I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

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

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-090-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de maneira totalmente virtual e síncrona entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, sob a temática "Constituição, Cidades e Crise".

Em plena pandemia da Covid-19, a qual determinou a adoção de medidas de afastamento social para conter a disseminação do vírus, o CONPEDI reinventou-se. Contornando todas as adversidades deste momento tão difícil para a humanidade, fomos premiados com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Presentes, mesmo que fisicamente distantes, a alegria do reencontro ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II.

Os trabalhos e debates desenvolvidos no GT produziram grande empatia entre os participantes, especialmente porque retrataram, de forma fidedigna, as grandes preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia. São elas: a) combate à corrupção e à improbidade administrativa; b) regulação e controle; e c) transparência e eficiência administrativa.

Os artigos deste ebook gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E RELIGIÃO: NECESSIDADE EM DELIMITAR A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO OU MERA PERFUMARIA?

2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO POSICIONAMENTO CONTEMPORÂNEO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ORIENTADA POR DADOS: GOVERNO ABERTO E INFRAESTRUTURA NACIONAL DE DADOS ABERTOS

4. O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FLEXIBILIZAÇÃO INTERPRETATIVA DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF

6. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE POSSÍVEIS EXCESSOS DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

7. REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL E A (RE)INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE EMPRESARIAL FRENTE AO SIGILO FISCAL

8. INOVAÇÕES DO TERCEIRO SETOR BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA CIDADANIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS

9. MP 902/2019: RISCOS RELATIVOS AO FIM DA EXCLUSIVIDADE DA CASA DA MOEDA DO BRASIL NA FABRICAÇÃO DE MOEDA E PAPEL MOEDA

10. PROCESSO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: A PROCESSUALIDADE AMPLA COM RESPALDO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

11. EXIGÊNCIA DE IMPLATAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: PROPOSIÇÕES DE UMA ANÁLISE JURÍDICO ECONÔMICA

12. COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL: A CIDADANIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

13. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UM BREVE ESTUDO SOBRE A SUFICIÊNCIA DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992 A PARTIR DA ORIGEM E DAS ESPECIFICIDADES DO FENÔMENO

14. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES À LUZ DA LEI Nº 13.964/2019

15. UM ENSAIO DOGMÁTICO SOBRE O § 1º DO ARTIGO 22 DA LINDB. A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO EM CASOS DE TRAGÉDIAS ANUNCIADAS

16. UM OLHAR SOBRE A LEI MUNICIPAL N° 8.583/2019 QUE INSTITUI A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA EM LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA CIDADE DE DIVINÓPOLIS-MG, AVANÇAMOS?

17. DISCUSSÃO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO, CONCESSIONÁRIAS E USUÁRIOS NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA

18. ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS EM FACE DA LEI Nº 13.460 DE 2017

19. A IMPRESCINDIBILIDADE DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PRATICADO POR SERVIDOR PÚBLICO QUE DESENVOLVE OUTRAS ATIVIDADES LABORAIS.

20. A CRISE ECONÔMICA DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA. POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS PARA O SETOR AUDIOVISUAL NO BRASIL.

21. A ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO SOBRE LICITAÇÕES PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E A IDENTIFICAÇÃO DE DESVIOS MEDIANTE SIMULAÇÃO DE DESONERAÇÃO DO ICMS

Com 22 (vinte e dois) artigos aprovados e 21 (vinte e um) efetivamente apresentados no GT, é possível constatar a presença quase que maciça dos inscritos no evento, o que demonstra que este formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Assim, por meio de novas formas de interação social proporcionadas pelas novas tecnologias de informação e comunicação, foi possível socializar os resultados das pesquisas desenvolvidas pela área de direito administrativo. Como resultado, será possível conferir neste ebook artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com induvidoso relevo prático.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, é com grande satisfação que apresentamos a comunidade jurídica a presente obra. Que todos possam se valer dos valiosos ensinamentos aqui presentes.

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UM OLHAR SOBRE A LEI MUNICIPAL N° 8.583/2019 QUE INSTITUI A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA EM LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA CIDADE DE DIVINÓPOLIS-MG, AVANÇAMOS?

A LOOK AT MUNICIPAL LAW N ° 8,583 / 2019 THAT INSTITUTES THE GUARANTEE OBLIGATION IN BIDDINGS IN THE SCOPE OF THE CITY OF DIVINÓPOLIS-MG, DO WE ADVANCE?

Lucas Carvalho Américo [1]
Francys Gomes Freitas [2]

Resumo

No ano de 2019 foi difundida em larga escala a notícia da primeira legislação que instituía o seguro-garantia e a obrigatoriedade de garantia em licitações no âmbito da Administração Pública. A noticia foi recebida com grande entusiasmo por aqueles que defendem a incorporação do mecanismo da Performance Bond no ordenamento jurídico pátrio tendo em vista seu potencial de trazer benéficos a proteção do erário público. Trata-se da Lei Municipal n° 8.583/2019 da Cidade de Divinópolis/MG. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar a legislação em comento observando se realmente houve avanços na legislação.

Palavras-chave: Performance bond, Seguro-garantia, Princípio da eficiência, Garantia, Licitações

Abstract/Resumen/Résumé

In 2019, the news of the first legislation that instituted guarantee insurance and mandatory guarantee in public tenders was widely disseminated. The news was received with great enthusiasm by those who defend the incorporation of the Performance Bond mechanism in the national legal system in view of its potential to bring benefits to the protection of the public purse. This is Municipal Law No. 8,583 / 2019 of the City of Divinópolis / MG. In this sense, the present work aims to analyze the legislation in question, observing if there have really been advances in the legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Performance bond, Guarantee insurance, Principle of efficiency, Warranty, Bids

---

[1] Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna, área de Concentração em Proteção dos Direitos Fundamentais, em direito processual coletivo. Especialista em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC /MG.

[2] Mestre em Direito pela UNIFLU-, Pós-graduado em Direito pela ANAMAGES Professor Universitário da UNA-MG e Itaúna-MG, sócio-proprietário do Escritório de Advocacia Cleofas Pereira e Francys Gomes Advocacia e Consultoria (francysgomesfreitas@gmail.com)

INTRODUÇÃO

Em 12 de Abril de 2019 o Município de Divinópolis-MG promulgou a Lei 8.583/19 que determina a obrigatória a utilização de garantia de execução pelo prestador de serviços, nas hipóteses em que a licitação versar sobre obras e serviços de engenharia, com valores iguais ou superiores à R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Determinou-se o percentual de 5% (cinco por cento) do valor contratado nas licitações em que o objeto versar sobre obras, fornecimento de bens, materiais ou de serviços. Estabeleceu, ainda, que o prazo de vigência será equivalente ao do contrato.

O estudo a seguir abordará, inicialmente, as diferenciações do seguro garantia no Brasil e EUA em especial sobre a temática da performance *bond*. Além disso, será feito uma comparação com a legislação brasileira de licitações e contratos no tocante a discricionariedade na escolha da prestação de garantia que causa insegurança na efetividade do mecanismo referente a "garantia". Ato contínuo, será observada a efetividade da legislação municipal, em especial ao se confrontar com o princípio constitucional da eficiência na Administração Pública.

Posteriormente, serão observados os critérios para utilização do seguro garantia nas licitações municipais de Divinópolis-MG tendo como parâmetro a efetividade dessa alteração legislativa. Adiante, a discussão versará sobre as vantagens do seguro garantia com o viés da fiscalização do terceiro interessado no fiel cumprimento do objeto licitado, apontando-se as vantagens e desvantagens dessa interferência.

Ao final, o texto analisará se ocorreram ou não avanços com a mencionada Lei diante dos princípios constitucionais da Administração Pública, das determinações da Lei de Licitações e Contratos e da teoria da *performance bond*, almejando-se, assim, contribuir com sugestões para a temática da garantia, objeto da lei.

I – A PERFORMANCE BOND NO DIREITO NORTE AMERICANO

Originado nos EUA, em 1893, o seguro-garantia, ou *performance bond*, surgiu com a aprovação do *Heard Act*, que veio a estabelecer a obrigatoriedade de cauções de garantia que envolvessem todos os contratos governamentais federais. Desta forma, seria transferida a iniciativa privada o risco de inadimplência, e, ainda, os serviços de

análise técnica e financeira das empresas, tendo como objetivo a gerar maior segurança na aplicação de recursos públicos[1].

Nesse sentido, o objetivo inicial do surgimento da *performance bond*, no âmbito da indústria da construção civil foi uma alternativa para proteção do Tesouro Público de prejuízos causados pela inexecução ou sinistro nos projetos públicos. Com o *Heard act*, passou-se a requerer que as obrigações de execução e pagamento dos contratantes federais fossem asseguradas por uma garantia contratual emitida por "boas e suficientes" seguradoras, incluindo garantias corporativas compensadas e aprovadas pelo Departamento do Tesouro[2].

Assim, criou-se uma proteção ao governo já que a legislação exigia dos empreiteiros a apresentação de uma única apólice de *performance* e *payment bond* para garantir as obras públicas federais, inclusive em relação às obrigações adicionais, como fazer pagamentos a todas as pessoas fornecendo-lhes trabalho e material de construção[3].

Com a maior proteção oferecida ao Estado através do *Miller Act* passou-se a existir um mecanismo de utilização de garantias para fornecedores e mão de obra contratada. Deste modo, evitava-se que o Estado viesse a ser executado judicialmente pelo inadimplemento de seus contratados junto a terceiros, tendo em vista que a referida lei estabeleceu a exigência de diversas garantias nas obras federais como, por exemplo, as garantias de concorrência (*bid bond*), de cumprimento da obra (*performance bond*) e de pagamento de obrigações com a mão de obra, com os fornecedores e com os subempreiteiros (*labor and material bond*)[4].

Assim, a Lei estabeleceu o gênero dos contratos de *surety bonds*, que possuem varias espécies distintas, e, dentre eles destacam-se: o *bid bonds* que proporcionam segurança financeira que a proposta da concorrência tenha sido apresentada de boa-fé, e que o contratante tem a intenção de celebrar o contrato; *performance bonds* que é o seguro que protege o segurado de perda financeira, caso o contratante não execute o

---

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

[2] VOLLBRECHT, Thomas J. LEWIS, Jacqueline. "Creation of the relationship". The Law of the Performance Bonds, 2nd. Edition. Lawrence R. Moelmann, Matthew M. Horowitz; Kevin L. Lybeck Editor.Chicago, Illinois, Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2009, p. 4.

[3] SCHUBERT, Lynn M. "Why obligees buy Bonds". The Law of Suretyship, Edward G. Gallagher, editor. Tort and insurance practice. Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2000, p. 41.

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

contrato de acordo com seus termos e condições; os *payment bonds* que garante que o contratante pagará as empresas subcontratadas, como trabalhadores e fornecedores de materiais associados ao projeto; os *maintenance bonds* que garante contra defeitos de fabricação ou de materiais por um período determinado; e a *subdivision bonds* que garante a uma cidade, município, estado ou que o tomador vai financiar e construir as melhorias acordadas, tais como sistemas de rua, calçadas, guias, sarjetas, esgotos e drenagem[5].

Insta salientar que as obras Federais norte americanas apesar de regida pelo *Miller Act* deve observar, na sistemática de contratação de *performance bonds* as legislações de cada Estado Americano. A *National Association of Credit Management* constatou que a grande maioria dos Estados norte americanos exige uma cobertura integral[6] de *surety bonds* nas obras públicas (100%) enquanto que os demais exigem cobertura acima de 50%. Com este mercado de *surety bond*, os EUA faturam cerca de US$ 3,5 bilhões por ano (três bilhões e quinhentos milhões de dólares).[7]

II – CONCEITUAÇÃO E APLICABILIDADE DA PERFORMANCE BOND NOS EUA

A *Performance Bond*, ou seguro-garantia de obras constitui um tipo específico de seguro que garante que um contrato de construção será executado satisfatoriamente em conformidade com os padrões de quantidade, qualidade e prazo estabelecidos. Assim, garante que o projeto construído seja executado ainda que surjam circunstâncias desfavoráveis no curso da execução contratual, ou seja, a seguradora se responsabilizará pelo pagamento indenizatório dos danos decorrentes de qualquer inadimplemento ou pelo término do serviço, seja pela contratação de uma construtora, seja pela execução direta da obra de forma direta[8].

---

[5] GALIZA, Francisco. Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015, p. 28 – 29.

[6] Países, como França (mercado habitacional privado) e Itália (contratos públicos acima de 100 milhões de euros), são exigidos seguros de performance de 100% do valor do contrato. Para mais informações ver FIUZA, Eduardo P. S. "Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas". In: Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras? Lúcia Helena Salgado, Eduardo Fiuza (Organizadores). Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, 2009, p. 270.

[7] GALIZA, Francisco. Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015, p. 31 – 34.

[8] GOMES, Frederico Yokota Choucair. Análise econômica da Performance Bond nos contratos de obras públicas. 2016, p. 9.

Assim, o mecanismo em comento atua como instrumento contratual que estabelece uma garantia a partir de uma relação tripartite, da qual é 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 empreiteira licitante (tomadora) honrará com as cláusulas contratuais acordadas com a Administração Pública após finalizado o procedimento licitatório. Portanto, será beneficiário da apólice do seguro o Estado, mas a obrigação sobre o serviço segurado recai sobre a empreiteira contratada.

As *performance bonds* são modalidade do gênero *surety bonds* e apresenta distinções da apólice de seguros tradicional[9] por sua natureza e finalidade, uma vez que, diferentemente do que ocorre no seguro tradicional, na *performance bond* a expectativa de sinistro não deve existir.

Sua apólice deve fornecer fundos suficientes para o adimplemento na hipótese de o tomador inadimplir a obrigação assumida no contrato objeto da apólice, através de assunção de responsabilidade pela seguradora da prestação do objeto do contrato, que pode ser realizada por ela mesma ou delegada a um terceiro[10].

Outro ponto que merece destaque no que diz respeito a diferenças em relação ao seguro tradicional, recai no fato de que o tomador deve indenizar a seguradora por todos os custos, despesas, danos, perdas sofridas por ela durante a execução da apólice no caso de reclamação do sinistro em apólice de performance.

Esta relação do seguro-garantia envolvendo contratado, contratante e segurador, pressupõe uma série de responsabilidades que devem ser observadas pelas partes. Cabe ao tomador de serviços (contratado) o dever de *performance* nos termos do contrato, ou seja, executar a obra nos termos estabelecidos. É dever do contratante (segurado) adimplir o contrato, efetuando os pagamentos de acordo com os termos do contrato, ao contratado, em caso de execução satisfatória, ou seja, obedecendo aquilo que foi estabelecido no processo licitatório ou a seguradora caso a mesma tenha que assumir e

---

[9] Nos seguros tradicionais há presente na relação apenas duas partes: um segurado e uma seguradora. No seguro tradicional, a seguradora espera ter sinistros, diferentemente do que ocorre no seguro garantia onde a taxa de sinistralidade tem que ser zero. Caso a seguradora avalie que pode haver algum risco relevante na operação, o seguro simplesmente não é emitido (GALIZA, Francisco. Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015, p. 17).

[10] VOLLBRECHT, Thomas J. LEWIS, Jacqueline. "Creation of the relationship". The Law of the Performance Bonds, 2nd. Edition. Lawrence R. Moelmann, Matthew M. Horowitz; Kevin L. Lybeck Editor.Chicago, Illinois, Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2009, p. 5.

concluir a obra em favor do contratado. Cabe ainda a seguradora o dever para com o contratante, de agir de acordo com os termos do seguro-garantia em caso de inadimplemento do contratado e ainda o dever de determinar e fiscalizar se o contratado está inadimplente, de cumprir com os termos do seguro-garantia e de eventual obrigação de indenizar. Para complementar as obrigações, o contratado deve cooperar com qualquer investigação de alegação de inadimplência e reembolsar a seguradora por perdas incorridas em razão de sua não-performance[11].

Sobre as seguradoras e a sua finalidade na relação tripartite no seguro-garantia afirma Poletto[12] que, *In Verbis*:

> As operações de garantia realizadas pelas companhias de seguros surtiram um efeito deveras significativo, tanto que o *treasury departament* 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.

Importante destacar que o seguro-garantia tem por objetivo resguardar interesses públicos e privados, ambos interessados na correta e eficiente execução dos contratos administrativos. Na esfera pública, a performance tem como objetivo resguardar o interesse público, o qual deve ser observado por parte da Administração Pública no momento da execução e prestação de serviços públicos. Na esfera privada, a *performance bond* constitui uma importante modalidade de garantia contratual em favor do tomador de serviços.

As vantagens do seguro garantia ao beneficiário, em especial quando este for a Administração Pública, são consideráveis. Pode-se citar o fato de que a seguradora atua com maior rigor, eficiência e perícia na avaliação dos riscos envolvidos na realização e execução do projeto levando em consideração o interesse público uma vez que na relação contratual da apólice de *performance* o contratado deve apresentar garantias ou

---

[11] SCHUBERT, Lynn M. "Why obligees buy Bonds". The Law of Suretyship, Edward G. Gallagher, editor. Tort and insurance practice. Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2003, p. 48.

[12] POLETTO, Gladimir Adriani. O seguro-garantia em busca de sua natureza jurídica. Caderno de seguros: teses, v.8, nº 17. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2003, p. 17.

contragarantias em favor da seguradora a fim de demonstrar que é capaz de ressarcir a seguradora e o contratante pelo eventual inadimplemento contratual[13].

A seguradora atua com uma margem de sinistro zero, contudo, em caso de eventual sinistro, deve a seguradora ser notificada pelo beneficiário e, após procedimento próprio de avaliação dos danos e do percentual de execução do contrato a ser finalizado, a seguradora deverá indenizar ou ressarcir o contratante, a depender do curso de ação adotado após o sinistro. Após o beneficiário ser indenizado ou ressarcido, a seguradora poderá executar as contragarantias patrimoniais exigidas do tomador na emissão da apólice[14].

A possibilidade de ressarcimento da seguradora por parte do tomador em caso de inadimplemento contratual mostra-se como mais uma diferença entre a *performance bond* e os seguros tradicionais tendo em vista que nestes, em eventual ocorrência de sinistro, a seguradora assume o custo referente à cobertura da apólice, sem a possibilidade de perseguir ressarcimento, a não ser que o sinistro tenha sido ocasionado em virtude de ilícito de terceiro estranho a relação contratual[15].

Desta feita, após análise da *performance bond* no sistema norte americano e a sua forma de aplicabilidade, abordaremos o mecanismo no ordenamento jurídico pátrio.

III – GARANTIA NAS LICITAÇÕES E A LEI MUNICIPAL DE DIVINÓPOLIS-MG

Como é de conhecimento pleno o art.37 da CF/88 determina que os contratos administrativos sejam, em regra, precedidos de Licitação. Nesse procedimento encontram-se princípios dos quais destaca-se a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Vale dizer que a licitação é um meio para a obtenção de um contrato administrativo vantajoso. Nas palavras de Marçal Justen Fillho, configura-se em uma

[13] VOLLBRECHT, Thomas J. LEWIS, Jacqueline. "Creation of the relationship". The Law of the Performance Bonds, 2nd. Edition. Lawrence R. Moelmann, Matthew M. Horowitz; Kevin L. Lybeck Editor.Chicago, Illinois, Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2009, p. 7.
[14] RUSSEL, Jeffrey S. Surety Bonds for Construction Contracts. American Society of Civil Engineers (ASCE), 2000, p. 72.
[15] LANGLEY, Keith A.; HOUSTON, Marchelle M. Liability of the Performance Bond Surety for Damages (Under Contract of Suretyship). In: ABA Tort Trial & Insurance Practice Section – The Law of Performance Bonds, A New Look at Today's Issues, mai. 2009, p. 5 – 6.

relação custo-benefício, derivando-se da conjugação de aspectos de qualidade e onerosidade.[16]

O recorte temático da Lei em comento diz respeito a prestação de garantia e encontra-se basicamente no art. 56 da Lei 8.666/93. Esse tema está relacionado aos Contratos Administrativos, determina que a Administração poderá exigir prestação de garantia nas contratações que envolvam obras, serviços e compras.

Por se tratarem de contratos típicos da Administração, sofrem a incidência de normas especiais de Direito Público, só se lhes aplicando supletivamente normas de Direito Privado. Na esteira desse entendimento, Edimur de Faria afirma que o interesse público é o motivo da existência do contrato administrativo[17].

Assim, o entendimento majoritário direciona-se para o sentido de que a Administração **tem o dever-poder de requerer a garantia,** uma vez que o contrato administrativo deve ser assegurado, pois fundamenta-se na proteção ao interesse público com o perfeito adimplemento do contrato e o princípio da indisponibilidade desse interesse.[18]

Porém, a escolha caberá ao contratado podendo optar entre as hipóteses de caução em dinheiro, seguro garantia e fiança bancária. A garantia, em regra, não excederá a cinco por cento do valor do contrato segundo art. 56 § 2° da Lei de Licitações.[19]

A primeira observação diz respeito a discricionariedade oferecida ao contratado para livremente escolher qual a modalidade de garantia melhor lhe favorece. Essa oferta, vai de encontro aos princípios da: segurança jurídica, supremacia do interesse público sobre o privado e eficiência.

A Segurança Jurídica foi violada, pois a discricionariedade nesse tipo de contrato em que há a presença das cláusulas exorbitantes **desnaturaliza o objetivo protecionista da Lei de Licitações.**

---

[16] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 13ª Edição, Revista dos Tribunais, 2018, p. 349

[17] FARIA. Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 8ª Edição Editora Fórum,2015,p. 395

18 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo, 11ª Ed. Editora Saraiva, 2018, p. 540

[19] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm acesso em 05 de Abril de 2020.

Afirma-se que há infringência ao princípio da supremacia do interesse público uma vez que essa discricionariedade não é o espírito do princípio citado. Muito ao contrário, a opção feita pelo particular afasta qualquer hipótese da ocorrência da supremacia do Estado, **pois o particular pensará em critérios individuais e não coletivos na escolha da garantia, o que é gravíssimo diante das regras de Direito Público.**

Por sua vez o princípio da eficiência constitucionalmente previsto para a Administração Pública, determina que além de probos, legais, impessoais e públicos os atos administrativos sejam eficientes. A Eficiência é violada no momento em que o particular pode selecionar a proposta mais vantajosa para si mesmo, **o que não coaduna com o objetivo público que leva em conta o objetivo de manter ou ampliar a natureza e qualidade dos serviços que presta.** Os atos praticados pela Administração Pública devem trazer resultados positivos para a Administração e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros. Sobre esse tema, colhem-se os dizeres de Marçal Justen Filho:

> Em outras palavras, nenhuma licitação pode ser norteada apenas por princípios jurídicos. É imperioso que a sua concepção e o seu desenvolvimento sejam informados pelos conhecimentos fornecidos pela Economia, para assegurar a melhor relação possível entre os desembolsos da Administração Pública e os benefícios daí resultantes.[20]

Deve-se ter em mente, ainda, que, para Carvalho Filho, esse princípio possui subitens como a efetividade e eficácia. Tais subdivisões direcionam para o fato de que os atos da Administração pública devem ter relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração, e os resultados obtidos com ações administrativas, com os objetivos.[21] Assim, a Lei Federal deixou de **reforçar os ditames do Direito Público em especial em um Estado Democrático de Direito ao estabelecer a discricionariedade na escolha da garantia prestada pelo particular em Contratos de Natureza eminentemente pública.**

Nesse ponto a Legislação Municipal de Divinópolis tentou inovar ao determinar na Lei 8.583 de 2019 a obrigatoriedade que em todos os contratos públicos

---

[20] JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo, 13 ª Edição, Revista dos Tribunais, 2018, p. 354.

[21] CARVALHO FILHO, José dos Santos. "Manual de Direito Administrativo" 32.edição.Editora Atlas, 2018, p. 33.

de obras e de fornecimento de bens ou de serviços possua **o limite mínimo de cobertura da garantia em 5% (cinco por cento) do valor do contrato.** Objetivou-se intensificar as exigências da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em uma primeira análise, pode-se ter a ideia de que houve um considerável avanço na legislação na mesma proporção do alarde que fora feito quando a Lei foi publicada. Foi até mesmo cogitado que municípios vizinhos adotassem a mesma exigência.

Porém, em detida observação da novel Lei, pode-se afirmar que o percentual mínimo de 5% (cinco por cento), determinado na Lei Federal e na Mineira não atende aos princípios citados anteriormente, em especial o da eficiência, pois no caso de inexecução do contrato, além das sanções próprias da Lei de Licitações, esse percentual é irrisório para garantir que o objeto seja entregue integralmente. Não há que se falar que se trata de percentual mínimo e que a Administração Pública poderá estipular porcentagem maior, pois tal argumento não é factível.

De outro lado, pode-se ter em mente que o espírito da Lei Mineira foi o de direcionar para que **a escolha do contratado seja o seguro garantia.** Pode-se depreender nesse sentido, pois as demais garantias da Lei 8.666/93 não se referem a natureza dos contratos descritos nos artigos 4˚ e 5˚ a Lei 8.583/2019, como se observa abaixo:

> Art. 4º O prazo de vigência da garantia será igual ao prazo estabelecido no contrato principal ao qual esteja vinculado.
> § 1º No caso de seguro garantia, a vigência da apólice ou do documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora acompanhará as modificações no prazo de execução do contrato principal.
> § 2º O contratado é o responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora por todo o prazo de vigência do seguro.
>
> Art. 5º A garantia extinguir-se-á na ocorrência de um dos seguintes eventos, o que ocorrer primeiro, sem prejuízo do prazo para a ocorrência do sinistro:
> I - quando o objeto do contrato principal garantido pela apólice for definitivamente exaurido, e após a expedição de termo ou declaração de recebimento definitivo do objeto contratado;
> II - quando do término de vigência previsto na apólice, salvo se estabelecido em contrário nas condições contratuais do seguro garantia.
> Parágrafo único. Quando a garantia recair sobre um objeto previsto em contrato, esta garantia somente será liberada ou restituída após a execução do contrato, em consonância com o disposto no § 4º do art. 56 da Lei nº 8.666 de 1993, e sua extinção se comprovará, além das hipóteses previstas neste artigo, pelo recebimento do objeto do contrato, nos termos do art. 73 da Lei nº 8.666 de 1993.

A etimologia da palavra Seguro vem do latim *securus,* que significa tranquilo, fora de perigo. Por seu turno o seguro-garantia nas palavras de Fernanda Marinela, pode ser conceituado como:

> Considera-se Seguro-garantia o contrato firmado entre o particular contratado pela Administração com uma instituição seguradora, por meio do qual a seguradora compromete-se a arcar como risco de eventos danosos relativos à inexecução do contratado por parte do particular.[22]

Na visão de Wellington Pacheco Barros é também chamado de *performance bond* quando utilizado como garantia do contratado executante, fornecedor ou prestador de serviços, *retention paument bond* quando garante a retenção de pagamentos, dentre outras diferenças[23]. O contrato de seguro possui como normas gerais o disposto nos artigos 757 a 802 do Código Civil pátrio.

A advertência de Marçal Justen Filho é importante ao afirmar que a aceitabilidade do seguro-garantia depende da capacitação econômico-financeira da seguradora. É indispensável essa verificação além de outras exigências impostas pela SUSEP.[24]

Nesse sentido, visualiza-se **que houve certo avanço na legislação ao perceber que o Seguro Garantia é a melhor opção dentre as descritas na Lei Geral de Licitações,** para se alcançar a realização do cumprimento dos objetos das licitações.

Porém esse leve avanço será abordado a luz do instituto da performance *bond,* conforme passa-se a dissertar.

IV – PANORAMA A RESPEITO DA LEI MUNICIPAL N° 8.583/2019 E A ANÁLISE DA EFICIÊNCIA DO SEGURO-GARANTIA CONFORME OS PARAMETROS INSTITUIDOS

Em 2019 foi noticiado em larga escala em veículos de imprensa, a aprovação da primeira legislação no ordenamento jurídico pátrio que instituía o seguro-garantia

[22] MARINELA, Fernanda. "Direito Administrativo", 11ª edição. Ed. Saraiva, 2018, p. 540.
[23] BARROS, Wellington Pacheco. Licitações e contratos Administrativos, Editora Atlas, 2009, p. 284.
[24] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos, 18ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.720.

para execuções e serviços de obras públicas[25]. A medida foi celebrada por grande parte dos grupos defensores da implementação da *Performance Bond* no Brasil.

Contudo, observa-se que as diferenças entre o regime norte americano e brasileiro, que regem a forma de aplicação da *performance bond* na execução dos contratos de obras públicas, explicam o motivo pelo qual o mecanismo ser tão pouco utilizado no Brasil e amplamente difundido nos EUA.

Certamente, o fator mais sensível que explica a ineficiência do seguro-garantia no ordenamento jurídico pátrio é relativo ao percentual do valor do contrato a ser garantido pela apólice do seguro[26].

Determina a legislação Municipal de Divinópolis que é obrigatória a exigência de garantia de execução pelo prestador, em favor do Poder Público, em obras e serviços de engenharia, nos contratos relativos, com valores igual ou superior à R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e que a garantia exigida nas contratações públicas de obras, fornecimento de bens, materiais ou de serviços no âmbito do Poder Público Municipal será equivalente a no mínimo 5% (cinco por cento) do valor do contrato (art.1° e art. 3° da Lei Municipal n° 8.583/19).

O percentual apresentado pela legislação municipal mostra-se **inequivocamente ineficiente para cumprir com objetivo de proteção do erário público** visto que engessar a porcentagem da garantia em valores e percentuais muito baixos mitiga os efeitos do mecanismo vez que não haveria incentivos suficientes à seguradora em atuar de forma criteriosa na investigação do histórico da empresa licitante.

De acordo com a legislação vigente, como há a opção das seguradoras em uma vez acionadas por inadimplemento do contratado em razão de sinistro, pagar o valor da garantia ou assumir a execução da obra, certamente a opção mais vantajosa para a seguradora seria de pagar a importância coberta pela apólice, já que seu percentual é extremamente baixo em relação ao valor total do contrato principal.

---

[25] https://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2019/04/13/lei-que-preve-seguro-garantia-para-obras-bens-e-servicos-do-setor-publico-entra-em-vigor-em-divinopolis.ghtml

[26] Defende-se essa posição a respeito dos motivos da ineficiência do seguro-garanti na legislação pátria na obra: AMÉRICO, Lucas Carvalho. A *Performance Bond* como mecanismo de controle e eficiência no setor público e a garantia da probidade administrativa como direito fundamental difuso. Itaúna, 2017. p. 125.

A titulo comparativo, nos EUA o percentual arbitrado independe do risco financeiro do contrato ou da sua complexidade técnica da obra (fato que ocorre no Brasil onde percentual será delimitado através do binômio complexidade técnica e financeira da obra). A contratação da *performance bond* é compulsória e o seu percentual, **na maioria dos Estados americanos é equivalente a 100% do objeto do valor do contrato firmado entre a Administração Pública e o tomador.**

Essa medida assegura a eficiência da execução das obras públicas dentro do prazo estipulado, em conformidade com os padrões de qualidades exigidos pela segurada e, ainda, protege o erário público de eventuais desperdícios e/ou desvios.

Nesse sentido, observa-se que a legislação Municipal em comento não avança e permanece sendo incapaz de atuar de forma efetiva na proteção do erário público.

Na esteira desse pensamento, outro fator que explica a ineficiência do seguro-garantia no Brasil diz respeito a não necessidade de contratação compulsória da *performance bond* nos contratos de obras públicas.

A não exigência de contratação compulsória do seguro-garantia, cabendo a Administração Pública apenas decidir se exige ou não algum tipo de garantia – dentro dos percentuais acima apresentados – é outro ponto que mitiga os efeitos do mecanismo nas licitações públicas.

A legislação Municipal de Divinópolis inova no sentido de tornar obrigatória a exigência de garantia (art. 1°), contudo **peca em não tornar compulsória a escolha da modalidade do seguro-garantia nos contratos de obras públicas.**

O fato da exigência da modalidade de garantia ser facultada a contratada e não a Administração Pública mostra-se um problema grave, além de destoar significativamente ao modelo norte americano.

Afinal, se o tomador é livre para escolher a própria garantia, é improvável que ele escolha a modalidade socialmente mais eficiente, uma vez que não têm incentivos para internalizar as externalidades infligidas à Administração por sua escolha.

Em outras palavras, como cabe ao contratado escolher entre a *performance bond* (seguro-garantia) e as demais modalidades de garantia prevista na Lei n° 8.666/93, não

há qualquer estímulo legal para a integral garantia do contrato o que resulta em prejuízos para a Administração Pública e para a sociedade.

Importante destacar que em trabalho pregresso demonstrou-se os motivos pelos quais as demais modalidades de garantia são menos eficazes em comparação ao seguro-garantia[27].

Outra barreira encontrada pelo seguro garantia diz respeito à **capacidade fiscalizatória da seguradora.**

Não há na legislação brasileira expressa competência para a seguradora fiscalizar a execução das obras e o seu andamento durante a execução dos contratos públicos, diferentemente do que ocorre nos EUA, onde existe expressa previsão da competência fiscalizatória das seguradoras.

A possibilidade de fiscalização da seguradora da execução da obra é condição imprescindível para o funcionamento do mecanismo. Assim, **devem segurado e seguradora atuarem em conjunto**, afim de fiscalizar e monitorar o tomador a respeito do andamento das obras, se a mesma observa os parâmetros exigidos pela Administração Pública conforme as especificações do projeto básico e do projeto executivo, a fim de se atender as cláusulas contratuais e, consequentemente, **o interesse público**.

Como função essencial à estruturação do sistema de incentivos à regular completude do contrato, a fiscalização deve ser exercida pelo Poder Público (principal interessado na correta execução da obra licitada) e pela seguradora denominada de terceiro interessado.

Conforme destaca Katz[28], o monitoramento privado, inserindo neste contexto as seguradoras, tem possibilidade de ser mais eficiente tendo em vista sua especialização, experiência e, ainda, em virtude de incentivos de um mercado competitivo que visa o lucro.

---

[27] Sobre o tema: AMÉRICO, Lucas Carvalho. A *Performance Bond* como mecanismo de controle e eficiência no setor público e a garantia da probidade administrativa como direito fundamental difuso. Itaúna, 2017. p. 144.

[28] KATZ, Avery Wiener. An Economic Analysis of the Guaranty Contract. University of Chicago Law Review, vol. 66, ed. 1. 1999, p. 97.

Vale frisar que, apesar da seguradora ter um papel central na fiscalização na execução da obra pública, o Poder Público tem o dever de fiscalizar[29] a execução do contrato e o tomador, agindo assim em conjunto com a seguradora a fim do objetivo em comum: o fiel cumprimento do contrato.

Com efeito, através da *performance bond* há a existência de uma relação, entre seguradora e beneficiário (Estado), de incentivo mútuo de monitoramento das obras executadas pelo tomador, tendo em vista que a seguradora é incentivada a fiscalizar e monitorar a empreiteira já que é responsável pela inexecução da obra, seja em razão da qualidade utilizada ou do prazo a ser cumprido, em outras palavras, com o andamento da obra, o risco de eventual sinistro reduz significativamente[30], desde que haja um monitoramento efetivo por parte da seguradora.

Por sua vez, o Estado tem o incentivo de monitoramento e fiscalização em virtude das obrigações contratuais por ele assumidas, além, é claro, da própria imposição legal de fiscalização. Em caso de inadimplemento contratual por parte do Estado estará à seguradora munida de argumentos em caso de não cumprimento, por parte do tomador, das obrigações contratuais por ele assumidas, como, por exemplo, atraso na execução da obra, assim, a seguradora estaria, em tese, livre da obrigação de garantir a performance do particular responsável pela execução da obra. Desse raciocínio decorre a importância do monitoramento conjunto e contínuo da execução da obra pública.

Em caso de omissão legislativa e regulamentar que preveja a possibilidade fiscalizatória do terceiro interessado há prejuízo ao mecanismo seguro-garantia. Deste modo, **a legislação Municipal em análise deixa mais uma vez a desejar ao ser omissa neste sentido, perdendo a oportunidade de realmente inovar no que diz respeito a matéria.**

---

[29] É o que determina o art. 67 e §1° da Lei 8.666/93 que prevê que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. Devendo o representante da Administração Pública anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

[30] CNSEG – Confederação Nacional das Empresas de Seguros gerais, previdência privada e vida, saúde suplementar e capitalização. Seguro Garantia: Obras do governo e aumento do limite de garantia. Rio de Janeiro: CNSEG, 2012, p. 9.

Por oportuno, insta ressaltar que o Direito é uma ciência que deve acompanhar os anseios e necessidades da sociedade e atentar-se para um constante movimento de "ir" e "vir" da linguagem comunicativa do pensar.[31]

Importante mencionar que as diferenças ora apresentadas demonstram o engessamento e desvirtuamento do mecanismo do seguro-garantia e da sua capacidade de produzir efeitos positivos e eficientes no setor público.

Ora, um mecanismo capaz de assegurar o fiel cumprimento dos contratos administrativos dentro do prazo, qualidade e preço estipulado pelo Poder Público assegura, o interesse público. Este, por sua vez, atua como atua como legitimador dos atos praticados pela Administração Pública já que a mesma atuará em favor da sociedade.

Agir de acordo com o princípio da eficiência no setor público é aliar a diminuição dos gastos públicos com a prestação de serviço de qualidade. Tal desiderato pode ser alcançado quando o administrador executa o serviço público com devida celeridade, atingindo o serviço público adequado, em respeito ao interesse público trazendo benefícios para a população.

A *performance bond* nos EUA têm se mostrado – assim como outros países da Europa – uma forma eficaz de assegurar a destinação correta do dinheiro público, bem como a execução integral das obras da Administração Pública.

Vários são as práticas que resultam na frustação do procedimento licitatório, que são cometidas tanto por agentes públicos (que ao assim atuarem praticam atos de improbidade administrativa) quanto pelas empresas licitantes, gerando várias consequências danosas.

Dentre estes vícios, estão a utilização de materiais inadequados ou de baixa qualidade, superfaturamentos dos contratos e aditivos, a existência de fraudes, má-utilização dos recursos públicos, conluio, e os conflitos de interesses escusos de particulares em detrimento do interesse público.

---

[31]GOMES FREITAS, Francys e CÂNDIDO LIMA E SILVA SANTOS, Regina. (Im)prescritibilidade da ação de regresso movida pelo Estado em face do agente público e o princípio da Segurança Jurídica. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=944bdd9636749a08 Acesso em 10 de Abril de 2020.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Para se cumprir todos os princípios da Administração Pública é necessário que haja avanços no ordenamento jurídico pátrio. Foi esse o alvo da Lei Municipal 8.583/2019 de Divinópolis/MG. Percebeu-se que a novel Lei avançou quanto a: exigência de garantia para licitações nas hipóteses em que versar sobre obras e serviços de engenharia, com valores iguais ou superiores à R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); e sugestionar que a melhor modalidade seria o seguro-garantia. Assim, almejava-se intensificar as exigências das garantias dispostas na Lei nº 8.666/93.

Apesar de trazer inovações, ainda que tímidas e modestas, a legislação em comento pecou ou deixo de avançar em diversos aspectos. Dentre eles, destacamos a ausência de se estabelecer um percentual de cobertura da garantia de 100% do valor do contrato, nos moldes da legislação norte americana; Não obrigatoriedade de contratação compulsória do seguro-garantia como modalidade de garantia a ser exigida pelo Poder Público; Ausência de previsão de capacidade fiscalizatória da seguradora na execução das obras e o seu andamento durante a execução do contrato público.

Porém, de plano observa-se que a discricionariedade disposta nas mãos do contratado em relação a escolha da garantia, desnaturaliza o objetivo protecionista da Lei de Licitações, os ditames do Direito Público e da segurança jurídica.

Demais disso, a citada legislação municipal poderia ter inovado mais e definitivamente exigir que a garantia dos contratos administrativos efetivamente ocorresse mediante o seguro-garantia.

Todos os vícios acima apresentados poderiam ser combatidos de forma eficiente pela apólice do seguro-garantia que atua como mecanismo de prevenção e contenção de ilícitos. Agindo assim, contribuiria para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme determina a lei 8.666/93.

Impõe-se, ainda, mencionar que dessa maneira não se observa a concretização do princípio constitucional da eficiência, uma vez que, não se atinge o objetivo público que leva em conta o dever de manter ou ampliar a natureza e qualidade dos serviços que presta, tampouco traz resultados positivos para a Administração além de deixar de atender as necessidades da sociedade.

Por esse prisma, valendo-se do direito comparado, utilizando-se as ferramentas dispostas na *performance bond* e tomando-se como base o que fora dissertado nesse artigo, certamente seria atingido o dever da Administração Pública de contratar visando o interesse público e certificando-se do fiel cumprimento do objeto.

Assim, a novel Lei perdeu a chance de efetivamente assegurar a eficiência e a probidade administrativa nas contratações da Administração Pública. Por fim, sugere-se a urgente revisão da legislação nos moldes dissertados acima.

BIBLIOGRAFIA

AMÉRICO, Lucas Carvalho. A *Performance Bond* como mecanismo de controle e eficiência no setor público e a garantia da probidade administrativa como direito fundamental difuso. Itaúna, 2017.

BARROS, Wellington Pacheco. Licitações e contratos Administrativos, Editora Atlas, 2009.

BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.

BRASIL. Lei N° 8.583, de 12 de Abril de 2019. Dispõe sobre garantia de execução de contrato na modalidade segurado setor público, determinando sua obrigatoriedade em todos os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou de serviços, intensificando as exigências da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no Município, para estabelecer o limite mínimo de cobertura da garantia em 5% (cinco por cento) do valor do contrato, além de prever outras providências. <https://www.divinopolis.mg.leg.br/leis/copy_of_legislacao-municipal>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Manual de Direito Administrativo” 32.edição.Editora Atlas, 2018.

CNSEG – Confederação Nacional das Empresas de Seguros gerais, previdência privada e vida, saúde suplementar e capitalização. Seguro Garantia: Obras do governo e aumento do limite de garantia. Rio de Janeiro: CNSEG, 2012.

FARIA. Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 8ª Edição Editora Fórum, 2015.

FIUZA, Eduardo P. S. “Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas”. In: Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras? Lúcia Helena Salgado, Eduardo Fiuza (Organizadores). Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, 2009.

FREITAS, Francys Gomes. SANTOS, Regina Cândido Lima e Silva. (Im)prescritibilidade da ação de regresso movida pelo Estado em face do agente público e o princípio da Segurança Jurídica. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=944bdd9636749a08. Acesso em 10 de Abril de 2020.

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

GOMES, Frederico Yokota Choucair. Análise econômica da Performance Bond nos contratos de obras públicas. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos, 18ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 13ª Edição, Revista dos Tribunais, 2018.

KATZ, Avery Wiener. An Economic Analysis of the Guaranty Contract. University of Chicago Law Review, vol. 66, ed. 1. 1999.

LANGLEY, Keith A.; HOUSTON, Marchelle M. Liability of the Performance Bond Surety for Damages (Under Contract of Suretyship). In: ABA Tort Trial & Insurance Practice Section – The Law of Performance Bonds, A New Look at Today's Issues, mai. 2009.

MARINELA, Fernanda. "Direito Administrativo", 11ª edição. Ed. Saraiva, 2018.

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

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

SCHUBERT, Lynn M. "Why obligees buy Bonds". The Law of Suretyship, Edward G. Gallagher, editor. Tort and insurance practice. Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2000.

VOLLBRECHT, Thomas J. LEWIS, Jacqueline. "Creation of the relationship". The Law of the Performance Bonds, 2nd. Edition. Lawrence R. Moelmann, Matthew M. Horowitz; Kevin L. Lybeck Editor.Chicago, Illinois, Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2009.