O seguro-garantia na nova Lei de Licitação e os problemas de seleção adversa e risco moral*

The surety bond in the new Bidding Law and the problems of adverse selection and moral hazard

*Marcos Nóbrega***
*Pedro Dias de Oliveira Netto****

RESUMO

O artigo tem como objetivo debater o instituto do seguro-garantia aplicável aos contratos administrativos de obras e serviços de grande vulto, considerando as peculiaridades que envolvem este modelo de seguro diante da relação trilateral entre a administração pública, o contratado e a

* Artigo recebido em 9 de junho de 2021 e aprovado em 14 de julho de 2021. DOI: 10.12660/rda.v281.2022.85657.

** Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil. E-mail: marcos-nobrega@hotmail.com.
Professor adjunto de direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), doutor em direito (UFPE), *visiting scholar* na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE).

*** Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil. E-mail: pedrodiasnetto@gmail.com.
Advogado. Doutorando em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em direito pela UFPE. Graduado em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap).

seguradora. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, e o método aplicado foi hipotético-dedutivo, partindo da identificação de problemas no cenário das obras públicas para, em seguida, buscar soluções por meio da utilização do seguro-garantia. Desse modo, pretende-se examinar como o seguro-garantia pode contribuir na mitigação da assimetria de informações e fornecer os incentivos necessários para a execução do contrato.

PALAVRAS-CHAVE

licitações — seguro-garantia — assimetria de informação — seleção adversa — risco moral

ABSTRACT

The paper aims to discuss the performance bond institute applicable to administrative contracts of works and services, considering the peculiarities involving this insurance model in view of the trilateral relationship between the Public Administration, the bidder and the insurer. This is a bibliographical research, and method applied was hypothetical-deductive, identifying the problems in the context of public works and then seeking solutions through the use of performance bond. Thus, it is intended to examine how the performance bond can contribute to the mitigation of information asymmetry and provide the necessary incentives for the execution of the contract.

KEYWORDS

bids — performance bond — information asymmetry — adverse selection — moral hazard

1. O seguro-garantia e a sua previsão normativa no âmbito da administração pública

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

A auditoria especial realizada pelo Tribunal de Contas da União, em 2018, após analisar mais de 30 mil obras públicas financiadas com recursos públicos federais, constatou que cerca de 37% destas obras estão paralisadas ou inacabadas. As principais causas identificadas pela auditoria especial foram a contratação com base em projeto básico deficiente; a insuficiência de recursos financeiros por parte do estado ou município corresponsável pela obra; e a dificuldade dos entes subnacionais em gerir os recursos federais recebidos.[1]

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

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

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

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

> Art. 4º Define-se Seguro Garantia: Segurado — Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo

[1] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1079/2019*. Plenário. Relator: ministro Vital do Rêgo. Sessão de 15/5/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/1079%252F2019/%2520/%2520?ts=1625856845973. Acesso em: 26 maio 2021.

> tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de:
>
> I — processos administrativos;
>
> II — processos judiciais, inclusive execuções fiscais;
>
> III — parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa;
>
> IV — regulamentos administrativos.
>
> Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso.
>
> Art. 5º Define-se Seguro Garantia: Segurado — Setor Privado, o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no contrato principal firmado em âmbito distinto do mencionado no art. 4º.[2]

No âmbito legal aplicável à administração pública, ao considerarmos como ponto de partida a Lei nº 8.666/1993, não se pode esquecer que a modalidade de seguro-garantia não estava inserida no rol de instrumentos aptos para garantia dos contratos públicos, conforme previsão original do art. 56. Foi por meio da Lei nº 8.883/1994 que a modalidade seguro-garantia se tornou passível de escolha ao lado das modalidades de caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública e da fiança bancária.

A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 56, § 2º, determina que as modalidades de garantias devam ter, como regra, uma limitação para que não exceda a 5% do valor do contrato. Excepcionalmente, quando a administração pública estiver diante de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto e que envolva alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, o § 3º prescreve que o limite de garantia pode ser elevado para até 10% do valor do contrato.

---

[2] SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. *Circular nº 477*, de 30 de setembro de 2013. Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências. Disponível em: www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx. Acesso em: 31 maio 2021.

A recente Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, atribuiu novos parâmetros aos percentuais máximos de cobertura em relação às obras e serviços de grande vulto, com o propósito de fortalecer a utilização do seguro-garantia. O art. 97 da nova lei prevê a definição legal do instituto, como também estabelece regras que devem ser observadas nas contratações que envolvam esta modalidade de garantia:

> Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:
>
> I — o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;
>
> II — o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.
>
> Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

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

Destaca-se o fato de que a Lei nº 14.133/2021, diferentemente do que a antiga lei dispunha, não condicionou, nesse momento, a aplicação da majoração de até 10% ao requisito de se tratar de uma obra de grande vulto. O legislador ordinário dedicou um artigo específico para as obras e serviços de engenharia de grande vulto.[3] O art. 99 abarca, especialmente, entre as modalidades de

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

seguro previstas na lei, apenas o seguro-garantia, com cláusula de retomada, ampliando o percentual exigível para até 30% do valor inicial do contrato.

Com contornos de novidade, a nova lei de licitações dedicou o art. 102 para regulamentar a modalidade seguro-garantia para as contratações de obras e serviços de engenharia. O dispositivo estabelece que o edital do certame licitatório poderá exigir que a garantia seja na modalidade seguro-garantia, bem como prever a obrigação da seguradora para assumir a execução e concluir o objeto pactuado se for verificado o inadimplemento do licitante contratado.[4]

O inciso I do art. 102 prescreve que a seguradora deverá participar do contrato e, também, nos aditivos contratuais, na condição de interveniente anuente, ou seja, expressando sua aquiescência aos dispositivos do contrato. Daí a importância da seguradora em conhecer, minuciosamente, as cláusulas contratuais, de modo que as obrigações e direitos de cada parte estejam claros para exigir do tomador que a obra seja executada de acordo com os parâmetros qualitativos e quantitativos previstos.[5]

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

---

[4] Lei 14.133/2021 — Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:
I — a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:
a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
b) acompanhar a execução do contrato principal;
c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;
d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;
II — a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;
III — a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.
Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:
I — caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;
II — caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

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

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

Interessante observar que a empresa seguradora, embora não tenha participado do procedimento licitatório, se tornará responsável por concluir o objeto, por conta própria ou por subcontratação, acarretando numa sub-rogação indireta do contrato administrativo nas condições pactuadas pelo poder público e o contratado. Não optando pela conclusão da obra, a seguradora deverá arcar integralmente com o valor previsto na apólice do seguro-garantia.

Certamente, haverá por parte da seguradora uma análise custo-benefício entre a possibilidade de assumir a execução da obra ou de pagar o limite de 30% do valor inicial do contrato. Diversos incentivos e custos estão envolvidos, mas, no âmbito das obras públicas, há de se questionar se o pagamento da apólice seria suficiente para que o poder público possa adotar outros meios para a conclusão de uma obra de grande vulto. Não se pode negar que as seguradoras buscarão o menor custo para se desonerar das suas obrigações contratuais que, frequentemente, se perfaz por meio do pagando da indenização da apólice.

É possível questionar a possibilidade real de a seguradora exercer, por conta própria, a atividade relacionada com construção, engenharia etc., diante das limitações contidas no contrato social e nas normas regulatórias do mercado de seguros, que determinam um objeto social único vinculado à atividade de seguros.[6]

De igual forma, se destaca outra questão importante sobre a Lei nº 14.133/2021 que, em seu art. 97, II, estabelece regras de observância obrigatória para os contratos de seguro-garantia no âmbito da administração pública. O dispositivo desperta o debate acerca da manutenção da vigência do seguro-garantia quando o contratado não realizar o pagamento do prêmio nas datas convencionadas.[7]

---

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

[7] Lei 14.133/2021 — Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os

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

Por essa razão, cuidando-se da finalidade do prêmio nos contratos de seguro-garantia, se faz necessário ressaltar que o prêmio é revestido por uma finalidade distinta em relação à prática comercial adotada nos seguros tradicionais. Ao passo que no seguro tradicional o prêmio contribui na formação de fundo de recursos financeiros para permitir o pagamento de eventuais indenizações esperadas pelos riscos contidos na apólice, no modelo contratual de seguro-garantia o prêmio dispõe de natureza diversa, pois não está baseado na probabilidade média da ocorrência do sinistro.[8]

Conforme enfatizado por David Raick, os prejuízos decorrentes do sinistro em contratos de seguro-garantia devem ser compensados à seguradora por meio de acordo de contragarantias. Daí que, no que se refere aos riscos cobertos pelo contrato de seguro-garantia, não se espera prejuízos pela ocorrência do sinistro, pois este é contragarantido pelo tomador.[9]

Diante dessas indagações, se pode constatar que as características e circunstâncias em que o contrato de seguro-garantia é pactuado o tornam ainda mais complexo. A relação trilateral entre a administração pública, o contratado e a seguradora está inserida em um amplo contexto de assimetria de informações que é intrinsecamente relacionada com a celebração de contratos dessa natureza.

---

prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

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

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

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

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

9 Ibid., p. 36.

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

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

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

Como é bem destacado por Pedro Henrique Christofaro Lopes, a utilização do seguro-garantia teve como propósito inicial a proteção de empregados e fornecedores dos contratantes com a administração mais do que garantir os interesses do Estado. O autor enfatiza que no momento que antecedeu a elaboração da lei, o mercado norte-americano de construção civil encontrava-se em um cenário instável, sem exigências específicas para a qualificação técnica, o quadro de inadimplência era elevado, bem como era frequente que as empresas contratadas dispusessem de grandes débitos antes mesmo de as obras serem iniciadas. Daí que, nesse quadro de incertezas, foi editado o Heard Act nos EUA.[10]

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

É por meio do Federal Miller Act que diversas garantias nas contratações públicas foram previstas, tais como as garantias de concorrência (*bid bond*), de cumprimento da obra (*performance bond*) e de pagamento de obrigações com a

[10] LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise econômica do direito e contratações públicas:* o Performance Bond em contratos de obras públicas como instrumento para mitigar a assimetria de informações. Dissertação (mestrado) — Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. p. 98.

mão de obra, com os fornecedores e com os subempreiteiros (*labor and material bond*).[11]

O *bid bond* trata-se de um seguro-garantia que fornece à administração um meio para recuperar parte do custo de ter que repetir o procedimento licitatório, na hipótese em que o vencedor da licitação não aceite celebrar o contrato ou não forneça as garantias exigidas. Por seu turno, o *performance bond* fornece uma garantia de execução do objeto do contrato nos casos de inadimplemento. Já o *labor and material bond*, também chamado por *payment bond*, assegura que determinados contratantes e fornecedores de materiais sejam indenizados nos casos em que o executor da obra não realizar os pagamentos.[12]

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

Oportuno mencionar a pesquisa realizada por Francisco Galiza, em 2015, que permite mensurar os dados relativos às obrigações de seguro-garantia nos estados norte-americanos. O autor demonstra as hipóteses e os valores contratuais em que o seguro-garantia passa a ser exigido em cada estado e o percentual de cobertura do seguro em relação ao valor do contrato.[13]

Os estados de Arizona, Arkansas, California, Colorado e Connecticut estabelecem a cobertura por seguro-garantia no patamar de 100% do valor da obra, que é exigida apenas para as obras orçadas em um valor mínimo, variando entre US$ 20 mil e US$ 100 mil. Já os estados de Delaware, Florida, Georgia, Hawaii, Indiana, Minnesota, Mississippi, Nova Jersey, Texas, Utah, entre outros, também requisitam uma cobertura de 100%, porém sem estipular um valor mínimo.

Por sua vez, os estados de Nevada, Maryland, Alabama, Rhode Island e o Distrito de Columbia prescrevem que a cobertura do seguro-garantia deve abranger, no mínimo, 50% do valor da obra. Nota-se que, diferentemente dos demais, os estados de Massachussets, Tennessee, Puerto Rico e Wyoming determinam, ao menos, que a cobertura securitária deve ser de 25% do valor contratual.[14]

---

11 GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015. p. 15.
12 Ibid., p. 28.
13 Ibid., p. 31.
14 Francisco Galiza, *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*, op. cit., p. 33.

Destarte, ao examinar o alcance do instituto de *performance bond*, se evidencia que os estados norte-americanos demonstram uma ampla aceitação ao seguro-garantia em obras públicas, ainda que subsista uma diferença de percentuais em relação à cobertura do seguro e o valor do contrato da obra, que pode variar entre 25% e 100%.

O procedimento adotado nos EUA para os contratos de *performance bond* se assemelha à realidade do Brasil em certos aspectos, principalmente, nas consequências advindas da declaração do sinistro, onde caberá à seguradora adotar uma das seguintes condutas: 1) financiar o tomador do seguro, com o consentimento do beneficiário, para que este possa concluir o contrato; 2) renunciar ao seu direito de concluir a execução do contrato, desde que seja selecionado no mercado interessado em executar o objeto contratual; 3) executar o contrato por conta própria após a investigação do sinistro, limitado ao montante em que se responsabilizou diante do segurado; 4) negar responsabilidade, em todo ou em parte, comunicando ao segurado as razões da negativa.[15]

Ainda, como é evidenciado por Vitor Boaventura Xavier, as seguradoras norte-americanas podem optar por operações de resseguro, com a finalidade de repassar percentual do seu risco ao ressegurador para emissão de novas apólices. O autor aponta que a legislação norte-americana não apenas permite a realização de operações de resseguro, assim como permite que as seguradoras constituam *co-suretyship agreements*, isto é, acordos para a emissão de apólices para *joint-ventures* quando os tomadores têm seguradoras distintas ou quando o tomador não dispõe de capacidade para ter a apólice subscrita. Daí que os *co-suretyship agreements* são responsáveis para definir as obrigações entre as seguradoras coligadas e por distribuir os riscos assumidos por cada uma na relação contratual.[16]

Comparativamente, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 14.133/2021, demonstrou avanço em relação ao percentual de cobertura dos contratos de seguro-garantia até então regulados pela Lei nº 8.666/1993, ampliando dos 10% para os 30% nas hipóteses de obras de engenharia de grande vulto.

---

[15] XAVIER, Vitor Boaventura. *O seguro garantia de execução do contrato — Performance Bond*: uma análise dos aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela administração pública no Brasil. Monografia (bacharelado) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. p. 31.

[16] Ibid., p. 32.

Por outro lado, se verifica que apenas poucos estados dos EUA estabeleceram um parâmetro de cobertura tão diminuto, nos moldes do patamar do Brasil, pois uma grande parte exige coberturas mínimas de 50% ou, até mesmo, 100% para garantir que a execução da obra seja efetivamente cumprida. A experiência estadunidense apresenta importantes contornos sobre como o instituto de *performance bond* pode tornar as obras públicas mais eficientes, aumentando a participação das empresas seguradoras no processo de fiscalização e, também, tornando-as responsáveis pela retomada do contrato em caso de inadimplemento.[17]

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

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

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

Alexandre de Ávila Gomide e Ana Karine Pereira apontam que, quanto mais atores envolvidos e mais ambíguas forem as condições para a tomada de decisão, mais problemático se torna o uso de técnicas racionais de planejamento e seleção de projetos.[18] A administração pública não detém condições de analisar todos os requisitos necessários para conhecer as intenções do licitante vencedor, de modo que a nova lei de licitações, assim como as normas que antecederam, apenas tenta direcionar uma melhor escolha, adotando critérios que busquem revelar informações dos participantes do certame licitatório.

---

[17] PASCHOA, André Paulani; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Contrato de seguro-garantia e seus efeitos na execução de obras públicas — notas sobre o projeto de lei de licitações. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 3, p. 39, jul./set. 2020.

[18] GOMIDE, Alexandre de Ávila; PEREIRA, Ana Karine (Ed.). *Governança da política de infraestrutura*: condicionantes institucionais ao investimento. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. p. 13.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 80, estabelece a pré-qualificação como procedimento técnico-administrativo para selecionar interessados para futuras licitações, oportunidade em que serão apresentados documentos acerca da capacidade técnica e econômica. Ocorre que, por vezes, esses critérios são insuficientes para sinalizar a real capacidade do licitante para executar o objeto pretendido.

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

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

Ronaldo Fiani assinala que os comportamentos oportunistas ocorrem com frequência em contratos de grandes obras de infraestrutura, pois os ativos específicos envolvidos nestes arranjos contratuais não podem ser adaptados para outras finalidades sem que aconteça um aumento dos custos.[19] Quando os custos de transferência de um ativo para outro local são proibitivos, quando o desenho do ativo é específico para determinada finalidade, ou quando o valor de um ativo se encontra vinculado à concretização da promessa de uma renda futura pela exploração do serviço fornecido, tais circunstâncias podem ampliar a possibilidade de uma atuação oportunista, dando origem ao problema conhecido como *hold up*. É dizer: uma das partes se torna refém das ameaças dos demais agentes, haja vista que a retirada dos seus ativos específicos pode provocar uma desvalorização significativa, permitindo que sejam realizadas modificações contratuais em condições diferentes das acordadas no início da transação.[20]

---

[19] FIANI, Ronaldo. Arranjos institucionais e custos de transação em parcerias público-privadas. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila Gomide e Ana Karine Pereira (*Governança da política de infraestrutura*, op. cit., p. 115).

[20] Ronaldo Fiani, *Arranjos institucionais e custos de transação em parcerias público-privadas*, op. cit., p. 116.

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

Nas licitações públicas, a seleção adversa ocorre, principalmente, quando o objeto for de alta complexidade, pois os critérios de qualificação técnica e econômica são insuficientes para avaliar a assimetria de informação e expor as reais possibilidades do contratante em executar a obra. No procedimento licitatório não há mecanismos reveladores de informações eficazes, pois, como se sabe, os contratos administrativos têm uma natureza de contrato de adesão, a minuta é preestabelecida no edital e não há possibilidade de barganha entre as partes em determinadas cláusulas.[21]

Não se pode olvidar que a assimetria informacional pode ocorrer em diversos setores da economia. Por exemplo, os trabalhadores conhecem mais sobre suas habilidades do que a empresa contratante; uma pessoa que adquire um seguro de saúde conhece mais sobre seu quadro clínico; o dono de um automóvel conhece mais sobre as características do seu carro do que potenciais compradores; e o CEO da empresa detém mais informações do que seus investidores etc.[22]

De mais a mais, a seleção adversa é objeto de pesquisa sobretudo na área de seguros. Também conhecida como antisseleção, a seleção adversa se refere a um procedimento no qual a informação assimétrica possuída por uma das partes irá garantir uma vantagem nas negociações, ou seja, uma das partes dispõe de conhecimento insuficiente sobre fundamentos essenciais da outra contratante, dificultando a tomada de decisão.

Atento ao tema da seleção adversa, Paulo Pereira Ferreira[23] ressalta que o segurado também tem dificuldade em quantificar o risco ao qual ele está exposto. Para atenuar as consequências da seleção adversa, a seguradora dispõe de técnicas atuariais para quantificar os riscos, que são precificados com certa margem de segurança. O contrato de seguro, portanto, torna-se aceitável pelo segurado diante das diversas opções de cobertura apresentadas

---

21 TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 409.

22 STIGLITZ, Joseph E. Information and the change in the paradigm in economics. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 92, n. 3, p. 469-470, jun. 2002.

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

pela seguradora para que seja escolhida a opção que melhor se adeque aos interesses do segurado. O autor evidencia a importância da "Teoria da Utilidade Econômica" como hipótese justificante para que o segurado aceite pagar um prêmio para a seguradora que seja superior ao valor médio da sua perda devido à grande redução na sua função utilidade se ocorrer um sinistro.[24]

Nos contratos de seguro, a seleção adversa irá ocorrer com maior frequência, pois o segurado possuirá informações acuradas dos principais riscos a que está submetido, não revelando facilmente para a seguradora. Cabe à seguradora gerenciar de forma eficaz os mecanismos reveladores de informações e procurar janelas de oportunidades resultantes das propostas apresentadas ao segurado.[25]

Não obstante, quando a assimetria de informação surgir após a assinatura do contrato, ocorrerá a hipótese de risco moral (*moral hazard*). O risco moral é relacionado pela doutrina com os chamados problemas de agência,[26] em que uma parte, denominada por agente, deve representar os interesses de outra, denominada por principal. Em determinadas situações o agente receberá incentivos para agir de forma oportunista, isto é, diversamente à vontade do principal, sem que este tenha condições de monitorar a conduta lesiva.

O problema do risco moral pode ocorrer em contratos entre empresas (risco moral externo), ou na mesma empresa (risco moral interno). Per-Erik Eriksson e Hans Lind aduzem que o risco moral externo acontece nos casos em que uma empresa se comporta de forma oportunista diante de outra. Por exemplo, o contratado atua sem cuidado e esforço, passa a substituir materiais mais caros por outros mais baratos e de menor qualidade, informa que realizou mais trabalho do que realmente foi feito etc. De igual forma, o contratante também pode adotar um comportamento oportunista quando não realiza o pagamento nas condições pactuadas, passa a exigir trabalho

---

[24] Ibid., p. 30.

[25] Ibid., p. 33.

[26] Clara Oliveira e Joaquim Rubens Filho ressaltam que os custos de agência podem advir de três situações: (i) custos de monitoramento; (ii) custos de obrigação; e (iii) perdas residuais. Para os autores, o rol de custos de monitoramento não se exaure com a mensuração e a observação diretas do agente, incluindo também os esforços por parte do principal no sentido de controlar as ações do agente por meio de restrições orçamentárias, políticas de compensação, regras de operação, auditorias, treinamentos etc. (OLIVEIRA, Clara Brando de; FONTES FILHO, Joaquim Rubens. Problema de agência no setor público: o papel dos intermediadores da relação entre poder central e unidades executoras. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 600, jul./ago. 2017.)

que não estava previsto contratualmente, ou se recusa a aprovar o serviço que atende todos os parâmetros do acordo.[27]

Por conseguinte, o risco moral interno se verifica dentro de uma empresa e pode ocorrer em diferentes níveis hierárquicos. O comportamento oportunista interno é identificado quando o funcionário celebra um contrato sem a aprovação necessária, quando não segue as ordens relativas à qualidade de trabalho e de segurança, principalmente quando a atuação decorre de pouco esforço, falta de conhecimento ou de atos de corrupção.[28]

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

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

Conforme evidenciado por Francisco Galiza,[29] no contrato de seguro tradicional a seguradora espera que ocorra o sinistro e precifica esse risco. Já nos contratos de seguro-garantia, a taxa de sinistro tem que ser zero. Existindo alguma probabilidade de haver algum risco na execução do contrato, o seguro-garantia não é firmado. Daí que nesses contratos o prêmio cobrado pela seguradora tem como propósito cobrir o custo necessário para mitigar as assimetrias de informações entre as partes, analisando a capacidade técnica, financeira e operacional daquele que irá executar uma obra pública.

---

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

[28] Lind Eriksson, *Moral hazard and construction procurement*, op. cit., p. 6.

[29] Francisco Galiza, *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*, op. cit., p. 17.

James Vieira, Renata Macedo e Hermann Hrdlicka[30] também ressaltam algumas diferenças entre o seguro comum e o seguro-garantia. Os autores argumentam que em relação às perdas esperadas em decorrência do sinistro podem ser verificadas duas perspectivas. Nos contratos de seguro tradicional, a seguradora realiza cálculos atuariais para estabelecer uma margem de perdas de acordo com um conjunto de fatores e de taxas que se ajustam conforme flutuações de mercado. Já em relação às perdas nos contratos de seguro-garantia, a seguradora não tem essa expectativa, pois, assim como apontado anteriormente, a sinistralidade deve ser zero. Só haverá pactuação do contrato de seguro-garantia quando houver ampla margem de segurança; diante da constatação de eventual risco na operação, o seguro não será emitido.

Ainda, os autores destacam outra importante distinção no que diz respeito ao cálculo do prêmio. Nos contratos comuns de seguro, o prêmio é estimado de acordo com avaliações atuariais que irão analisar consoante o tipo de bem objeto do seguro; essa análise não é relacionada com algum projeto ou com a capacidade financeira do segurado. Por outro lado, os contratos de seguro-garantia calculam o prêmio conforme as características do tomador, analisando a capacidade de executar a obra.[31] O prêmio, portanto, serve para pagar os custos que a seguradora terá ao avaliar a condição do tomador, assim como remunerar a seguradora pelo seu "selo de qualidade" ao projeto.

Por sua vez, David Raick expõe certa semelhança do seguro-garantia com o instituto da fiança. O autor aponta que, assim como na fiança, o seguro-garantia é constituído numa relação tripartite: interna (contrato principal que estabelece as obrigações afiançadas), externa (credor-fiador numa relação fidejussória) e uma eventual (fiador-devedor). Também são apontadas outras características que se assemelham à fiança: a obrigação garantida é uma obrigação de adimplemento; tem caráter subsidiário e acessório da obrigação principal prevista contratualmente; e o fiador e a seguradora irão se sub-rogar nos direitos do credor ao pagarem a indenização ou assumirem a execução da obra.[32]

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

---

[30] VIEIRA, James Batista; MACEDO, Renata Gomes de; HRDLICKA, Hermann Atila. A relevância do seguro garantia nas compras públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, João Pessoa, v. 4, n. 2, p. 227, nov. 2019.

[31] Ibid., p. 227.

[32] David Raick, *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública*, op. cit., p. 91-92.

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

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

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

4. Considerações finais

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

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

O art. 102, da Lei nº 14.133/2021, poderia ter adotado uma postura mais incisiva para estabelecer um dever e não uma mera faculdade da administração pública para a utilização do seguro-garantia nas contratações

de obras de grande vulto. Ao utilizar a expressão "o edital poderá exigir", a lei acaba concedendo margem de interpretação para que os diversos gestores públicos possam optar entre utilizar ou não a modalidade de seguro-garantia nos casos de obras de grande vulto.

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

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

Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1079/2019*. Plenário. Relator: ministro Vital do Rêgo. Sessão de 15/5/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/1079%252F2019/%2520/%2520?ts=1625856845973. Acesso em: 26 maio 2021.

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

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

FIANI, Ronaldo. Arranjos institucionais e custos de transação em parcerias público-privadas. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; PEREIRA, Ana Karine (Ed.). *Governança da política de infraestrutura*: condicionantes institucionais ao investimento. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. p. 113-164.

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

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PEREIRA, Ana Karine (Ed.). *Governança da política de infraestrutura*: condicionantes institucionais ao investimento. Rio de Janeiro: Ipea, 2018.

LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise econômica do direito e contratações públicas*: o Performance Bond em contratos de obras públicas como instrumento para mitigar a assimetria de informações. Dissertação (mestrado) — Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.

OLIVEIRA, Clara Brando de; FONTES FILHO, Joaquim Rubens. Problema de agência no setor público: o papel dos intermediadores da relação entre poder central e unidades executoras, *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 596-615, jul./ago. 2017.

PASCHOA, André Paulani; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Contrato de seguro-garantia e seus efeitos na execução de obras públicas — notas sobre o projeto de lei de licitações. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 3, p. 19-40, jul./set. 2020.

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

SOGAYAR, Alberto et al. *A cláusula de retomada na nova Lei de Licitações*, 2021. Disponível em: www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/. Acesso em: 4 jun. 2021.

STIGLITZ, Joseph E. Information and the change in the paradigm in economics. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 92, n. 3, p. 460-501, jun. 2002.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. *Circular nº 477*, de 30 de setembro de 2013. Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências. Disponível em: www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx. Acesso em: 31 maio 2021.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, James Batista; MACEDO, Renata Gomes de; HRDLICKA, Hermann Atila. A relevância do seguro garantia nas compras públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, João Pessoa, v. 4, n. 2, p. 215-239, nov. 2019.

XAVIER, Vitor Boaventura. *O seguro garantia de execução do contrato — Performance Bond*: uma análise dos aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela administração pública no Brasil. Monografia (bacharelado) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.