior eficiência comparativamente ao Estado nas funções de monitorar, acompanhar e também indenizar, no caso de sinistro, a contratação se justificaria, reduzindo custos e os riscos do contrato (KATZ, 1999; GOMES, 2016).

$$CTS + RS < [(CTe + Re) - (CTe|S + Re|S)] + (CTT|S - CTT)$$

Segundo Fiuza (2009), alcançar a eficiência da Administração Pública é um dos maiores desafios do Brasil, fazendo com que os recursos arrecadados retornem à sociedade na forma de bens e serviços públicos, o atual trâmite burocrático das licitações é falho na função de fiscalizar as obras públicas e as empreiteiras, ao

transferir esta função para o setor privado, haveria ganho de eficiência devido à expertise e recursos da seguradora, inserida em um mercado competitivo, que visa o lucro (KATZ, 1999).

No Brasil, é visível que existe oportunismo, falhas na licitação e ainda, a corrupção, a empreiteira, que possui conhecimento sobre o mercado, avalia as falhas do projeto, permitindo que a mesma participe da licitação com lances baixos em itens quantitativamente superestimadas, e lances altos em itens quantitativamente menores, fazendo com que ao longo do contrato, estes itens sejam revistos em aditivos (FIUZA, 2016).

Segundo a CNSEG (2012), as seguradoras devem considerar as falhas de projeto e os atos de corrupção, fatores que aumentam seus riscos, a atuação da seguradora não elimina as incertezas do contrato, porém às reduzem e devido ao grande montante de dinheiro envolvido nestes contratos, funcionaria como incentivo às seguradoras para que fiscalizem esta utilização de recurso, sendo assim, agente ativo no combate à corrupção aliado ao Estado, que é privilegiado em sua capacidade de executar uma quebra de contrato pelo seu aparato jurídico (CNSEG, 2012).

6.1.1 externalidades do seguro garantia no processo licitatório

Segundo Laan (2016), a adoção compulsória do Seguro Garantia, como postula a proposta de reformulação da lei das licitações (PL n. 6814 de 2017), poderia gerar impactos negativos em relação à concorrência, pois exige perfil de crédito favorável e elevada capacidade financeira para prestar contra garantias às seguradoras e dado o vultoso valor das obras, poderia ser complicado alcançar esta exigência, além de aumentar consideravelmente os custos de contratação, para Graells (2011), o Estado não deveria exigir garantias, ou determinados critérios, em defesa do Antitruste, que tem como objetivo promover a concorrência. Desta forma, a *performance bond*, podem ser vistas por uma perspectiva negativa ao impactarem o nível de competição dos mercados, por aumentar consideravelmente as barreiras à entrada das licitações, o que gera uma dualidade para o Estado, que busca eficiência na provisão de bens e serviços à população e também defende a livre concorrência (XAVIER; 2016).

Por outro lado, com a contratação compulsória da apólice, as licitações seriam mais seguras, protegendo o investimento público empenhados em obras, fornecimento de bens ou prestação de serviços à população, atingindo a atual busca por eficiência pelo Estado, diante desta dualidade, é necessário um esforço de ponderação entre os dois objetivos, ambos de grande relevância para o desenvolvimento da nação (XAVIER; 2016).

Segundo a OCDE (1998) o Estado é responsável pela eficiência dos processos licitatórios e seus esforços para alcançá-la, dependem dos seus mecanismos internos de governança e de incentivos gerais, que para o Estado, são escassos, e projetos que gerem tais incentivos podem melhorar seus resultados nesta busca. Levando em consideração que a escolha do desenho licitatório gera impactos nos mercados de forma geral, as críticas à *performance bond* considerando somente seu impacto em relação à concorrência, não considerando a complexidade dos contratos, torna-se infundada, na medida que seus benefícios são extensos, como por exemplo, traz maior segurança aos fornecedores, subcontratados e à mão de obra (SCHUBERT; 2003; XAVIER; 2016).

Ainda, como já abordado neste texto, Katz (1999) enfatiza que o seguro poupa esforços de monitoramento, os transferindo para as seguradoras, poupando subcontratadas e fornecedores da empreiteira desta função, diminuindo seus custos de monitoramento. A seguradora por sua vez, bem como o Estado, possuem incentivos para realizar um bom monitoramento, para a seguradora por ser diretamente responsável por qualquer inexecução ou inadimplência, já para o Estado, se houverem falhas no contrato, irá fornecer à seguradora um argumento de defesa que a poderá livrar da obrigação de garantir a apólice do seguro, desta relação às duas partes possuem um objetivo comum, finalizar o projeto, a quebra do contrato, de qualquer natureza, prolonga o contrato e gera externalidades negativas tanto financeiras, quanto sociais.

Segundo Fiuza (2009) o Estado está acima do contratado, juridicamente, inexistindo possibilidade de garantia ao licitante contratado de uma defesa frente a contingenciamentos e cancelamentos que podem ser arbitrariamente impostos pelo Estado, pois tem direito de alteração unilateral do contrato, suspensão de pagamentos, desistência da licitação, entre outras, colocando o Estado em estado de superioridade perante sua contratada, esta relação acrescenta um custo nos preços das licitações, compensando a inadimplência e o risco de alterações

unilaterais, ou seja, o Estado paga por sua má gestão contratual, pelo aumento nos preços cobrados pelos serviços, seja no aumento das suas despesas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da Lei das Licitações (nº 8.666/1993) e da Lei de Responsabilidade Fiscal (nº 101/2000) exigirem viabilidade financeira e rigorosos critérios de seleção dos fornecedores nos processos licitatórios, a evidência empírica demonstra que os contratos de obras públicas continuam sendo quebrados e em grande quantidade, como já fora apresentado neste texto, através dos números sobre as obras paralisadas (TCU, 2019; CBIC, 2018).

A adoção de um novo mecanismo que garanta os investimentos realizados com recursos públicos é fundamental para alcançar a eficiência das licitações, principalmente de obras, que são contratos de longo prazo com valores materiais, além de terem importante impacto social. O seguro de performance é um mecanismo promissor, dada a evidência dos Estados Unidos, por já ser apresentado legalmente como uma opção nas licitações e pela redução nos custos de transação para o Estado verificada através da literatura, resta permitir uma jurisprudência mais específica em relação ao mesmo, em termos de obrigatoriedade e importância assegurada (GALIZA, 2015; BRASIL, 1988).

A caução e a fiança bancária também são relacionadas na lei, porém, não oferecem vantagens ao Estado. O seguro proporciona um sistema de incentivos recíprocos, gerando externalidades positivas em relação à mão de obra, fornecedores e subcontratados, aumenta as possibilidades de execução do Estado e gera vantagens às empresas com bom histórico de competência, além de outros benefícios (XAVIER, 2016; GOMES, 2016).

A contratação do Seguro Garantia para obras públicas, transfere a responsabilidade de assegurar os benefícios propostos à sociedade do Estado para o setor privado, garantindo o fiel cumprimento e a qualidade dos contratos, ou seja, a obra finalizada. Em termos econômicos, o Estado desperdiça o recurso público nos montantes empenhados nas obras e nos valores que serão desembolsados na retomada das mesmas, que não existiriam se os contratos não fossem quebrados, além dos inúmeros impactos sociais que as paralisações geram.

Para dimensionar o problema, a CBIC (2018) realizou estudos de caso sobre os impactos das paralisações em três modalidades de obras:

- Em termos logísticos, com os corredores viários da chamada saída Norte, onde o estudo demonstrou que se as obras fossem concluídas e operassem da forma correta, os produtores de grãos do centro-oeste se beneficiariam com uma redução no custo do frete destinado à exportação que resultaria em ganhos de US\$ 765 mi por ano;
- Em termos de saneamento, demonstrando que as obras paralisadas e não iniciadas de saneamento poderiam, considerando apenas os três municípios com as piores taxas de saneamento do país (Ananindeua, Nova Iguaçu e Jaboatão dos Guararapes), reduzir os gastos em internações e afastamentos de trabalho por doenças associadas às condições sanitárias e ao mosquito *Aedes Aegypti*, que somaram entre 2007 e 2015, R\$ 300 mi;
- Em termos de educação básica, onde o estudo demonstrou que as paralisações em obras de creches, tiram anualmente R\$ 424 mi da renda dos responsáveis das crianças afetadas e subtraem R\$ 273 mi/ano em benefícios futuros pelo investimento não realizado na primeira infância e seus impactos em indicadores variados, como saúde, criminalidade e produtividade;

As perdas em termos econômicos, sociais e de competitividade geradas pelas obras paralisadas no país são expressivas e reforçam que o desenho do processo de licitação no Brasil deve ser revisto. É necessário que se consolide um sistema de contratações públicas com efetivo respaldo de garantia. Com a recente discussão sobre a Lei das Licitações, o seguro de performance se apresenta como uma alternativa a ser considerada pela Administração Pública, tendo como foco a entrega do objeto da licitação, garantindo os benefícios econômicos nele contido, a correta destinação do dinheiro público e a provisão eficiente de bens e serviços à população.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. **Teoria Econômica do contrato**. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

BAJARI, P. MCMILLAN, R. TADELIS, S. Auctions Versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 25, Oxford, 2008. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jleo/article-abstract/25/2/372/874359>>. Acesso em: 15 setembro 2018.

BANCO MUNDIAL. De Volta ao Planejamento: Como Preencher a Lacuna de Infraestrutura no Brasil em Tempos de Austeridade. **Trabalho Econômico e Setorial**, 2017. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/237341502458978189/De-volta-ao-planejamento-como-preencher-a-lacuna-de-infraestrutura-no-Brasil-em-tempos-de-austeridade>>. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. **Circular SUSEP nº 477**, de 30 de setembro de 2013. Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências. Brasília, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Parceria Público-Privada (PPP). **Governo do Brasil**, 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/04/parceria-publico-privada-ppp>>. Acesso em: 10 janeiro 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.079/2019**. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 15/5/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/*/NUMACORDAO%253A1079%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=3fbdd850-873a-11e9-8d20-c5f52f15b85c>. Acesso em: 28 maio 2019.

CALVERAS, A. GANUZA, J. HAUKE, E. Wild bids. Gambling for resurrection in procurement contracts. **Journal of Regulatory Economics**, Barcelona, v. 26, p. 41 – 68, 2004. Disponível em: <<https://econpapers.repec.org/paper/upfupfgen/553.htm>>. Acesso em: 05 fevereiro 2019.

CAMINHA, U. LIMA, J. C. Contrato incompleto: Uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, v. 1, p. 155 – 200, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322014000100007>. Acesso em: 16 dezembro 2018.

CARSON, S. J.; MADHOK, A.; WU, T. Uncertainty, opportunism and governance: the effects of volatility and ambiguity on formal and relational contracting. **Academy of**

Management Journal, v. 49, n. 5, p. 1058-1077, 2006. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20159816>>. Acesso em: 05 maio 2019.

CATEB, A. B. GALLO, J. A. A. Breve considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 1, Minas Gerais, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/9/8>> Acesso em: 05 janeiro 2019.

CBIC. Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas. **Agência CBIC**, Brasília, 2018. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Impacto_Economico_das_Obras_Paralisadas.pdf>. Acesso em: 25 fevereiro 2019.

COASE, R. H. **The Nature of the Firm**. *Economica*, Vol. 4, 1937.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). Grandes obras paradas: Como enfrentar o problema? **Confederação Nacional da Indústria (CNI), Propostas da indústria eleições 2018**, v. 25, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudo-cni-grandes-obras-paradas.pdf>>. Acesso em: 15 março 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO (CNSEG). Seguro Garantia Obras do governo e aumento do limite da garantia. **Confederação nacional das empresas de seguros gerais, previdência privada e vida, saúde suplementar e capitalização**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em <<http://www.fenseg.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=485C88E73D5206C7013DCB6802901A9C>>. Acesso em: 13 maio 2019.

COOTER, R. ULEN, T. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Bookman, 2010.

COSTA, André L. **Sistema de compras: a Lei de Licitação e a função de compras da empresa privada**. Dissertação de Mestrado, FGV, 1994. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4785>>. Acesso em: 20 janeiro 2019.

E. FURUBOTN, R. RICHTER. **Institutions and economic theory: the contribution of the new institutional economics**. Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000.

FARINA, E. M. M. Q.; AZEVEDO, P. F.; SAES, M. S. M. **Competitividade: Mercado, Estado e Organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

FGV ABRAMAT. Perfil da Indústria de Materiais de Construção 2017. Disponível em: <<http://www.abramat.org.br/datafiles/perfil-da-cadeia-2017-versao-site.pdf>>. Acesso em: 05 fevereiro 2019.

FILHO, S. C. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo, Editora Malheiros Editores, 2002.

FIUZA, E. P. S.; MEDEIROS, B. A. de. A agenda perdida das compras públicas: Rumo a uma reforma abrangente da Lei de licitações e do arcabouço institucional. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3362/1/td_1990.pdf>. Acesso em: 13 dezembro 2018.

FRANÇA, N. AZEVEDO, E.V. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo, Editora Malheiros Editores, 2009.

FRANCO, V. H. de M. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GALIZA, F. Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas. **Funenseg**, Estudo sobre seguros, ed. 29, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ens.edu.br/arquivos/estudos_ed29_fgaliza_1.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

GOMES, F. Y. C. Análise econômica da performance bond nos contratos de obras públicas. Monografia, Curso de Relações Internacionais, **IBMEC-MG**, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30388405/AN%C3%81LISE_ECON%C3%94MICA_DA_PERFORMANCE_BOND_NOS_CONTRATOS_DE_OBRAS_P%C3%94BLICAS>. Acesso em: 20 maio 2019.

HART, O. **Firms, Contracts, and Financial Structure**. Oxford University Press, 1995.

HERRMANN, I. Licitações públicas no Brasil: explorando o conceito de ineficiência por desenho. **Anais do III SemeAd**, São Paulo, SP, 1998. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/18121/licitacoes-publicas-no-brasil--explorando-o-conceito-de-ineficiencia-por-desenho>>. Acesso em: 20 fevereiro 2019.

KATZ, A. W. An economic analysis of the guaranty contract. **The University of Chicago Law Review**, University of Chicago Law School, Chicago, 1999. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=4991&context=ucprev>>. Acesso em: 20 abril 2019.

LANGLEY, K. A. HOUSTON, M. M. **Liability of the performance bond surety for damages (under contract of suretyship)**. 2009. Disponível em: <<https://docplayer.net/6101572-Liability-of-the-performance-bond-surety-for-damages-under-contract-of-suretyship.html>>. Acesso em: 10 maio 2019.

LIMA, V. G. D. M. **Sobrepreço e superfaturamento de obras públicas e indicadores educacionais: Uma Análise De Suas Relações Nos Estados Brasileiros**. 2015. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20903>>. Acesso em: 17 maio 2019.

MATTOS, R. G. M. **Licitação e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46351>>. Acesso em: 20 maio 2019.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. Connecting Brazil to the World: A Path to Inclusive Growth. **McKinsey Global Institute**, 2014. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Featured%20Insights/Americas/Brazils%20path%20to%20inclusive%20growth/MGI_Connecting_Brazil_to_the_world_Executive_summary_May%202014.ashx>. Acesso em: 20 fevereiro 2019.

MOREIRA NETTO. **O Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial**: (Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NATIONAL ASSOCIATION OF SURETY BOND PRODUCERS (NASBP). **What are Surety Bonds?** Disponível em: <<https://www.nasbp.org/getabond/about-surety/surety-bond>>. Acesso em: 13 maio 2019.

NEGRI, J. A. de. ARAUJO, B. C. BACELETTE, R. Desafios da nação: artigos de apoio. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32982&Itemid=433>. Acesso em: 10 novembro 2018.

NORTH, D. C. **Institutions**. *The Journal of Economics Perspectives*, v. 5, n 1, p. 7-112, 1991. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1695541/mod_resource/content/1/North%200%281991%29.pdf>. Acesso em: 05 dezembro 2018.

ZYLBERSZTAJN, D. **Papel dos Contratos na Coordenação Agro-Industrial**: um olhar além dos mercados, vol. 43, n. 03, p. 385-420. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032005000300001>. Acesso em: 12 maio 2019.

PERES, U. D. Custos de Transação e Estrutura de Governança no Setor Público. **RBGN**, v. 9 n. 24. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/6503/custos-de-transacao-e-estrutura-de-governanca-no-setor-publico>>. Acesso em: 08 janeiro 2019.

POVEDA, E. P. R. Seguro garantia como instrumento de gestão para a mitigação de danos ambientais na mineração. **Tese (Doutorado em Geociências)** – Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/286748?locale=pt_BR>. Acesso em: 20 janeiro 2019.

RAUPP, F.M.; BEUREN, I.M. **Metodologia da pesquisa aplicável às ciências sociais**. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000288&pid=S0080-2107201200020000400038&lng=pt>. Acesso em: 30 janeiro 2019.

REGO, M. L. **Temas de direito dos Seguros**. 2. ed, Coimbra: Editora Almedina, 2016.

LAMARÃO, C. L. Os Custos de Transação do Contrato Administrativo Derivado De Licitação: Uma Incidência Da Teoria Da Imprevisão. **Revista Direito em (Dis)Curso**. v. 4, n. 2, p.11-21. Londrina, 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/rdd/article/view/10665>>. Acesso em: 05 janeiro 2019.

SALAMA, B. M. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 2, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 março 2019.

SALGADO, L. H. FIUZA, E. Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever as regras? **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=563z>. Acesso em: 10 maio 2019.

SALOMAO P. E. A; PEGO D.P.; RHIS A. R.; COELHO S. S. F. O impacto econômico e social da paralisação das obras públicas de infraestrutura. **Research, Society and Development**, 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/331454945_O_impacto_economico_e_social_da_paralisacao_das_obras_publicas_de_infraestrutura>. Acesso em: 20 março 2019.

SCHUBERT, L. The Legal basics of surety bonds. Construction Executive, **Special section: surety bonding**, Washington, 2003. Disponível em: <https://suretyinfo.org/news_room/products/legal_basics.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

SOUZA, Z. de. **O auto-suprimento na indústria de energia elétrica: uma análise sob o enfoque da nova economia institucional**. Rio de Janeiro: 2004. Universidade Federal de São Carlos.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS (SUSEP). Guia de orientação e defesa do consumidor dos mercados de seguros, previdência complementar aberta e capitalização. **Superintendência de Seguros Privados**, 1. ed., Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/orientacao-ao-consumidor/guia-de-orientacao-e-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 05 maio 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Relator do projeto da Nova Lei de Licitações recebe as considerações do TCU. **Tribunal de Contas da União**, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/relator-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes-recebe-as-consideracoes-do-tcu.htm>>. Acesso em: 13 outubro 2018.

WALD, A. PAESANI, L. M. CAVALCANTI, A. E. L. W. **Direito Civil: Direito das obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. v. 2, 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

WILLIAMSON, O. E. **The Economic Institutions of Capitalism** New York: The Free Press, 1985.

WILLIAMSON, O. E. Opportunism and its critics. **Economics department and Law school** v. 14, p. 97 – 107, Califórnia, 1993. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/mde.4090140203>>. Acesso em: 5 maio 2019.

WILLIAMSON, O. E. Strategizing, economizing, and economic organization. *Strategic Management Journal*, **Economics department and Law school**, University of California, v. 12, p. 75 – 94, Califórnia, 1991. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/smj.4250121007>>. Acesso em: 10 abril 2019.