

RECEBIDO EM: 16/08/2019

APROVADO EM: 17/04/2020

# **CONTRATO DE SEGURO-GARANTIA E SEUS EFEITOS NA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS – NOTAS SOBRE O PROJETO DE LEI DE LICITAÇÕES**

## ***PERFORMANCE BOND AGREEMENT AND ITS LEGAL EFFECTS ON PUBLIC WORKS – NOTES ON THE BIDDING BILL***

*André Paulani Paschoa*

*Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado no escritório Dal Pozzo Advogados. APMG International World Bank Certified PPP Professional, CP<sup>3</sup>P-F*

*Silvio Luís Ferreira da Rocha*

*Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP*

**SUMÁRIO:** Introdução e exposição do problema; 1 Panorama histórico do Seguro-Garantia na Legislação Brasileira; 2. Utilização do Seguro-Garantia nos Estados Unidos; 3 O Novo Projeto de Lei de Licitação e Contrato Administrativo; 3.1 Notas iniciais; 3.2 A cláusula de retomada e notas finais; 4 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Sob a ótica da busca por novos instrumentos de redução da corrupção, o estudo pretende analisar os efeitos jurídicos do contrato de seguro-garantia como instrumento de garantir o desempenho dos contratados pela Administração Pública. Para tanto, analisar-se-á o panorama histórico da legislação brasileira e, também, alguns pontos da legislação estadunidense. Por fim, serão feitos apontamentos sobre as inovações legislativas do Projeto de Lei de licitações no que se refere ao contrato de seguro-garantia e, especialmente, a possibilidade de introdução no ordenamento jurídico brasileiro, para obras públicas de grandes vultos, da cláusula de retomada das obras pela seguradora em caso de inadimplência do contratado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Corrupção. Seguro-Garantia. Obras Ppúblicas. Nova Lei de Licitações. Cláusula de Retomada.

**ABSTRACT:** From the perspective of the search for new instruments to reduce corruption, the study intends to analyze the legal effects of the performance bond contract as an instrument to guarantee the performance of contractors by the State. To do so, we will analyze the history of the Brazilian legislation and, also, some points of the American legislation. Finally, notes will be made on the legislative innovations of the bidding Bill in relation to the performance bond agreement and, especially the possibility of introducing in the Brazilian legal system, for expensive public works, the step-in rights in case of default of the contractor.

**KEYWORDS:** Corruption. Performance Bond. Public Works. Bidding Bill. Step-in Rights.

## INTRODUÇÃO E EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

O cenário jurídico, institucional, político brasileiro da última década deparou-se com discussões sobre meios para minimizar atos de corrupção. Parcela importante destes debates girou em torno da descoberta pelos órgãos de controle externo de atos de corrupção relacionados com contratos com a Administração, especialmente aqueles que envolvem obras públicas com valores pecuniários de alta monta.

Não se pretenderá neste estudo explorar as causas e consequências destes desvios, mas reforçar que, a despeito da comoção nacional dos últimos anos, o problema de corrupção em obras públicas no país é histórico. São inúmeros os estudos sobre corrupção no governo envolvendo obras públicas, desde a construção da capital até os governos da ditadura militar<sup>1</sup>.

Este problema se manteve durante todo o período da redemocratização até alcançar-se a situação atual. A CPI do orçamento, da primeira metade da década de 1990 já revelava ao país o escândalo da corrupção entre empreiteiras e políticos da época. Nessa linha de raciocínio, também sem entrar a fundo na temática que tem capacidade para sustentar dezenas de teses de doutorado das mais diversas áreas do conhecimento, é necessário esclarecer que este problema não é meramente brasileiro, latino-americano ou próprio de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Pensadores de variadas linhas ideológicas tratam a corrupção como, em síntese certamente redutora, tanto como intrínseca ao sistema capitalista e/ou à própria humanidade, quanto como problema social e/ou moral.<sup>2</sup>

---

1 Especificamente quanto ao período militar, o historiador Pedro Henrique Pedreira Campos publicou um profundo trabalho sobre o crescimento das empreiteiras brasileiras (CAMPOS, 2017).

2 Por todos, importa destacar o artigo *The Corruption of a State* do professor americano J. Patrick Dobel. Dobel opta por fazer um apanhado das diversas ideologias que, já à época, tratavam da temática para sugerir a sua própria, por meio da qual tenta unir as duas visões, razão pela qual vale aqui a menção ao seu raciocínio. O autor conclui o texto nestes termos: “*The corruption of states and the corruption of people proceed hand-in-hand. It has been the dream of diverse ideologies that one problem could be solved without the other—my analysis suggests otherwise. To take corruption seriously is to take civic virtue seriously; to take civic virtue seriously is to demand not just moral education but to demand substantive participation, and economic and political equality.*” [DOBEL, 1978, p. 972] – Em tradução livre: “A corrupção nos estados e a corrupção das pessoas convivem lado a lado. Tem sido o sonho de diversas ideologias que um problema possa ser solucionado sem tratar do outro – minha análise sugere outra abordagem. Levar corrupção a sério significa levar virtudes cívicas a sério; levar virtudes cívicas a sério demanda não só educação moral, demanda também substantiva participação e igualdade econômica e política.”

As premissas acima introduzidas servem para esclarecer que qualquer análise jurídica sobre os diversos institutos que pretendem evitar atos de corrupção deveria compreender o problema em sua integralidade.

Superada a referida introdução, as normas do ordenamento brasileiro serão exploradas para tratar do instituto jurídico do seguro-garantia. A utilização deste instrumento como meio para minimizar as possibilidades de corrupção em grandes contratos públicos será compreendida como a entrada de um novo ator interessado no processo de contratação e execução das obras públicas. Pontuar-se-á como a utilização deste tipo de garantia pode aumentar a transparência, potencialmente coagindo as partes envolvidas a não se desviar do interesse público almejado no processo licitatório.

Neste estudo, sempre se fará menção à redação final do substitutivo da câmara dos deputados ao Projeto de Lei nº 1.292-f de 1995 do Senado Federal (Pls nº 163/95 na Câmara) datado de 19 de setembro de 2019.<sup>3</sup>

Pretende-se compreender se o projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados, ao criar novas regulações para o contrato de seguro-garantia para obras públicas, tem potencial para minorar ambientes de corrupção. Para tanto, serão exploradas as menções ao seguro-garantia no projeto e especial atenção será dada à introdução no conjunto de normas brasileiras voltadas ao Direito Administrativo da cláusula de *step-in*, cláusula de retomada. Para tanto, utilizar-se-á bibliografia nacional e internacional para compreensão do instituto.

O *performance bond* ou a *garantia de desempenho* surgiu nos Estados Unidos da América em razão da inadimplência de construtores em obras públicas, o que levou o congresso americano a aprovar legislação que tornou obrigatório a oferta de garantias nos contratos firmados com os governos, que, em linhas gerais, melhor explicitadas ao longo do texto, exige que os empreiteiros contratados forneçam uma garantia de cumprimento das obrigações contraídas, em especial o pagamento dos fornecedores, para os contratos firmados com o poder público, cujo valor exceda a U\$ 100.000,00 (cem mil reais), evitando-se, com isso, que a falta de pagamento dos fornecedores de mão-de-obra e materiais de construção por parte do empreiteiro resulte na responsabilização do contratante Estado. A garantia destina-se, também, a assegurar o contratante dos prejuízos derivados

---

3 Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1819390&filenome= REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1819390&filenome= REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995). Acesso em: 14 jan. 2020.

da paralisação da obra e servirá para reparar o custo do governo na substituição do contratado. A legislação prevê, assim, distintas garantias, como as *garantias de cumprimento da obra (performance bond)* e de pagamento de obrigações, como fornecedores e subempreiteiros (*labor and material bond*). A determinação da referida lei foi estendida a quase totalidade dos Estados que integram os Estados Unidos.

O *performance bond* embora signifique uma garantia exigida pelo Poder Público do contratado, caracteriza, no entanto, um seguro de desempenho firmado entre a seguradora, o contratado, tendo como beneficiários tanto o Poder Público, como os fornecedores do contratado, caracterizando, com isso, também, uma estipulação em favor de terceiro. Há, então, na formatação jurídica do instituto um contrato firmado pelo particular, na qualidade de contratado, com uma empresa especializada, a companhia de seguros, que se obriga perante o contratado a indenizar terceiros beneficiários (Administração Pública ou terceiros), mediante o pagamento de contraprestação pecuniária denominada prêmio, dos danos produzidos por certos eventos, denominados riscos, normalmente associados à mora ou inadimplemento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado com a Administração Pública e fornecedores. Cuida-se, em última análise, de transferir para a seguradora as consequências nocivas da mora ou inadimplemento do contratado no contrato de empreitada celebrado com a Administração Pública.

Algumas notas características do contrato de seguro estão presentes, embora certas alterações possam ocorrer.

*Capacidade especial.* O segurador, por dispositivos normativos, deve apresentar capacidade especial. Deve estar autorizado a explorar operações de seguros privados e ser empresa organizada sob a forma de sociedade anônima. Ocorre que no caso do chamado *performance bond* a especialização não é suficiente para assegurar o êxito da garantia porque o segurador não possui o conhecimento necessário e suficiente na área da construção civil para garantir a continuação da obra contratada.

*Risco.* O contrato de seguro pressupõe a existência do *risco*. O risco é o acontecimento incerto, que não depende exclusivamente da vontade das partes. É o fato de ser um indivíduo exposto à eventualidade de um dano pessoal ou patrimonial causado por um sinistro, isto é, pelo fato ou caso fortuito, por efeito do qual o risco de dano potencial se converte em dano efetivo.

O risco é pressuposto essencial do contrato de seguro. O conhecimento pelo segurador da inexistência de risco ao tempo da celebração do contrato impede-o de expedir a apólice e, caso o faça, sujeita-o a pagar em dobro o prêmio estipulado (artigo 773 do Código Civil). Entretanto, no contrato de *performance bond*, o contrato somente será celebrado se o contratado e sua capacidade operacional, após criteriosa avaliação, indicar a inexistência ou baixíssima probabilidade de ocorrência de mora ou inadimplemento na execução do contrato. Assim, a probabilidade de ocorrência de problemas na execução do contrato levará a recusa da seguradora em emitir a apólice de seguro de *performance bond*.

## 1 PANORAMA HISTÓRICO DO SEGURO-GARANTIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O seguro-garantia é um contrato que visa assegurar à parte contratante que o contratado honrará com as obrigações assumidas. É um dos meios de garantir o desempenho avençado entre as partes. Na hipótese de inadimplemento do contratado, cabe àquele que ofereceu o seguro-garantia honrar com os compromissos assumidos perante o contratante.

Especificamente quanto a contratações pelo Poder Público, a contratação de um seguro-garantia envolve estas três partes: o segurado, administração pública contratante que estará assegurada quanto a eventuais inadimplementos; o tomador do seguro, licitante vencedor que executará o contrato e que contrata o seguro em nome do segurado; e a seguradora, empresa que concede ao segurado a garantia de cobrir eventuais inadimplementos do tomador.

Na legislação brasileira, o artigo 135 do Decreto-Lei nº 200 de 1967 já previa a possibilidade de a Administração contratante utilizar o seguro-garantia como forma de o futuro licitante assegurar ao Poder Público que executaria o quanto avençado<sup>4</sup>. Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300 de 1986, restou mantida no artigo 46 a discricionariedade de a Administração Pública tratar da necessidade, conforme o caso, de os contratados apresentarem alguma modalidade de garantia de execução do contrato, dentre elas o seguro-garantia. A diferença ficou na escolha

---

4 Art. 135. Será facultativa, a critério da autoridade competente, a exigência de prestação de garantia por parte dos licitantes segundo as seguintes modalidades: I - Caução em dinheiro, em títulos da dívida pública ou fidejussória. II - Fiança bancária. III - Seguro-garantia.

§ 2º As garantias a que se referem os números 1 e 2 do parágrafo anterior, quando exigidas, não excederão de 5% do valor do contrato.

§ 3º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato.

sobre a modalidade a ser apresentada que passou a ser alocada no próprio contratado.<sup>5</sup>

A atual norma geral de licitações e contratos administrativos para a Administração Direta, autárquica e fundacional, Lei Federal nº 8.666/93, por sua vez, também manteve a estrutura do decreto de 1986, acrescentando a definição de seguro-garantia em seu artigo 6º, inciso VI: “o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos”.

Importa destacar que a alínea referente ao seguro-garantia, bem como a redação dos §§ 2º e 3º foram incluídas posteriormente, por meio da legislação de 1994. Isso porque a Lei Federal nº 8.666/93 foi publicada com o referido inciso II e com o § 3º vetados<sup>6</sup>. As razões de veto nº 335 partiram dos Ministérios da Justiça e dos Transportes expondo preocupações constitucionais sobre a eventual restrição à participação de empresas menores nos procedimentos licitatórios, o que supostamente violaria a intenção democrática e a lisura das licitações. As razões de veto também mencionam a ausência de critérios objetivos para orientar qual seria o valor de cobertura exigido.

A despeito do veto, o Congresso votou no ano seguinte à legislação que voltou a permitir a exigência de seguro-garantia nos contratos administrativos, limitando-o a 10% naqueles de obras e serviços de grande vulto e 5% nos demais casos (§§ 3º e 2º do artigo 56, respectivamente).

Percebe-se, no entanto, que a intenção originária do legislador em 1993, por meio dos dispositivos vetados, era a de introduzir a necessidade de contratação de seguro-garantia para as obras de grande vulto, mesmo que não houvesse definição legal sobre o seu significado.

---

5 Art 46. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades: 1. caução em dinheiro, em títulos da dívida pública da União ou fidejussória; 2. fiança bancária; 3. seguro-garantia.

6 A alteração da lei de 1994 sobre o § 2º deu-se apenas para incluir o seguro-garantia na limitação percentual do § 1º, veja-se: Art. 56. § 1º. II – seguro-garantia; [...] § 3º O seguro-garantia será exigido na contratação de obras e serviços de grande vulto, podendo ainda ser exigido na contratação de obra e serviço de médio e pequeno vulto, desde que a sua necessidade seja justificada em prévio parecer técnico constante do processo e, principalmente, não contemple custo ou valor de cobertura que impeça ou restrinja a participação de qualquer interessado e que atenda aos demais requisitos do instrumento convocatório.

Ademais, esta inovação era, de fato, requerida por estudiosos do projeto de lei de 1992. À época de sua discussão final no Congresso, o professor Arnaldo Wald já tinha se manifestado sobre o seguro-garantia, detalhando as características exigíveis do instrumento<sup>7</sup>.

No entanto, de fato foram poucas as alterações normativas desde a previsão do instituto no decreto-lei de 1967. Mesmo completando mais de 50 anos em vigor, este instrumento jurídico ainda não tem sido adequadamente utilizado nos contratos públicos. A relação da Administração Pública em grandes obras comumente limita-se àquela estabelecida com seus contratados, sendo que a utilização de seguro-garantia em outros países, como os Estados Unidos, permite uma fiscalização adicional à execução do contrato pela própria Seguradora, adicionando um ator a mais na relação contratual, o que tem potencial para aumentar a transparência do contrato, haja vista que a Seguradora também teria, supostamente, a intenção de que o contrato fosse executado sem nenhum percalço.

Em continuidade, mesmo com a utilização deficiente desta modalidade de garantia por parte do Poder Público, o seguro-garantia continuou figurando na legislação brasileira referente às contratações

---

7 108. Efetivamente, embora o Direito Brasileiro se refira ao seguro-garantia, há mais de um quarto de século, pois a ele já haja menção do Dec.-lei 200, de 25.02.1967, que, no seu art. 135, o concebe como forma facultativa de prestação de garantia, a critério da autoridade, o instituto ainda não mereceu o adequado desenvolvimento em nosso Direito e na prática dos contratos administrativos.

109. O fato se explica, em parte, pela discriminação existente, na legislação vigente, que, no seu art. 46, faz referência a três tipos de garantias sendo que em relação às duas primeiras (caução em dinheiro, em títulos da dívida pública, ou fidejussória e fiança bancária) estabelece um limite de 5% do valor do contrato, enquanto que em relação ao terceiro (seguro-garantia) não prevê teto do valor (art. 46, § 2º, do Dec.-lei 2.300).

110. Tanto no Projeto da Câmara (art. 57, § 1º), quanto no Substitutivo do Senado, é mantida a discriminação, embora neste último, se admita um valor de 5% para a caução e fiança bancária e de 15% para o seguro-garantia, reservado este, pelo texto do Substitutivo, às contratações de obras e serviços de grande vulto.

111. Na realidade, somente o seguro-garantia, que preferíamos chamar de instrumento de garantia de execução da obra, por motivos que em seguida exporemos, deveria ser generalizado para as obras de vulto, cobrindo no mínimo cerca de 25% do respectivo valor, podendo também ser utilizado no caso de licitação de preço-base ou referência, pelos licitantes que apresentarem valores inferiores aos previstos no edital de licitação, conforme aliás previu o Projeto da Câmara, que, no particular, foi muito feliz. [...]

121. O seguro-garantia deve, pois, ser generalizado nos contratos de vulto, não se entendendo a razão da discriminação quanto aos valores devidos nos casos das várias garantias, que sempre deveriam ser os mesmos.

122. A generalização do seguro-garantia significará, para a Administração, a possibilidade de obter os menores preços sem os riscos de inadimplemento, evitando a presença de aventureiros e prestigiando os construtores capazes, técnica e financeiramente, de cumprir os contratos mesmo que não tenham tradição específica em certo tipo de obras. [WALD, 1993, p. 11-12]



administrativas. As legislações sobre concessões, *lato sensu* (concessões comum, patrocinada e administrativa), estipularam a previsão de garantia para os casos de contratos de concessão precedidos de obra pública.<sup>8</sup>

O ordenamento jurídico tem optado por reforçar a necessidade de os contratados da Administração Pública oferecerem seguros para garantir a execução do quanto almejado pelos procedimentos licitatórios<sup>9</sup>. A novel legislação que regula o estatuto das empresas estatais também se limitou a mencionar a possibilidade discricionária de o administrador exigir o seguro-garantia, repetindo as previsões percentuais da norma geral de licitações<sup>10</sup>.

- 
- 8 LEI N° 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995. Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: [...] XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; [...]
- Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] arágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: [...] II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.
- LEI N° 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Art. 5° As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3° e 5° do art. 56 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
- 9 Neste diapasão, mister destacar que a lei de parcerias público-privadas também faz referência em seu artigo 8° à possibilidade de utilização do seguro-garantia para garantir, aos particulares, o adimplemento da contraprestação do Poder Público. É dizer, é uma cláusula que inverte a garantia de performance. Neste caso, é o concessionário que requer uma garantia de performance do seu contratante. Veja-se: “Art. 8° As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: [...] III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;”
- 10 Art. 70. Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1° Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro; II - seguro-garantia; III - fiança bancária.
- 2° A garantia a que se refere o caput não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições nele estabelecidas, ressalvado o previsto no § 3° deste artigo.
- § 3° Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite de garantia previsto no § 2° poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.
- 4° A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, devendo ser atualizada monetariamente na hipótese do inciso I do § 1° deste artigo.

A despeito das previsões normativas acima, o contrato de seguro-garantia, como aludido, tem potencial para ser mais do que simplesmente um resguardo de performance adicional ao Poder Público. Existe a possibilidade de esse instrumento tornar as Seguradoras não apenas meros atores passivos que podem ser acionados em caso de inadimplementos, mas efetivamente partícipes na fiscalização do contrato e, inclusive, na execução de sua retomada em casos de paralisação decorrente de inadimplementos.

## 2 UTILIZAÇÃO DO SEGURO-GARANTIA NOS ESTADOS UNIDOS

Preliminarmente, esclareça-se que a menção comparativa à situação jurídica dos contratos de seguro-garantia (*performance bond*) nos Estados Unidos foi escolhida pela enorme presença deste mecanismo na execução de obras públicas, comparativamente ao que se observa no mercado europeu. Analisando a legislação de cada estado, Fernando Galiza<sup>11</sup> conclui que, a despeito das naturais variações, as normas apresentam um padrão lógico que pode ser resumido na variação de percentual a depender do valor e da complexidade da obra e a possibilidade de a Administração Pública optar pela cobertura completa do empreendimento (100%) ou, no mínimo, 50%.

Em análise específica sobre a oferta de seguros para construções nos Estados Unidos, James D. Fullerton<sup>12</sup>, advogado no Estado da Virginia

11 Francisco Galiza publicou um estudo comparativo sobre o seguro-garantia em obras públicas por meio do qual destaca, justamente, a diferença mercadológica entre os Estados Unidos e a Europa, nestes termos: "A preferência pela comparação do Brasil com o mercado norte-americano, em vez da Europa, é pela menor importância relativa desse produto (seguro garantia) nesse continente. Segundo o texto de Rosenberg (2010), [...] 'Na Europa e outras partes do mundo, as Letras de Crédito têm sido usadas principalmente para satisfazer as garantias de contratos e outras obrigações. Nos EUA, o seguro garantia prevalece.' [...]"

Na Europa, essa restrição [para atuação dos bancos nesse segmento] seria menor e, como o seguro garantia não é tão relevante no perfil das operações bancárias (os bancos ganham dinheiro de outra forma), os valores cobrados nessas operações podem ser bem mais baratos, até para satisfazer o cliente tradicional do banco." [GALIZA, 2015, p. 23]

12 *Many states also have statutes requiring performance bonds. A performance bond guarantees the owner that the principal will complete the contract according to its terms, including price and time. The owner is the obligee of a performance bond and may sue the principal and the surety on the bond. If the principal defaults or is terminated for default by the owner, the owner may call upon the surety to complete the contract. Many performance bonds give the surety three choices: completing the contract itself through a completion contractor; selecting a new contractor to contract directly with the owner; or allowing the owner to complete the work with the surety paying the costs.* [FULLERTON, 2013, p.610] – Em tradução livre: "Muitos estados também têm regras que exigem seguro-garantia. O seguro-garantia garante ao contratante que o contratado concluirá o contrato de acordo com seus termos, incluindo preço e prazo. O contratante é o credor de um seguro-garantia e pode acionar o contratado e a seguradora. Se o contratado entrar em default ou o contrato for rescindido por inadimplência pelo contratante, o contratante poderá solicitar à seguradora para concluir o contrato. Muitos seguros-garantia oferecem três opções: finalizar o contrato por seus próprios meios

(EUA), tratou do tema. Já no Brasil, os professores Modesto Carvalhosa e Arnaldo Wald traçaram panoramas similares sobre a legislação americana. Referidos autores destacam três opções que a seguradora tem em casos de inadimplemento do contratado: 1) executar *cláusula de retomada do contrato*, executando-o por sua própria conta e contratando outra empresa; 2) selecionar novo contratado para assinar um contrato com o contratante; ou 3) pagar os custos do contratante com a finalização do contrato.<sup>13-14</sup>

---

através de um outro contratado; selecionar um novo contratado para contratar diretamente com o contratante; ou permitir que o contratante conclua o trabalho com a seguradora pagando os custos.”

- 13 LEGISLAÇÃO AMERICANA A RESPEITO, DESDE 1894. O Federal Miller Act Bonds nas versões vigentes de 1984 e de 2010 regulou no plano federal a absoluta obrigatoriedade de que todo o contrato de construção firmado entre ente público Federal e pessoa jurídica privada sejam, sem exceção, segurados pelo regime do Surety Bond, na espécie de Performance Bond.

Por essa lei, é o ente público que declara o montante que deve constar da apólice, incluindo o valor da obra, seus encargos, os impostos e taxas correspondentes, o valor dos licenciamentos, o valor das multas de mora e compensatórios etc.

Todos os Estados americanos, prefeituras e condados têm leis no mesmo sentido, todas nos termos do Federal Miller Act Bonds. São as chamadas Little Miller Act Bonds.

Essas leis, tanto as Federais como as Estaduais, municipais e distritais (condados), exigem a celebração da apólice de garantia mediante o performance bond, para todas as obras a partir do valor de dez mil dólares nos municípios e 100 mil dólares na esfera federal, abrangendo 100% do contrato, garantindo a sua execução em boa-fé, rigorosamente de acordo com o projeto, especificações, prazos e demais condições contratadas. [CARVALHOSA, 2016, p. 9]

- 14 114. Embora já existente em nosso Direito, há mais de vinte e cinco anos, o seguro-garantia até agora, não foi objeto de maiores estudos, nem na área do Direito Administrativo, nem no campo do Direito Comercial. Um dos poucos autores, que tratou da matéria, foi Hely Lopes Meirelles, que, todavia, não teve o ensejo de se atualizar com o desenvolvimento mais recente do instituto no direito estrangeiro.
115. Nos Estados Unidos, a prática ensejou a criação de dois títulos - o performance bond e o payment bond - que se complementam e que, em conjunto, constituem os chamados surety bonds, emitidos por empresas especializadas, geralmente vinculadas a grupos seguradores. O performance bond assegura a boa execução da obra em favor da Administração Pública, enquanto o payment bond garante o pagamento dos subempreiteiros, do material encomendado e de qualquer outro ônus que venha ou possa recair sobre a obra.
116. A matéria tem sido objeto de regulamentação, nos Estados Unidos, desde 1894, quando foi baixado o Heard Act, que pretendeu evitar que houvesse penhora dos bens públicos nos quais estava trabalhando o empresário insolvente. Inicialmente, havia um único contrato de garantia, o que ensejava o eventual conflito entre a Administração e os credores do empresário que realizava a obra. Para corrigir tais dificuldades, surgiu, em 1935, o Miller Act, desdobrando o surety bond unitário nos dois instrumentos aos quais nos referimos (performance e payment bond).
117. O performance bond cobre um certo percentual da obra, podendo chegar a 100% da mesma, tendo criado, nos Estados Unidos, um verdadeiro mercado - denominado Surety Industry - partilhado entre algumas dezenas de grandes empresas, que faturavam, em 1970, cerca de duzentos e cinquenta milhões de dólares de prêmios e que, em 1988, tiveram que enfrentar as obrigações decorrentes da insolvência de 7.000 (sete mil) contratados, empresários de obras, cobrindo inadimplementos que, nos setores público e privado, alcançaram o valor de dois bilhões de dólares, numa época em que os contratos administrativos cobertos pelos surety bonds alcançavam cerca de US\$ 80.000.000.000,00 (oitenta bilhões de dólares). [WALD, 1993, p. 12]

Das opções aludidas, a legislação brasileira obriga a seguradora a quitar até 10% do contrato em caso de inadimplemento do contratado. Assim, do ponto de vista da aproximação deste meio de garantir a execução do contrato com o que há hoje na legislação brasileira, percebem-se duas opções que não existem no ordenamento jurídico pátrio: a escolha de um novo contratado para assinar contrato com a contratante e a possibilidade de a seguradora acionar a cláusula de retomada, passando a executar a obra por sua conta e, evidentemente, assumindo o risco integral perante o contratante.

Sobre a primeira possibilidade, a escolha pela seguradora de outra empresa para finalizar a obra pública é contrária aos princípios que norteiam os atos do poder público previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, pois a escolha por particular de um contratado para assinar uma nova avença pública não seria permitida por alteração legislativa ordinária. Sobre a segunda possibilidade, o fato de a seguradora ter que arcar com a responsabilidade de executar o contrato por suas expensas, em caso de inadimplemento do contratado originário, certamente aumenta a sua fiscalização perante a execução do contrato pelo tomador do seguro, especialmente pela possibilidade de o contrato de seguro-garantia cobrir integralmente o empreendimento.

Todavia, sobre a possibilidade de exercício da cláusula de retomada, situação em que a própria seguradora passaria a figurar como contratada e respondendo diretamente à Administração pela continuidade do contrato, este formato, desde que previsto em lei, seria constitucional. As seguradoras integram os contratos de seguro-garantia firmados com o Poder Público e o licitante vencedor. É necessário, portanto, analisar como a cláusula de retomada está inserida no Projeto de Lei nº 1.292/95, bem como os efeitos jurídicos de sua utilização na hipótese de aprovação do novo ordenamento.

### **3 O NOVO PROJETO DE LEI DE LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO**

#### **3.1 NOTAS INICIAIS**

O Projeto de Lei nº 1.292/95 faz menção à expressão “seguro-garantia” em oito vezes. A definição, idêntica àquela da atual Lei Geral de Licitações, está no artigo 6º, inciso LVI<sup>15</sup>. Uma das previsões que foi

---

15 Art. 6º Para os fins desta Lei consideram-se: [...] LIV - seguro-garantia: seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado;

discutida na Câmara dos Deputados e rechaçada na última publicação era a do artigo 62, § 6º do Projeto de Lei nº 6.814/2017 que previa a seguinte possibilidade: “requisitos para a habilitação econômico-financeira poderão ser dispensados mediante apresentação de seguro-garantia, desde que previsto no edital”.

O artigo 95 do Projeto de Lei também repete as disposições da atual norma geral de licitações e contratos ao prever a discricionariedade de a Administração licitante optar pela necessidade de apresentação de garantia de cumprimento de contrato e, também, de a escolha sobre a modalidade ser do futuro contratado. O seguro-garantia é mencionado no inciso II de seu § 1º<sup>16</sup>. As novidades com relação aos enunciados normativos atualmente vigentes passam a figurar no projeto de lei a partir dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo 95 e se estendem até o final do artigo 101, incluindo a definição dos objetivos do seguro-garantia no artigo 96.<sup>17</sup> Outros artigos, como os 120, 136 e 138, também fazem menção às garantias de desempenho do contratado e serão adiante comentados.

Os §§ 2º e 3º do artigo 95 demonstram a inovação pretendida pelo legislador. É neste momento da análise do projeto que resta clara a intenção

---

16 Art. 95. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, emitidos sob a forma escritural mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II – seguro-garantia; III – fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no país pelo Banco Central do Brasil.

17 Art. 95. [...] § 2º Na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou adimplemento pela Administração.

§ 3º O edital fixará prazo mínimo de 1 (um) mês para a prestação da garantia pelo contratado, contado da data da homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato, para a prestação da garantia pelo contratado quando optar pela modalidade prevista no inciso II do § 1º deste artigo.

Art. 96. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado junto à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei: I – o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora; II – o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou fornecimento continuado de bens e serviços, é permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data da renovação ou aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 95 desta Lei.

de ser criada no país uma regulação específica para o seguro-garantia a ser prestado pelo Contratado. O § 2º, com acerto, preocupa-se em garantir que, na hipótese de suspensão do contrato, não haverá necessidade de renovação da apólice. Subtende-se que a retomada do contrato dependeria também da renovação da apólice. Os meios para garantir a retomada do contrato passariam a depender, também, de ato do contratado. Já o § 3º, ao instituir a possibilidade de o contratado somente apresentar o seguro-garantia após um mês da assinatura do contrato, também pode ser replicado para as hipóteses de paralisação. Assim, suspenso o contrato, o contratado não terá a obrigação de manter a apólice, o que diminui os custos de paralisação das obras. Nesse sentido, decidindo a Administração pela retomada da execução contratual, ficaria o contratado também obrigado a apresentar a nova apólice do seguro-garantia em 30 dias, conforme leitura combinada dos §§ 2º e 3º do artigo 95 do projeto.

O *caput* do artigo 96 traz um combinado da definição do artigo 6º, LIV, acima aludido, com a possibilidade de o seguro-garantia ser utilizado para ressarcir a Administração Pública, incluindo as multas decorrentes de inadimplemento do contratado. Esta definição nada mais é do que a combinação do que prevê a legislação em vigor nos seus artigos 6º, inciso VI, e 80, inciso III.

A inovação pretendida pelos incisos I e II do *caput* do artigo 96, por sua vez, caminha no sentido previsto na primeira parte deste estudo, qual seja, de incorporar a seguradora como mais uma fiscal do contrato. Ao prever que as modificações do contrato devem ser acompanhadas pela apólice, conforme inciso I, obrigatoriamente a seguradora deverá estar próxima à execução do contrato para discutir com o contratado a eventual majoração do valor – não podendo se escusar, por força deste enunciado normativo, de cumprir com as suas obrigações de seguradora em caso de inadimplemento do tomador, contratado. Além disso, o inciso II também tenta evitar que as seguradoras aleguem que não cumprirão com suas obrigações contratuais porque o contratado deixou de pagar o prêmio nas datas avençadas. Ao se comprometer em ser seguradora de determinada obra pública, a empresa ficará estritamente vinculada ao desempenho do tomador, ao desempenho do contratado. É mais uma razão que forçaria a seguradora a participar, como fiscalizadora, da execução do contrato. Como já se apontou, a inclusão de uma terceira parte na fiscalização do contrato é um meio para tentar diminuir atos de corrupção.

A intenção do legislador com esses dois incisos foi uma só: evitar a qualquer custo que a seguradora alegue que um inadimplemento do

contratado com ela (não informou que o contrato administrativo foi alterado, não pagou o prêmio etc.) implicaria na impossibilidade de ela própria, seguradora, ter que arcar com as suas obrigações perante a Administração Pública. Com esta regulação, como aventou-se inicialmente, diminuem as chances de a seguradora querer proteger o contratado, aumentando a possibilidade de que ela o force a executá-lo com maior presteza. O parágrafo único do artigo 96 reforça a necessidade de que a apólice deve cobrir integralmente o prazo do contrato, permitindo a sua substituição anual, o que certamente pode diminuir os valores gastos nos contratos de execução ou fornecimento continuados.

Por sua vez, o artigo 97 cria categorias de valor de contrato e percentual de cobertura de desempenho muito similares aos existentes na atual legislação, similarmente ao artigo 99 que replica um conceito já existente. Já o artigo 98 inova ao possibilitar a majoração da cláusula de seguro-garantia em percentual equivalente a 30% do valor contratado, e exigindo, para tanto, a inserção da cláusula de retomada.<sup>18</sup>

### 3.2 A CLÁUSULA DE RETOMADA E NOTAS FINAIS

O referido artigo 98 concede discricionariedade ao administrador para escolher (nas obras de grande vulto, ou seja, com valores superiores a 200 milhões de reais<sup>19</sup>) se o licitante vencedor deverá contratar um seguro com cláusula de retomada, hipótese em que o seguro-garantia se faz obrigatório. Nessa situação, a liberdade concedida aos licitantes para escolherem o modo de garantia do contrato prevista no artigo 95, § 1º dá lugar à obrigatoriedade de contratação de um seguro-garantia que preveja a cláusula de retomada, respeitadas as disposições do artigo 101.

---

18 Art. 97. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Parágrafo único. Nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subsequentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais previstos no caput deste artigo.

Art. 98. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 101 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

Art. 99. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a fiel execução do contrato ou após a sua extinção por culpa exclusiva da Administração, e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

19 Art. 6º Para os desta Lei consideram-se: [...] XXII – obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado seja superior a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);

Como aludido acima, a despeito da opção dos legisladores que promulgaram a lei de 1993 pela obrigatoriedade da contratação de um seguro-garantia, a presidência da república vetou a obrigatoriedade dessa modalidade para obras de grande vulto por potencialmente obstaculizar a participação de empresas menores. Nesse diapasão, a nova tentativa do legislador pela imposição do seguro-garantia às grandes obras tem o condão de auxiliar, como se propôs neste estudo, a um incremento dos métodos de fiscalização de execução dos empreendimentos de infraestrutura almejados pelo Poder Público.

O professor Carvalhosa entende a possibilidade de regulação de um sistema de *performance bond* como um dos meios para cortar a relação direta existente entre agentes públicos, empreiteiras e fornecedoras, o que ampliaria a possibilidade de fiscalização externa, minorando chances de ocorrer corrupção<sup>20</sup>.

A combinação dos artigo 98 e 101<sup>21</sup> permite ao administrador, discricionariamente, optar, para as obras superiores a 200 milhões de

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

O Sistema de Surety Bond e Performance Bond

Objetivos do Regime de Performance Bond:

Impedir a interlocução entre o Poder Público e as empreiteiras e fornecedores;

- Quebrar a corrupção sistêmica;

- Garantir o preço, a qualidade e os prazos dos contratos; [...]

- Possibilidade de retorno do investimento público: prazos rigorosamente cumpridos;

- Exigência de projeto técnico pelo Poder Público de necessidade e da viabilidade da obra, definindo o preço, a qualidade e os prazos;

- Exigência de empenho da verba orçamentária para a obra;

- Exigência de licenciamento da obra nos planos federais, dos Estados e dos municípios abrangidos. [...]

O ente público deve estar rigorosamente cumprindo com suas obrigações junto ao contratado, nos estritos termos constantes da apólice de performance; deve notificar o contratado do inadimplemento e da consequente rescisão do contrato, ou seja, cessação do seu direito de continuar executando a obra; é obrigado a notificar a seguradora do inadimplemento e da rescisão do contrato com a contratada, dando assim, conforme a apólice, a faculdade da seguradora (i) selecionar outra construtora ou ela (ii) própria assumir a execução do restante do contrato; deve colocar à disposição da seguradora os recursos disponíveis para a continuidade e o término da obra, tudo conforme os termos da apólice; e, em continuação, obriga-se a pagar à seguradora o restante do valor do contrato inadimplido, diretamente ou a um novo contratante selecionado por ela. [CARVALHOSA, 2016, p.2-3]

21 Art. 101. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação da seguradora de, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que: I – a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, e poderá: a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; b) acompanhar a execução do contrato principal; c) ter acesso a auditoria técnica e contábil; d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra



reais, de alcunhadas de grade vulto, pela inclusão de cláusula que obrigue a seguradora a retomar e concluir o contrato (cláusula de *step-in*) em caso de inadimplemento do contratado vencedor da licitação. Veja-se que a menção do artigo 98 à expressão “até 30%” concede duas preocupantes discricionariedades ao administrador: a possibilidade de diminuição desse percentual e a possibilidade de escolha de o Administrador optar, ou não, pela cláusula de retomada.

De um lado, a permissão para redução do percentual pode prejudicar a intenção, reforçada no presente estudo, de incluir mais degraus de proteção a uma contratação de grande monta. Similarmente ao que ocorre nos Estados Unidos, não nos parece que qualquer cláusula de *step-in* funcionará se não puder abarcar uma parcela considerável de obra a ser executada em caso de inadimplemento do contratado – razão pela qual os 30% nos parecem, para uma primeira inovação legislativa, razoáveis. De outro, permite-se que, mesmo em obras de grande vulto, sejam publicados editais sem a previsão de cláusula de retomada. Há o risco de a pretendida inovação se tornar letra morta.

Assim, se aprovado pelo Congresso Nacional, a expressão “até 30%” pode inviabilizar a concretização de um percentual que já é 20% mais elevado do que o tradicional das licitações públicas. O que se questiona é se um percentual inferior não inviabilizaria a aplicação da cláusula de retomada. É certo que a previsão normativa alteraria o mercado securitário, razão pela qual vislumbra-se espaço para que o setor ser ainda mais ativo na execução do contrato com as previsões de cláusulas de retomada em contratos públicos, especialmente porque nas situações em que for exigida a retomada do contrato, o inciso III do *caput* do artigo 101 concedeu às seguradoras liberdade, similar às contratações entre privados, para contratar qualquer outra empresa do mercado.

De toda a sorte, a inclusão de mais um ator fiscalizando o processo de execução do empreendimento público aumenta a transparência da execução da obra pública e, conseqüentemente, em linha com o que ora se estuda: pode diminuir as chances de ocorrerem atos de corrupção.

---

ou pelo fornecimento; II – a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal; III – a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições: I – caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice; II – caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

Nesse diapasão, contudo, não há qualquer necessidade de a seguradora, como prevê o inciso I do *caput* do artigo 100, assinar o contrato como interveniente-anuente. Bastaria haver a menção na cláusula do contrato securitário tripartite de que a seguradora deverá retomar o contrato em caso de inadimplemento. Em verdade, o ideal seria que o referido inciso fosse reescrito para que suas alíneas se configurassem como direitos da seguradora, sem qualquer exigência de anuência, mantendo-se as obrigações integrais do contrato de seguro, mesmo se os direitos não forem exercidos. A possibilidade de inclusão de cláusula de *step-in* em obras de grande vulto é uma inovação legislativa que tem potencial para melhorar o percentual de conclusão de obras públicas no país, ajudando a diminuir as notícias que rotineiramente são apresentadas na imprensa nacional com dados alarmantes sobre a quantidade de obras paralisadas.

Com relação aos efeitos da licitação de um projeto de obra de grande vulto com cláusula de retomada, certo é que a Administração Pública e o licitante vencedor assinam contrato administrativo na acepção mais restrita do termo. Posteriormente, assina o contrato de seguro-garantia na posição de Segurado, em regime de direito privado<sup>22</sup>. De toda a sorte, como a Administração Pública figura em um dos polos, definem-se ambos como “contratos da Administração”<sup>23</sup>.

22 Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar “contratos”.

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

- a) contratos de Direito Privado da Administração;
- b) “contratos administrativos”.

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público.

Uns e outros estão *parifcados* pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas *pelo Direito Administrativo*; do que resultam, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer: caracterizados de acordo com os princípios e normas do Direito Administrativo.

Ditos contratos *diferem* entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito - ressalvados os aspectos suprarreferidos -, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.” [MELLO, 2016, p. 636-637].

23 “Os contratos da Administração são todos os contratos celebrados pela Administração. O critério para enquadrar o negócio jurídico na classe “contratos da Administração” é exclusivamente subjetivo, isto é, basta que a Administração os celebre para denominá-los de contratos da Administração. Essa categoria compreende os contratos privados e os contratos administrativos. Temos como contratos privados a compra e venda, a doação, a locação, o comodato. Eles são regidos pelo Código Civil, mas há a incidência

Na hipótese de inadimplemento, haverá cessão do contrato administrativo por meio de termo aditivo, instrumento através do qual a seguradora assinará a sua obrigação pela retomada do contrato, nos termos dos artigos 101 e 138, inciso III, alínea “d”. Isto é, assumindo o contrato, a Seguradora o executará segundo o regime jurídico-administrativo, mantidas integralmente as prerrogativas da Administração, além todos os direitos da seguradora conforme artigo 101 em comento – especialmente a possibilidade de subcontratação integral.<sup>24</sup>

Finalmente, algumas notas sobre as últimas menções do Projeto de Lei que tratam da garantia de desempenho dos contratados. O artigo 120 do projeto de lei previa, até o final de 2018, à semelhança § 2º do referido artigo 71 da lei vigente, que o seguro-garantia apresentado pelo contratado cobrisse débitos de natureza trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais. Pela atua redação<sup>25</sup>, o referido artigo foi alterado

---

de normas de direito público, denominadas regras de sujeições, que funcionam como limites à atuação da Administração, relacionadas à forma, procedimentos prévios, como a licitação, competência e finalidade. Portanto, ainda que o contrato esteja submetido às regras de direito privado, há a incidência de normas de direito público que conformam o comportamento da Administração.” [ROCHA, 2013, p.439-440].

24 Sobre regime jurídico-administrativo, conferir [CAMMAROSANO, 2018].

25 Art. 120. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas: I – exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas; [...]

Art. 136. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deve ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:[...]

§ 4º Os emitentes das garantias previstas no art. 95 desta Lei deverão ser notificados pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais. [...]

Art. 138. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências: I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; II – ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários a sua continuidade; III – execução da garantia contratual, para: a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução; b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível; c) pagamento de

para que tal exigência ficasse restrita aos contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão-de-obra. Isto é, para as obras de grande vulto, ou para qualquer outra obra pública, os contratos de seguro-garantia não precisarão cobrir os aludidos débitos.

O § 4º do artigo 136 tem uma importância semelhante àquela do artigo 96 do projeto – criar mecanismos legais para evitar que a seguradora se exima de cumprir com suas obrigações decorrentes de inadimplência da contratada. O artigo exige, no entanto, que a contratante, diligentemente, informe a seguradora sobre os inícios de processos administrativos. Se isto reforça a cultura de obrigar que as obras tenham mais fiscalização, evidentemente que criará problemas para contratados que reiteradamente descumprem as regras da avença pública. Já o artigo 138, de seu turno, guarda similaridade com o que já dispõe o artigo 80 da Lei Federal nº 8.666/93, acrescida somente a previsão do inciso III, alínea “d” de a Administração acionar a cláusula de retomada.

#### 4 CONCLUSÕES

Afirmou-se, no início do presente estudo, que o problema da corrupção não será resolvido apenas com mecanismos legais. Contudo, a despeito da afirmação, é evidente que inovações legislativas têm sido debatidas na sociedade para minorar as chances de que tais atos ilegais continuem a ocorrer<sup>26</sup>, contrariando o interesse público em todos os seus

---

valores das multas devidas à Administração Pública; d) exigir a assunção da execução e conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível; IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

26 O Município de Pirassununga tentou em 2018 aprovar uma legislação que previa a incorporação do seguro-garantia (na lei municipal denominada de modo autoexplicativo de “Lei como Seguro AntiCorrupção – SAC”) para assegurar contratos de obras e serviços, obrigando, ainda, que a seguradora tivesse que anuir com qualquer aditivo. A lei foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por evidente afronta aos dispositivos constitucionais que restringem à União a competência para legislar sobre normas gerais de direito civil, administrativo etc. Todavia, mister notar que a intenção do município era, justamente, a mesma que se prega neste estudo. “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. Lei nº 5.277, de 19 de junho de 2018, do Município de Pirassununga que dispõe sobre a regulamentação no âmbito municipal da aplicação do artigo 55, inciso VI, e artigo 56, inciso II, ambos da Lei Federal nº 8.666/93, obrigando a utilização de seguro garantia de execução de contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou de serviços denominando essa modalidade e aplicação da Lei como Seguro Anti Corrupção SAC, e dá outras providências.

A norma municipal ora analisada, ao prever a obrigatoriedade de contratação de seguro garantia de execução em todos os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou serviços cujo valor seja igual ou superior ao limite mínimo previsto no artigo 22, inciso II, da Lei 8.666/93 (artigo 1º e seguintes da lei municipal), bem como ao prever a dependência de anuência da seguradora nas

níveis. Aventou-se a possibilidade de que um dos meios para diminuir a ocorrência de corrupção envolvendo grandes obras públicas do país seja a previsão na legislação do instituto jurídico do seguro-garantia e da cláusula de retomada.

Para tanto, a história da legislação brasileira foi apresentada para compreender como o seguro-garantia foi utilizado a título de garantia de desempenho do contratado (*performance bond*). Descobriu-se que o instituto existe, mas tem parca regulação. Ademais, demonstrou-se que experiências internacionais, especialmente advindos da legislação estadunidense, trazem propostas mais interessantes sobre como o *performance bond* poderia ser utilizado para tornar obras públicas mais eficientes, aumentando a participação da Seguradora no processo de fiscalização e, também, tornando-a responsável por retomar o contrato em caso de inadimplemento do contratado originariamente pela Administração.

À luz do Projeto de Lei 1.292/95, debateu-se as previsões legislativas ampliavam esse instrumento. Descobriu-se que a legislação proposta verdadeiramente inova na regulação do seguro-garantia como instrumento de garantia de desempenho do contratado, especialmente para os casos de obras de grande vulto. Aventou-se, nesse sentido, que a regulação proposta no Brasil pode minorar eventos de corrupção porque a Seguradora será obrigada a fiscalizar toda a execução contratual, com evidente acréscimo de transparência.

Assim, a despeito de a redação proposta pelo Congresso estar sujeita a algumas críticas sobre sua efetiva aplicabilidade, a intenção demonstrada pelo legislador é a de estruturar, de fato, um instituto jurídico que, pelas características delineadas neste estudo, poderá auxiliar na diminuição da corrupção, especialmente pelas previsões legais que impulsionam a Seguradora a fiscalizar a execução da obra (destacam-se os artigos 96, 101, 136, dentre outros do Projeto de Lei analisado) e pela possibilidade de os contratos administrativos de obras de grande vulto da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional poderem contar com as cláusulas de retomada pela Seguradora.

---

hipóteses de alteração do contrato principal (artigo 17 e seguintes), seus poderes e competências (artigo 22 e seguintes), além de disciplinar sobre o sinistro e execução da apólice (artigo 24 e seguintes) invadiu a competência privativa da União, ao legislar sobre Direito Civil, seguros, e normas gerais de licitação e contratos.” [Publicado em 03/05/2019; disponibilizado em 02/05/2019. Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 2010319-32.2019.8.26.0000]

**REFERÊNCIAS**

CAMMAROSANO, Márcio. *Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo?* In: (Org.) MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. *Crise e reformas legislativas na agenda do direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *Estranhas catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988*. Eduff: 2017.

CARVALHOSA, Modesto. A Corrupção Sistêmica Gerada pelo Capitalismo de Laços – O Instrumento do Performance Bond. *Revista dos Tribunais*; v. 967/2016; maio/16; DTR\2016\4638.

DOBEL, J. Patrick. The Corruption of a State. Universidade de Michigan. *The American Political Science Review*; v. 72/1978.

FULLERTON, James D. *Construction Law Survival Manual*. APPENDIX 44, 104. ed. 2013.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros: 2013.

WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre o novo Projeto de Lei de Licitações (PL 59/92). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*; v. 4/1993. jul. set. 1993; DTR\1993\398.