

O SEGURO GARANTIA COMO POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DO DESPERDÍCIO DE RECURSOS PÚBLICOS EM OBRAS INACABADAS NO BRASIL

Autor: Juliano Fernando Fernandes ¹
Orientador: Luiz Carlos Figueira de Melo²

Resumo

É notório no Brasil o excesso de obras públicas inacabadas espalhadas por todas as regiões, sendo que os motivos disso são os mais diversos, como a ingerência governamental em não repassar os valores contratados até o abandono da obra pela empresa executante, que por má fé ou por falta do correto planejamento não consegue terminar a obra pública. Essa prática, nefasta e recorrente em todos os níveis de nossa federação, apresenta um grande impacto negativo ao erário, bem como para a população que não se apropria dos benefícios da obra pública. Em face dessa situação, o presente artigo irá abordar a temática de obras inacabadas no Brasil com a propositura de solução para tais questões.

Palavras-chaves: Contratos administrativos, obras inacabadas, seguro garantia.

1 – Introdução

A parte inicial do artigo irá discorrer sobre o conceito de contratos administrativos, em sequência adentraremos na temática obras públicas, explanando sobre: conceitos, contratações e obras públicas inacabadas. Mais adiante trataremos acerca da mutabilidade dos contratos administrativos e cláusulas exorbitantes. Em outro momento, introduzir-se-á questões sobre as garantias como conceito, espécies e por fim apontamentos sobre o seguro garantia. Sendo que, ao final tentaremos demonstrar que a obrigatoriedade da utilização da cláusula de garantia de execução de obras públicas é fator decisivo para o fim do desperdício do dinheiro público.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: <jfernandes_adm@hotmail.com>

² Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Uberlândia desde 1.991. Professor do Curso de Mestrado da Universidade Federal de Uberlândia. Procurador de carreira da Câmara Municipal de Uberlândia. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: <figueiramelo@uol.com.br>

Nesse sentido, o objetivo do artigo será demonstrar a possibilidade de redução desse desperdício de recursos públicos com a preparação de um contrato administrativo bem elaborado que possa garantir a execução completa da obra pública. Para tanto, o foco desse trabalho serão aspectos e ferramentas do Direito Administrativo, mormente lastreado na lei 8.666/93, para coibir a má utilização dos recursos públicos, sobretudo, abordando o instituto de garantia de execução do serviço contratado e, buscando uma relação entre a sua utilização e o completo cumprimento da obra.

No decorrer desse trabalho, também iremos sugerir uma alteração legislativa, sobretudo, quanto a garantia na modalidade seguro. Visando solidificar nossa pesquisa, buscaremos uma análise de referenciais teóricos, uma breve comparação com o instituto *performance bond* utilizado no direito norte americano, análise de nosso arcabouço legislativo, em especial a lei 8.666/93 e a apresentação de um exemplo prático de obras inacabadas.

Para a realização do presente artigo iremos realizar pesquisa exploratória e explicativa acerca do assunto – livros, periódicos, normas da ABNT, principalmente acerca de contratos administrativos, obras públicas e garantias. Já no que tange à metodologia utilizada adotamos a hipotético-dedutivo, já que a partir da nossa hipótese buscaremos sua comprovação. O procedimento adotado será documentação indireta, uma vez que iremos buscar arrolar todos os dados possíveis sobre o assunto a ser pesquisado (bibliográfica e documental), dentro dos limites estabelecidos, que para este artigo qual seja a lei 8.666/93.

2 – Contratos Administrativos

Por vezes ao iniciarmos o estudo de determinados temas, apresentamos a tendência de não conferir a devida importância ao conceito do assunto. Porém, o ato de conceituar a matéria objeto de análise, proporciona uma base sólida de aspectos e terminologias jurídicas que darão sentido ao contexto estudado.

Diante disso, neste tópico iremos abordar questões atinentes aos contratos administrativos, mormente, no que tange à sua conceituação.

2.1 – Conceito

Inicialmente, conforme Silva, citado em Santos(2015, p.21), “Um conceito serve na terminologia jurídica para indicar o sentido, a significação, a interpretação que se tem a respeito das coisas, dos fatos e das palavras.”.

Destarte, pode-se conceituar contrato como sendo uma operação jurídica determinada, que apresenta como elementos essenciais: o acordo de vontades, acordo bilateral, de vontades, finalidade de criar uma situação jurídica e a situação criada seja individual. Diante disso, temos que os contratos administrativos são espécies do gênero contratos.

A Administração Pública para o desempenho de suas funções e demais atividades internas e de interesse público, necessita formalizar sua vontade para que produzam efeitos.

O eminente jurista Cretella Júnior (2001), ensina que a Administração agindo unilateralmente, editando atos os quais apresenta exclusivamente sua vontade, traduzem os atos administrativos. De outro norte, no momento em que a Administração Pública entra em contato com demais pessoas, físicas ou jurídicas, é há a manifestação volitiva das partes, tal situação manifestasse por meio dos contratos administrativos.

Dessa forma, a Administração Pública poderá realizar contratos com particulares ou outras pessoas jurídicas de direito privado ou público, a depender do fim almejado.

Tangenciando o conceito de contratos administrativos, cumpre destacar o alerta Marinela (2018), que nos adverte de que não há um consenso acerca do conceito daquele instituto do Direito Administrativo, pois nem todo contrato celebrado pelo Poder Público tem natureza de contrato administrativo. Em razão disso, a doutrina prefere o termo “contratos da administração”.

Nessa esteira, a Administração poderá manifestar sua vontade naquilo que a doutrina nomeia como contratos da Administração o qual, segundo Cretella Júnior (2001),pode ser dividido em: a) contratos privados, comuns, do Direito Cível e Comercial e, b) contratos públicos, administrativos.

Os primeiros são aqueles que se regem pelo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor ou Comercial. Já os segundos, imperam características especiais que exorbitam as normas do Direito Comum. Nesse último há as

chamadas cláusulas exorbitantes, que são aquelas que garantem um privilégio do Estado, já que o fim almejado é o interesse público.

Simplificando é aclarando de forma objetiva a distinção entre os contratos da administração regidos pelo código civil e os contratos administrativos, o doutrinador Alexandre Mazza (2018, p.652) apresenta o quadro abaixo:

Quadro comparativo entre contratos privados e contratos administrativos	
Contratos privados	Contratos administrativos
Aplicação do Direito Privado	Aplicação do Direito Público
Normas gerais previstas no Código Civil	Normas gerais previstas na Lei n. 8.666/93
Exemplos: compra e venda simples e comodato	Exemplos: concessão de serviço público, consórcio público, parceria público-privada
Igualdade entre as partes (horizontalidade)	Administração ocupa posição de superioridade contratual (verticalidade)
Cláusulas imutáveis (<i>pacta sunt servanda</i>)	Mutabilidade unilateral das cláusulas por vontade da Administração
Defesa de interesses privados	Defesa do interesse público

FONTES: MAZZA, 2018.

Adentrando mais propriamente no conceito de contratos administrativos, pelo acima exposto, podemos dizer que esse é uma espécie do gênero contratos da administração.

De acordo com Cretella Júnior (2001), o que inicialmente caracteriza um contrato administrativo é a presença de uma pessoa administrativa em um dos polos do acordo.

Diante disso, o administrativista Hely Lopes Meirelles (2008, p.214), conceitua contratos administrativos como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.”

O autor estrangeiro Jean Rivero, também citado em Cretella Júnior (2001), destaca que na França, ao Conselho de Estado competiu a responsabilidade de estabelecer o norte para a caracterização dos contratos administrativos estabelecendo quatro requisitos que permite melhor a identificação, sendo eles: a) as partes contratantes: visto que somente será contrato administrativo se uma das partes for pessoa jurídica de Direito Público, b) o objeto: que deverá levar em conta

o interesse público, c) as cláusulas: que devem exorbitar o Direito Comum e, d) o regime jurídico: sendo este necessariamente de Direito Público.

Diante do exposto,

Pode-se conceituar “contrato administrativo” como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público, para a consecução de interesse coletivo. O instrumento regulado pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se a eles, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (MARINELA, 2018, P 538)

Ante o conceito apresentado pode-se inferir que os contratos administrativos possuem determinadas características, peculiares a sua natureza. Dentre os predicados mais comuns podemos citar: o consensualismo, a formalidade, onerosidade, comutatividade, sinalagmático, personalíssimo e, para alguns doutrinadores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de adesão.

2.2 – Obras públicas

Como apresentado na introdução, o presente artigo trata da possibilidade de melhoria na execução de obras públicas, mormente, sobre a probabilidade de redução ou extinção do desperdício do dinheiro público em obras inacabadas.

Em razão disso, cinge a necessidade de se abordar o que vem a ser obras públicas e como se dá sua contratação.

2.2.1 – Conceito de obras públicas

Caminhando um pouco mais profundamente no conceito de obra pública, o administrativista José Cretella Júnior nos apresenta sua definição.

Para o renomado doutrinador não é tarefa complexa compreender o que vem a ser uma obra pública, tratando-se de expressão de fácil entendimento. Porém quando se aprofunda em seu rigor técnico, seu sentido se torna mais complexo.

De acordo com Cretella Júnior (2001), as pontes, estradas, viadutos, escolas, portos e ruas são o suporte material sobre o qual se alicerçam os serviços. Assim, “a obra pública é o *corpus*, o serviço, o *animus*.”, ou seja, a obra é o

sustentáculo cujas operações intelectuais realizadas pelo homem, se aderem, com o fim coletivo que o Estado lhe impõe.

Cretella Júnior (2001, p.80) ainda ensina que, obra pública se trata,

(...) daquilo que os franceses denominavam *travail public* ou *ouvrage public*, que são operações de interesse geral, levadas a termo sobre imóveis por conta ou sob a fiscalização de uma coletividade pública, trabalhos de construção, reparação, modificação, adaptação ou manutenção de bens imóveis, realizados total ou parcialmente pela Administração para fins de utilidade pública.

Ante o exposto, o renomado administrativista Cretella Júnior (2001, p.81), define que:

Obra pública, *lato sensu*, é toda atividade que recai sobre imóveis, exercida, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica, na consecução de seus próprios fins.

(...)

1º) atividade. Consiste esta em um trabalho ou operação, objetivando construir, reparar ou conservar um bem.

2º) pessoa jurídica pública. Preenche-se o requisito mencionado desde que a obra seja realizada por entidade estatal, isto é, por qualquer pessoa jurídica pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, Autarquias, enfim, por uma coletividade pública).

3º) bem imóvel. Exige-se que o bem seja imóvel, figurando este requisito nas definições dos melhores tratadistas, mas, em nossos dias, como o avanço da técnica, é preciso indagar se instalações móveis, transportáveis de um ponto a outro, ou desmontáveis, não seriam também classificadas entre as obras públicas.

4º) fins específicos. A finalidade da obra pública tem de ser, em última análise, aquilo que tem em vista a entidade estatal.

O TCU apresenta um conceito de obra pública um pouco mais simplificado, mas que em sua essência não se desvencilha dos aspectos apresentados por Cretella Júnior.

Destarte pode-se definir obra pública como sendo,

(...) toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público. Ela pode ser realizada de forma direta, quando a obra é feita pelo próprio órgão ou entidade da Administração, por seus próprios meios, ou de forma indireta, quando a obra é contratada com terceiros por meio de licitação. (BRASIL, 2014, P. 11).

Superada a fase de conceituação do que vem a ser uma obra pública, passaremos a análise das contratações.

2.2.2 – Contratação de obras públicas

Desde o projeto inicial até a conclusão de obra pública há uma série de etapas, que devem ser observadas para o correto termo do projeto. É justamente o

apropriado implemento dessas etapas, sobretudo nos projetos iniciais e a sequencia ordenada do projeto de execução que irão conduzir à conclusão da obras. Frise-se que um projeto inicial bem elaborado possibilita aos administradores públicos, a aquisição de uma gama de informações e cautelas que minimizam o risco de prejuízos aos cofres públicos.

A contratação de uma obra pública exige como já dito, uma série de etapas a serem corretamente perseguidas pelo gestor público.

Conforme as Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas, elaborado pelo Tribunal de Contas da União em 2014, podemos estruturar de forma clara e resumida as etapas para a consecução de uma obra pública.

A fase preliminar à licitação (fase I) é de suma importância, pois nessa etapa é onde se irá identificar a real necessidade de se licitar, verificar a existência ou não de recurso para a execução da obra. Destarte, caso o gestor avance para as fases posteriores sem a cautela de realizar as verificações necessárias (previstas na fase I), certamente ocorrerá desperdício de recursos públicos, visto que haverá dificuldades da execução do projeto que foram negligenciadas pelo administrador público.

Em sequência, após as corretas verificações realizadas na fase I, adentra-se à fase interna da licitação (fase II).

Compõem a fase interna da licitação: o projeto básico, o projeto executivo, os recursos orçamentários e o edital de licitação.

Nesta fase o objeto será detalhado no projeto básico, bem como serão definidos dos requisitos para o recebimento das propostas e outras peculiaridades inerentes à obra que se visa construir.

O próximo passo se trata da fase externa da licitação (fase III), que é composta: pela publicação do edital de licitação, comissão de licitação, recebimento das propostas e procedimentos da licitação.

Assim, temos que a fase externa da licitação inicia-se com a publicação do edital e se finda com a assinatura do contrato.

Mais adiante se inicia a fase contratual (fase IV), que começa com a assinatura do contrato e se encerrando com o recebimento da obra.

Cabe ressaltar que a divisão das etapas acima demonstrada é sequenciada umas às outras, com bem podemos visualizar nas etapas externa a

licitação e fase contratual em que a assinatura do contrato marca o exato termo de uma fase e, conseqüente início de outra.

Em apertada síntese, podemos aclarar que finalizada a licitação e, havendo um licitante vitorioso (que atenda aos requisitos da licitação), a Administração Pública convocara o vencedor do processo licitatório para a assinatura do contrato que deverá ocorrer dentro de prazos e condições estabelecidas.

Na fase contratual devem ser observadas as cláusulas obrigatórias, dentre elas aquela que estabelece a garantia de execução da obra, conforme estabelece o art. 55 e incisos da lei 8.666/93.

Destarte, assinado o contrato a empresa vencedora já estará apta a iniciar seus trabalhos.

Em momento subsequente, tem-se a fase posterior à contratação que envolve os aspectos de operação e manutenção.

Ante o exposto, no qual apresentamos a contratação das obras pública e imperativo lançar luz acerca do tema obra inacabadas, objeto do presente artigo. Dessa forma, iremos abordar um tópico versando sobre a temática de obras inacabadas, como o fito de posicionar o artigo frente ao atual cenário de desperdício de recurso público.

2.2.3 – Obras públicas inacabadas

Neste tópico iremos desenvolver aspectos acerca de obras inacabadas, bem com as principais causas de paralisação e não entregas das obras. Também apresentaremos, a título de exemplo, uma situação prática de inexecução parcial de obra pública ocorrido na cidade de Uberlândia.

No ano de 2016 foi criada no Senado Federal uma comissão a Comissão Especial das Obras Inacabadas – 2016 (CEOI) para a análise da situação das obras inacabadas no Brasil.

A criação dessa comissão é capaz de nos demonstrar a dimensão do problema no Brasil e, após o início dos trabalhos a comissão totalizou que hum mil e seiscentas (1.600) obras no Brasil não foram concluídas.

Dessas 1.600 obras inacabadas em nosso país, que vão desde praças, escolas, viadutos, rodovias, hospitais e várias outras obras que, além do desperdício

de recursos públicos e a não fruição dos benefícios pela sociedade, ainda exigirão um grande aporte financeiro para sua conclusão, se ocorrer.

Já um estudo realizado pela Confederação Nacional da Indústria – CNI em 2018 apontou que no Brasil existem aproximadamente 2.800 obras paralisadas, totalizando um prejuízo de 10,7 bilhões de reais aos cofres públicos.

	0 a 25%	>25% a 50%	>50% a 75%	>75% a 100%	Total
Aeroporto	5	2	6	3	16
Ferrovia	1	2	1	1	5
Hidrovia	1	3	1	0	5
Mobilidade urbana	6	1	0	1	8
Porto	3	1	1	1	6
Rodovias	8	6	11	5	30
Saneamento	168	119	89	71	447
Total Infraestrutura	192	134	109	82	517
Creches, pré-escolas e quadras esportivas nas escolas	330	366	453	213	1.362
UBS e UPAs	23	39	35	59	156
Outros	289	173	165	135	762
Total Geral	834	712	762	489	2.797

Fonte: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017.

A tabela acima foi extraída o estudo realizado pela CNI em 2018 e reflete o número de obras paralisadas de acordo com o grau de execução.

Além disso, o estudo realizado pela instituição acima citada também realizou um levantamento acerca dos motivos pelos quais as obras foram paralisadas, sendo eles:

	Abandono pela empresa	Ambiental	Judicial	Orçamentário /financeiro	Órgãos de controle	Técnico	Titularidade/ desapropriação	Outros
Aeroporto	1	0	0	4	0	0	0	11
Ferrovia	0	0	0	2	0	1	2	0
Hidrovia	1	0	0	0	0	4	0	0
Mobilidade urbana	2	0	0	2	1	1	0	2
Porto	0	0	2	1	1	2	0	0
Rodovias	1	1	0	14	1	11	2	0
Saneamento	44	6	15	23	9	248	5	97
Total Infraestrutura	49	7	17	46	12	267	9	110
Creches, pré-escolas e quadras esportivas nas escolas	740	11	0	5	55	551	0	0
UBS e UPAs	51	0	3	38	8	2	1	53
Outros	131	8	14	119	33	411	15	30
Total	971	26	34	208	108	1.231	25	193

Fonte: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017.

Verificando o panorama acima, percebe-se que são diversas as causas de ocasionam a paralisação das obras públicas. Sendo que um dos motivos nos chama a atenção: o abandono pela empresa que representa a segunda causa de obras inacabadas.

Isto posto, com vista a fornecer substrato fático ao tema tratado neste tópico, iremos apresentar, brevemente, uma exposição e análise do contrato de execução de obra pública firmado entre a Universidade Federal de Uberlândia (contratante) e a empresa IBEG engenharia e construções Ltda (contratada), relativo à construção do bloco 8DJU do Hospital das Clínicas.

Trata-se do processo licitatório nº 23117.008121/2011-59, realizado na modalidade concorrência pública nº 05/2011 que culminou com o instrumento contratual nº 41/2011 firmado entre as partes acima descritas.

Esse instrumento contratual apresenta-se em vinte e uma páginas contendo dezoito cláusulas e foi assinado pelas partes em 20 de dezembro de 2011.

Conforme descrito acima, esse contrato tinha por finalidade a construção do bloco 8DJU do Hospital das Clínicas da cidade de Uberlândia/MG com uma área total de 26.210,96 metros quadrados e iria beneficiar a população da cidade e região.

A cláusula quarta subitem 4.3 previa o término da obra em 31 de dezembro de 2014, porém até a presente data do ano de 2019 a obra ainda se encontra em sua fase estrutural.

Mais adiante na cláusula sexta foi estampada o valor total da obra de R\$ 94.738.085,56 (noventa e quatro milhões setecentos e trinta e oito mil oitenta e cinco reais e cinquenta e seis centavos) que conferiu à IBEG engenharia e construções Ltda a proposta vencedora do processo licitatório.

Já na cláusula décima quinta – da garantia de cumprimento do contrato, o subitem 15.1 afirma que: “Para a segurança da **CONTRATANTE** quanto à execução do objeto deste Edital a **CONTRATADA**, prestará garantias(...)”.

De acordo com os subitens 15.2 e 15.3, dentre as espécies de garantias permitidas pela lei 8.666/93, a contratada optou pela caução em dinheiro no valor de 5% do valor do contrato, paga inicialmente no valor de 1.894.761,71 (um milhão e oitocentos e noventa e quatro mil e setecentos e sessenta e um reais e setenta e um centavos) que correspondem a 2% do valor do contrato e, os outros 3% seria pagos mediante retenção por ocasião do pagamento das faturas. Ou seja, a contratada não

possuía cabedal financeiro para o oferecimento da garantia, a qual, então, seria paga com os valores do próprio pagamento das parcelas referentes à execução da obra.

O resultado da execução do contrato da obra do bloco 8DJU do Hospital das Clínicas da cidade de Uberlândia/MG foi bem descrito na ação de controle foi realizada em atendimento à solicitação da Procuradoria da República em Uberlândia, para inclusão, no planejamento da Controladoria Regional da União no Estado de Minas Gerais que gerou o relatório nº 201603298, realizado por auditoria da Controladoria Geral da União (CGU).

Em apertada síntese, o relatório da CGU apurou que houve: acréscimos contratuais superiores aos limites estabelecidos pela Lei nº 12.309/2010 e Lei nº 8.666/1993, um superfaturamento no valor de R\$ 1.928.815,17 e prejuízo potencial no valor de R\$ 1.428.283,34, aquisição antecipada e desnecessária (considerando o atual momento da obra) de geradores no valor de R\$ 2.100.286,25 e que não foram instalados, além de diversas falhas estruturais. Com efeito, um contrato que inicialmente estava previsto no valor de R\$ 94.738.085,56 para a conclusão da obra, após sucessivos aditamentos alcançou o montante de R\$ 117.922.566,13. Além disso, gerou um prejuízo aos cofres público de milhares de reais e a ainda a obra encontra-se na fase estrutural sem prazo de ser entregue à sociedade.

3 – Mutabilidade dos contratos administrativos (cláusulas exorbitantes) ou prerrogativas da administração

Os contratos, em regra, não podem ser alterados, regendo-se pelo princípio do *pacta sunt servanda* o qual traz a força obrigatória dos contratos, ou seja, aquilo que foi avençado pelas partes deve ser cumprido. Não havendo margem para alterações contratuais.

Essa força obrigatória dos contratos por ser mitigada, pois há outros princípios e/ou cláusulas que relativizam tal obrigatoriedade, como por exemplo, a cláusula *rebus sic stantibus* (estando as coisas assim), que se traduz como uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*. Assim, havendo qualquer alteração substancial na situação que validou a firma do contrato, poderá a parte prejudicada requerer alteração contratual visando reestabelecer o equilíbrio do contrato.

Porém, a dinâmica principiológica acima aventada, aplica às relações contratuais envolvendo particulares, bem como a própria Administração Pública quando celebra contratos como particulares lastreados no direito civil.

Já na execução dos contratos administrativos, como explanado em tópico conceitual acima, uma das características que circundam essa figura jurídica e, justamente, a posição de privilégio da Administração Pública (que almeja o interesse coletivo) em relação ao particular que com ela contratou.

Essa posição mais favorecida da Administração Pública permite que realize alterações unilaterais dos contratos administrativos e que o particular, por força de lei, é obrigado a acatar.

3.1 – Cláusulas exorbitantes

A existência de certas prerrogativas da Administração Pública que permite que esta realize alterações contratuais justifica-se em razão de sua atuação, que visa o interesse coletivo.

Essas vantagens do interesse coletivo que são confiadas à Administração Pública, as quais demonstram a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, são comumente denominadas cláusulas exorbitantes.

Segundo Cretella Júnior (2001, p. 38), “exorbitante significa, ao pé da letra, “que sai da órbita”; “derrogatório” tem o sentido de “abolição”, “anulação”, “substituição (de preceitos legais).”

Desse modo, podemos perceber que tais cláusulas exorbitantes, são aquelas que saem da órbita do Direito Comum e, passam a gravitar na órbita do Direito Administrativo.

Essas cláusulas exorbitantes,

(...) remonta do Direito Francês, que concebeu a expressão para referenciar condições contratuais (cláusulas) que “exorbitariam”, estapolariam ou iriam para além de condições contratuais que poderiam ser aceitas nas relações contratuais entre particulares, marcadas pela obrigatoriedade das convenções e pela consensualidade. (SANTOS, 2015, P.28)

Em complemento ao conceito acima, Cretella Júnior (2001) ensina que as cláusulas exorbitantes foram originadas do Conselho de Estado francês, que as introduziu no âmbito do Direito Público.

Segundo Marinela (2018), as cláusulas exorbitantes são aquelas que ultrapassam, excedem o padrão comum dos contratos em geral. São cláusulas que

se estivessem em um contrato realizados entre particulares, certamente, seriam abusivas.

Na mesma linha de raciocínio da doutrinadora acima, Cretella Júnior (2001), apregoa que a cláusula exorbitante é toda aquela estranha ou desusada nos contratos do Direito Civil, as quais certamente iriam atentar contra a ordem pública.

Percebe-se então que as relações jurídico-contratuais privadas são marcas pela horizontalidade, ao passo que a relação contratual vigente nos contratos administrativos são abalizados pela verticalidade.

Destarte, para alguns doutrinadores cláusula exorbitante é,

(...) a proposição mandamental, formulada pela Administração e aceita, se discussão, pelo particular, e que, inserida entre as demais cláusulas do contrato, tipifica-o como administrativo.

A noção de cláusula exorbitante, cláusula derogatória (do Direito Comum), ou melhor “cláusula de privilégio” assume, assim, relevância extraordinária no campo do Direito Público, porque é o *divortium aquarum* entre o contrato de Direito Privado e o contrato de Direito Administrativo. (CRETILLA JÚNIOR, 2001, P.37)

Frise-se, porém, que essas prerrogativas contratuais da Administração Pública frente ao particular que com ela contrata, são devidas para alcançar o interesse público e, não satisfação particular de gestores públicos.

Tais prerrogativas veem estampadas no art. 58 da lei 8.666/93 e, legitimam a Administração Pública a: modificar unilateralmente o contrato, rescisão unilateral por parte da Administração Pública, fiscalização, aplicação de penalidade, bem como a ocupação provisória de bens da empresa contratada.

O doutrinador Mazza (2018), ensina que conforme a legislação acima as cláusulas exorbitantes mais importantes são: exigência de garantia, alteração unilateral do objeto, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, rescisão unilateral, fiscalização e aplicação de penalidades.

Com efeito, em respeito a temática do artigo, iremos explanar o assunto no que tange à exigência de garantia.

3.2 - Exigência de garantias

Conforme Pietro (2018), a possibilidade de exigência de garantia apresenta-se na lei de licitações no art. 56, abarcando as seguintes espécies que

serão posteriormente detalhadas: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

Ainda para Pietro (2018), qualquer que seja a modalidade de garantia, esta não pode superar 5% do valor do contrato, podendo alcançar o limite de 10% em caso de obras de grande vulto, complexidade técnica e risco financeiro.

Cumprido ressaltar que essa garantia será devolvida à empresa contratada após a execução do contrato. Porém, se houver rescisão contratual, imputada ao contratado, a Administração Pública é permitida reter a garantia com vistas a compensar dos prejuízos, multas e indenizações devidos, conforme art. 80, III da lei 8.666/93.

4 – Garantias no contrato administrativo

Considerando a abordagem deste artigo, no presente tópico iremos ilustrar aspectos das garantias no contrato administrativo, incidindo em questões como: conceito, espécies de garantias na lei 8.666/93, finalizando com uma explanação acerca do seguro garantia.

4.1 – Conceito

Em linhas gerais e, lastreada no senso comum, podemos afirmar que garantia se trata de uma forma de assegurar ou resguardar algo que foi avençado, ou seja, o que foi objeto de compromisso entre partes será efetivamente realizado.

De acordo com o dicionário aulete *online*, pode-se definir garantia como sendo: “1. Ação ou resultado de garantir; 2. Ato ou compromisso verbal que assegura o cumprimento de obrigação ou promessa; 3. Documento que certifica a qualidade de um bem num prazo determinado e compromete o comerciante, em caso de problema, a providenciar reparos sem ônus para o consumidor.”

Já no âmbito do Direito Administrativo, mormente, na seara das licitações públicas, o instituto das garantias contratuais veem estampadas no art. 55, VI c/c o art. 56, § 1º e incisos da lei 8.666/93³:

³ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
(...)

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Destarte, para Marinela (2018, p.544) “**o fundamento para a exigência é a proteção do interesse público com o perfeito adimplemento do contrato** e o princípio da indisponibilidade desse interesse, que impede que o Poder Público simplesmente deixe de exigí-la”. (grifo nosso)

No mesmo sentido, pode-se afirmar que,

Todo o sistema jurídico-contratual administrativo é voltado para a consecução do interesse público o que, de resto, implica admitir que se objetiva também **evitar ou prevenir prejuízos para a Administração Pública e para o erário**. No tocante à satisfação do interesse público e à prevenção dos prejuízos, a lei prevê inúmeros instrumentos que compulsoriamente devem ser utilizados pelo administrador, como a definição precisa do objeto do contrato, o estabelecimento de requisitos adequados de habilitação técnica e econômico-financeira, e a fixação de encargos contratuais ajustados à necessidade pública. **Entretanto, todas as cautelas administrativas na fase de planejamento podem não ser suficientes para evitar integralmente os riscos da contratação pública. Assim, pode haver a estipulação de garantias contratuais, de modo não a prevenir riscos e prejuízos, mas diminuir os impactos deles**. Grifo nosso. (SANTOS, 2015, p.63)

Ante a explanação acima, Santos (2015) afirma que as garantias contratuais tratam-se de institutos legalmente estabelecidos cujo objetivo é minimizar o risco de prejuízo em razão de uma inexecução do acordo avençado.

4.2 – Espécies de garantias nos contratos administrativos

As garantias podem ser reais ou fidejussórias. A livre escolha dos contratantes nos contratos regulados pelo direito civil, e seja qual for o tipo escolhido, apresentam-se de forma geral, como sendo qualquer meio de resguardar ou minimizar os riscos de inexecução do compromisso avençado.

Nos contratos administrativos, as garantias veem claramente estipuladas, em rol taxativo, no art. 56, da lei 8.666/93. Destarte, o *caput* do referido artigo afirma que a exigência de garantia trata-se de critério da autoridade competente, desde que prevista em instrumento convocatório. Já o § 1º apregoa que cabe ao contratado optar por uma das garantias prevista em lei, as quais no caso da lei 8.666/93 são:

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e a fiança bancária. O § 2º estabelece que a garantia não pode exceder a cinco por cento do valor do contrato. O § 3º admite o limite de dez por cento do valor do contrato em obras de grande complexidade técnica e elevados riscos financeiros.

Conforme Marinela (2018), o objetivo dessas garantias é assegurar a plena execução do contrato. Além disso, também nos alerta que, apesar do texto legal apresentar a expressão “poderá ser exigida a prestação de garantia”, trata-se, em verdade, de um poder dever e, não mera faculdade do gestor público.

Nesse sentido, cabe destacar que a escolha da modalidade de garantia a ser oferecida, por expressa previsão legal, cabe ao contratado e, não, à Administração Pública, a qual não pode impor a modalidade que melhor lhe resguarde a execução contratual e o erário.

Ainda é valioso ressaltar que essas garantias previstas no art. 56 da lei 8.666/93 não devem ser confundidas com aquelas previstas na fase da licitação, que são parte necessária para a apresentação das propostas.

Passando agora ao detalhamento dos tipos de garantias, temos que na caução em dinheiro, a empresa vencedora (contratado) realiza um depósito em dinheiro em uma conta bancária previamente estabelecida pela Administração. Assim, o valor depositado fica retido até a conclusão final do contrato, sendo o valor caucionado restituído ao contratado com correção monetária.

Já na caução em títulos da dívida pública, caso o contratado possua esses títulos, ele os transfere à Administração. Assim, os investimentos em títulos da dívida pública passaram a garantir a execução contratual.

Conforme Marinela (2018), o seguro garantia se trata de um contrato que é firmado entre o contratado com a seguradora que irá resguardar a execução da obra pública. Destarte, a seguradora se compromete a assumir os riscos de uma eventual inexecução contratual. Essa modalidade de garantia será mais bem detalhada no tópico seguinte.

A terceira espécie de garantia, a fiança bancária se traduz em uma garantia prestada por um Banco. Assim, o Banco é quem será o fiador do contratado no contrato firmado com a Administração Pública.

5 – Seguro garantia

Considerando que no presente artigo conferimos importância impar ao seguro garantia, como possibilidade de redução do desperdício do dinheiro público com obras inacabadas, neste tópico irá explanar mais profundamente acerca do instituto do seguro garantia.

De acordo o art. 6º, VI da lei 8.666/93 podemos definir seguro garantia como: “o seguro que **garante o fiel cumprimento das obrigações** assumidas por empresas em licitações e contratos;” (Grifo nosso).

No Brasil o seguro garantia é regulamentado pela Superintendencia de Seguros Privados – SUSEP por meio da Circular Susep nº 477, de 30 de setembro de 2013 que: Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências.

De acordo com o art. 3º dessa circular o seguro garantia pode se dividir em dois ramos: “Art. 3º O Seguro Garantia divide-se nos seguintes ramos: I – Seguro Garantia: Segurado – Setor Público; II – Seguro Garantia: Segurado – Setor Privado.”

Respeitando a temática deste artigo iremos nos atentar sobre o seguro garantia do setor público.

A Circular nº 477 da SUSEP define e dá outras disposições sobre o Seguro Garantia: Segurado – Setor Público em seu art. 4º:

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

I – processos administrativos;

II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais;

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

IV – regulamentos administrativos.

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

Segundo Galiza (2015), o seguro garantia surgiu nos Estados Unidos-EUA, em razão das sucessivas inadimplências dos construtores em obras públicas. Como reação a isso, o congresso norte americano aprovou em 1893 o “Heard Act”, o qual previa a obrigatoriedade dessa modalidade de seguro em todos os contratos do governo.

Destarte, o risco da inexecução das obras públicas transferia-se do ente público para a iniciativa privada.

Galiza (2015), ensina que nas sucessivas alterações legislativas que o instituto em análise sofreu, no ano de 1935, entrou em vigor o “Miller Act”, que incorporou maior proteção ao Estado, pois estabeleceu a exigência de diversas garantias que serão oportunamente abordadas.

O seguro garantia envolve uma dinâmica diferente daquela que ocorre nos seguros tradicionais. Enquanto a forma clássica envolve somente duas partes, o seguro garantia abrange três partes.

De acordo com Galiza (2015), outras características ainda se diferem entre as essas duas modalidade de seguro. No seguro tradicional a seguradora espera haver sinistro, ou seja, o risco fazer parte da operação. Já no seguro garantia caso a seguradora avalie a possibilidade de risco relevante, não emite o seguro, ou seja, a empresa que irá realizar a obra deve apresentar risco zero de sinistralidade. Destarte, no seguro garantia a seguradora não só analisa critérios financeiros e econômicos, mas também aspectos técnicos.

O aspecto tricotômico do seguro garantia pode ser visualizado da seguinte forma: 1) Segurado ou Contratante: via de regra é uma pessoa jurídica quem contrata uma obrigação de construção, de fornecimento de serviço. É o beneficiário da apólice de seguros; 2) Tomador ou Contratado: sempre será uma pessoa jurídica que assumi a obrigação de construção ou do fornecimento de bens ou serviços. Entre o contratante e o contratado haverá um contrato que preverá as obrigações de ambos; 3) Seguradora: é quem garante ao contratante que as obrigações assumidas pelo tomador serão cumpridas nos termos do contrato.

Conforme Galiza (2015), no Brasil o seguro garantia teve duas dificuldades: a primeira a legislação inexistente ou incipiente e uma segunda que foi a concorrência da fiança bancária. Ainda para o mesmo autor, no ano de 1966 o seguro se tornou obrigatório para incorporadores e construtores de imóveis, contudo, a regulamentação ficou pendente. No ano seguinte, em 1967, o seguro

garantia fora inserido entre em serviços que envolviam a administração direta e autarquias, todavia, ainda muito elementar. Já no ano de 1993 com a promulgação da “nova lei de licitações” a lei 8.666/93, após muito debate o instituto do seguro garantia foi retirado do texto. No entanto, no ano de 1994 o seguro garantia foi novamente trazido para o texto legal.

Atualmente a lei 8.666/93 prevê os limites máximos de cobertura do seguro garantia, nos §§ 2º e 3º do art. 56,

Art. 56. (...)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a **cinco por cento do valor do contrato** e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para **até dez por cento do valor do contrato**. (Grifo nosso)

Como o propósito do presente artigo é a demonstração de que a correta utilização do seguro garantia apresenta a capacidade de redução significativa do desperdício dos recursos públicos, iremos a partir daqui expor um detalhamento desse instituto de garantia nos EUA.

Segundo Galiza (2015), impende destacar a distinção entre dois institutos que existem no EUA, o *fidelity insurance* e o *surety insurance*. O primeiro *fidelity*(fidelidade), existe para a cobertura de atos de desonestidade de funcionários, já o segundo produto, que será o foco do artigo, o *surety* são cobertura que abrangem questões técnicas e financeira da empresa contratada.

Acerca dos seguros do tipo *surety* existem três tipos de seguro garantia, sendo eles: o *Bid bond*, o *performance bond* e o *payment bond*.

Para um melhor entendimento do que se tratam os institutos acima, iremos transcrever, *ipsis litteris*, a explicação dos tipos de seguro garantia, oferecido pela *National Association of Surety Bond Producers*, citado em Galiza (2015, p. 28):

Existem três tipos principais de cauções que fornecem seguro garantia. O ***Bid Bond (seguro garantia licitante)*** ajuda a filtrar os licitantes não qualificados e fornece aos proprietários um meio para recuperar o custo de ter que repetir o processo de licitação, se o adjudicatário for incapaz ou não de celebrar o contrato e fornecer as garantias de execução e pagamento exigidos. O ***Performance Bond (seguro garantia do executante)*** fornece ao proprietário uma garantia de que, em caso de negligência por parte do empreiteiro, a caução irá exercer as obrigações sob o seguro garantia para cumprir o contrato de construção. O ***Payment Bond (seguro garantia de pagamento)*** assegura que determinados contratantes e fornecedores de materiais serão pagos, na hipótese de o empreiteiro falhar em suas obrigações de pagamento. (Grifo nosso).

Acerca da utilização do seguro garantia nos EUA Galiza (2015), demonstra que: a legislação é variável de um Estado para outro, mas segue uma lógica de utilização; os valores do seguro, em várias situações, depende o tamanho e a complexidade da obra, mas em boa parte dos Estados é exigido um percentual de 100% e, na maioria deles a alíquota é de 50% do valor do contrato.

Outra faceta muito importante do seguro garantia é a questão da pré-qualificação da empresa contratada, que é exigida pela seguradora para a emissão da apólice.

De acordo com o artigo “*The top ten things public owners should know about surety bonds*”, publicado em 2014 na revista da *National Association of Surety Bond Producers*, a seguradora exige uma pré-qualificação rigorosa do empreiteiro, com vista à proteção do ente público que contratou a obra. Ainda conforme o artigo, antes de se emitir uma apólice, a seguradora deve estar totalmente confiante em relação à empresa contratada e, entre outros, avalia os seguintes critérios:

- Boas referências e reputação;
- Capacidade de cumprir as obrigações atuais e futuras;
- Experiência de acordo com os requisitos do contrato;
- O equipamento necessário para fazer o trabalho ou a capacidade de obtê-lo;
- A força financeira para apoiar o programa de trabalho desejado;
- Um excelente histórico de crédito;
- Um relacionamento bancário estabelecido e linha de crédito.

Firmada tais considerações, cumpre destacar que o interessante para o presente artigo é o instituto do *performance Bond*. O qual segundo o jurista Modesto Carvalhosa, em seu artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, “(...) garante o ente público contra o risco de inadimplência do contrato de obras firmado pela contratada: preço e abrangendo qualidade e prazos.”

De acordo com Carvalhosa (2016), em caso de não cumprimento da obra por parte da contratada, a seguradora disponibiliza à Administração Pública os recursos a finalização da obra descumprida. Dentro dessa cobertura também há a previsão da cobertura de multas de mora e as contratuais.

O *performance Bond*, segundo Carvalhosa (2016), apresenta como objetivos:

- 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 plano federal, dos Estados e dos municípios abrangidos;

O eminente jurista Carvalhosa (2016), expõe uma série de características inerentes ao *performace Bond* que o individualiza e demonstra que esse instituto é inteiramente diverso de uma apólice de seguro tradicional.

Destarte, para Carvalhosa (2016) tem-se que em uma apólice de seguro comum, o contrato é firmado entre duas partes (seguradora e segurado), no qual a seguradora assegura um fato futuro e incerto. Ao passo que no seguro garantia a apólice é arriada entre três envolvidos (ente público, empresa contratada e seguradora), em que a seguradora assume a obrigação da empresa contratada realize integralmente o contrato de execução de obra pública, ou seja, trata-se de um acontecimento presente e conhecido. No que tange ao valor do ressarcimento, depois de verificado o inadimplemento, a seguradora é notificada pelo ente público, para então, a seguradora após investigação das causa da inexecução efetue o pagamento da apólice à Administração Pública, que poderá ser menor a depender do estágio da inexecução.

Prosseguindo quanto às características do *performace Bond*, na visão de Carvalhosa (2016), relevante atributo desse instituto cinge na necessidade na aposição, simultânea à firma do contrato de seguro garantia, outro de indenização assinado pela empresa contratada em favor da seguradora, no qual a executante inadimplente se compromete a ressarcir a seguradora pelo premio pago ao ente público.

6 – Garantia como condição de possibilidade de execução para obras públicas

Como anunciado em tópico acima o problema das obras inacabadas no Brasil, é uma chaga que ofende toda a sociedade. Tal situação é recorrente em nosso país e desde muito tempo parece não ter solução, ficando a sociedade refém de contratos de execução de obras públicas que nunca chegam ao fim, tornando-se verdadeiros ralos do dinheiro público, que além do desperdício, ocasionam a não fruição dos benefícios da obra por parte da população, sendo esse último problema de monta incalculável.

Santos(2015), em seu livro “Contratos administrativos: formação e controle interno da execução” realiza importantes considerações acerca dos contratos administrativos, não somente de cunho técnico, mas também reflexões sobre a importância desse instrumento para a sociedade.

O autor ensina que os contratos administrativos possuem natureza funcional e instrumental de execução de políticas públicas, funcionando como verdadeiros mecanismos de gestão da Administração Pública.

Nesse sentido, Santos (2015) apregoa que seja qual for a causa que impossibilite a execução total da obra, essas falhas e distorções irão impactar efeitos diretos acerca de direitos e garantias fundamentais do cidadão, como obras inacabadas que interrompam a prestação de saúde, segurança e educação.

Esse problema que aos olhos de qualquer cidadão parece não ter solução, pelo atual sistema licitatório previsto na lei 8.666/93 realmente não tem.

Retomando as lições de Marinela (2018, p.544) em relação às garantias previstas na lei de licitações: **“o fundamento para a exigência é a proteção do interesse público com o perfeito adimplemento do contrato (...)**. Ora, os contratos administrativos executados no Brasil são realmente assegurados pelo sistema de garantia vigente?

Os arts. 55 e 56 da lei 8.666/93 que preveem a utilização das garantias para assegurarem o fiel execução de obra pública em nosso país é falho, carregado de brechas e possibilita às empresa e gestores públicos de má fé a condução temerária de obras públicas que envolvam milhões, ou as vezes centenas de milhões de reais, como ocorreu no contrato de execução do hospital das clínica em Uberlândia/MG.

Além do caso prático aventado nesse artigo, para aclarar mais situação vamos realizar um simples raciocínio. Caso você faça a aquisição de um veículo por R\$ 100.000,00, sentiria que o seu patrimônio está protegido com um seguro que cubra apenas 5%, ou no máximo 10%, do valor do automóvel que adquiriu, em caso de furto, roubo, incêndio ou perda total?

Certamente a resposta será negativa e, é justamente esse o percentual de garantia que a atual lei de licitações autoriza e exige do contratado para a realização de obras públicas.

O percentual previsto, em qualquer modalidade de garantia, no art. 56 da lei 8.666/93 é de 5% do valor do contrato, podendo chegar a 10% em obras de grande vulto e complexidade.

Entendemos que para a correção dessa impropriedade da lei deve haver algumas alterações substanciais no regime de garantias dos contratos de obras públicas.

Inicialmente a escolha da espécie de garantia deveria ser incluída no rol das cláusulas exorbitantes, ou seja, em todos os contratos da Administração Pública (excetuando aqueles regidos pelo direito civil) deveriam ser garantidos por meio de um das modalidades previstas na lei 8.666/93 a critério da Administração Pública, podendo sofrer uma mutabilidade no decorrer do contrato, para aqueles contratos que não fossem garantidos por uma apólice de seguro.

Em complemento a isso, a modalidade de garantia do tipo seguro passaria a ser obrigatória nos contratos de obras públicas, não cabendo mais a empresa contratada a escolha da modalidade de garantia prestada. Em percentual estabelecido de forma clara e objetiva, retirando do texto legal conceitos vagos e passíveis de subjetividade como: “alta complexidade técnica” e “riscos financeiros consideráveis”.

Como debatido acima, nos EUA há o instituto do *surety insurance* que abarca três tipos de seguro garantia, sendo eles: o *Bid bond*, o *performace bond* e o *payment bond*.

Entendemos que para a realidade brasileira o *performace Bond* seria de grande valia para coibir expressivamente o mau uso de recurso público em obras inacabadas.

Nesse sentido, poderia se instituído de forma obrigatória um seguro de execução ao percentual de 100% do valor do contrato em obras superiores a R\$ 100.000 e de 50% em obras abaixo desse valor. Entendemos que um percentual reduzido em obras abaixo de R\$ 100.000 seria necessário para não onerar demasiadamente obras públicas com valores reduzidos.

Destarte, para a emissão da apólice à contratada, conforme o artigo “*The top ten things public owners should know about surety bonds*”, publicado em 2014 na revista da *National Association of Surety Bond Producers*, necessariamente, a seguradora realizará um “raio-x”, baseado sempre em critério objetivos, da empresa vencedora, analisando aspectos como: boas referências e reputação, capacidade de

cumprir as obrigações atuais e futuras, experiência de acordo com os requisitos do contrato, a força financeira para apoiar o programa de trabalho desejado, excelente histórico de crédito, relacionamento bancário estabelecido e linha de crédito. Desse modo, aquelas empresas que não apresentem condições de realização da obra, naturalmente, serão extirpadas do negócio, pois a elas não seria emitido a apólice de seguros.

Outra característica do *performace Bond* que contribui para erradicar das licitações de obras públicas aquelas empresas inidôneas, é a necessidade da existência de um contrato de indenização em favor da seguradora, o qual será pago integralmente pela empresa inadimplente à empresa de seguros caso esta necessite entregar o prêmio ao ente público. Nesse sentido, a seguradora irá atuar com um “cão de guarda”, atuando incisivamente sobre a empresa contratada, pois a seguradora não quer correr o risco de assegurar uma empresa que não apresenta condições de concluir integralmente o contrato e, no caso de inexecução, que não tenha condições de ressarcir a Companhia de seguros que pagou o prêmio à Administração Pública.

Ao contrário dos seguros tradicionais que envolvem apenas dois atores, a modalidade do seguro garantia é composta por três envolvidos: contratante, contratada e a seguradora que tem papel ativo no negócio, pois ela agirá ativamente para a conclusão do projeto.

Justamente neste ponto, o instituto do *performace Bond* também apresenta grande aplicação no Brasil, visto que em caso de inexecução da contratada, a seguradora ou assumirá o contrato até a execução completa ou restituirá o ente público os valores já gastos.

Afora o exposto, o seguro garantia ainda proporciona uma série de características inerentes ao instituto que, invariavelmente, conduziria à efetivação da obra pública, tais como: a garantia dos prazos de execução, da qualidade e do preço, a exigência de licenças dos planos governamentais.

Dessa forma, entendemos que uma série de exigências rigorosas seja para a emissão da apólice, que ao nosso entendimento deveria ser requisito obrigatório para a assinatura do contrato, tendo a seguradora como fiscal da obra (transferência do risco do ente público para o privado), haveria então um risco muito baixo de inexecução da obra, e caso houvesse o inadimplemento do contrato, o prejuízo não recairia ao cofre público, mais sim diretamente sobre a seguradora e

indiretamente na empresa contratada que não conseguiu concluir a obra, pois esta não terá outra oportunidade em novas licitações para obras públicas, pois já seria barrada na fase de pré-qualificação para a emissão da apólice.

Considerações Finais

Ante a exposição ao longo do artigo, fica a indagação: até quando no Brasil a sociedade irá sofrer com a “torneira aberta” de recursos públicos em obras que nunca terminam? Até quando a população irá suportar a não prestação ou execução deficiente de serviços públicos em razão do não adimplemento das obras públicas?

Para comprovar as indagações acima, não precisamos recorrer a revistas, os documentários na televisão ou buscar informações concretas na internet, basta que percorramos nas ruas dos milhares de municípios do Brasil para identificarmos diversas obras inacabadas. E, como um pouco de ousadia, é possível afirmar que a grande maioria de todos os municípios brasileiros existe, seja das mais simples como uma praça ou pequena escola ou posto de saúde até as mais complexas, pelo menos uma obra ou serviço público inacabado.

Frente a isso, o presente trabalho não pretendeu a realização e/ou solução completa de um problema que já se arrasta por décadas no Brasil. Contudo, apresentamos uma proposta que, ao nosso entendimento, irá mitigar os problemas gerados pela inexecução contratual que resulta em obras inacabadas.

Entendemos que a utilização obrigatória do seguro garantia nos moldes propostos, tendo um fiscal privado, ou seja, a seguradora que tem interesse na concretização completa da obra para não no pagamento do prêmio, irá coibir sobremaneira a nefasta prática de obras inacabadas.

Destarte, essa nova utilização no Brasil de um instrumento que já existe e é empregado com sucesso a mais de um século na maior economia do planeta, irá proporcionar à sociedade brasileira uma gestão eficiente dos recursos públicos, contratos de obras públicas mais seguros e, como consequência, o atendimento da função principal de uma obra pública que é atender às necessidades da sociedade.

THE INSURANCE GUARANTEE AS A POSSIBILITY OF REDUCTION OF WASTE OF PUBLIC RESOURCES IN WORKS UNDERTAKEN IN BRAZIL

Abstract

It is notorious in Brazil for the excess of unfinished public works spread across all regions, and the reasons for this are the most diverse, such as government interference in not passing on the contractual values until the abandonment of the work by the executing company, which in bad faith or for lack of correct planning can not finish the public work. This nefarious and recurring practice at all levels of our federation has a great negative impact on the treasury, as well as on the population that does not take the benefits of public works. In view of this situation, the present article will address the theme of unfinished works in Brazil with the proposal of a solution to such questions.

Keywords: *Administrative contracts, unfinished works, insurance guarantee.*

Referencias

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 08 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em 18/02/2019

BRASIL, Relatórios Auditoria CGU. Ministério da Transferência e Controladoria-Geral da União. **Relatório Nº 201603298 – Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia – Obras de Ampliação do Pronto Socorro**. Disponível em: <http://www.ufu.br/audit/relatorios-cgu>. Acesso em 18/02/2019.

BRASIL, Tribunal de Contas da União (TCU). **Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas / Tribunal de Contas da União**. 4ª Ed. Brasília: TCU, SecobEdif, 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/obras-publicas-recomendacoes-basicas-para-a-contratacao-e-fiscalizacao-de-obras-e-edificacoes-publicas.htm>. Acesso em 18/02/2019.

CARVALHOSA, Modesto. Combate efetivo à corrupção depende da quebra do capitalismo de laços. **Consultor jurídico**, [S. l.], 14 jun. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>. Acesso em: 01/03/2019.

Confederação Nacional da Indústria. **Grandes obras paradas : como enfrentar o problema?** / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-cni-grandes-obras-paradas.pdf>. Acesso em 10/02/2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GALIZA, Francisco. **Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas**. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015. Disponível em: http://www.ens.edu.br/arquivos/estudos_ed29_fgaliza_1.pdf. Acesso em 10/02/2019.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª Ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
National Association of Surety Bond Producers (<http://www.nasbp.org/>). Associação que representa os especialistas da área. Disponível em: <https://www.suretybondquarterly.org/2015/01/22/the-top-10-things-public-owners-should-know-about-surety-bonds/> - Acesso em 28/03/2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos: formação e controle interno da execução**: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SUSEP (Superintendência de Seguros Privado). **Circular Susep nº 447, de 30 de setembro de 2013**. Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/biblioteca/web/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460> . Acesso em: 01/03/2019.