

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Maria De Fatima Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-295-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho nº 56 - Direito Administrativo e Gestão Pública II, durante o XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Curitiba - PR, entre os dias 07 e 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central – Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Referida temática foi pensada para se refletir sobre o desenvolvimento gerador de desigualdades sociais e regionais de toda ordem.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliações por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e áreas afins. Os temas apresentados no Grupo de Trabalho – Direito Administrativo e Gestão Pública II, tiveram como destaques as abordagens sobre a discricionariedade administrativa, princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, responsabilidade civil do Estado por sanções políticas tributárias, o município e o federalismo fiscal, licenciamento ambiental, comissões de licitação, Advocacia Geral da União, licitação sustentável, prorrogação de contratos públicos, dentre outros.

Os 19 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Tributário na medida em que abordam itens relacionados à administração pública, responsabilidade dos gestores e questões peculiares da gestão pública. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos

eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de ideias.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e, ao mesmo tempo, agradecemos aos autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Prof. Dr. Eduardo Martins de Lima - FUMEC

SUBAPROVEITAMENTO DO PERFORMANCE BOND EM OBRAS PÚBLICAS NO BRASIL

UNDERUSE PERFORMANCE BOND IN PUBLIC WORKS IN BRAZIL

**Thiago Custodio Pereira
Renato Chagas Machado**

Resumo

A análise desenvolve os benefícios decorrentes da inclusão, pelo gestor público, de exigência de contratação de seguro-garantia como requisito para contratar com a Administração, com pretensão de maximização da eficiência econômica nos contratos públicos. A relevância da pesquisa se evidencia na exata medida em se demonstra tratar-se de mecanismo capaz de incluir um terceiro economicamente interessado na boa execução do contrato evitando, assim, desvios e/ou desperdícios de recursos. A metodologia utilizada é a indutiva realizada a partir de pesquisa bibliográfica, realizando a revisão de doutrina e artigos jurídicos e com fundamento na legislação nacional.

Palavras-chave: Seguro-garantia, Contratos públicos, Compliance

Abstract/Resumen/Résumé

The analysis develops the benefits of inclusion by the public manager, insurance-guarantee hiring requirement as a condition for contracting with the Administration, with intention of maximizing economic efficiency in public procurement. The relevance of the research is evident in the exact extent is demonstrated that this is mechanism to include a third economically interested in the good performance of the contract, thus avoiding deviations and / or waste of resources. The methodology used is the inductive made from literature, performing the doctrine of review and legal articles and on the basis of national legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Performance bond, Public contract, Compliance

INTRODUÇÃO

Ao se lançar no mercado e pretender contratar com a Administração Pública, a empresa passa obrigatoriamente a ser objeto de fiscalização pelos órgãos da administração pública direta e indireta. Entretanto, não é necessária uma análise aprofundada para constatar que a condução dos atos de supervisão e controle por parte do setor público dão nítidos sinais de sua incapacidade.

Introduzindo um elemento economicamente interessado na condução de um contrato com o setor público, este certamente atuará como fiscal de racionalidade nos custos de produção, além, obviamente, de execução mais eficiente para a sociedade. Os exemplos do modelo norte-americano são suficientemente satisfatórios para indicar a conveniência da proposta. Aliada a pretensão de se atender à implantação de sistema de *Compliance*, o devido cumprimento dos marcos regulatórios servem não apenas para evitar responsabilização administrativa, como a criminal, prezando por sua imagem e opinião pública.

Neste ponto, e pela pretensão adotada no estudo desenvolvido, a importância da implantação integral do seguro-garantia nos contratos públicos salta à tela. Em estreita síntese, o objetivo deste artigo consiste em demonstrar que a inclusão, como requisito para contratar, de um terceiro economicamente interessado em uma relação jurídica onde figurem como contratantes um particular e o Poder Público produz resultados de eficiência e moralidade benéficos para a coletividade, ainda mais considerando o papel do Estado na garantia da livre concorrência sem abrir mão da necessária e esperada probidade.

Tendo como alvo a legalidade específica em matéria administrativa, se busca construir uma lógica fundamental que a partir de instituto do direito norte-americano do *performance bond*.

Adotar-se-á o método indutivo para exposição do estudo, onde inicialmente se apresentará o fundamento teórico no direito alienígena, com a posterior delimitação do objeto de estudo no ordenamento brasileiro. Para desenvolvimento do estudo, será abordada a previsão legal de governança corporativa e sua análise em conjunto na execução com os contratos públicos.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E COMPLEXIDADE

O estudo traz como parte de seu fundamento teórico a análise do desempenho de funcionamento de instituto do direito norte-americano com o objeto de colaborar para o aperfeiçoamento e sua ampla aplicação no Brasil. O amadurecimento da teoria jurídica deve considerar para a solução de qualquer problema a interpretação de um sistema jurídico complexo e interdisciplinar.

Como pontua André Folloni, para compreender adequadamente a economia muitas vezes se deve entender o direito, afinal conhecer as convergências entre as matérias não terá utilidade “nem a um estudo exclusivamente jurídico-tributário [no caso do estudo, jurídico-administrativista], nem a um estudo exclusivamente econômico, mas a uma ciência complexa que amplie a visão para incluir ambos enquanto aspectos de compreensão das relações entre sistemas complexos” (2014, p. 28).

Em busca de um modelo de contratação pública eficiente do ponto de vista econômico, pode-se tomar emprestada as luzes da Análise Econômica do Direito visando compreender o fenômeno jurídico de acordo com conceitos de economia. Por esta razão, afirma Morin, fica fácil destacar a importância em não fechar o pensamento crítico sob uma única lente afinal as conclusões tendem a permanecer em estado de evolução. Tanto o teorema de Gödel como a lógica de Tarski indicavam que nenhum sistema isolado basta em si mesmo. Todo pensamento científico estaria interligado pela complexidade (1996, p. 187/188).

Para Ribeiro e Campos não se trata “de colocar a eficiência econômica como escopo do sistema, e sim aplicar a AED para prever se o meio escolhido pelo Estado (política pública) se presta ao fim para o qual foi delineado (concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, por exemplo)” (2012, p. 315).

Nesta esteira de raciocínio, seria certo afirmar que:

Conhecer um elemento isolado ou a soma de elementos é insuficiente para conhecer o conjunto e as propriedades que os elementos adquirem quando inseridos no sistema. Ampliando-se a visão, e não é conhecendo o direito positivo e a economia que se compreende a sociedade na qual ambos se inserem, porque essa sociedade pode ter propriedades não encontráveis em cada um daqueles elementos nem redutíveis a eles, e nem compreensíveis a partir do estudo do Direito e da Economia (FOLLONI, 2014, p. 32).

Basta notar, conforme lição de Comin que toda teoria em que se aprofunda o estudo, possui a fragilidade de refletir o ambiente cultural e intelectual do mundo à época em que foi escrita. Neste norte, pode-se concluir que os institutos jurídicos aplicados atualmente no Brasil retratam um cenário que ainda está em processo de evolução (2000, p. 28).

2. ANÁLISE DO SISTEMA NORTE AMERICANO

Em 1677, o Parlamento Inglês criou o *statute of frauds* o qual previa que determinados contratos tivessem a forma escrita, contassem com a assinatura de ambas as partes, além da presença de alguma garantia, como um fiador, a fim de evitar eventuais abusos que ocorriam em contratos verbais. As garantias de natureza pessoal, que eram até então exigidas nas contratações que tinham como objeto o fornecimento de crédito, foram aos poucos sendo transferidas às companhias seguradoras. Deste modo, as atividades e prestação de garantia passaram a ser realizadas de modo profissional, e, principalmente, lucrativa, por empresas especializadas (POLETTTO, 2003, p. 15). De acordo com o autor

O *statute of frauds* foi adotado pela maioria dos estados americanos, sendo exigido, a partir de então, o cumprimento de certos requisitos para que o contrato de garantia tivesse validade efetiva, pois, além de estar expresso na forma escrita, tinha que ser firmado com a assinatura das partes contratantes (POLETTTO, 2003, p. 15).

Em 1837, a primeira empresa de seguros foi criada, a *Guarantee Society of London* e, poucos anos depois, o primeiro empreendimento no segmento de seguros abriu as portas nos Estados Unidos. Como a garantia prestada por empresas especializadas tornou-se mais conhecida e utilizada, ela logo se espalhou para a indústria da construção como relatado a seguir:

As corporate surety became more recognized and utilized, it soon spread to the construction industry. No record exists of a company guaranteeing the completion of a construction contract before 1875, but in that year, the Insurance Encyclopedia matter-of-factly declares that the surety industry had “*extended to the guarantee of contractors for public works*” (RUSSEL, 2000, p. 12).

Com o fim da guerra civil, tanto a indústria como o comércio nos Estado Unidos se desenvolveram rapidamente, o que gerou uma economia mais complexa exigindo novas regras condizentes com a realidade. Nasceu, assim, a necessidade da criação de instrumentos mais estáveis e permanentes que o antigo sistema de garantias pessoais. Ao final do século XX, adveio o sistema corporativo de garantia, sistema este com base na experiência da

garantia pessoal e representado por companhias economicamente sólidas (WELCH et al., 1982, p. 8).

Quando as companhias seguradoras ampliaram sua base de conhecimento e credibilidade, rapidamente perceberam o aumento na demanda de contratações, sendo imediatamente requeridas na construção civil. Em 1893 o Congresso Americano aprovou a primeira lei que mencionou e exigiu garantias para a contratação com o Poder Público, chamada de *Heard Act*. Contudo, o ato foi substituído pelo *Miller Act*, de 1935, a qual se aplica aos contratos celebrados para a construção, alteração ou reparação de qualquer edifício público ou de obras públicas do governo federal dos Estados Unidos. A garantia das obras públicas deve contemplar a execução (*performance bond*), o pagamento dos trabalhadores, bem como fornecimento de material (*labor and material suppliers bond*) e as garantias de concorrência (*bid bond*) (POLETTTO, 2003, p. 16).

Conforme a *National Association of Surety Bond Producers*, as três modalidades de garantias são:

A bid bond helps to screen out unqualified bidders and provides the owners a means to recover the cost of having to repeat the bidding process if the awarded bidder is unable or unwilling to enter into the contract and supply the required performance and payment bonds. A performance bond provides an owner with a guarantee that, in the event of a contractor's default, the surety will meet its obligations under the bond to fulfill the construction contract. A payment bond assures that certain contractors and material suppliers will be paid, if the contractor fails in its payment obligations (NASBP, [201?]).

O chamado *bid bond* trata do seguro-garantia do licitante, ou seja, possui a finalidade de manter as propostas firmes. Cobre o risco contra a recusa do vencedor (tomador) de uma concorrência em assinar o contrato principal de execução, nas condições propostas e dentro do prazo estabelecido no edital ou carta convite. No caso de o vencedor não assinar o contrato, essa modalidade protege o licitante (segurado) dos custos da anulação da concorrência ou chamada do segundo colocado.

Por sua vez, a *performance bond* refere-se ao seguro do executante, ou seja, garante ao segurado indenização, até o valor determinado na apólice, dos prejuízos causados pelo não cumprimento das obrigações por parte do responsável pela construção ou pelo fornecimento de bens ou pela prestação de serviços (tomador). Ao arremate, o *payment bond* cuida do seguro-garantia de retenção de pagamentos, garantindo a indenização, até o valor fixado na

apólice, dos prejuízos causados pelo tomador ao segurado, em razão do descumprimento das obrigações contratuais vinculadas às retenções de pagamentos.

Assim, no contexto do presente estudo, os personagens envolvidos em um contrato desta modalidade são: i. o segurado, que é quem contrata uma obrigação de construção ou de fornecimento de bens com a iniciativa privada, sendo o beneficiário da apólice emitida pela seguradora; ii; o tomador, que é quem está assumindo as obrigações de construir ou fornecer bens; iii. e seguradora, que servirá como garantidora ao segurado que as obrigações assumidas pelo tomador serão cumpridas na forma e no prazo acordado (GALIZA, 2015, p. 18).

As funções das empresas seguradoras podem ser definidas como:

As operações de garantia realizadas pelas companhias de seguros surtiram um efeito deveras significativo, tanto que o *treasury department* ordenou que as corporações garantidoras dos contratos com os órgãos do governo deveriam, periodicamente listar, as empresas consideradas capazes de contratar a garantia, para que, somente estas, tivessem a possibilidade de contratar com o poder público. Dessa forma, o trabalho exercido pelas companhias seguradoras, quanto à análise econômica dos tomadores, serviu para pré-qualificar os possíveis contratados pelo Estado (POLETTTO, 2003, p. 16).

A intenção do legislador foi garantir a integral execução das obras na forma e no tempo previsto, a fim de evitar eventual inadimplência contratual, bem como evitar que o Estado fosse processado judicialmente por tal inadimplência junto a terceiro. Ficou patente, desta forma, que a pretensão consistia em transferir à iniciativa privada o dever de assegurar a conclusão das obras contratadas pelo Governo, tirando da Administração Pública o ônus da fiscalização no processo de contratação, deixando isto a cargo das seguradoras (GALIZA, 2015, p. 15).

Corroborando a assertiva, destaca-se:

Nota-se que as garantias de cumprimento contratuais eram exigidas para o cumprimento da integralidade do contrato, sob as formas da lei, pois o *Miller Act* estipulava que os contratos de construção, de reforma, de prestação de serviços com os EUA que excedessem a importância de US\$ 100,000 poderiam ser firmados com qualquer pessoa que fornecesse garantia de execução do mesmo, e que, por sua vez, representasse uma adequada proteção ao governo (POLETTTO, 2003, p. 17).

O *Miller Act* foi fundamental para o desenvolvimento de operações complexas, nas quais credores e devedores buscavam a segurança de seus direitos e obrigações. Dessa forma, o *surety bond* não se limitou ao setor público, expandindo-se para as relações da iniciativa privada, tanto na América do Norte quanto na América Latina.

2. APLICAÇÃO DOS CONTRATOS DE SEGURO GARANTIA NAS OBRAS PÚBLICAS

Ao se garantir a livre competição entre as empresas, a consequência aguardada pela sociedade na contratação com o Poder Público seria que as empresas contratantes aperfeiçoassem os modos de produção e execução das obras contratadas, assim como as próprias tecnologias empregadas, tornando-se mais eficazes.

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

No Brasil, a aplicação do seguro-garantia é relativamente recente, já que sempre concorreu com outras modalidades de garantias como cauções ou fianças bancárias. Assim como em outros países, o Brasil igualmente reconheceu a necessidade da criação de instrumentos jurídicos que acompanhassem o progresso e, como a prática sempre precede à legislação, o seguro-garantia passou a existir no Brasil antes que houvesse regulamentação sobre o tema.

É certo dizer, nesta esteira de raciocínio, que a universalização do risco “exclui do contrato de seguro a essência da doutrina clássica deste, ou seja, a autonomia da vontade, pelo fato de se tratar de instituição voltada ao interesse geral, coletivo, e por ser assim, resta estar regulada pelo Poder Público” (PASSOS, 2001, p. 14).

De acordo com a Fundação Escola Nacional de Seguros, trata-se de contrato:

(...) anteriormente denominado de Seguro de garantia de obrigações (GOC). É um seguro destinado aos órgãos públicos da administração direta e indireta (federais, estaduais e municipais) que, por força de norma legal, devem exigir garantias de manutenção de oferta (em caso de concorrência) e de fiel cumprimento dos contratos (decreto 2.300) e também para as empresas privadas que, nas suas relações contratuais com terceiros (fornecedores, prestadores de serviços e empreiteiros de obras), desejam anular o risco de descumprimento (FUNENSEG, 1996, p. 142).

Em 1966 adveio o Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro, dispondo sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e tornou o seguro-garantia obrigatório para incorporadores e construtores de imóveis.

Na sequência, a chamada Lei da Reforma Administrativa (Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967) tratou das exigências para a contratação de obras com a administração direta e suas autarquias, e incluiu o seguro-garantia como uma das modalidades aceitas. Por sua vez, a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993) – após algumas discussões políticas – teve vetada todos os artigos que incluíam o seguro-garantia como modalidade de garantia contratual, e a lei foi promulgada sem abordar o tema.

A mensagem de veto ao dispositivo teve o seguinte teor:

A qualificação econômico-financeira, segundo a filosofia do próprio projeto, se destina à avaliação da idoneidade financeira de cada licitante. Se a preservação do interesse público, para maior segurança da Administração, impõe toda essa verificação, é inadmissível pretender substituí-la por simples “seguro-garantia de concorrente”, apresentado pelo licitante, que nem por isso, decididamente, passa a ter idoneidade financeira (BRASIL, 1993a).

Entretanto, a Lei n. 8.883 – que alterou dispositivos da Lei de licitações – recuperou o seguro como garantia possível, deixando a cargo do contratado escolher entre o próprio seguro-garantia, a caução e a fiança, quando houver exigência por parte da administração de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

O ordenamento jurídico atual do seguro-garantia no Brasil consiste:

- i. Lei nº 8.666/93: Art. 31, inciso III – Garantia de manutenção de proposta ou garantia de participação limitada a 1 % do valor estimado. Art. 56 – Garantia de cumprimento das obrigações contratuais limitada a 5% do valor do contrato ou, em casos especiais, limitada a 10% do valor global.
- ii. Lei nº 8.987/95: Art. 23, parágrafo único, inciso II – Possibilidade de exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.
- iii. Lei n. 9.074/95: Muito embora não faça referência às garantias, aplicam-se no que couber os dispositivos da Lei nº 8.987/1995.
- iv. Lei nº 12.462/11: Artigo 22, § 2º. Garantia de oferta de preço limitada a 5%.
- v. Circular SUSEP n. 477/2013: Ato normativo que regulamenta o Seguro-Garantia e determina condições padronizadas.

Nesta modalidade garantidora, o risco da seguradora se baseia na inadimplência contratual do contratado. Assim, a seguradora se posiciona na condição de fiadora e principal pagadora na hipótese de inexecução ou insolvência, sendo-lhe dever, então, o acompanhamento do empreendimento através de seus técnicos e engenheiros. A seguradora deve, antes de assumir o risco, proceder com detida análise da empresa e do edital de licitação. Atualmente, a Circular n. 477, de 30 de setembro de 2013, da SUSEP regulamenta o seguro-garantia no Brasil e define o seguinte objetivo para o setor público:

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

I – processos administrativos;

II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais;

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

IV – regulamentos administrativos.

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

Contudo, a Lei de licitações dispôs que fica a critério da autoridade competente exigir previsão de garantia na contratação de obras, serviços ou compras. Ou seja, a Administração Pública pode exigir garantia, mas tal ato é discricionário. Além disso, a supramencionada lei prevê os seguintes parâmetros de cobertura aplicados sobre o valor segurado da licitação: 1% no caso de recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato; 5% conforme para obras comuns e 10% para obras complexas (§§ 2º e 3º do art. 56). Por expressa definição legal, as obras complexas são aquelas envolvem “alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente” (BRASIL, 1993b).

Da forma como está posta a questão na legislação nacional, não há dispositivo que determine que os contratos públicos para execução de obras estejam protegidos com a obrigação de se prestar garantias a quem se disponha a participar de um processo licitatório já que a disposição contida no art. 56, da Lei 8.666/93 se restringe a uma possibilidade e não imposição. Na mesma linha, considerando que o parágrafo primeiro permite ao contratado

escolher entre o seguro-garantia e outras modalidades garantidoras, não há estímulo legal para a integral garantia do contrato.

No formato legislativo atual, as seguradoras possuem a opção de, uma vez acionadas por inadimplemento do contratado, pagar o valor da garantia ou assumir a execução da obra. Entretanto, considerando os baixos limites de cobertura exigidos, é muito mais vantajoso pagar a quantia garantida, o que demonstra a parcial ineficácia do modelo vigente.

A boa notícia é que recentemente foi apresentado o Projeto de Lei do Senado nº. 59, de 2016, para estabelecer a obrigatoriedade de prestação de seguro-garantia de 100% do valor do contrato em obras, serviços e fornecimento de bens de valor estimado superior a 200 milhões de reais (BRASIL, 2016a), bem como apresentou-se o PLS n. 274, de 2016, que torna obrigatória a contratação integral do seguro-garantia nas contratações acima de 10 milhões de reais – com alcance para a administração pública em todas as esferas (BRASIL, 2016b).

As inovações acima mencionadas – caso aprovadas pelo Legislativo – instituirão um novo marco para licitações e contratos administrativos, não apenas alavancando o ramo do seguro-garantia e conferindo maior participação do setor privado na fiscalização dos contratos administrativos, como também proporcionará maior segurança ao Poder Público na execução destes.

A proposta de ampliação e obrigatoriedade de cobertura integral do seguro-garantia baseia-se na premissa de que, uma vez que o seguro cubra valores contratuais mais elevados, as seguradoras teriam maiores incentivos em fiscalizar o andamento dos contratos, constituindo, indiretamente, instrumento de combate à corrupção em obras públicas. É certo dizer que estas terão, inclusive, que manter setor de engenharia próprio para acompanhar adequadamente os empreendimentos licitados.

Não se ignora que, em contrapartida, haverá a elevação dos valores das apólices emitidas ante a eventual cobertura integral dos riscos. Todavia, a afirmação poderá ser rechaçada com o aprofundamento do estudo baseado em dados estatísticos oficiais que venham a confrontar o valor que as administrações públicas federal, estadual e municipal suportam com obras inacabadas (ou com seus defeitos posteriormente apurados), com a inclusão do custo da garantia nos preços pagos nos processos licitatórios.

De qualquer modo, o seguro-garantia no setor público têm se mostrado – em outros países, em especial Estados Unidos – uma forma eficaz de assegurar a destinação correta do dinheiro público, bem como a execução integral das obras da Administração, situação esta extremamente interessante ao Brasil.

3. BENEFÍCIOS NO SETOR PÚBLICO FRENTE À NECESSIDADE DE COMPLIANCE

A sociedade econômica vem passando por transformações, as quais estão redefinindo as relações corporativas, no sentido de que as empresas não se limitem à eficiência, mas que sejam transparentes e que atuem dentro da lei, de forma a prevenir a ocorrência de crimes e inspirem confiança. Em razão das inúmeras normas reguladoras de diversas atividades no País, empresas têm criado um setor específico para cuidar da chamada “cultura do *Compliance*”, a fim de assegurar que cumpram as normas destinadas a seus ramos e evitem problemas judiciais e de imagem (COIMBRA, 2010, p. 3).

Alguns autores defendem que o *Compliance* teve origem pelas instituições financeiras, com a criação do Banco Central Americano em 1913, que visava a criação de um sistema financeiro mais flexível e estável. Outros afirmam que partiu da lei norte-americana Sabarnes-Oxley:

A Lei Sarbanes-Oxley de 2002, doravante referida como SOX, é uma das mais importantes legislações a afetar as corporações com ações negociadas nas bolsas de valores desde a Securities Act de 1933 e a Securities Exchange Act de 1934 (GORDON, et al., 2006). A SOX demandou uma série de mudanças nos relatórios financeiros e de governança corporativa das empresas, como resposta aos vários escândalos financeiros mencionados, caracterizando uma resposta legislativa destinada a reconstruir a confiança dos investidores no mercado de capitais (CUNHA; SILVA; FERNANDES, 2013, p. 38 e 39).

No Brasil, a *Compliance* foi impulsionada por instituições financeiras e subsidiárias de empresas internacionais que recomendavam a adoção do referido sistema no âmbito da gestão de empresas. Na sequência, promulgou-se a Lei Anticorrupção n. 12.846/2013, que estabeleceu a necessidade e exigência para o setor privado, na qual as empresas brasileiras e seus dirigentes passam a ser responsabilizados, na esfera civil e administrativa, por prática de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Para Santos (2011, p. 187) “o Brasil atualmente está em um patamar que coloca Compliance como um dos pilares da governança corporativa ao garantir a conformidade com normas, leis e políticas internas e externas à organização”.

A premissa a se considerar é singela: todo e qualquer empreendimento econômico é i. sujeito passivo do pagamento de impostos; ii. objeto de fiscalização pela Administração Pública, além de; iii. destinatário de pedidos de financiamento, programas tecnológicos,

licitações, subsídios e/ou incentivos fiscais, o que demanda frequente contato com órgãos públicos, de modo que a moralização desta relação deve ser perseguida pelo operador do direito.

Ao tratar sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, a Lei n. 12.846/13 prevê que “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (art. 7º, VIII), será levada em consideração na aplicação das sanções.

A empresa, para atender regras de *Compliance*, precisa interpretar as normas que regem a sua atividade, ter um eficiente controle interno na análise de riscos, além de manter informações seguras. Dessa forma, as instituições devem demonstrar e comprovar a adoção de boas práticas para obter o reconhecimento e confiança do Mercado.

O grande desafio, contudo, está na organização de estruturas dentro das empresas, já que uma área de *Compliance* reúne profissionais de formação interdisciplinar, com o objetivo de observar os dispositivos legais aplicáveis às especificidades técnicas e comerciais do ramo.

No Brasil, esta renovação do modelo de mercado alcançará os processos de transferência de tecnologia e inovação tecnológica, além de restabelecer a integridade dos procedimentos licitatórios, menos vulneráveis a fraudes e à corrupção. Além disso, o sistema *Compliance* representa enorme potencial de atração de mão de obra qualificada, investimentos diretos em treinamento e especialização contínuos, refletindo maior respeito à individualidade do trabalhador.

Aliás, a aplicação das regras de *Compliance* no Brasil gerou frutos, com o alcance de título de “grau de investimento” (*investment grade*) concedido por diversas agências de classificação de risco, apontando o Brasil como um país seguro para investimentos – em que pese recentemente perdido em virtude da grave crise econômica e política que assola o País. As políticas públicas são instrumentos de ação do governo que visam assegurar algum direito de cidadania para determinado seguimento étnico, econômico, social ou cultural.

Celina Souza descreve as políticas públicas como políticas regulatórias, políticas distributivas, políticas redistributivas e políticas constitutivas baseadas por Lowi, conforme se apresenta:

Theodor Lowi (1964 - 1972) desenvolveu a talvez mais conhecida tipologia sobre política pública, elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política. Com essa máxima Lowi quis dizer que cada tipo de política pública vai encontrar diferentes formas de apoio e de rejeição e que disputas

em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas. Para Lowi, a política pública pode assumir quatro formatos. O primeiro é o das políticas distributivas, decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo. O segundo é o das políticas regulatórias, que são mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse. O terceiro é o das políticas redistributivas, que atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros; são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento. O quarto é o das políticas constitutivas, que lidam com procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma também diferente. (2006, p. 28)

O *Compliance* se trata de política pública regulatória, o que, acordo definição dada por Frey:

(...) trabalham com ordens e proibições, decretos e portarias. Os efeitos referentes aos custos e benefícios não são determináveis de antemão; dependem da configuração concreta das políticas. Custos e benefícios podem ser distribuídos de forma igual e equilibrada entre os grupos e setores da sociedade, do mesmo modo como as políticas também podem atender a interesses particulares e restritos. Os processos de conflito, de consenso e de coalizão podem se modificar conforme a configuração específica das políticas. (2000, p. 224)

A política regulatória tem como ponto de partida e de chegada um contexto normativo, estabelecendo marcos regulatórios para determinados temas e instituições. No caso do *Compliance*, o fator constitutivo tem a ver com a modificação das regras clássicas do jogo de deveres éticos, vistos costumeiramente como ônus público.

Cada vez mais as empresas brasileiras estão exigindo a existência de uma estrutura – ainda que mínima – de *Compliance* como condição para a realização de negócios. Tal situação se dá ante a constatação das consequências que a ausência do sistema gera, como multas, restrições operacionais, perda de clientes, custo de remediação e de imagem negativa, efeitos estes que as empresas estão dispostas a modificar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adequada aplicação das *Performance Bonds* podem garantir, além da efetiva conclusão, a proteção financeira contra eventuais defeitos constatados após o término da obra pública decorrente de problemas nos projetos, a exemplo do colapso da ciclovia Tim Maia no

Rio de Janeiro em 21 de abril de 2016 (em uma obra que custou 44 milhões de reais aos cofres públicos). A companhia seguradora passa a ter flagrante interesse econômico para que o projeto seja bem executado e que materiais empregados sejam de qualidade, minimizando, por via de consequência, a chance de vir a ser chamada a pagar por alguma má execução.

Compulsando o arcabouço legislativo nacional, se observa que não há dispositivo que determine peremptoriamente ao gestor público a obrigação de exigir garantias a quem se disponha a participar de um processo licitatório que tenha por objeto uma obra pública (afinal a disposição contida no art. 56, da Lei 8.666/93, é no sentido de que a Administração *poderá*, exigir a garantia, ao invés *deverá*). Ademais, em seu parágrafo primeiro se destaca que é opção do contratado escolher entre o seguro-garantia, a fiança bancária e a caução (em dinheiro ou títulos da dívida pública), ao passo que a garantia será limitada a dez por cento do valor do contrato (§ 3º). A conclusão lógica que se pode extrair é que, ao mesmo tempo em que não há obrigação legal de se exigir o seguro-garantia, a segurança esperada é insuficiente para cobrir todo o contrato.

O modelo brasileiro obviamente aplica o instituto norte-americano de forma ainda muito tímida e muito distante de se alcançar o objetivo de eficiência econômica.

No tocante à contratação junto da Administração Pública, mais do que direcionar as empresas para o devido cumprimento das normas, as boas práticas de governança devem exigir, para fins de governança, uma auditoria permanente e dinâmica em todos os aspectos relacionados à contratação e execução dos contratos de licitação, e neste ponto se ressalta a importância de um terceiro contratualmente vinculado e economicamente interessado na otimização dos recursos.

O contrato entre seguradora e a empresa, que contratará com a Administração Pública, pode, inclusive, prever o dever de submissão à constante fiscalização contábil em benefício de uma governança hígida e boa execução do contrato público.

A importância da prática ao *Compliance* dentro das empresas, e aqui se fala na participação das seguradoras na relação entre o ente privado e a Administração Pública – lição do direito norte-americano – é a inclusão de um agente privado *economicamente interessado* em um modelo de gestão eficaz. Resulta, deste modo, em claro benefício à coletividade no sentido de que empresa fiscalizará as obras e serviços licitados, assegurando a lisura do contrato seguro e prezando pela qualidade do que será entregue à sociedade e pelo cumprimento de prazo.

Em conclusão, é salutar que as empresas implantem o sistema de *Compliance* em suas gestões, assegurando o devido cumprimento dos marcos regulatórios, não apenas para

evitar responsabilização administrativa, como a criminal, prezando por sua imagem e opinião pública.

A importância da implantação do seguro-garantia nos contratos públicos é patente, afinal quando se introduz um novo elemento economicamente interessado na condução de um contrato com o setor público, este certamente atuará como fiscal de eficiência e racionalidade nos custos de produção, além, obviamente, de execução ótima para a sociedade. Os exemplos do modelo norte-americano são bastante suficientes para indicar a conveniência da proposta.

A falta de imposição legal de forma taxativa na Lei 8.666/93 se traduz em subaproveitamento do potencial de eficiência que pode decorrer de sua plena exigência. Há, neste ponto, oportunidade de se aprofundar o estudo com base em dados estatísticos para se confrontar o valor aproximado que as administrações públicas federal, estadual e municipal suportam com obras inacabadas (ou com seus defeitos posteriormente apurados), com a inclusão do custo da garantia nos preços pagos nos processos licitatórios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Mensagem de veto n. 335, de 21 de junho de 1993. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-veto-24420-pl.html>>. Acesso em: 4 ago. 2016.

BRASIL, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons>. Acesso em: 4 ago. 2016.

BRASIL. Superintendência de Seguros Privados. Circular SUSEP 477, de 30 de setembro de 2013. Dispõe sobre o Seguro-Garantia, divulga condições padronizadas e dá outras providências. Disponível em <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460>>. Acesso em: 4 ago. 2016.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance**. São Paulo: Atlas, 2010.

COMIM, Flavio. **The Santa Fe approach to complexity: a Marshallian evaluation.** Structural Change and Economics Dynamics. n. 11, 2000.

CUNHA, Paulo Roberto da. SILVA, Júlio Orestes da. FERNANDES, Francisco Carlos. Pesquisas sobre a lei Sarbanes – Oxley: uma análise dos journals em língua inglesa. **Revista Enfoque.** V. 32. n. 2. maio/agosto 2013. p. 37-51.

ENGEL, E.; HAYES, R. M.; WANG, X. The Sarbanes–Oxley Act and firms’ going-private decisions. *In: Journal of Accounting and Economics.* Vol. 44, n. 1-2, 2007. p. 116–145.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Revista Planejamento e Políticas Públicas.** Nº 21, jun. 2000.

FOLLONI, André. Reflexões sobre complexity science no Direito Tributário. In: MACEI, Demetrius Nichele et al. (org.). **Direito tributário e filosofia.** Curitiba: Instituto Memória, 2014.

FUNENSEG. **Dicionário de seguros.** Rio de Janeiro: Funenseg, 1996.

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

MORIN, Edgar. O desafio da complexidade. In: **Ciência com consciência.** Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

NATIONAL ASSOCIATION OF SURETY BOND PRODUCERS. **What are bond producer?.** Disponível em: <<http://www.nasbp.org/aboutnasbp/what-are-bond-producers>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

PASSOS, J.J. Calmon de. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I – vol. I – nº. 5 – Salvador: 2001.

POLETTTO, Gladimir Adriani. O seguro-garantia em busca de sua natureza jurídica. **Caderno de seguros: teses**, v.8, nº 17. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2003.

RUSSELL, Jeffrey S. **Surety Bonds for Construction Contracts**. Reston, VA: American Society of Civil Engineers (ASCE) Press, 2000.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do direito e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11, jan./jun. 2012.

SANTOS, Renato Almeida dos. Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. In: **Prevenção e combate à corrupção no Brasil: 6º Concurso de monografias: trabalhos premiados**. (Coletânea de monografias). Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Ano IV, n. 6. Brasília: CGU, 2011

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006.

WELCH, John W; MORELEWICZ, James F; RUCK, Andrew; TRECKER, Stephen J. **Contract Surety**. Pennsylvania: Insurance Institute of America, 1982. v. 1-2.