



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Vítor Boaventura Xavier
12/0046032

**O SEGURO GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO – *PERFORMANCE*
BOND: UMA ANÁLISE DE ASPECTOS REGULATÓRIOS E CONCORRENCIAIS
DA SUA EXIGÊNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL**

Brasília, Distrito Federal
2017

O SEGURO GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO – PERFORMANCE BOND:
UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS REGULATÓRIOS E CONCORRENCIAIS DA SUA
EXIGÊNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Autor: Vítor Boaventura Xavier

Orientadora: Prof.^a Dra. Ana de Oliveira Frazão Vieira de Mello

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
– UnB.

Brasília, 29 de junho de 2017

VÍTOR BOAVENTURA XAVIER

O seguro garantia de execução do contrato – *performance bond*: uma análise de aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela Administração Pública no Brasil.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão Vieira de Mello
(Orientadora – Presidente)

Prof.^o Dr. Márcio Iório Aranha
(Membro)

Prof.^o Dr. Fabiano Hartmann
(Membro)

Prof. Dr. Valcir Gassen
(Suplente)

Aprovada em: 29 de junho de 2017.

À minha avó Dalci (em memória)

AGRADECIMENTOS

Augusto e Adriana, meus queridos pais, e Amanda e Bruno, irmãos e melhores amigos, por tudo.

Professor Modesto Carvalhosa, responsável por introduzir as *performance bonds* em minha vida, por partilhar seu profundo conhecimento e me ensinar sobre o exercício da advocacia virtuosa. *Tanti grazie!*

Roberto Luís Oppermann Thomé, por me ensinar que o Direito pode ser revolucionário, e pelo exemplo de humanidade e convicção. Meu profundo agradecimento.

À energia e tenacidade de minha orientadora, Prof.^a Ana Frazão, que sempre estimulou a produção acadêmica crítica, interdisciplinar e conectada com as grandes questões que se apresentam às sociedades contemporâneas. Agradecimento estendido aos membros do Grupo de Estudos em Constituição, Empresa e Mercado (GECEM) e aos professores Márcio Iório Aranha, Fabiano Hartmann e Valcir Gassen, que gentilmente aceitaram o convite para compor a banca de apresentação deste trabalho.

Aos professores Luciana Yeung, Aldo Musacchio e Paulo Furquim, pela leitura, comentários e críticas ao *paper* que originou este trabalho, apresentado no XI *Research Workshop on Institutions and Organizations*, um evento do CORS (USP).

Aos estimados Miroslav Milovic, Ernesto Tzirulnik, Marcus Faro de Castro, Cristiano Paixão, Arnaldo Godoy, Beatriz Vargas Ramos, Francisco Schertel, Fernando Kuyven, Felipe Ronco, Sofia Carvalhosa, Ilan Goldberg, Júlia Batistella, Alonso Soler, Gilberto Tedéia, Maria Cecília Almeida, Petrônio Braz Júnior, Luiz Felipe Seabra, Rogério Vergara, João di Girolamo, Patrícia Araújo, Valéria Porto, Paula Dornelles, Gabriel Miranda Ribeiro, Roberto Pimenta, Hícaro Quintela, Ana Cláudia, Renan Cruvinel, Felipe Mattos Leal Dias, Matheus Barra, Matheus Pimenta, Júlia Braga, Angelo Gamba, Isabela Patriota André Maia, Carla Frade, Pedro França, Adriana Pinheiro, Kessya Milena, Luis Felipe Heringer, Yuri Assen, Ana Lúcia Palma, Augusto Coutinho Filho, Vitor Leão, Júlia Marssola, Luíza Malheiro, Fabrício Ludgero, Sheila Soares Silva, Leonir, Washington, Mira, Glória, Wagner, Néia, Silvana, Marcílio, Laura, Andréa Cavalcante, Marcus, Antônio, Carla, Ana, Denise Elena Costa e seu marido Flávio, e a todos os demais professores e amigos que contribuíram para a realização deste estudo para a minha formação acadêmica.

Aos meus queridos avós Máximo (*em memória*) e Lizette. E ao meu avô Mozart, por me ensinar tantas coisas preciosas sobre a vida. Um agradecimento especial aos tios Armando e Vinícius, cujas experiências com a engenharia me proporcionaram uma maior compreensão do meu objeto de estudo.

“(...) O Poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou”.

Faoro, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 2008, p. 837.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de identificar como a *performance bond* diminui os riscos de inadimplemento nos contratos administrativos de obra, de fornecimento de bens e de prestação de serviços. A descrição do funcionamento da *performance bond* ressalta a estruturação, pela apólice, de um Sistema de Incentivos Recíprocos (SIR) à regular execução do contrato, assim como ressalta a importância do processo de subscrição da garantia para a funcionalidade deste sistema. Em seguida, são feitas considerações a partir da legislação federal brasileira desde 1988 e da dos Estados Unidos desde a sua promulgação original pelo *Heard Act*, em 1894. A análise dos aspectos regulatórios e concorrenciais da *performance bond* no contexto de sua utilização nos contratos administrativos no Brasil considera o impacto à concorrência na licitação resultantes da exigência da apólice, a concentração econômica do setor de seguros no Brasil e o modelo de supervisão adotado pela Superintendência de Seguros Privados (Susep). Conclui-se que a *performance bond* reduz os riscos de inadimplemento nos contratos garantidos, mas sua funcionalidade decorre de um equilíbrio frágil, alcançado através da combinação de práticas setoriais e de supervisão com um desenho normativo adequado.

Palavras-chave: *performance bond*, contrato, execução

ABSTRACT

The objective of this study is to identify how the performance bond reduces the risks of default in the administrative contracts for public works, the supply of goods and the provision of services. The description of the performance bond highlights the structuring of a System of Reciprocal Incentives (SRI) to the regular execution of the contract, as well as emphasizing the importance of the underwriting process for the functionality of this system. Next, some considerations from Brazilian federal legislation since 1988 and from the United States since its original enactment by the Heard Act in 1894. The analysis of the regulatory and competitive aspects of the performance bond in the context of its use in administrative contracts in Brazil considers the competitive impact of requiring the bond, the economic concentration of the insurance industry in Brazil and the supervisory model adopted by the Superintendency of Private Insurance (Susep). The study concludes that performance bond reduces the risks of default in guaranteed contracts, though its functionality stems from a fragile balance, achieved through the combination of sectoral and supervisory practices with an appropriate normative design.

Key-words: performance bond, contract, execution.

SUMÁRIO

Introdução	11
1) Descrição da performance bond	15
a. Processo de Subscrição da Garantia (<i>Underwriting Process</i>).....	18
i. Préqualificação	19
ii. Avaliação da Subscrição da Apólice	20
iii. Empresas de Auditoria Especializada	21
2) O sistema de incentivos recíprocos à regular execução do contrato (SIR).....	22
3) A Performance Bond nos EUA	24
a. A crise financeira de 1893 e o surgimento das <i>Performance Bonds</i>	24
b. Heard Act (1894)	26
c. Miller Act (1935)	28
d. Modalidades de Performance Bond e os procedimentos à execução da apólice nos EUA	29
i. A configuração do sinistro (<i>default</i>)	29
ii. As modalidades de apólices e as opções de ação da seguradora na hipótese de sinistro	30
e. Capacidade de retenção do mercado americano: as operações de resseguro e os <i>co-suretyship agreements</i>	32
4) A Performance Bond no Brasil: seguro garantia de execução do contrato	32
a. Experiência brasileira a partir da Constituição de 1988: síntese do histórico legislativo e regulamentar do seguro garantia no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1988	32
b. Modalidades de Seguro Garantia de Execução do Contrato e os procedimentos à execução da apólice no Brasil	36
c. O percentual do valor do contrato a ser garantido pela <i>performance bond</i>	38
d. Capacidade de retenção do mercado segurador brasileiro: a possibilidade de operações de Resseguro	42
e. Desenho e capacidade regulatória da Susep.....	44
5) As garantias contratuais e seu impacto à concorrência na Licitação	46
a. <i>Trade-off</i> : segurança na execução do contrato <i>versus</i> competição na licitação	48

b. Licitação e Concorrência: a eficiência da licitação na perspectiva do Antitruste	50
c. <i>Performance bond</i> : barreiras à entrada na licitação?	52
d. O regime de <i>performance bond</i> favorece a troca de informações sensíveis entre concorrentes?	54
e. A concentração no setor de seguros no Brasil coloca em risco a efetividade do regime de <i>performance bond</i> ?	56
6) Propostas de alteração do atual regime brasileiro de seguro garantia de execução do contrato	61
a. Projeto de Lei n. 274, de 2016	61
b. Projeto de Lei n. 6814, de 2017	62
7) A contratação de <i>performance bond</i> nas contratações sob o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n. 12.462/11)	64
8) Conclusões	65
Referências	70

INTRODUÇÃO

Desde a segunda metade do século XX e início do século XXI, ocorrem debates a respeito dos procedimentos de seleção e contratação administrativos. Os mencionados debates englobam a busca por mecanismos contratuais capazes de garantir efetividade às políticas públicas através da execução regular dos contratos. Englobam ainda: a avaliação do procedimento licitatório, o modelo de gestão contratual, as práticas institucionais de governança, além da utilização de garantias contratuais.

No Brasil o debate é enriquecido pelo desafio do combate à corrupção sistêmica e pela incapacidade do atual modelo de gestão e acompanhamento da execução dos contratos administrativos¹, demonstrada pela prática recorrente de aditamentos de valor e atrasos na execução dos contratos, conforme verificou Fiuza (2009) ao analisar uma amostra de obras civis, manutenções e reformas contratadas pelo governo federal registradas no ComprasNet²:

Em minha amostra de obras civis, manutenções e reformas contratadas pelo governo federal e registradas no ComprasNet (contratos assinados entre 2002 e 2007), pude notar que 10% dos contratos foram aditados num intervalo de tempo (medido entre a data do início da vigência do primeiro aditamento de valor de acréscimo e a data de assinatura do contrato) menor ou igual a 8,4% do período inicial do contrato (medido como a diferença entre a data de final da vigência original do contrato e a data de assinatura do contrato)³.

À dificuldade enfrentada com os aditamentos soma-se a inexecução contratual e o atraso na execução dos contratos administrativos. A Confederação Nacional da Indústria (CNI) concluiu que em seis projetos de infraestrutura do Governo Federal analisados⁴, o custo

¹ Na introdução do seu estudo sobre os procedimentos e arcabouço institucional das compras públicas no Brasil, Fiuza (2009) afirmou: “Promover a eficiência da Administração Pública é, sem sombra de dúvida, o maior desafio da atualidade no Brasil. Aumentar a eficiência da máquina estatal significa fazer que os recursos dos impostos e contribuições arrecadados da sociedade sejam revertidos para o cumprimento do principal objetivo dessa máquina, isto é, prover bens e serviços públicos à população ao menor custo possível. As dimensões técnica e alocativa da eficiência do Estado passam necessariamente pela eficiência dos órgãos públicos na aquisição dos insumos de suas funções de produção. Isso justifica uma atenção especial aos procedimentos e ao arcabouço institucional das compras públicas no Brasil”. Fiuza: 2009, pp. 239.

² O Portal de Compras do Governo Federal (Comprasnet) foi instituído pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para disponibilizar informações das licitações e contratações promovidas pelo Governo Federal, bem como permitir a realização de processos eletrônicos de aquisição. É um módulo do SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais), composto por subsistemas com atribuições específicas voltadas à modernização dos processos administrativos dos órgãos Públicos Federais integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG. Para informações detalhadas sobre o Comprasnet, conteúdo disponível através do site: <https://www.comprasnet.gov.br/ajuda/sobre.htm> > acesso em 11/12/2016.

³ FIUZA: 2009, p. 247.

⁴ As seis obras são: o aeroporto de Vitória; o projeto de esgotamento sanitário da bacia do Cocó, em Fortaleza; o projeto de transposição do rio São Francisco; a ferrovia de integração Oeste-Leste, na Bahia; o trecho da BR-101 no sul de Santa Catarina e as linhas de transmissão ligando as usinas hidrelétricas do rio Madeira ao sistema interligado nacional.

estimado do atraso era superior a 28 bilhões de reais até 2013, valor equiparável à construção de 466 mil casas populares⁵. As causas dos atrasos identificadas pela pesquisa seriam a baixa qualidade do projeto básico, rescisões contratuais, morosidade na aprovação de projetos e conclusão de aditivos, além de problemas relacionados ao licenciamento ambiental.

Diante da conjuntura explicitada, o presente trabalho tem como objetivo analisar aspectos jurídicos e regulatórios da apólice de seguro garantia de execução do contrato – *performance bond* – no contexto de sua eventual utilização como garantia nos contratos administrativos de obra, de fornecimento de bens e de prestação de serviços no Brasil. A *apólice* é descrita a partir da legislação federal brasileira desde 1988 e da dos Estados Unidos desde a sua promulgação original pelo *Heard Act*, em 1894. A análise compreende o impacto à livre-concorrência na licitação decorrente da exigência da apólice pela Administração Pública.

A hipótese de pesquisa é que a *performance bond*, modalidade de seguro garantia, constitui um mecanismo de incentivo a execução regular dos contratos de obras, bens e serviços à Administração Pública, com a indireta função de combate à corrupção, na medida em que possibilita a quebra da interlocução direta entre agentes públicos e privados⁶ durante a execução contratual. Entre os incentivos gerados pelo produto encontram-se a melhoria do procedimento de habilitação de particulares em licitação, o incentivo à apresentação de projetos básico e executivo detalhados e o incentivo à fiscalização complementar da execução pela seguradora⁷.

Para isso, o presente estudo baseia-se em duas premissas fundamentais. A primeira, da vigência no Brasil do modelo de capitalismo de laços⁸ - “emaranhado de contatos, alianças e

⁵ Adota-se R\$ 60.000,00 como valor de referência para cada moradia, assim como fez o estudo da CNI (2014); *Vide* CNI: 2014.

⁶ Segundo Carvalhosa (2016), o sistema de *surety bond* e *performance bond* tem como objetivos impedir a interlocução direta entre o Poder Público e fornecedores; quebrar a corrupção sistêmica; garantir o preço, a qualidade e os prazos dos contratos; garantir a possibilidade de retorno do investimento público através do cumprimento rigoroso dos prazos contratados; fomenta a exigência de projeto técnico de necessidade e viabilidade da obra pelo Poder Público, inclusive com a prévia definição do preço, da qualidade e dos prazos a serem cumpridos. A *performance bond* fomenta ainda a exigência de licenciamento da obra nas esferas Federal, Estadual e Municipal. CARVALHOSA: 2016, p. 1.

⁷ Santos *et al* (2015), após analisarem qualitativamente dados referentes aos aditivos contratuais de prazo e valor ocorridos no âmbito da principal autarquia municipal responsável pela execução das obras de infraestrutura urbana e bens imóveis públicos do Município de Belo Horizonte/MG, apontaram como causas de aumento de custos e prazos nas obras as falhas do processo de projeto nas fases iniciais dos empreendimentos (“Nesse contexto, entende-se por gestão do processo de projeto a utilização de modelos para a definição de escopo, desenvolvimento dos programas de necessidades dos empreendimentos, coordenação de interfaces entre as disciplinas de projeto, bem como o controle de custos, prazos e qualidade dos produtos (projetos) desenvolvidos ao longo de fases previamente definidas”. SANTOS: 2015, p. 239). Para informações detalhadas, *vide* SANTOS: 2015, pp. 225-242.

⁸ Para Haber (2002), que estudou a manifestação do capitalismo de laços ou *crony capitalism* na América Latina, a expressão denota o “sistema em que a proximidade de indivíduos e empresas com autoridades políticas que tomam decisões e implementam políticas públicas recebem favores que tem um grande valor econômico. Esses favores permitem favorecimento de agentes econômicos com conexões políticas, que através do relacionamento conseguem retorno financeiro que não alcançariam se prevalecentes os fatores de produção precificados pelo mercado”. HABER: 2002, p. xii, Tradução própria.

estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos” assentado “no uso de *relações* para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse”⁹ em conjunto com um quadro de manifestação da corrupção em nível sistêmico. A segunda premissa é a de que a relação direta entre agentes públicos e privados na contratação e execução de obras, no fornecimento de bens e de serviços à Administração é, ao mesmo tempo, causa e resultado de sucessivos atos de corrupção cometidos por agentes públicos e privados.

Nos Estados Unidos, as *performance bonds* foram introduzidas durante as crises financeiras do pós-guerra civil como uma alternativa para resguardar os interesses do Estado e dos contribuintes na execução regular dos contratos públicos e, ao longo de sua utilização nos últimos 122 anos, têm demonstrado sucesso, muito embora tenham sido necessárias reformas em seu desenho regulatório. Na Europa e em outras partes do mundo, o seguro garantia também é utilizado com frequência, porém não com a mesma incidência dos EUA, sendo as letras de câmbio o principal mecanismo de garantia dos contratos, segundo Galiza (2015)¹⁰.

O fato de o Brasil dispor de um mercado segurador desenvolvido e em crescimento favorece a discussão da exigência das apólices de *performance bond* como alternativa para a melhoria da qualidade dos projetos e para uma execução contratual regular. Trata-se do maior setor de seguros de toda a América Latina, responsável por 50% do prêmio bruto emitido na região. Segundo o Fundo Monetário Internacional (2012), no final de 2010, os ativos totais administrados pelo setor de seguros somaram US\$ 225 bilhões, atingindo 9,5% do Produto Interno Bruto (PIB)¹¹.

Quando analisamos a evolução dos mercados supervisionados a partir da razão entre o volume de receitas do respectivo mercado e o PIB do país, verifica-se o crescimento deste mercado, que saltou de uma participação de 2,94% em 2010 para 3,65% do PIB brasileiro¹² em 2011. Além da crescente participação no PIB nacional, o mercado de seguros, de acordo com a Superintendência de Seguros Privados (Susep), tem diversificado a sua gama de produtos oferecidos¹³ ao consumidor.

O trabalho está estruturado da seguinte forma: inicialmente, é feita uma descrição da *performance bond* que identifica os principais aspectos de sua dinâmica de funcionamento,

⁹ LAZZARINI: 2011, pp. 3-4.

¹⁰ Galiza (2015) estabelece três motivos principais para a menor presença do seguro garantia de execução do contrato na Europa: o surgimento das obrigações legais, regulamentares ou contratuais; a pequena porcentagem da importância coberta pelo seguro na Europa; a concorrência com o setor bancário. GALIZA: 2015, p. 23.

¹¹ FMI: 2012, p. 6.

¹² SUSEP: 2014, p. 3.

¹³ SUSEP: 2014, p. 2.

como o processo de subscrição da garantia (*underwriting process*). Em seguida, há a proposta de explicação do funcionamento da apólice em perspectiva sistêmica, pois identifica-se com a apólice a geração de múltiplos incentivos à execução regular do contrato cuja execução pelo tomador é o objeto de proteção pela apólice.

Em seguida, é feita a exposição do regime norte-americano de *performance bond*, posto que a sua estruturação e efetividade foi considerada a principal referência, em termos de experiência e prática institucionais com esse produto. A exposição compreende aspectos históricos, como o contexto da utilização da apólice por lá, e também abarca aspectos de natureza técnica, como a questão da configuração do sinistro (*default*), as modalidades de apólices, as opções de ação da seguradora, entre outros.

Após a exposição do regime norte-americano de *performance bonds*, o trabalho passa a se concentrar no regime jurídico do seguro garantia de execução do contrato no Brasil. Assim como o faz na parte dedicada aos EUA, o trabalho aborda aspectos relevantes da experiência brasileira, com a apólice, a partir de 1988, recorde temporal escolhido. São expostas as modalidades de apólice, assim como a configuração do sinistro e os procedimentos para a execução da apólice no Brasil.

Posteriormente, é iniciada a análise dos aspectos setoriais e regulatórios, como a questão da capacidade de retenção do mercado segurador brasileiro, a possibilidade realização de operações de resseguro, assim como a análise do desenho e da capacidade regulatória da Susep.

No capítulo intitulado “*As garantias contratuais e seu impacto à concorrência na licitação*”, é enfrentada a questão sensível do impacto causado pelas *performance bonds*, quando exigidas pela Administração Pública. Há a descrição do *trade-off* segurança na execução do contrato *versus* competição na licitação, assim como problematizada a questão da eficiência licitatória e da *performance bond* como barreira à entrada. Além disso, ainda na perspectiva do Direito à Concorrência, são enfrentadas a possibilidade de o regime de *performance bond* favorecer a troca de informações sensíveis entre concorrentes, e a possibilidade de que o risco de que a excessiva concentração no setor de seguros no Brasil coloque em risco a efetividade do regime de *performance bond*.

Finalmente, no campo das propostas legislativas dedicadas à reformulação do regime brasileiro de *performance bond*, são analisados dois projetos de Lei, o PLS n. 274, de 2016, e o PL n. 6814, de 2017. Também foi detalhada uma proposta de imediata exigência da apólice, atendendo às exigências de funcionalidade identificadas ao longo do trabalho, nas licitações sob o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n. 12.462/11) exigência da apólice como garantia contratual.

1. DESCRIÇÃO DA PERFORMANCE BOND

As *performance bonds* são uma modalidade do gênero *surety bonds* (gênero), que se distingue da apólice de seguros tradicional por sua natureza e finalidade¹⁴. Na definição de Vollbrecht e Lewis (2009), as *performance bonds* são: “contratos bilaterais expressos com direitos e obrigações de característica trilateral. Além disso, eles podem, e muitas vezes o fazem, incorporar preceitos e disposições regimentais, estatutárias, regulamentares e legais”¹⁵.

Diversamente do seguro tradicional, na *performance bond* a expectativa de sinistro deve ser nula. A apólice de *performance bond* “fornece fundos suficientes para o adimplemento na hipótese do tomador inadimplir a obrigação assumida no contrato objeto da apólice”¹⁶, mediante a assunção de responsabilidade, pela seguradora, da prestação do objeto do contrato, que pode ser realizada por ela mesma ou delegada a um terceiro, conforme veremos adiante¹⁷.

Nos Estados Unidos até 1935, o instrumento chamado “*performance and payment Bond*”¹⁸ garantia a proteção ao beneficiário da apólice e a toda a cadeia de subcontratados (fornecedores e empregados). Atualmente, no entanto, as *performance bonds* e os *payment bonds* são vistos como apólices distintas. Interessante notar a distinção entre as apólices, pois na *performance bond* não há proteção dos trabalhadores, mas tão somente do contratante em relação à fiel execução dos termos contratados¹⁹.

¹⁴ Um aspecto de distinção entre o gênero *surety bond* e as apólices de seguro tradicionais, segundo Schubert (2000), diz respeito à sua atuação permanente no sentido de evitar o sinistro. Por esse motivo, as seguradoras realizam uma cuidadosa qualificação e avaliação anterior à subscrição das apólices, de modo que “as seguradoras gastam grande quantidade de dinheiro no processo de subscrição na expectativa de conseguirem evitar maiores gastos por sinistros ao final do dia”. Schubert: 2000, p.42, Tradução própria.

¹⁵ No seu capítulo para o volume sobre *performance bonds* organizado pela *American Bar Association* (ABA), intitulado “Criação da relação” [*Creation of the relationship*], Thomas Vollbrecht e Jacqueline Lewis (2009) dedicaram-se com atenção às relações jurídicas criadas pela apólice durante a análise das principais características na apólice de *performance*. Vide VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p. 1. Tradução própria.

¹⁶ Vollbrecht e Lewis (2009) distinguem a apólice de *performance* das apólices de seguro tradicionais, com ênfase nos aspectos relacionados ao processo de subscrição de cada uma. Vide VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, pp. 5-9. Bezer (2010) também distingue as apólices de *performance* de forma elucidativa. Ao diferenciar o termo “*suretyship*” de “*insurance*”, afirma que “o seguro [*insurance*] é subscrito com base em uma determinação de perda previsível; A seguradora calcula o nível de exposição que provavelmente irá experimentar e dispersa o custo entre seus clientes. Ou seja, a seguradora cobra pelas reclamações que tem expectativa de acontecerem, embora seja desconhecido de qual segurado a reclamação virá”. Diversamente, tratando-se de *bid bond*, *performance bond* e *payment bond*, as apólices apenas são subscritas “depois que a seguradora avalia o risco de exposição. Nessas transações, a seguradora [*surety*] não antecipa a exposição como uma inevitabilidade próxima, como faz um *insurer*, e, portanto, a precificação de um *surety bond* é mais compatível com a suposição de que nenhuma reclamação da apólice irá ocorrer”. BEZER: 2010, p. 99. Tradução própria com adaptações.

¹⁷ Vide MACMANUS: 1968, p 875.

¹⁸ A apólice de seguro que compreende tanto a *performance bond* como o *payment bond*. As origens históricas desta apólice combinada de *performance and payment bonds* serão detalhadas a seguir, no tópico dedicado ao *Heard Act*.

¹⁹ MACMANUS: 1968, p. 875.

Nas regras uniformes para apólices contratuais da Câmara de Comércio Internacional [ICC Uniform Rules for Contract Bonds]²⁰, encontram-se as *performance bonds*, definidas como “apólice para segurar a execução de qualquer contrato ou obrigação contratual”. O Manual de Leis de Crédito e Comércio [Manual of Credit and Commercial Laws], em sua 104ª edição, organizado pela Associação Norte Americana de Gestão de Crédito [North American Association of Credit Management], conceitua as *performance bonds* como uma garantia contratual “que contém a promessa de uma terceira parte, a companhia seguradora, de pagar um prêmio fixado se determinados atos não são executados”²¹.

Em um recente relatório sobre a experiência, na Armênia, no Kazaquistão e na Ucrânia com contratos baseados em desempenho, executados para melhoria de serviços públicos de fornecimento de água, a OCDE (2011 b) também formulou didática definição da *performance bond*:

Performance bonds. O operador [contratado] é obrigado a garantir uma quantia especificada de dinheiro [através da compra da apólice], quantia a que a autoridade contratante pode recorrer caso o operador [contratado] viole ou anule o contrato. Se o operador se mostrar incapaz de cumprir as suas obrigações, nos termos contratado, o dinheiro é perdido. As *performance bonds* também podem ajudar a cobrir todos os custos sofridos pela autoridade contratante em decorrência do fracasso do operador. Por esta razão, é comum exigir que os contratantes forneçam uma *performance bond*, emitida por um banco independente ou uma companhia de seguros, para que a autoridade contratante possa recuperar os custos decorrentes do inadimplemento do contratado, mas até um limite, estipulado, muitas vezes, no valor equivalente ao custo estimado dos trabalhos de construção²².

A *performance bond* pode ser utilizada tanto para resguardar interesses públicos quanto os privados, interessados na execução regular de contratos. Quando emitida em favor do Estado, resguarda o interesse público envolvido em todo contrato administrativo. Na esfera privada²³, a *performance bond* constitui uma importante modalidade de garantia contratual, sendo aplicada de maneira recorrente nos contratos habitacionais, nas construções vultuosas, na compra e venda de *commodities*, entre outros²⁴.

No seguro garantia da espécie *performance bond* comercializado em benefício da Administração Pública, a “seguradora assume a obrigação de responder perante o ente público contratante pelo descumprimento das obrigações por parte da pessoa jurídica contratada para a

²⁰ Câmara de Comércio Internacional [International Chamber of Commerce]. Regras Uniformes para Apólices Contratuais. Artigo 2º - Definições. Disponível em: UNCITRAL: 2000, pp. 594-599.

²¹ NACM: [ca. 2014], p. 609. Tradução própria.

²² OCDE: 2011(b), p. 74. Tradução própria.

²³ A Circular nº 477/2013 define, em seu art. 5º, o seguro garantia em relação à hipótese de o segurado ser do setor privado: “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”.

²⁴ NACM: [ca. 2014], p. 610. Tradução própria.

realização de obras para fornecimento de bens e serviços”²⁵ até ao montante necessário à execução do contrato, limitado ao valor coberto pela apólice²⁶.

A motivação da contratação dessas garantias conecta-se justamente com a necessidade de ampliar a segurança do contratante na execução regular do contrato²⁷, seja através da sub-rogação por parte da seguradora, do financiamento de terceiro para completar o objeto do contrato ou, ainda, através do pagamento de indenização pela seguradora ao beneficiário da apólice²⁸.

O risco do agente segurador encontra-se no inadimplemento da obrigação contratual que o tomador tinha com o poder público (regular execução do contrato para construir uma ponte, por exemplo). Assim, a *performance bond* aumenta as chances de que a execução observe todas as especificações contratuais²⁹, oferece menores taxas e é emitida com maior rapidez³⁰. Além disso, pode exercer um papel-chave na prevenção de riscos, pois a sua emissão “não compromete a colateral³¹ da firma segurada, o que reduz a pressão sobre os seus índices de liquidez³²”.

Na relação contratual da apólice de seguro garantia, o dever de adimplemento ao qual a seguradora se sub-roga na relação jurídico contratual da apólice tem natureza indenizatória, pois “o segurador não se obriga a pagar o crédito segurado, em lugar do devedor original, mas a indenizar o segurado das consequências patrimoniais do inadimplemento [do tomador]”³³ até o limite do risco contratado.

²⁵ CARVALHOSA: 2016, p. 2.

²⁶ HAAS: 1957, p. 211.

²⁷ SCHUBERT: 2000, p. 3

²⁸ BRADY: 1971, p. 279;

²⁹ BEZER: 2010, p. 95.

³⁰ CNSEG: 2012, p. 8.

³¹ Segundo o SEBRAE, a colateral “consiste no somatório de ativos que o proponente tem disponíveis para oferecer em garantia a um empréstimo. Assim, quanto maior for o montante e a qualidade dos ativos disponibilizados, maior se torna a possibilidade de a instituição financeira reaver os recursos emprestados, caso o proponente do crédito não honre suas obrigações. Todas as formas de garantia, sejam elas pessoais ou reais, devem ser levadas em consideração na análise deste item”. SEBRAE: 2016. Nos EUA, tais valores mobiliários ou instrumentos financeiros são estipulados pelo Departamento do Tesouro para compor um programa de garantias e, por isso, são submetidos à avaliação pelo *Federal Reserve Bank*. A colateral pode ser transacionada como garantia a um investimento, empréstimo ou operação financeira com elevado grau de exposição a riscos. Por esse motivo, podem ser utilizadas em lugar de uma apólice de *performance*. A este respeito, *vide* DEPARTAMENTO DO TESOURO: 2016, pp. 1-2.

³² FIUZA: 2009, p. 269.

³³ LEÃES: 2002, p. 2

a) Processo de subscrição da garantia (*Underwriting Process*):

Uma característica fundamental do negócio das seguradoras diz respeito à subscrição da apólice³⁴. Enquanto a avaliação de subscrição das apólices tradicionais inicia-se com a reunião de grandes grupos de indivíduos inseridos em diferentes grupos/perfis de risco, a partir dos quais a seguradora constrói modelos e elabora cálculos de natureza atuarial para chegar ao valor a ser cobrado pela apólice, no processo de subscrição da *performance bond*, a seguradora analisa características específicas do pretendente-tomador e somente emite a apólice se não vislumbra a possibilidade de sinistro³⁵:

A subscrição da *performance bond* traz vantagens consideráveis ao beneficiário, principalmente quando este for a Administração Pública, pois a seguradora verifica com maior *expertise* os riscos envolvidos na realização daquele projeto, prioritário ao interesse público. A seguradora dispõe de incentivo suficiente para assim agir³⁶ pois, na relação contratual da apólice de *performance*, o tomador fica obrigado através de garantias ou contragarantias (*indemnity agreements*) exigidas pela seguradora a título de ressarcimento pelo eventual sinistro do tomador³⁷.

Para evitar recorrer às garantias patrimoniais, a seguradora elabora uma análise econômico-financeira do pretendente tomador, verificando sua capacidade de execução do contrato objeto da garantia. Esta análise, feita pela seguradora, compreende, ainda, o atestado de existência e veracidade das garantias patrimoniais oferecidas a título de ressarcimento, com o objetivo de resguardar os interesses do segurador diante da configuração do sinistro³⁸.

A análise do perfil e da capacidade de execução do contrato pela seguradora denomina-se processo de subscrição da apólice ou *underwriting process*. O processo de

³⁴ BEZER: 2010, p. 96.

³⁵ “Como regra geral, os prêmios de *performance bonds* não são definidos com base na percepção do risco de perda [sinistro], o que significa que os prêmios de *performance bond* não são determinados com base na expectativa de um sinistro. Ao contrário, se houver risco percebido suficiente de sinistro, a apólice não deve sequer ser emitida”. VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p.6.

³⁶ Ray Britt (1982) desenvolveu a questão da atuação da seguradora durante a investigação das causas do sinistro, em raciocínio que pode ser ampliado à atuação das seguradoras no processo de subscrição das apólices: “Com a quantidade de dólares envolvidos, a seguradora em um contrato de seguros seria impulsionada pelo interesse próprio para agir pronta e justamente. E a maioria das seguradoras assim o faz. Não porque são compelidas a este curso de ação por legislações ou decisões judiciais, mas porque reconhecem os benefícios à sociedade e reconhecem sua obrigação moral na transação e atuação justa e conforme. (...) a investigação feita pela seguradora é necessária não apenas em função do interesse próprio da seguradora, mas também dos beneficiários das suas obrigações”. BRITT: 1982, pp. 1-18, tradução própria com adaptações.

³⁷ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p.7.

³⁸ DUKE E ANDERSON: 2000, pp. 49-61.

subscrição da *performance bond* se divide em duas etapas, a pré-qualificação e a avaliação da subscrição da apólice (*underwriting assessment*), apresentadas a seguir.

i. Pré-qualificação

A pré-qualificação do tomador consiste na avaliação feita pela seguradora do possível tomador (doravante pretendente-tomador), baseada em critérios objetivos e mais abrangentes relacionados ao seu perfil, capacidade financeira, mas ainda não diretamente relacionados à apólice que deseja contratar³⁹. Segundo Russel (2000), trata-se de uma rigorosa avaliação feita pela seguradora para certificar o beneficiário que o pretendente-tomador da apólice é capaz de executar o serviço de acordo com os termos e condições do contrato⁴⁰.

Cada seguradora elabora sua pré-qualificação baseada em critérios próprios, de maneira que o interessado que não obtiver êxito na pré-qualificação em uma seguradora procurará outras, o que auxilia a garantir a pulverização e o fomento da competição no mercado de seguros⁴¹. Schubert (2000) menciona três vantagens proporcionadas aos beneficiários pela pré-qualificação feita pelas Seguradoras⁴²: i) evita o custo de pré-qualificar cada licitante potencial; ii) evita a oportunidade de favorecimento concorrentes durante a fase de habilitação para a licitação; iii) garante a avaliação dos concorrentes por terceiro independente, que é uma empresa solvente e capaz de garantir esta avaliação. Às vantagens explicitadas por Schubert é acrescido o ganho em segurança na conclusão regular do contrato.

ii. Avaliação da Subscrição da Apólice

A avaliação da subscrição ou *underwriting assessment* é uma etapa posterior à pré-qualificação, na qual a seguradora analisa as características específicas do interessado e somente emite a apólice quando avalia que o sinistro não é esperado para aquele projeto, considerando aquele pretendente-tomador capaz de executá-lo. Assim, a avaliação da subscrição é a análise feita pelas seguradoras da capacidade de *performance* do pretendente-

³⁹ SCHUBERT: 2000, pp. 41-47; RUSSEL: 2000, pp. 231,236 e 241.

⁴⁰ RUSSEL: 2000, p. 245. Tradução própria.

⁴¹ A concentração econômica no mercado brasileiro de seguros é um aspecto que deve ser levado em consideração. Segundo o FMI (2012), no mercado brasileiro de seguros foi identificada a crescente dominância por entidades relacionadas aos grandes bancos. No final do ano de 2011, havia 115 companhias de seguro em operação, representativas de 26 grupos econômicos. O Fundo observou que Itaú, Bradesco e Banco do Brasil detêm três grupos que, conjuntamente, controlavam aproximadamente 65% do mercado em termos de ativos totais. FMI: 2012, p. 23. Tradução própria.

⁴² SCHUBERT: 2000, p. 42. Tradução própria.

tomador, com base no projeto específico que pretende executar. Esquemáticamente, a avaliação da subscrição da apólice de *performance* leva em consideração três elementos, os chamados três C's (*character, capacity and capital*), respectivamente: perfil (reputação), capacidade e capital⁴³.

As companhias de seguro mensuram a capacidade de *performance* do pretendente-tomador através da verificação do domínio técnico necessário para a completude da sua obrigação assumida no contrato objeto da garantia. Nesse sentido, a capacidade “envolve o ajuste (ou a sua falta) entre o contratante e o serviço a ser realizado no âmbito do contrato proposto, incluindo o tipo, o tamanho e a localização da obra”⁴⁴. Conforme destaca Russel (2000), ao aferir a capacidade de execução do pretendente-tomador, a seguradora avalia sua capacidade a partir do valor do contrato e com base na carga de trabalho e no montante de capital disponível para o pretendente-tomador executar o contrato⁴⁵.

A verificação do perfil (*character*) tem aspecto reputacional. Na avaliação do perfil daquele pretendente-tomador, a seguradora analisa “a experiência, a capacidade e a história dos gestores da companhia e de todo o pessoal de apoio”⁴⁶. Essa verificação compreende a análise do histórico de inadimplência em projetos, a análise das advertências feitas pela Administração, assim como dos registros pelo cometimento de ilícitos e as respectivas sanções arbitradas pela Administração, diretamente, ou através de agências reguladoras⁴⁷.

O capital, por sua vez, na definição de Vollbrecht e Lewis (2009) trata-se da verificação da disponibilidade de linhas crédito e financiamento disponíveis ao pretendente-tomador, da análise do seu fluxo de caixa, dos relatórios financeiros, entre outros, “de modo a aferir a probabilidade de sua viabilidade permanente durante todo o termo de responsabilidade secundária da seguradora estabelecido na apólice”⁴⁸. Russel (2000) chama a atenção para a relevância da verificação do capital do pretendente-tomador, cujas finanças passam por criterioso escrutínio como requisito à emissão da apólice:

⁴³ Russel (2000) sugere a inclusão de um quarto elemento na avaliação da subscrição – a continuidade – que seria relacionada à continuidade das atividades organizacionais mesmo diante do perecimento ou enfermidade de agentes ocupantes de cargos estratégicos na estrutura empresarial. Nesse quesito, portanto, as seguradoras procurariam identificar na gestão da empresa pretendente-tomadora a existência de plano de transição de comando e propriedade, com objetivo de preservar o seu próprio capital, crédito e a continuidade dos seus negócios. Cf. RUSSEL: 2000, p. 68.

⁴⁴ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p.7. Tradução própria.

⁴⁵ RUSSEL: 2000, p. 64.

⁴⁶ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p.7. Tradução própria.

⁴⁷ RUSSEL: 2000, p. 63.

⁴⁸ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p.7. Tradução própria.

Como parte da análise do capital, o subscritor [seguradora] revisa aspectos da demonstração financeira do contratante e executa a análise dos dados. Esta análise é um componente importante da subscrição da garantia. A seguradora avalia a base de capital, a suficiência do capital de giro, a rentabilidade, a utilização de ativos, despesas gerais, notas explicativas das demonstrações financeiras, a programação dos contratos concluídos e em andamento, faz análises *ratio* e de tendência [*ratio and trend analysis*], relatórios de crédito, as qualificações do contador público certificado que assinar o balanço [*the qualifications of the Certified Public Accountant (CPA) preparing the statement*], e do crédito bancário⁴⁹.

Considerando que cada seguradora tem as suas diretrizes próprias de subscrição de apólice e mercados de interesse, muitas vezes o pretendente-tomador rejeitado por uma seguradora tem a apólice subscrita por outra. Esse aspecto aumenta a concorrência entre as seguradoras e pode contribuir para reduzir os preços praticados por elas⁵⁰. Assim, avaliada a subscrição da apólice⁵¹, a seguradora decide se emite ou não a garantia. Emitindo-a, sinaliza ao beneficiário da apólice de seguro que o contratante dispõe de capacidade de desempenho do contrato.

iii. As Empresas de Auditoria Especializada

Após a subscrição da apólice e o início da execução contratual, as seguradoras acompanham as atividades mantendo constante vigilância. Nos Estados Unidos, as seguradoras têm competência para auditar e livremente fiscalizar o local de realização das obras e/ou prestação dos serviços.

A competência para fiscalizar pode ser delegada a um terceiro especializado e selecionado pela própria seguradora. As *Surety Consulting Firms* são as empresas contratadas pelas seguradoras para fiscalizar a execução do contrato objeto de garantia. Essas empresas dispõem de corpo técnico especializado na atividade de acompanhamento e na fiscalização de obras.

Além disso, as empresas de auditoria especializada prestam uma função-chave na verificação do sinistro, pois a investigação das causas do sinistro e mensuração da importância devida a título de indenização. Esta atividade, que é de competência da seguradora, pode ser delegado por ela às empresas de auditoria especializada⁵².

⁴⁹ RUSSEL: 2000, p.79. Tradução própria.

⁵⁰ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p.7. Tradução própria.

⁵¹ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p.6. Tradução própria.

⁵² CARVALHOSA: 2016, p. 3.

2) O SISTEMA DE INCENTIVOS RECÍPROCOS À REGULAR EXECUÇÃO DO CONTRATO (SIR):

A apólice de *performance* gera um sistema de incentivos recíprocos à execução regular do contrato objeto da garantia, na medida em que cada uma das partes interessadas dispõe de incentivos suficientes para dirigir sua ação no sentido de adimplir as obrigações avençadas. Nesse sentido, Vollbrecht e Lewis (2009), ao pontuarem os elementos de diferenciação das *surety bonds* e das apólices de seguro tradicionais (*standard insurance policies*), mencionam que o tomador “deve indenizar a seguradora por todos os custos, despesas, danos, perdas sofridas por ela durante a execução da apólice quando feita a reclamação do sinistro em apólice de *performance*”⁵³.

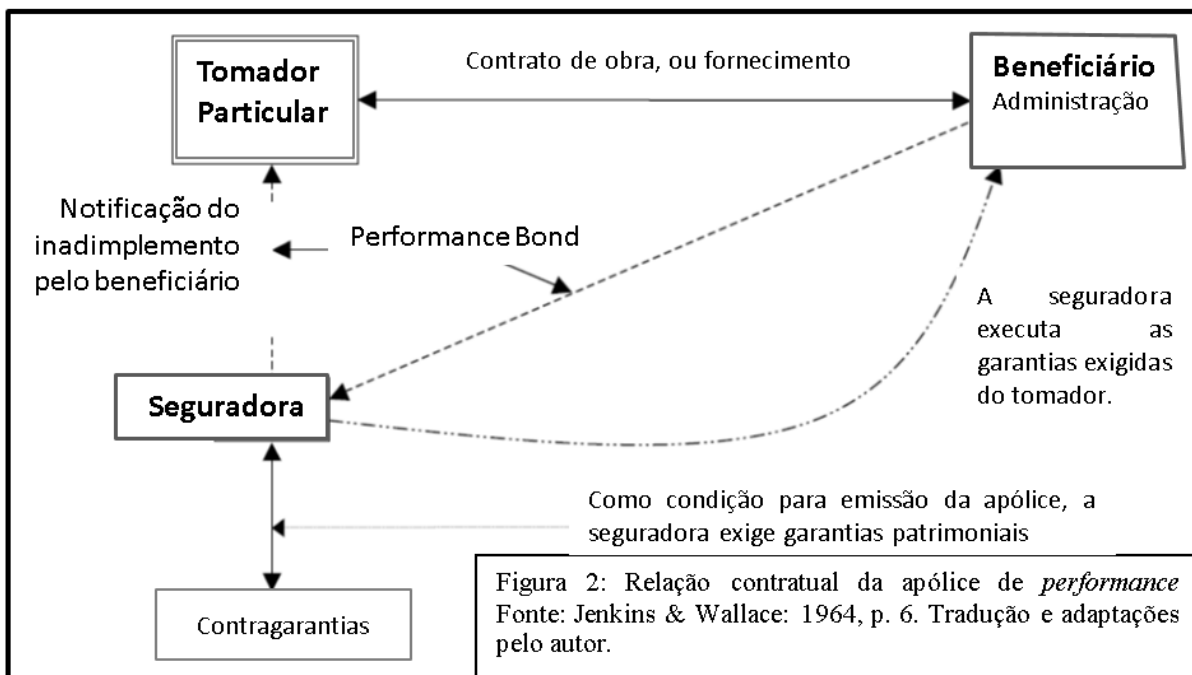
Nesse sistema, a seguradora torna-se terceira interessada na regular execução daquele contrato objeto de garantia e age com toda a diligência para mitigar a eventual deflagração do sinistro⁵⁴ (*default*). O beneficiário da apólice, por sua vez, deve cumprir as obrigações previstas em lei e no contrato objeto de garantia. Segundo Fiuza (2009), ao emitir a apólice de seguro garantia “a seguradora empenha seus próprios ativos e, portanto, tem mais incentivo a investigar o histórico de seu cliente (...)”⁵⁵.

Na esquematização da relação jurídico contratual de apólice *performance* emitida em favor de ente público se observa a existência do mencionado Sistema de Incentivos Recíprocos, haja vista o estabelecimento de direitos e obrigações às partes envolvidas na relação jurídico-contratual da apólice:

⁵³ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p.6. Tradução e adaptações pelo autor.

⁵⁴ A definição de sinistro das Regras Uniformes para Apólices Contratuais da Câmara de Comércio Internacional menciona este relevante fato da relação jurídico-contratual das apólices de seguros: “Qualquer quebra, sinistro ou falha no adimplemento de qualquer obrigação contratual que origine a um pedido de execução, indenização, compensação ou outro remédio financeiro pelo Beneficiário e que seja estabelecido nos termos do parágrafo *j* do Artigo 7º (que estabelece: “j) Não obstante qualquer disputa ou diferença entre o Principal e o Beneficiário em relação à execução do contrato ou qualquer obrigação contratual, considera-se que um sinistro foi estabelecido para efeitos do presente Regulamento (...))”. UNCITRAL: 2000, pp. 594-599.

⁵⁵ FIUZA: 2009, pp. 269.



Ocorrido o sinistro, a seguradora é notificada pelo beneficiário e, após o mencionado procedimento próprio de mensuração dos danos e do percentual de execução do contrato a ser terminado, a seguradora indenizará ou ressarcirá o beneficiário, a depender do curso de ação adotado após o sinistro. Uma vez indenizado ou ressarcido o beneficiário, a seguradora poderá executar as contragarantias patrimoniais⁵⁶ exigidas do tomador na emissão da apólice.

A seguir, será descrita sinteticamente a experiência americana com as *performance bonds*, desde a promulgação do *Heard Act*, em 1894, passando pelo *Miller Act* (1935), até os dias atuais. Em seguida, o trabalho abordará a experiência brasileira com a contratação das *performance bonds* no âmbito das contratações administrativas, tendo como fonte a legislação federal e a conceituação elaborada pela Superintendência de Seguros Privados – Susep⁵⁷ (seguro garantia de execução do contrato na modalidade segurado-setor público).

⁵⁶ RUSSEL: 2000, p. 8; p. 72.

⁵⁷ A Superintendência de Seguros Privados (Susep) estabelece classificação das apólices de seguro comercializadas no país em “grupos” e ramos. A *performance bond* pertence ao grupo nº 7 – riscos financeiros – no ramo nº 75 – “Garantia – Segurado Setor Público”.

3) A PERFORMANCE BOND NOS EUA

a. A Crise Financeira de 1893 e o surgimento das Performance Bonds:

Em seu estudo sobre os pânicos bancários nos EUA no final do século XIX e início do século XX, Wicker (2000) ressalta que desde o término da guerra civil em 1879, no período denominado “Gilded Age”⁵⁸, iniciado após a guerra civil até a fundação do Federal Reserve em 1914, foram registradas sucessivas crises financeiras nos EUA⁵⁹.

A crise financeira de 1893 teve origem no interior dos Estados Unidos, na região conhecida como “meio-oeste americano”. Apesar dessa característica particular, as perturbações causadas pela crise se espalharam por todo o sistema bancário e financeiro do país. O pânico de 1893 teve dimensões comparáveis apenas aos pânicos da grande depressão⁶⁰. Segundo Wicker (2000), aproximadamente 503 bancos faliram com passivos de aproximadamente US\$: 150 milhões⁶¹. O economista afirma que dois eventos anunciaram o pânico ao longo daquele ano: a falência da *Philadelphia and Reading Railroad*, em fevereiro, e a queda das reservas de ouro do Tesouro para US\$ 100 milhões, atingindo o chamado limiar de perigo [*danger threshold*]. A respeito desses dois eventos, Wicker afirma que:

[...] o fracasso da *Philadelphia and Reading Railroad* afetou o mercado acionário em março e abril (Sprague, 1910, p.163) com os industriais absorvendo a maior parte do impacto. E o declínio na reserva de ouro do Tesouro abaixo de US\$ 100 milhões (...) proporcionou alguma incerteza sobre o futuro do padrão-ouro, particularmente sobre a capacidade do Tesouro de converter notas de tesouraria emitidas para comprar prata em ouro (Lauck, 1907, p.97). Sprague, no entanto, achava que sua influência era pequena; ele sustentou (1910, p.169) que a desconfiança na solvência dos bancos no Oeste e no Sudoeste, em vez de considerações padrão-ouro "foi claramente a causa

⁵⁸ O autor destaca que “Mark Twain (1873) cunhou a expressão “The Gilded Age” para dramatizar “os excessos da geração do pós-Guerra Civil”, e que “Twain tinha em mente em particular os excessos da Administração Grant, e os historiadores foram lentos em perceber uma aplicação mais ampla. *The Gilded Age* é agora um rótulo para a era entre a Guerra Civil e o *fin de siècle*, embora a data de seu término tenha permanecido imprecisa”. Wicker: 2000, p. xi, Tradução própria. Adotamos, como forma de marcar o contexto de elaboração do *Heard Act*, a definição de Bernanke (2013), para quem o marco temporal do fim da “Gilded Age” é a fundação do Federal Reserve Bank, em 1914.

⁵⁹ As motivações de cada uma das crises financeiras e dos consequentes pânicos bancários são distintas. Para informações detalhadas sobre o período, *vide* Wicker (2000) e Bernanke (2013).

⁶⁰ WICKER: 2000, p. xii. Tradução própria.

⁶¹ “(...) os pânicos bancários da *National Banking Era* foram apenas uma fase de experiência americana com pânicos bancários e de maneira alguma o seu episódio mais grave”. O autor faz divisão tripartite da história bancária dos Estados Unidos e adota como critério os quadros regulatórios identificados em cada um dos períodos: A era pré-Guerra Civil, o *National Banking Era* e a era do sistema de Federal Reserve. No regime de pré-Guerra Civil, o autor observa que inexistia regulamentação federal nos pânicos de 1819, 1837, 1857, 1860 e 1861. Na segunda fase, a *National Banking Era*, distúrbios nos bancos ocorreram em 1873, 1884, 1890, 1893, e 1907”. WICKER: 2000, p. xiii. Tradução própria.

direta que causou corridas aos bancos, as numerosas falhas e as suspensões bancárias⁶².

Outro aspecto decisivo para a deflagração do pânico de 1893 teria sido a resposta inicial do então Secretário do Tesouro, John Griffin Carlisle, para restabelecer o padrão das reservas de ouro do país com prata. Desde os chamados “Atos de Compra de Prata” [*Silver Purchase Acts*], o Secretário do Tesouro dos EUA adquiriu a prerrogativa de converter os títulos do Tesouro tanto em ouro quanto em prata, sendo que quando convertidos em prata, deveriam ser conversíveis em ouro, mediante pedido do portador.

A adição da prata ao passivo do Tesouro criou ansiedade sobre a sua capacidade de manter a política de conversão em ouro. Nesse contexto, embora o Presidente Cleveland tenha defendido em sua campanha eleitoral a revogação dos “Atos de Compra de Prata”, a afirmação do seu secretário Carlisle, ao deparar-se com o declínio das reservas de ouro para o limiar de perigo, de que seria necessário converter os títulos em prata ao invés de ouro, foi interpretada pelos agentes do mercado como uma declaração de que caso as reservas de ouro fossem para o patamar inferior a US\$ 100 milhões, o Tesouro seria forçado a converter os títulos em prata, o que causou uma reação negativa do mercado de ações, na medida em que adicionou incerteza a uma atmosfera volátil.

Tamãha foi a repercussão das declarações do Secretário Carlisle, que o Presidente Cleveland veio a público afirmar a política de conversão em ouro e repreender as declarações do representante do Tesouro. Todavia, como anota Wicker (2000), o estrago já tinha sido feito. Quando as reservas de ouro baixaram a marca dos US\$ 100 milhões, mesmo sem que tenha sido registrada qualquer corrida ao Tesouro para conversão de títulos do Tesouro por ouro, os seus efeitos no mercado financeiro foram imediatos. Em abril de 1893, “houve uma abrupta e severa queda de dezesseis pontos nas ações da *Toledo*, da *Ann Arbor*, e da *North Michigan Railroad*, e uma queda de dez pontos na *American Tobacco*, com o colapso do mercado acionário ocorrendo em três de maio daquele ano.”⁶³

As *performance bonds* surgiram neste contexto como alternativa para proteger o Tesouro Público de prejuízos causados pela inexecução ou sinistro (*default*) nos projetos públicos⁶⁴:

As *Performance Bonds* surgiram na indústria de construção civil americana no final do século XIX, em uma tentativa de proteger o Tesouro Público contra o risco

⁶² WICKER: 2000, pp. 57-62

⁶³ WICKER: 2000, pp. 57-62; BERNANKE: 2013, pp. 1-28.

⁶⁴ O contexto era de construção institucional e de reformulação dos mercados. Além da mencionada fundação do Federal Reserve em 1914, cabe menção ao *Sherman Act*, legislação fundamental antitruste, de 1890.

de sinistro nos projetos públicos. Antes da década de 1890, a maioria das garantias eram individuais e não tinham compensação, embora algumas garantias corporativas tenham sido organizadas. Em resposta ao pânico financeiro de 1893, a Lei de *Heard* foi promulgada. Ela requereu que as obrigações de execução e pagamento dos contratantes federais fossem garantidas por uma garantia contratual emitida por “boas e suficientes” seguradoras, incluindo garantias corporativas compensadas e aprovadas pelo Departamento do Tesouro⁶⁵.

Dessa maneira, a crise financeira de 1893 entrou para a história norte-americana não apenas pela dimensão dos danos e pelas consequências geradas para o sistema financeiro, mas por ter gerado um cenário que movimentou o Congresso Norte-americano a formular novas alternativas e práticas que garantissem os interesses do Estado na execução de obras públicas frente às adversidades do mundo da vida.

b. Heard Act (1894):

A promulgação do *Heard Act*⁶⁶ em 1894 estabeleceu proteção ao governo ao exigir dos empreiteiros a apresentação de uma única apólice de *performance e payment bond* para garantir as obras públicas federais, inclusive em relação às obrigações adicionais, como fazer pagamentos a todas as pessoas fornecendo-lhes trabalho e material de construção⁶⁷.

Duke e Anderson (2000) ressaltam a ampla recepção do *Heard Act* nos Estados Unidos. Os autores destacam ainda que os esforços despendidos por Edwin Warfield⁶⁸ para convencer o governo federal a exigir a garantia em todos os projetos de construção foram traduzidos na disposição da grande maioria dos entes públicos, seja dos governos federal ou estadual, a requerer a apresentação de garantia a partir de um determinado valor já na virada do século XIX para o XX⁶⁹.

Os EUA foram pioneiros na exigência das apólices com natureza corporativa a partir do *Heard Act*, sendo a sua promulgação o marco fundacional desta modalidade particular de apólices de garantia, que notoriamente superaram o antigo paradigma das garantias

⁶⁵ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, pp. 3-4.

⁶⁶ “The Heard Act, H.R. 86”, sancionado pelo Presidente em 13 de Agosto de 1894, conforme registra o “Registro Congressional da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América, do 53º Congresso, 2ª Sessão Legislativa, página nº 8592 [Congressional Record – House, Fifty-third Congress, Second Session, page 8592].

⁶⁷ SCHUBERT: 2000, p. 41.

⁶⁸ Edwin Warfield (1848-1920) foi o 45º governador do Estado de Maryland. Influente político americano durante o governo do Presidente Grover Cleveland e ativista do mercado de seguros, teria desempenhado papel ativo para a aprovação do *Heard Act*.

⁶⁹ DUKE E ANDERSON: 2000, p. 50.

individuais⁷⁰, substituindo-as pelas companhias seguradoras que passaram a oferecer maior segurança ao beneficiário da apólice (Estado).

Contudo, o fato de a redação do *Heard Act* estabelecer único *performance and payment bond* mostrou-se um impedimento à realização dos interesses do ente público beneficiário da apólice de *performance*, na medida em que seus interesses rivalizavam com os interesses dos subcontratados e trabalhadores beneficiários do *payment bond*⁷¹. Gradualmente o *Heard Act* provou ter uma série de limitações materiais e procedimentais que obstaram sua efetividade⁷² e ensejaram uma emenda ao texto em 1905, a qual restou infrutífera, motivando uma série de propostas de suplantação do *Heard Act* por uma nova lei:

Esta exigência contida na Lei de *Heard* foi alterada em 1905 para dar aos Estados Unidos o direito exclusivo de processar com base na garantia em até seis meses do término do contrato entre os Estados Unidos e o contratante. Isso causou grande dificuldade para subempreiteiros e fornecedores. O Congresso, no início dos anos 1930, começou a realizar audiências sobre a questão, até que em 08 de março de 1935, o comitê sobre o judiciário da Câmara Legislativa, na Subcomissão nº 1, presidida pelo honorável John E. Miller, realizou uma audiência sobre várias leis que propunham emendas ao *Heard Act*. Em 1935, o Congresso substituiu a Lei *Heard* pela Lei *Miller*, retendo primeiro direito de pagamento da garantia ao proprietário em função da contratação de *performance bond*, mas dando aos reclamantes um direito primeiro ao pagamento de acordo com apólice de pagamento [*payment bond*] separada⁷³.

Durante o período do *New Deal*, o governo federal norte-americano começou a ter dificuldades ao executar as apólices de *performance* atreladas às *payment bonds* nos grandes projetos de obras públicas⁷⁴. Embora o *Heard Act* tenha representado um avanço institucional significativo e proporcionado maior segurança aos investimentos da Administração, as dificuldades identificadas durante o período e as limitações procedimentais relacionadas ao *enforcement* da apólice⁷⁵ motivaram o Congresso norte-americano a propor a chamada “alternativa Miller”, que estabeleceu definitivamente a separação entre as *performance* e as *payment bonds*⁷⁶. Os trabalhos foram bem sucedidos e, findaram na superação do *Heard Act* (1894) pelo *Miller Act* em 1935⁷⁷.

⁷⁰ HAAS: 1957, p. 209.

⁷¹ CUSHMAN: 1957, pp. 241-242.

⁷² O estudo de Wallick e Stafford (1964) focaliza o *Miller Act* na perspectiva das empresas subcontratadas e dos trabalhadores a questão da securitização. Cf. WALLICK E STAFFORD: 1964, pp. 514-515.

⁷³ SCHUBERT: 2000, p. 41.

⁷⁴ CORBIN: 1929, p. 23.

⁷⁵ HAAS: 1957, p. 210.

⁷⁶ HAYES: 1985, p. 966;

⁷⁷ CUSHMAN: 1957, pp. 242-243.

c. Miller Act (1935):

A promulgação em 1935 do *Miller Act*⁷⁸ dividiu as *performance bonds* e as *payment bonds* em instrumentos apartados e alterou regras procedimentais. A nova lei definiu, ainda, a obrigatoriedade de *payment* e *performance bonds* na maioria dos contratos federais de construção e de fornecimento:

A Lei de Miller também acrescentou um valor abaixo do qual a contratação das garantias [torna-se dispensável]: US\$ 2.000. Em 1978, a Lei de Miller foi alterada para aumentar o limite para US\$ 25.000 que foi novamente alterado em 1994 para aumentar o patamar de contratação obrigatória das garantias para o valor de US\$ 100.000, mantida a exigência de proteção de pagamento [*payment bond*] para os contratos de US\$ 25.000 ou mais⁷⁹.

O *Miller Act*⁸⁰ proporcionou a utilização contínua das *performance* e das *payment bonds*, agora em apólices distintas, com resultados amplamente difundidos e divulgados nos EUA⁸¹. A norma trouxe definições e conceitos importantes, entre os quais o conceito de *performance* e de *payment bonds*, e tornou obrigatória a sua contratação em qualquer contrato público acima do valor de US\$100.000 (cem mil dólares):

(B) Espécies de Apólices Requeridas. – Ante a celebração de qualquer contrato de valor igual ou superior a \$ 100.000 (cem mil dólares) para a construção, alteração ou reparo de qualquer edificação pública ou obra pública do Governo Federal, que se tornam obrigatórias após a celebração do contrato:

(1) Apólice de garantia de execução [performance bond]. – Uma apólice de garantia de execução com a subscrição da seguradora para premiar o contrato no montante considerado adequado à proteção do Estado pelo agente público adjudicante.

(2) Apólice de garantia de pagamento [payment bond]. – Uma garantia de pagamento com a subscrição da seguradora [deve ser apresentada] para o agente público para a proteção de todas as pessoas que forneçam mão-de-obra e material na realização do trabalho previsto no contrato. O montante da garantia de pagamento será igual ao montante total a pagar pelas condições do contrato, a menos que o responsável pela adjudicação do contrato determine, por escrito e apoiado em justificativa técnica, que o patamar a ser pago como prêmio pela apólice de pagamento seria impraticável, caso em que fixará o seu montante. O montante a ser garantido pela apólice de pagamento não será inferior ao valor da garantia de execução⁸².

⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 40 U.S.C. §§ 3131-3134.

⁷⁹ SCHUBERT: 2000, p. 41. Tradução própria.

⁸⁰ Diante da complexidade e detalhamento encontrados na Lei de Miller, a impossibilidade em abordar todas as facetas da norma, já visualizada por Wallick e Stafford (1964), faz com que tal empreitada não seja o objetivo desse tópico, que se restringe tão somente à descrição sintética do histórico da legislação norte-americana relacionada ao tema.

⁸¹ Na esfera estadual também é unânime, entre os estados americanos, o uso das *performance bonds* para garantir a execução dos contratos. Nesse quesito, distinguem-se unicamente os limites de cobertura. Cf. NACM: [ca. 2014], pp. 612-639.

⁸² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 40 USC Subtitle II, Part A, Chapter 31, Subchapter III: Bonds From Title 40—Public Buildings, Property, and Works. §3131. Bonds of contractors of public buildings or Works.

O *Miller Act* traz disposições que devem ser observadas em relação à cobertura pela apólice dos impostos devidos ao governo, dos procedimentos para sua cobrança e dispõe sobre uma exceção legal acerca da possibilidade de renúncia das apólices cujo objeto será executado em países estrangeiros. A norma ainda trata dos casos em que a Administração tem o direito de requerer apólices adicionais e de toda uma sorte de regramentos primordiais à segurança jurídica das partes envolvidas na relação jurídica das apólices de *performance* e de pagamento [*payment bond*]⁸³.

d) Modalidades de Performance Bond e os procedimentos à execução da apólice nos EUA

i. A configuração do sinistro

Um elemento relevante, do ponto de vista obrigacional, diz respeito ao momento da configuração do sinistro, ou seja, da declaração da inexecução total ou parcial do projeto que obriga a seguradora a honrar suas responsabilidades assumidas na *performance bond*. Nesse sentido, as apólices podem prever o momento em que se inicia a obrigação da seguradora de indenizar o segurado. O momento da “declaração” ou “constituição” do sinistro, para efeitos de execução da apólice⁸⁴, constitui foco de litigância, o que não poderia ser diferente, pois sua contratação é frequente em projetos de grande escala e com papel estratégico nacional e internacional⁸⁵.

Em artigo dedicado à análise das obrigações decorrentes das apólices de *performance* em contratos de construção civil, Rubino-Sammartano (1985) observa que, por constituírem essencialmente uma garantia contratual, as relações obrigacionais da apólice de *performance* são delicadas. Por isso, seria importante verificar no caso concreto, com base nas previsões contratuais da apólice, se o sinistro ocorre a partir da declaração de inexecução pelo beneficiário da apólice, se requer arbitramento por parte de terceiro imparcial ou se consiste em uma prerrogativa da seguradora após apurada investigação das causas do inadimplemento pelo tomador.

⁸³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 40 U.S.C. §3131;

⁸⁴ RUBINO-SAMMARTANO: 1985, pp. 125-128.

⁸⁵ RUBINO-SAMMARTANO: 1985, pp. 125-128.

Nos Estados Unidos a declaração do sinistro fica a encargo da parte beneficiária da apólice de *performance*. A depender da espécie de *performance bond*, poderá ser exigida a apresentação de notificação de expectativa de sinistro (*pre-default*) e tentativa de reunião com o tomador, como forma de discutir previamente alternativas à regular execução do contrato. Assim, uma vez notificada da declaração do sinistro pelo beneficiário, a seguradora deve adotar um dos planos de ação previstos em regulamento, dentre os quais, inclusive, isentar-se justificadamente da obrigação assumida na apólice⁸⁶.

ii. As modalidades de apólices de *performance bond* e opções de ação da seguradora na hipótese de sinistro

As *performance bonds* se dividem em outras subespécies e, embora todas atendam às características identificadas de maneira geral nas apólices de *performance* (conforme mencionadas na descrição geral feita no tópico quatro deste artigo, “Sistema de Incentivos Recíprocos”), cada uma das suas modalidades ostenta regramento próprio, relacionado com o seu objeto, com a declaração do sinistro, com os procedimentos para o beneficiário executar a apólice, etc. Não por acaso, Vollbrecht e Lewis (2009) enfatizam que: “no que diz respeito às obrigações de garantia, mediante notificação de sinistro pelo segurado, a espécie de apólice contratada é crucial, uma vez que irá definir a natureza e a extensão das obrigações”⁸⁷.

São, portanto, modalidades de *performance bond* atualmente encontradas nos Estados Unidos⁸⁸: *i*) Defeasance Bond; *ii*) The A312 Performance Bond⁸⁹ *iii*) The A311 Performance Bond⁹⁰ *iv*) Indemnity Bonds; *v*) Miller Act/Federal Standard Form; *vi*) Little Miller Act Bonds⁹¹; *vii*) Subcontractor Bonds; *viii*) Bid Bonds⁹². A seguir as opções de escolha disponíveis à seguradora na hipótese de sinistro nos EUA são listadas. Foi utilizada como referência a modalidade *A312 Performance Bond*, a mais comum apólice de *performance bond* contratada nos EUA e que se aproxima, em seus termos, escopo e objetivo, da apólice nº 775/Susep, descrita posteriormente.

⁸⁶ CUSHMAN: 1957, pp. 254-257.

⁸⁷ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p. 9.

⁸⁸ Cf. VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, pp. 9-15.

⁸⁹ INSTITUTO AMERICANO DE ARQUITETOS. AIA A312 – 2010;

⁹⁰ INSTITUTO AMERICANO DE ARQUITETOS. AIA A311 – 1984;

⁹¹ Os *Little Miller Acts* são legislações de âmbito estadual e municipal que sucederam o Miller Act (1935) nos EUA e que tratam da contratação de apólices de *surety bonds* na sua esfera de atribuições e competências, sempre em conformidade com a Lei Federal. Cf. NACM: p. 609.

⁹² INSTITUTO AMERICANO DE ARQUITETOS. AIA A310 – 2010.

Nas apólices de *performance bond* nos EUA, uma vez declarado o sinistro, a seguradora prontamente e às suas expensas escolhe um entre os seguintes planos de ação: i) financiar o contratante, com o consentimento do segurado, a completar o contrato; ii) renunciar ao seu direito de completar o contrato e selecionar no mercado interessado em executar o restante do instrumento; iii) comprometer-se a executar o objeto do contrato. Nesse caso, após a investigação do sinistro, determinar o montante pelo qual se responsabilizará perante o segurado; iv) negar responsabilidade, no todo ou em parte e notificar o segurado/beneficiário das razões para assim proceder.

Na figura a seguir, as opções de ação disponíveis à seguradora diante da ocorrência do sinistro foram esquematizadas com base no estudo de Schubert (2000) acerca da motivação da contratação das apólices de garantia em geral (*surety bonds*) nos contratos de construção:

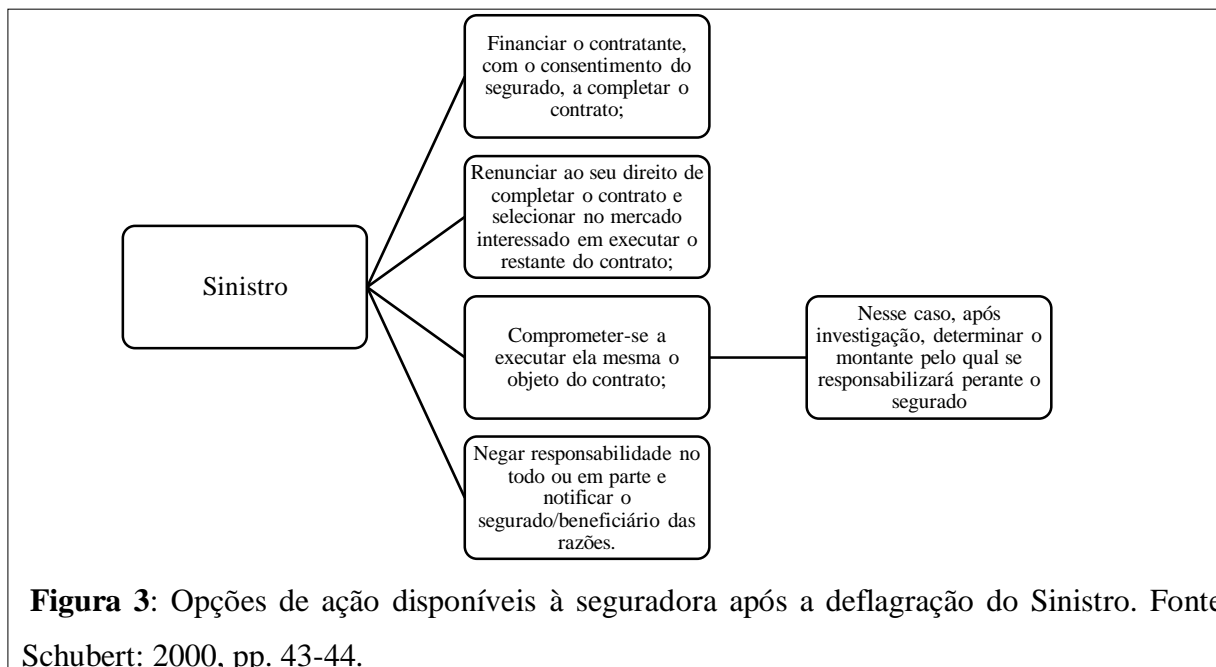


Figura 3: Opções de ação disponíveis à seguradora após a deflagração do Sinistro. Fonte: Schubert: 2000, pp. 43-44.

No tópico a seguir, serão brevemente debatidos os desafios à elevação dos atuais patamares de importância segurada e sucintamente será exposta a regulamentação Americana sobre a matéria, sendo brevemente abordadas as operações de resseguro e os *co-surety agreements*.

e) Capacidade de retenção do mercado americano: as operações de resseguro e os *co-suretyship agreements*:

Nas operações de resseguro⁹³ as seguradoras ampliam sua capacidade financeira ao repassar percentual do seu risco ao agente ressegurador, ampliando a possibilidade de emissão de novas apólices. Assim, qualquer inovação legislativa que amplie os atuais patamares de importância segurada deve atentar ao mercado de resseguros e às alternativas de aumento do potencial de retenção do mercado segurador brasileiro através do resseguro.

A legislação americana não apenas permite às seguradoras a realização das operações de resseguro, como também viabiliza a participação das seguradoras nos chamados “*co-suretyship agreements*” – acordos para a emissão de apólices para *joint-ventures* nas quais os tomadores têm seguradoras distintas ou quando o tomador não alcança individualmente capacidade para ter inscrita a apólice -. Tais acordos cuidam dos deveres e obrigações entre as seguradoras coligadas e distribuem os riscos assumidos por cada uma na relação contratual⁹⁴, resultando em ganhos na competitividade e dinamismo setorial.

4. A PERFORMANCE BOND NO BRASIL: SEGURO GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO

a. Experiência brasileira a partir da Constituição de 1988: síntese do histórico legislativo e regulamentar do seguro garantia no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1988

A instituição do seguro garantia de execução do contrato no Brasil é recente, quando comparada com a experiência secular norte americana. Desde o advento da Lei de Licitações, em 1993, sucessivas foram as tentativas de conceder-lhe maiores prerrogativas a que pudesse cumprir sua finalidade assecuratória dos interesses estatais.

⁹³ Regulamentado pela Resolução nº 168/07, do CNSP, o mercado ressegurador brasileiro tem crescido nos últimos anos. De abril de 2008 a dezembro de 2014, o mercado de resseguros brasileiro teria passado de R\$ 3,8 bilhões para R\$ 9,6 bilhões, aproximadamente.

⁹⁴ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p. 8.

Originalmente, o §3º do art. 56, da Lei nº 8.666/93 previra expressamente a exigência de contratação do seguro garantia pela Administração Pública na contratação de obras e serviços vultuosos⁹⁵.

A garantia, segundo o texto original da Lei de Licitações, tornava obrigatória a contratação da apólice nas obras de grande vulto e facultativa nas contratações de obra e serviços de médio e pequeno vulto. No último caso, a exigência da apresentação da apólice ficou vinculada à apresentação de justificativa formal pela autoridade licitante.

Tal justificativa deveria ocorrer mediante a apresentação de prévio parecer técnico, atinente aos requisitos do instrumento convocatório, e constante do processo de contratação, que não contemplasse custo ou valor de cobertura que se mostrem restritivos à participação de qualquer outro particular interessado na licitação e que atendesse aos demais requisitos do instrumento convocatório⁹⁶.

Contudo, a redação original da Lei de Licitações foi objeto de veto presidencial pelo Presidente Itamar Franco. Na mensagem de veto de nº 335, de 21 de junho de 1993, do Presidente da República, encontram-se como justificativas ao veto as considerações do Ministério da Justiça e dos Transportes centradas, principalmente, na garantia de condições competitivas do procedimento licitatório e na ausência de critérios objetivos definidos em lei para orientar os administradores públicos no arbitramento do patamar da importância segurada. As considerações mencionadas do Ministério da Justiça foram as seguintes:

Sugere-se, entretanto, veto ao §1º, inciso II, e §3º do art. 56, porque o seguro-garantia ou *performance bond*, como é conhecido e aplicado em alguns países do mundo pretende proteger o contratante contra licitações irresponsáveis ou colhidos por infortúnios. Todavia, tal como foi introduzido no Projeto de Lei, o seguro-garantia pode comprometer a democratização e a lisura das licitações, tendo em vista que:

- 1- Não existe qualquer critério objetivo para orientar o administrador público na fixação do valor da cobertura;
- 2- Não há estabelecimento de limite para sua exigência, o que permite uma indesejável e perigosa limitação, pelos agentes da Administração Pública, do universo de possíveis licitantes, através da fixação arbitrária do montante exigido, seguindo sua conveniência subjetiva;
- 3- A legislação sobre o assunto exige que as empresas a serem seguradas estejam cadastradas no Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, que estabelece por cadastro o

⁹⁵ O recorte temporal da descrição normativa brasileira privilegiou o período de redemocratização do país e, para tanto, teve como referência legal a Constituição Federal de 1988. No entanto, a previsão da *performance bond* no Brasil se inicia com o Decreto-Lei nº 73, de 1966, que, ao dispor sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e regulamentar operações de seguro e resseguro no país, estabeleceu, em seu art. 20, a obrigatória contratação do seguro garantia em benefício do adquirente de imóvel sujeito ao risco de descumprimento contratual por parte do incorporador e construtor. Passados alguns anos do Decreto-Lei nº 73/1966, adveio o Decreto-Lei nº 2.300, de 1986 que em seu art. 46, §1º, inciso III, “baixou normas sobre licitações e contratos públicos com a possibilidade de se exigir garantia para contratação de obras, serviços e compras, podendo o contratado optar pelas modalidades ali previstas, entre as quais o seguro garantia”. MELLO: 2012, pp. 1-2.

⁹⁶ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Mensagem de Veto Presidencial nº 335, de 21 de junho de 1993.

limite máximo de concessão de seguro-garantia por empresa, ensejando o conhecimento prévio daquelas empresas que ainda podem atender às exigências de seguro constantes no Edital. Este fato facilitaria a composição de negociações indesejáveis que poderiam comprometer o caráter competitivo das licitações;

- 4- Favorece as grandes empreiteiras, visto que a sistemática das seguradoras para estabelecer o limite técnico de cobertura dos riscos é baseada no valor do patrimônio líquido da empresa vencedora da licitação⁹⁷.

Em termos práticos, o veto presidencial à redação original da Lei nº 8.666/93 acabou com a possibilidade de contratação da *performance bond* no âmbito dos contratos administrativos de obra, de fornecimento de bens e serviços. Não demorou até que outra legislação, a Lei nº 8.883/94, alterasse dispositivos da Lei nº 8.666/93, dentre os quais o art. 56, conferindo-lhe a redação vigente, que estabelece o seguro garantia como modalidade de garantia válida. A norma passou a prever a faculdade da Administração em exigir de licitante vencedor garantia da regular prestação contratual, entre as quais o seguro garantia de execução do contrato ou *performance bond*.

A reforma da Lei de Licitações feita pela Lei nº 8.883/94 promoveu também alguns avanços no texto legal e procurou restabelecer, em linhas gerais, um regime de seguro garantia, com o cuidado de não incorrer novamente nas deficiências que anteriormente levaram ao veto Presidencial. Assim, restabeleceu a possibilidade de exigência do seguro garantia entre a fiança bancária e a caução.

Entretanto, o estabelecimento da facultatividade dessa modalidade pode não ter sido medida acertada. Ao analisarem o contexto de exigência de garantias, Engel, Ganuza, Hauk e Wambach (2006) consideraram que quando há a abertura para que o particular escolha a modalidade de garantia de sua preferência, ele dificilmente irá selecionar a socialmente mais eficiente. Por esse motivo, a parte contratante (Administração Pública), deve exigir tão somente o seguro garantia:

Se os fornecedores são livres para escolher a própria garantia, é improvável que eles escolham a socialmente mais eficiente, uma vez que não têm incentivos para internalizar as "externalidades" infligidas à Administração por sua escolha. Nos países em que os *surety bonds* [seguros garantia] não estão bem desenvolvidos, o valor pago por uma garantia pode ser muito alto, e uma empresa de construção pode preferir apresentar uma carta de crédito, que tem custos mais baixos e, conseqüentemente, permite uma oferta mais agressiva. O comprador não deve, portanto, exigir apenas qualquer tipo de garantia dos contratantes, mas um seguro garantia⁹⁸.

⁹⁷ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Mensagem de Veto Presidencial nº 335, de 21 de junho de 1993.

⁹⁸ ENGEL, GANUZA, HAUK e WAMBACH: 2006, pp. 334. Tradução própria.

A reforma legislativa procurou, ainda, superar elementos-chave do veto presidencial à redação original da Lei de Licitações. Na primeira razão do mencionado veto presidencial, a respeito da parte de *performance bonds*, afirmou-se que a inexistência de critério objetivo para a determinação do patamar de cobertura seria ilegal. Por isso, após a citada revisão legislativa, o texto legal passou a prever o percentual do valor do contrato a ser coberto pela garantia da apólice.

A segunda razão do veto demonstrou preocupação com níveis adequados de concorrência na licitação e considerou a inexistência de previsão legal de um limite para a importância a ser segurada pelas apólices contrário ao compromisso com a livre concorrência na licitação. A Lei nº 8.666/93, na sua redação vigente, conferida pela mencionada reforma legislativa, previu os seguintes limites: (i) de 1% da importância segurada na licitação para a hipótese de recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato⁹⁹; (ii) de 5% conforme o §2º, do art. 56¹⁰⁰; (iii) de 10% quando for objeto do contrato a realização de obra complexa¹⁰¹. O texto diferenciou objetivamente o patamar da importância segurada com base na complexidade técnica e financeira do projeto e conjugou tal exigência com a previsão de limites, aspecto que atenuou também a segunda razão do veto presidencial à redação original da Lei¹⁰².

⁹⁹ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 8.666/93, art. 31 - A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: [...]

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Lei nº 8.666/93, Art. 81- A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

¹⁰⁰ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 8.666/93, 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.

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.

¹⁰¹ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 8.666/93, art. 56, § 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.

¹⁰² Após o término desta análise das disposições da Lei nº 8.883/94, com base nas razões do veto ao regime de *performance bond* originalmente previsto pela Lei de Licitações, será debatido em tópico específico o impacto à concorrência decorrente da exigência desta modalidade de garantia contratual no âmbito do procedimento licitatório. Serão analisadas algumas propostas de reforma legal do regime brasileiro de *performance bond*, em análise que abrangerá aspectos setoriais e regulatórios e dialogará com a experiência dos Estados Unidos com este produto.

A terceira razão do veto - a questão do registro das empresas a serem seguradas no Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) – tornou-se inócua em função de alterações no texto da Constituição de 1988 e revisões no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. O IRB era considerado pelo art. 192, inciso II, da CF/88¹⁰³, o “órgão oficial ressegurador” e, assim como o órgão oficial segurador, assumiu competências regulamentares conforme explicitadas nas razões do veto, que datam de 21 de junho de 1993.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 13, de 1996, alterou a redação do mencionado artigo para excluir do seu inciso II a expressão “órgão oficial ressegurador”, acontecimento considerado o “primeiro passo efetivo rumo à abertura do mercado de resseguro”¹⁰⁴. A abertura deste mercado se consolidou nos anos seguintes com a sanção da Lei nº 9.932/99, através da qual o instituto passou a se chamar IRB-Brasil Resseguros S.A e foram integralmente transferidas à Susep as suas funções regulatórias e de fiscalização, incluindo a “competência para conceder autorizações”¹⁰⁵. A norma foi posteriormente revogada pela Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007.

A quarta razão do veto registra preocupação com a defesa da concorrência no pleito licitatório. Contudo, por mais que a reforma legislativa feita pela Lei nº 8.883/94 tenha buscado manter níveis adequados de competitividade na licitação, ao manter a exigência facultativa da garantia e limitar a importância segurada em patamares reduzidos, o seu impacto concorrencial não pode ser descartado.

b. Modalidades de seguro garantia de execução do Contrato e os procedimentos à execução da apólice no Brasil

No Brasil encontram-se duas espécies de *performance bond*: o seguro garantia de execução do contrato na modalidade segurado-setor público (775/Susep) e na modalidade segurado-setor privado (776/Susep). As *performance bonds*, no Brasil, receberam esta nomenclatura e classificação pela Susep¹⁰⁶. Conforme mencionado, segundo a classificação

¹⁰³ A redação original do art. 192, da CF/88, (referente ao Título VII – Da ordem econômica e financeira – no capítulo IV – Do Sistema Financeiro Nacional) assim dispunha:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [...]

II – autorização para funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial segurador e do órgão oficial ressegurador”.

¹⁰⁴ IRB: 2016.

¹⁰⁵ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 9.932/99, art. 1º, *caput*.

¹⁰⁶ A Susep é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. O órgão é responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.

concedida pela Circular nº 395/SUSEP, pertencem ao grupo riscos financeiros (07) e ao ramo “Garantia Segurado-Setor Público”, e têm a seguinte conceituação, nos termos do art. 4º, da Circular nº 477/2013, da SUSEP:

“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.

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”¹⁰⁷.

A “declaração do sinistro” no Brasil é feita pela própria seguradora ao final da regulação do sinistro¹⁰⁸ – fase posterior à comunicação ou reclamação do sinistro pelo beneficiário. Assim, fica caracterizado o sinistro quando há a emissão do relatório final da regulação dos sinistros¹⁰⁹ pela seguradora, no qual a seguradora se posiciona expressamente sobre a sua caracterização¹¹⁰.

¹⁰⁷ SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular nº 477/2013, art. 4º.

¹⁰⁸ Adota-se o conceito de sinistro proposto por Tzirulnik (2001), segundo o qual “sinistro é somente aquele evento danoso para o interesse segurado, como o não pagamento do prêmio vencido”. O autor ressalta que “se há sinistro, será devida prestação indenizatória, salvo circunstâncias prejudiciais (v.g. descumprimento de deveres pelo segurado, como o não pagamento do prêmio vencido)”. TZIRULNIK: 2001, p. 80.

¹⁰⁹ A regulação do sinistro é etapa crucial para a satisfação da pretensão indenizatória por parte do segurado. Segundo, Tzirulnik (2001), que elaborou densa produção acadêmica dedicada ao estudo da atividade jurídica securitária, a regulação do sinistro “compreende, antes de mais nada, o cotejo do fato ou evento noticiado com o risco assegurado e demais estipulações contratuais. Se o resultado da operação for positivo, isto é, houver identidade, ainda que parcial, entre o fato e o risco garantido pelo segurador, então haverá sinistro”. TZIRULNIK: 2001, p. 80. A Federação Nacional de Seguros Gerais, no “Guia de Produto – Seguro Garantia”, detalha que a regulação do sinistro é um processo fundamental para o pagamento da indenização à empresa segurada. Depois de conferir os documentos enviados, a seguradora vai confrontar as informações referentes aos fatos e analisar as coberturas reclamadas, os prazos de validade da apólice, as reclamações e a apresentação dos prejuízos. A seguradora apura as perdas financeiras cobertas pela apólice e elabora um relatório baseado nos documentos fornecidos pela empresa segurada e pelo tomador. Ambos têm o direito de confrontar seus argumentos, justificando-os. Na conclusão desse relatório, devidamente fundamentado, a seguradora autoriza ou não o pagamento da indenização à empresa segurada, ou o início do cumprimento das obrigações” FENSEG: s/d, p. 13.).

¹¹⁰ Diversamente, caso a seguradora se posiciona sobre a não caracterização do sinistro, deverá justificar o seu posicionamento. Isso poderá ocorrer, por exemplo, com base nos limites de cobertura, no fato de os prejuízos identificados originarem-se em riscos não cobertos pelo contrato de seguro, com base na verificação de que sobre a causa do sinistro impende dolo, crime ou culpa grave por parte do segurado, entre outros. Cf. BESSA *apud* TZIRULNIK: 2001, p. 86.

c. O percentual do valor do contrato a ser garantido pela *performance bond*

A questão do percentual do valor do contrato a ser garantido pela *performance bond*, assim como a definição do valor mínimo, a partir do qual torna-se compulsória a contratação da garantia, também é primordial ao funcionamento do regime de *performance bond*. É o percentual segurado que incentiva ou dificulta a realização de criteriosa avaliação da subscrição das apólices por parte das seguradoras, assim como evita a insolvência do segurador.

No regime de *performance bond* brasileiro em vigor (delimitação da importância segurada em 5% ou 10% a depender da “complexidade técnica e financeira”), após a reforma legislativa, citada no tópico anterior, definiram-se critérios e porcentagens para a determinação do percentual do valor do contrato a ser objeto de garantia nas contratações administrativas.

O critério escolhido no Brasil para a determinação da importância entre as duas hipóteses, 5% ou 10% do valor do contrato é o seu risco econômico-financeiro, identificado pelo binômio complexidade técnica e financeira. Fiuza (2009) identifica os seguintes problemas relacionados com esta opção legislativa: i) o modelo “engessa a porcentagem da garantia em valores que podem ser muito baixos”¹¹¹, com o efeito de não gerarem suficientes incentivos para a realização de criteriosa subscrição e investigar o histórico do pretendente tomador; ii) a associação da porcentagem apenas à complexidade técnica e ao risco financeiro, pois como o risco relacionado a determinado contrato ou projeto não está resumido ao risco financeiro, existem “riscos técnicos que elevam os custos, mas não são riscos relacionados ao mercado financeiro ou mesmo à administração financeira da contratada”¹¹².

A partir dos estudos de Che e Gale (1998), Zheng (2001) e Rhodes-Kropf e Viswanathan (2005) sobre o risco de projetos contratados por leilão, Fiuza (2009) fez importante alerta em relação à delimitação da faixa na própria lei e da sua variação com base no binômio complexidade técnica e financeira:

[...] não parece ser uma boa ideia delimitar a faixa de risco arbitrariamente em lei, pois os licitantes podem variar em estoque de caixa, volatilidade de custos e valor atribuído ao contrato, o que afeta os riscos exógenos e endógenos ao contrato. Se o objetivo é impedir que a margem de discricionariedade do comprador manipule o valor da garantia como barreira à entrada de novos concorrentes em favor dos participantes habituais [*incumbents*], ao menos uma fórmula deveria ser fixada (e fórmulas normalmente são baixadas por portarias, resoluções ou instruções normativas) refletindo o estado da arte da literatura econômica de finanças e seguros¹¹³.

¹¹¹ FIUZA: 2009, p. 263.

¹¹² FIUZA: 2009, p. 263.

¹¹³ FIUZA: 2009, pp. 269-271.

A propósito, a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg), em estudo intitulado *Seguro Garantia – Obras do governo e aumento do limite da garantia* (2012) considerou que a lei de licitações: “está ultrapassada no tocante aos baixos limites de garantias que fixa para as coberturas a serem prestadas na execução de obras, serviços e compras, sobretudo no que se refere a obras e que não aproveita as condições criadas pelo *performance bond* à realização da qualificação do licitante, monitoramento e fiscalização da obra”¹¹⁴.

Engel, Ganuza, Hauk e Wambach (2006) enfrentaram, em sua pesquisa, a questão do tamanho ótimo da apólice (importância segurada ideal). Os pesquisadores identificaram a existência de um custo de oportunidade para a emissão pela seguradora. Com efeito, considerando que qualquer tomador, até mesmo aquele cuja solvência for incontroversa, terá que arcar algum prêmio pela garantia de sua *performance* contratual, concluíram que ao aumentar o percentual do valor do contrato garantido pela apólice (aumentando o tamanho da apólice, portanto), há um aumento de custos ao comprador (que é diretamente o pretendente-tomador, mas que indiretamente, é o beneficiário, que sofrerá o repasse desse acréscimo por parte do tomador)¹¹⁵.

Identificou-se, assim, um *trade-off*¹¹⁶. Se por um lado, a ampliação do patamar da importância segurada pela apólice importou em acréscimos ao custo da transação, o aumento no tamanho da apólice, por outro lado, melhorou a solvência do contratado (tomador). Isso ocorreu, segundo os autores, por dois motivos. Primeiro, sendo a importância segurada superior (maior a apólice), a seguradora, na hipótese de sinistro, sempre irá optar pela finalização da execução do contrato. Segundo, como a ampliação da importância segurada causa a elevação do preço de emissão da apólice, aumentaria a probabilidade de o tomador ser não apenas uma empresa potencialmente adimplente, mas financeiramente solvente.¹¹⁷

Após a descrição do *trade-off* a respeito do tamanho ótimo da apólice, Engel, Ganuza, Hauk e Wambach (2006) alçaram a conclusão, de caráter propositivo, de que o tamanho ótimo da apólice dependeria do risco do projeto: aumentando de tamanho [elevação da importância segurada] conforme a incerteza do projeto e os riscos de insolvência, e reduzindo de tamanho

¹¹⁴ CNSEG: 2012, p. 9.

¹¹⁵ ENGEL, GANUZA, HAUK e WAMBACH: 2006, pp. 336.

¹¹⁶ “O tamanho ótimo da apólice para o comprador [Administração/beneficiária] é um *trade-off* entre o aumento do preço e o aumento da expectativa de solvência do contratante selecionado [tomador]”. ENGEL, GANUZA, HAUK e WAMBACH: 2006, pp. 336. Tradução própria.

¹¹⁷ ENGEL, GANUZA, HAUK e WAMBACH: 2006, pp. 336.

conforme a certeza e o nível de solvência quando as circunstâncias forem o oposto¹¹⁸. Sobre esse aspecto, Fiuza (2009) afirmou que, em relação ao percentual de importância segurada a ser exigido pela Administração Pública, no Brasil, bastaria a autoridade competente elaborasse portarias para a regulação do percentual, baseada na realidade local e na capacidade institucional da autarquia¹¹⁹.

Entre as alternativas de fixação da importância segurada existem, basicamente, dois modelos: de um lado, encontra-se o modelo de fixação do percentual através de lei ou regulamento, baseados no risco. Este modelo é identificado no Brasil e em alguns países europeus onde o percentual do valor do contrato garantido a título de seguro garantia de execução é menor, havendo, inclusive, a previsão legal de limites para essas operações.

Por outro lado, há o modelo praticado nos EUA, no qual apresentação da garantia é compulsória, sendo a importância segurada determinada, a critério da autoridade administrativa responsável pela contratação, que opta na maioria dos casos por patamar equivalente a 100% do valor do contrato, percentual arbitrado independentemente do risco financeiro do contrato ou da sua complexidade técnica, sendo a sua eficiência econômica questionada por Engel, Ganuza, Hauk e Wambach (2006):

Este sistema tem sua fraqueza porque liga o tamanho do vínculo aos custos esperados do projeto, o que pode ser facilmente aprimorado. Pense, por exemplo, em dois projetos: um é muito caro, porém basicamente não apresenta riscos, e o outro tem muita incerteza, mas é consideravelmente mais barato. O sistema dos EUA coloca um vínculo de garantia mais elevado no primeiro projeto, enquanto o sistema ideal exigiria o contrário: o segundo projeto é mais arriscado e, portanto, o vínculo para o segundo projeto deve ser maior¹²⁰

A determinação do nível de indefinição dos projetos, ou a aferição de seu risco, pode ser difícil, o que inviabilizaria a proposta de Engel, Ganuza, Hauk e Wambach (2006), assim como aquela de Fiuza (2009). Todavia, como bem observaram os primeiros, uma ampla classificação de projetos poderia ser desenvolvida. Além disso, já existem ferramentas objetivas de definição de escopo em projetos, como é o caso do *Project Rating Definition Index* (PDRI)¹²¹, amplamente utilizado nos EUA, que permitiriam uma precisa classificação de

¹¹⁸ ENGEL, GANUZA, HAUK e WAMBACH: 2006, pp. 336.

¹¹⁹ FIUZA: 2009, p. 29.

¹²⁰ ENGEL, GANUZA, HAUK e WAMBACH: 2006, pp. 336-337. Tradução própria.

¹²¹ O PDRI é uma ferramenta objetiva de definição de escopo em projetos, amplamente utilizada pelas agências do Governo Federal nos EUA, que possibilita a verificação de projetos com a assertividade necessária, através de indicadores que restringem a subjetividade da avaliação da qualidade dos projetos por parte do agente público. Cf. UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY. *Project Definition Rating Index Guide for Traditional Nuclear and Non-Nuclear Construction Projects*, Washington D.C., EUA, 2010.

projetos com base em classificação (*rating*)¹²², proporcionando, assim a melhorar os mecanismos de regulamentação existentes para determinar o tamanho adequado da apólice para cada projeto específico¹²³.

O regime brasileiro de *performance bonds* não prevê, ainda, de maneira expressa e inequívoca, a competência fiscalizatória das seguradoras: o poder de fiscalização no canteiro de obras ou local de prestação de serviço durante toda a execução do contrato. Isto porque as leis e os regulamentos que tratam do seguro garantia de execução do contrato não reservam expressamente a competência de fiscalização da execução do contrato às seguradoras, embora tal atuação não seja vedada.

A propósito, é plausível afirmar que o exercício da fiscalização pela seguradora nada mais é que o exercício do seu direito à informação, e assim não possa ser objeto de negativa pelo segurado, o qual deve manter o compromisso de prestação de informações inerente à aferição de riscos pela seguradora, aspecto crucial da relação jurídica securitária. Porém, na prática, não é possível afirmar que tal limitação jamais ocorrerá, prejudicando assim um elemento importante do sistema de *performance bond*. Na tabela a seguir, os regimes americano e brasileiro de *performance bond* são comparados com base em seus aspectos normativos:

Quadro comparativo: regimes americano e brasileiro de <i>Performance Bonds</i>	
EUA	BRASIL
Contratação obrigatória da garantia em todos os contratos de obra com valor igual ou superior a \$100.000 (cem mil dólares).	Contratação não obrigatória. Quando exigida garantia contratual por autoridade competente, o contratado poderá escolher quais das hipóteses do art. 56, da Lei nº 8.666/93 deseja apresentar em garantia.
Competência fiscalizatória às seguradoras.	Não há expressa atribuição de competência fiscalizatória às seguradoras.
Possível a elevação da importância segurada em 100% do valor do contrato a critério da autoridade competente.	Patamar de importância segurada limitado a 10% do valor do contrato para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis e 5% do valor do contrato para as demais contratações.
Fonte: <i>Miller Act</i> e Lei nº 8.666/93.	

¹²² Sugestões como as de Ribeiro (2016), ao observar que “seria preciso exigir que as seguradoras que vão exigir seguro garantia tenham um perfil de crédito adequado”¹²² devem ser cuidadosamente avaliadas, e o debate legislativo prestaria relevantes contribuições para a discussão e maturação das propostas de reformulação. Segundo Ribeiro (2016), “se a intenção do seguro-garantia de valor integral é dar segurança à administração pública, então seria necessário exigir que as seguradoras que emitirão esses seguros tenham perfil de crédito adequado. (...) Aliás, sem a exigência de nota mínima de crédito das seguradoras para emissão desses seguros, eu diria que a segurança trazida pelo seguro-garantia de valor integral seria ilusória”. Conteúdo disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniao/4480930/performance-bond-como-um-criterio-de-selecao-em-licitacoes>> acesso em 17/12/2016.

¹²³ ENGEL, GANUZA, HAUKE e WAMBACH: 2006, pp. 336-337.

A fiscalização - função essencial à estruturação do sistema de incentivos à regular completude do contrato - fica prejudicada diante da omissão legislativa e regulamentar, de modo que, no Brasil, as seguradoras podem encontrar a dificuldade de ingressar no canteiro de obra por elas garantido.

O mencionado conflito de concepções sobre a *performance bond* e as perspectivas sobre o desenho do quadro normativo que melhor se enquadra para maximizar os efeitos do produto é reproduzido no Congresso Nacional, onde atualmente tramitam diversos projetos de lei dedicados ao aprimoramento do regime de seguro garantia de execução do contrato na modalidade seguro setor público. Enquanto alguns projetos apostam na sua apresentação obrigatória como requisito à celebração do contrato, outros mantêm a sua exigência discricionária ao Administrador.

Em relação ao patamar de importância segurada, algumas propostas apostam no modelo americano, enquanto outras mantêm critérios de distinção, reproduzindo a legislação atual, nas elevando gradualmente o percentual para algo em torno de 30% do valor do contrato para obras de atestada complexidade técnica.

Dentre as iniciativas legislativas dedicadas à reforma do regime de seguro garantia de execução do contrato na modalidade seguro setor público, destacam-se o PLS nº 274, de 2016, dedicado integralmente à matéria, e o PLS nº 559, de 2013, que no bojo da proposta de criação de uma nova lei geral de contratações pela Administração Pública, estabelece uma série de inovações na parte acerca do seguro garantia, como por exemplo, a faculdade de fiscalização às seguradoras e elevação dos atuais patamares de importância segurada, que serão analisados nos tópicos subsequentes. Além dos mencionados Projetos de Lei, abordam a matéria, direta ou indiretamente, as seguintes proposições: PLS nº 59/2016; PLS 665/99; PL nº 4216/2001; PL nº 155/1997; PL nº 2851/2003; PL nº 1242/2015; PL nº 4534/2016¹²⁴.

d. Capacidade de Retenção do Mercado Segurador Brasileiro: a possibilidade de operações de Resseguro

Conforme observamos no tópico precedente, entre os principais desafios para o aprimoramento e funcionalidade do regime de *performance bonds*, no Brasil, está o da ampliação do atual patamar de importância segurada. Embora sejam identificadas múltiplas concepções sobre a forma de definição do patamar, e do próprio percentual do contrato

¹²⁴ A consulta do inteiro teor dos projetos de lei indicados se encontra na Rede de Informação Legislativa e Jurídica, disponível em: <http://www.lexml.gov.br/> acesso em 19/02/2017.

administrativo a ser objeto do seguro (patamar de risco contratado), há uma espécie de consenso no sentido de que a manutenção dos atuais patamares previstos pela Lei nº 8.666/93 equivale a manter a inocuidade desta garantia disponível.

Nesta seara, a definição objetiva do percentual do valor dos contratos a serem objetos de garantia esbarra em limitações setoriais relacionadas à capacidade de retenção do mercado segurador. Por tratar-se de mercado regulado, existem limites regulamentares à atuação das seguradoras, e sua capacidade de absorver uma tal ampliação deve ser analisada com atenção pelo legislador¹²⁵, sob pena de a efetividade de eventual nova Lei ser frustrada pela incapacidade de absorção do setor.

Segundo anota Laan (2016), existem dúvidas a respeito da capacidade do mercado segurador brasileiro em absorver a demanda gerada pela obrigatória contratação da apólice e ampliação do patamar de importância segurada para 100% do valor do contrato¹²⁶. Igualmente aos EUA, onde as regras do *United States Treasury* limitam que cada apólice emitida pela seguradora não ultrapasse 10% por cento de seu excedente¹²⁷, no Brasil a retenção de riscos do setor de seguro é de 5% do Patrimônio Líquido Ajustado (PLA)¹²⁸. Nesse sentido, qualquer elevação nos atuais patamares de importância segurada deve observar os limites de absorção do mercado brasileiro, pois há limitada capacidade de retenção para este produto específico.

Entre as alternativas para ampliação da capacidade de absorção do mercado, encontram-se a inserção de novos atores internacionais¹²⁹ e a celebração de operações de resseguro e cosseguro. Laan (2016) relembra que “a própria abertura de mercado de resseguros doméstico, a partir de 2007, esteve associada a essa mesma necessidade de contratação de grandes obras públicas, incluindo os investimentos bilionários no pré-sal”¹³⁰. A propósito, as operações de resseguro são uma alternativa relevante para ampliar a capacidade de retenção de riscos.

¹²⁵ Conforme mencionado no tópico “Propostas Legislativas de alteração no regime brasileiro de Performance Bond”, os debates para elevar o percentual da importância segurada como forma de aprimorar o regime brasileiro de *performance bonds* já chegaram ao Congresso Nacional, que discute em mais de uma iniciativa legislativa a sua ampliação.

¹²⁶ LAAN: 2016, p. 8.

¹²⁷ VOLLBRECHT E LEWIS: 2009, p. 8.

¹²⁸ A respeito do Patrimônio Líquido Ajustado, consultar a Resolução CNSP nº 321, de 2015.

¹²⁹ Segundo Rodriguez: “A abertura do mercado brasileiro à concorrência internacional ocorreu em 1996. Em resposta à consulta do Ministro da Fazenda sobre a possibilidade de autorização para o funcionamento de empresa seguradora estrangeira nos ramos vida e previdência, a Advocacia Geral da União (Parecer GO-104) interpretou como inconstitucional a Resolução CNSP no 14/86, que impedia que o capital estrangeiro participasse com mais de 50% do capital total ou um terço das ações com direito de voto de seguradora brasileira, exceto para casos de interesse do governo, de reciprocidade ou de acordos internacionais autorizados pelo presidente da República. O citado parecer foi o respaldo legal para que mais de 20 empresas estrangeiras entrassem no Brasil a partir de junho de 1996 (Faria, 2004). Entretanto, a entrada de empresas estrangeiras por meio do estabelecimento de filiais continua vetada, ou seja, tais empresas devem constituir subsidiárias no país (firmas suas controladas mas legalmente distintas da controladora). RODRIGUEZ: 2007, p. 10.

¹³⁰ LAAN: 2016, p. 9.

Entretanto, a abertura do mercado nacional de resseguros aos resseguradores internacionais pode ter sido prejudicial, tanto na perspectiva regulatória, pois a Susep absorveu atribuições do antigo IRB de maneira insatisfatória, como na perspectiva do desenvolvimento do mercado segurador nacional.

A esse respeito, afirmou Tzirulnik (2015), ao mencionar o jargão da prática profissional: “quem controla o resseguro controla o seguro”¹³¹, que o desmantelamento do monopólio do IRB teria representado o distanciamento da realidade em que o resseguro atendia ao desenvolvimento social e econômico, assim como equilibrava a competitividade do mercado segurador local¹³².

e. Desenho e capacidade regulatória da Susep

As conclusões alcançadas por Engel, Ganuza, Hauk e Wambach (2006), assim como a proposta feita por Fiuza (2009), acerca da delimitação do patamar de importância segurada através de fórmula, decreto ou portaria, suscita a análise sobre o papel da Susep e da sua capacidade regulatória para lidar com a reformulação do regime de *performance bond* no Brasil. Aplica-se o pressuposto de que, assim como a mitigação de riscos e redução da ocorrência de ALTs (*abnormally low tenders*), na licitação, está condicionada à assertiva de que as apólices de seguro garantia apenas devem ser utilizadas “se a configuração regulamentar garantir que as empresas de garantia tenham níveis financeiros suficientes para cumprir suas obrigações”¹³³, o mesmo deve ocorrer em relação à ampliação do regime de *performance bonds* pela Administração Pública no Brasil.

Entende-se, portanto, que a regulação seria fundamental para manter uma atuação criteriosa das seguradoras durante o processo de subscrição da apólice e para certificar níveis adequados de competição nos mercados envolvidos. O Fundo Monetário Internacional (FMI) elaborou, no ano de 2012, uma avaliação detalhada da observância dos princípios básicos da Associação Internacional de Supervisores de Seguro pelo Brasil [*Brazil: Detailed Assessment of Observance of Insurance Core Principles of the International Association of Insurance*

¹³¹ TZIRULNIK: 2015, p. 120.

¹³² Tzirulnik (2001) menciona que “as funções que esta estrutura de resseguro deveria cumprir em sua concepção inicial são bem expostas por Irukwu que, além das motivações nacionais (retenção de reservas, etc.), ressalta a função de (a) prover os seguradores e as autoridades com informações adequadas e necessárias à organização do mercado, (b) estabelecer bases técnicas de operação inibindo a concorrência predatória, (c) aumentar o poder de barganha para a colocação do excedente nacional do mercado estrangeiro e (d) permitir um melhor nível de habilidade técnica: (...)” TZIRULNIK: 2001, pp. 148-149.

¹³³ ENGEL, GANUZA, HAUK e WAMBACH: 2006, pp. 335. Tradução própria.

Supervisors]¹³⁴. A associação representa reguladores e supervisores de seguros das jurisdições de cento e quarenta países, respondendo por 97% dos prêmios de seguro do mundo e tem como objetivos a promoção de efetiva supervisão da indústria de seguros e contribuir para a estabilidade financeira global¹³⁵.

À luz das avaliações da observância dos princípios estruturantes da Associação pelo Brasil, o relatório do FMI elaborou um diagnóstico da Susep, assim como do modelo de regulação aplicado no país pela Superintendência e preparou sugestões de melhoria e propostas de reformas para fortalecer supervisão conduzida pela autarquia. Particularmente em relação ao princípio da supervisão/regulação, são alarmantes os resultados, sobretudo na perspectiva da capacidade regulatória da Susep. O FMI afirma que o quadro legal que rege a Susep contém elementos que minam sua independência e sua capacidade de realizar plenamente os seus objetivos de supervisão do mercado.

O relatório observa que não há requisitos mínimos para a indicação e nomeação do Superintendente e Diretores da Susep. Os Superintendentes são nomeados e podem ser demitidos a qualquer momento pelo Presidente da República e os principais cargos de sua estrutura são de livre indicação, o que permite que sejam demitidos a qualquer momento pelo Superintendente-Geral ou superior hierárquico. O FMI registra, ainda que os motivos das demissões não são publicados e que, muito embora as autoridades de supervisão tenham garantida a proteção jurídica pela Advocacia-Geral da União, isso nem sempre é suficiente para assegurar que não haverá intimidação¹³⁶. Cabe ressaltar que a Susep é a executora da política regulatória formulada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), porém não há a formal atribuição de autonomia para a Susep desempenhar essa importante função.

Na perspectiva estrutural, o relatório avaliou que a Susep carece de recursos financeiros e humanos suficientes para conduzir a supervisão de forma efetiva. O relatório apontou, ainda, a escassez de pessoal em todos os departamentos e a baixa qualificação técnica dos quadros analisados e o fato de Ministério da Fazenda tem total ingerência sobre o orçamento e a aplicação dos recursos da Superintendência. O diagnóstico mostra alguns desafios para o aprimoramento da regulação feita pela Superintendência e os limites da sua capacidade regulatória. Embora prováveis avanços alcançados pela autarquia nos anos posteriores à elaboração do diagnóstico pelo FMI seja uma possibilidade, as deficiências à efetiva regulação pela autarquia permanecem.

¹³⁴ FMI: 2012, pp. 2-75.

¹³⁵ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS: 2017.

¹³⁶ FMI: 2012, pp. 20-23.

Nesse contexto, a realidade encontrada na Susep impõe a que uma alteração no regime de *performance bond* no Brasil, que altere o patamar de importância segurada, privilegie a uma delimitação legislativa do montante a ser coberto pela operação. Esta alternativa se mostra adequada por oferecer maior segurança jurídica aos agentes econômicos, elemento importante para a atração do investimento privado, crucial à implementação de eventual novo regime de *performance bond* no Brasil.

Também na perspectiva do interesse público, a delimitação da importância pela via legislativa é mais adequada, na medida em que o diagnóstico da Susep feito pelo relatório do FMI mostra que a Superintendência não está imune à captura¹³⁷ pelos agentes econômicos, o que implica em riscos de que sua atuação se desvirtue da sua finalidade. Desse modo, a discussão pública dos projetos permite ganhos com transparência, a prática da *accountability*¹³⁸ pela população, a participação decisiva das instituições de controle externo, como Ministério Público e Tribunais de Contas, além de proporcionar a troca de informações e maior conhecimento de gestores públicos e da sociedade acerca do regime de *performance bonds*.

A atribuição de status de agência reguladora à Susep seria importante para garantir que as seguradoras elaborassem a necessária avaliação prévia à subscrição, elemento fundamental à efetivação dos benefícios da *performance bond*. Trata-se de objetivo primordial a ser perseguido pelo legislador ou formulador da política regulatória, pois dele depende a realização do objetivo do seguro, e garante que a negociação da apólice não se transforme em uma simples negociação financeira, como identifica-se nos dias atuais.

5) AS GARANTIAS CONTRATUAIS E SEU IMPACTO À CONCORRÊNCIA NA LICITAÇÃO

Do confronto de ideias entre os acadêmicos defensores da exigência do seguro garantia como ferramenta de incentivo à execução regular dos contratos administrativos e

¹³⁷ A Teoria da Captura Regulatória diz respeito ao risco de que a agência reguladora passe a “perseguir os interesses das empresas reguladas ao invés de perseguir os interesses públicos em geral”. BALDWIN, CAVE E LODGE: 2012, p. 107. Tradução própria.

¹³⁸ Miguel (2005) afirma que *accountability* é uma resposta que as instituições democráticas tendem a dar aos três problemas fundamentais decorrentes da necessidade de representação política. São eles: i) a separação entre governantes e governados; ii) a formação de uma elite política distanciada da população; iii) ruptura do vínculo entre a vontade dos representantes e a vontade dos representados. Nesse contexto, a *accountability* “se refere ao controle que os poderes estabelecidos exercem uns sobre os outros (*accountability horizontal*), mas, sobretudo, à necessidade que os representantes têm de prestar contas e submeter-se ao veredicto da população (*accountability vertical*)”. MIGUEL: 2005, pp. 26-27.

aqueles céticos em relação a sua funcionalidade, a questão do impacto à concorrência no pleito licitatório talvez seja o mais sensível¹³⁹.

Na perspectiva do Estado, trata-se de verdadeiro *trade-off* a ser enfrentado pelos legisladores e reguladores. De um lado, a necessária persecução de uma eficiência privada pelo Estado no atendimento das expectativas da sociedade e a necessidade de compra de segurança pelo Estado como forma de proteger os recursos públicos investidos nos contratos de obra, fornecimento de bens e serviços à Administração. Por outro lado, a defesa da livre concorrência nos mercados e a liberdade de acesso ao pleito licitatório. O tópico a seguinte detalha as escolhas do mencionado *trade-off*.

Esse aspecto adquire grande relevância na discussão sobre a proposta de ampliação do uso de *performance bond* pela Administração Pública, haja vista que através do procedimento licitatório grandes somas de recursos públicos são direcionadas para projetos de engenharia, para o fornecimento de bens e para a prestação de serviços de grande vulto.

A posição de Graells (2011) bem representa a posição contrária à exigência de quaisquer garantias contratuais por parte da Administração na licitação. O autor sustenta que do ponto de vista do Antitruste¹⁴⁰, ao exigir o cumprimento de determinados requisitos como critérios de qualificação à participação no pleito licitatório, o poder público restringe o acesso esperado pela livre-concorrência. Assim, são vistos em perspectiva negativas os *surety bonds* (gênero do qual as *performance bonds* são uma espécie) ou *document bonds* (exigência de prévia experiência no objeto da licitação) por impactarem substantivamente a dinâmica e o nível de competição dos mercados.

O autor critica especificamente a exigência das *performance bonds* por considerá-las garantias excessivas que, quando tornadas um requisito pela Administração, aumentam de maneira imprópria as barreiras à entrada aos candidatos com recursos financeiros mais modestos. Com resultado, a exigência da apresentação da apólice fortaleceria o monopólio de determinados mercados por grandes empresas dotadas de *know-how* e experiência prévia¹⁴¹.

¹³⁹ Em seus estudos sobre uma nova Lei de Licitações e o redesenho do regime brasileiro de *performance bond* feito pelo PLS n° 559, de 2016 (atualmente PL n. 6814, de 2017), Laan (2016) considera que o “seguro-garantia integral compulsório traria ainda, impactos negativos sobre a concorrência e a concentração de mercado, já que exigiria não apenas um bom perfil de crédito do licitante, como principalmente, elevada capacidade econômico-financeira para prestar contragarantias, em ativos líquidos, às seguradoras, de até 100% do risco contratado – que é da ordem de bilhões de reais para as grandes obras públicas”, o que inviabilizaria “na prática, essa proposta, além de aumentar consideravelmente o custo de contratação pelo Estado” LAAN: 2016, p.7.

¹⁴⁰ “O objetivo do antitruste é promover a concorrência, o que faz através do encorajamento das estruturas competitivas de mercado e intervindo seletivamente quando as práticas representam uma ameaça real à concorrência”. HOVENKAMP: 2008, p. 96. Tradução Própria.

¹⁴¹ GRAELLS: 2011, pp. 326-327 e 425-426.

Conforme verificamos, existem aspectos relevantes, sob o ponto de vista concorrencial, da exigência das apólices de *performance bond* pela Administração Pública. Entre as preocupações e críticas suscitadas pela proposta de ampliação do regime de *performance bond* vindas do campo do Direito à Concorrência, encontra-se a preocupação de que a *performance bond* aumentaria as barreiras à entrada no procedimento licitatório e que o regime de *performance bond* poderia fomentar a troca de informações concorrencialmente sensíveis.

No tópico a seguir, é exposto o conceito de barreira à entrada com o objetivo de testar se a apólice realmente implicaria em um aumento das barreiras de acesso ao processo licitatório. A análise proposta objetiva explicitar os principais elementos desta discussão e desenvolver, no plano teórico, a hipótese de que a geração de incentivos à execução regular do contrato pode acompanhar níveis adequados de concorrência na licitação. A análise proposta investiga se a apólice de *performance bond* prejudica a concorrência na licitação ao ponto de inviabilizar a sua utilização. Por esse motivo, o tópico recorre aos aspectos tais como a modalidade de licitação adotada, a concentração do mercado de seguros, assim como o modelo de regulação implementado pela Susep.

a. ***Trade-off*: segurança na execução do contrato versus competição na licitação**

A formulação e condução do procedimento licitatório, pelos agentes públicos, deve primar pela proteção da integridade¹⁴² do procedimento licitatório, pela maximização dos benefícios resultantes para a sociedade e pela proteção da competitividade dos mercados¹⁴³ impactados pelo certame público. A exigência de garantias contratuais, e especificamente da apólice de *performance bond*, parece desafiar essa conjugação de objetivos, na medida em que coloca em lados opostos a segurança na execução do contrato e a livre-competição na licitação.

A exigência de garantias nos contratos administrativos se justificaria por trazer maior segurança à licitação e, assim, concretizar o investimento feito pelo Poder Público para realizar a obra, custear o fornecimento de determinado bem ou a prestação de serviços. Nessa perspectiva, ao exigir a apólice de *performance bond*, o investimento público se efetivaria com

¹⁴² A busca pela integridade na licitação e gestão contratual adquire grande relevância, sobretudo quando considerados os vultuosos investimentos feitos pelos Estados mundo afora. Segundo a OCDE, o conceito de integridade diz respeito à aplicação dos recursos (ativos) do estado de maneira adequada à sua finalidade, além do exercício da autoridade pela Administração em acordo com interesse público. O ciclo da contratação pública, nessa perspectiva, consiste “de uma sequência de atividades relacionadas que se iniciam com a avaliação das necessidades, à fase de adjudicação, passando pela gestão contratual, até o pagamento final” OECD: 2011, p. 71. Tradução própria, com adaptações.

¹⁴³ OCDE: 2011, pp. 7-28;

celeridade e, assim, ocorreria a fruição de bens e serviços por parte da sociedade. Por outro lado, uma vez exigida a apresentação da *performance bond* como um requisito necessário para a execução contratual, apólice causaria prejuízo à concorrência na licitação pública, em contrariedade ao princípio da liberdade de concorrência do mercado¹⁴⁴.

O *trade-off* decorrente da proposta de exigência da apólice de *performance bond* como única garantia dos contratos administrativos consiste, de um lado, na legítima persecução da regular execução contratual pela Administração Pública e, por outro lado, a igualmente legítima persecução de níveis adequados de concorrência na licitação. Apesar de trata-se de *trade-off*, que implica uma escolha com perdas em ganhos, é necessário um esforço de harmonização entre ambos os objetivos, que são de grande relevância para a eficiência da licitação e o desenvolvimento nacional¹⁴⁵.

Na perspectiva do Direito à Concorrência, cada aspecto da Licitação é relevante, e não apenas as garantias contratuais. A licitação pública encontra limitações materiais e procedimentais que impedem uma eficiência comparada àquela da iniciativa privada. Ao se ponderarem os prós e contras da hipótese de instrumentalização das *performance bonds* pela Administração Pública, deve ser considerado o fato de a licitação ser uma prática imersa em um ambiente institucional e em mercados específicos, que atuam e impactam esse procedimento. Nesse sentido, a OCDE (1998) menciona o impacto da atuação da Administração Pública para a eficiência da Licitação:

O incentivo para que a agência adote aquisições eficientes depende dos mecanismos internos de governança e dos incentivos gerais para a eficiência. Esses incentivos podem ser fracos em agências governamentais. Por conseguinte, reformas que melhorem os incentivos à produtividade e à eficiência nos serviços

¹⁴⁴ Franceschini e Bagnoli (2016) observam que, a partir de 1990, a economia de mercado “se difundiu e se tornou realidade no mundo. As privatizações e a liberalização do comércio deixaram de ser a realidade das economias desenvolvidas e passaram a estar presentes nas economias em desenvolvimento. Em linhas gerais, o Estado deixando de atuar diretamente nos mercados como agente econômico, relegando tal tarefa à iniciativa privada. Assim, fica a impressão de que as limitações à concorrência estão desaparecendo, de modo que as autoridades concorrenciais se ocupem das limitações à concorrência praticadas pelos agentes privados. Contudo, as iniciativas estatais limitadoras da concorrência são reais e o debate sobre os prejuízos à concorrência que tais interferências estatais podem gerar é uma realidade em todos os países”. FRANCESCHINI e BAGNOLI: 2016, pp. 580-581.

¹⁴⁵ Nesse aspecto, o *trade-off* entre a segurança na execução contratual e a garantia da livre-concorrência no procedimento licitatório se aproxima das tensões identificadas entre iniciativas de combate à concentração econômica e de combate à corrupção. Sendo conhecida a proposta de Carvalhosa (2016), de que a apólice de *performance bond* quebra a interlocução direta entre agentes públicos e privados durante a execução contratual e, assim combate a corrupção identificada nessa relação, pertinente o paralelismo com a conclusão dos estudiosos participantes das rodadas da OCDE sobre políticas concorrenciais: “A luta contra a colusão e a corrupção não são objetivos mutuamente exclusivos, pelo que é necessário acomodar os dois, a fim de proteger melhor o procedimento licitatório. As tensões entre as abordagens, por vezes concorrentes, para a prevenção da colusão e da corrupção, no âmbito da licitação, podem exigir compensações para alcançar ambos de forma eficaz. Por exemplo, embora a transparência seja indispensável para a prevenção da corrupção, deve evitar-se a transparência excessiva ou desnecessária”. OCDE: 2011, pp. 31-32, tradução própria.

governamentais podem melhorar os resultados das aquisições feitas através de licitação.¹⁴⁶

A efetividade do Direito à Concorrência, no âmbito da licitação, demanda a avaliação do próprio licitatório como um todo. Dessa maneira, considerando que a escolha de um desenho licitatório pode “impactar a estrutura e funcionamento de mercados específicos”¹⁴⁷, não se consideram plausíveis as críticas à *performance bond* que apenas consideram o seu impacto à concorrência, sem problematizar o contexto específico de sua exigência, o tipo e a complexidade do contrato que irá garantir e, sobretudo, a modalidade licitatória adotada para a seleção do contratado¹⁴⁸. A seguir, será discutida, em linhas gerais, a questão da eficiência na licitação e os reflexos do modelo licitatório escolhido na colusão dos mercados envolvidos.

b. Licitação e Concorrência: a eficiência da licitação na perspectiva do Antitruste

A OCDE (1998) considera uma licitação eficiente quando ela é capaz de selecionar particular capaz de executar obra, fornecer o bem ou prestar o serviço desejado pela melhor relação custo-benefício¹⁴⁹. A ocorrência de ilícitos concorrenciais, assim como a prática de fraude à corrupção e demais ilícitos impedem que a licitação atinja a eficiência¹⁵⁰.

A complexidade do ambiente licitatório torna permanente o risco de corrupção e fraude, apesar da sua finalidade formal de aquisição de bens e contratação de serviços, eficientemente, pela Administração Pública¹⁵¹. Por existirem elementos que inviabilizam a eficiência licitatória, a promoção da integridade no procedimento licitatório, assim como a proteção da competitividade devem ser fruto de empenho institucional permanente¹⁵².

A Administração deve, assim, constantemente aprimorar as suas práticas com o objetivo de aumentar a eficiência da licitação. Isto requer a realização de avaliações internas, investimento em capital humano e a inserção de novos instrumentos que ampliem não apenas

¹⁴⁶ OCDE: 1998, p. 7.

¹⁴⁷ OCDE: 2011, pp. 7-28.

¹⁴⁸ A propósito, o mencionado estudo da OCDE (2011) sobre competição e licitações registra que o elemento primordial para o combate à colusão e à corrupção no procedimento licitatório é a seleção do “tender procedure”, ou seja, o desenho da licitação seria a principal variável para a garantia de integridade e competitividade ao pleito. OCDE: 2011, pp. 7-28.

¹⁴⁹ OCDE: 1998, P. 7.

¹⁵⁰ Nesse sentido: “Práticas como colusão, manipulação de propostas, fraude e corrupção impedem a eficiência licitatória. Quanto mais forte for o incentivo à eficiência geral do empreendimento, mais forte será o incentivo para controlar todas as práticas de aquisição ineficientes, incluindo a corrupção. As formas mais comuns de aquisição envolvem alguma forma de concurso ou de leilão, embora sejam utilizadas outras práticas, especialmente quando o número de potenciais concorrentes é pequeno”. OCDE: 1998, p. 7.

¹⁵¹ OCDE: 2011, pp. 7-28.;

¹⁵² OCDE:2011, PP. 7-28.

a eficiência na prestação dos serviços públicos, como também a capacidade de verificação e avaliação dos licitantes.

Consideram-se violações à integridade da licitação o cometimento de fraudes, a má-versação de recursos públicos, os conflitos de interesse, o emprego de materiais inadequados e a desatenção às especificidades do contrato, os superfaturamentos, a colusão, o tratamento discriminatório, o abuso e a manipulação de informação¹⁵³. Em todas as violações listadas, a apólice atua como mecanismo de prevenção e contenção de ilícitos, operando como uma ferramenta de eficiência licitatória. Contudo, a ampliação da capacidade de verificação e avaliação de licitantes proporcionada pela apólice gera um efeito negativo: a restrição à competitividade no procedimento licitatório.

Por tratar-se a sua eventual exigência no procedimento licitatório de um impacto à competição entre concorrentes no pleito, é necessário avaliar qual o contexto de exigência da *performance bond*. Cabe verificar se a exigência da *performance bond* seria positiva indistintamente, ou se, a depender do objeto da contratação, e da modalidade licitatória escolhida, poderia ser uma prática prejudicial¹⁵⁴. Justamente por não detalharem tais aspectos, as críticas à utilização da *performance bond* pela Administração Pública que se registram até o momento, no Brasil, são incapazes de refutar a hipótese de que os benefícios econômicos obtidos pela Administração, mediante a utilização da *performance bond*, ultrapassam os prejuízos causados à concorrência em consequência da exigência da apólice como garantia.

A propósito, vale mencionar outras exigências legais e regulamentares que impactam a concorrência, mas que subsistem no ordenamento jurídico em função dos trazidos à Administração. Um exemplo é a exigência de experiência prévia para a habilitação, requerimento frequente nos editais de licitação e que penaliza os novos entrantes. Outros exemplos são a comprovação de capacidade financeira, barreiras à participação estrangeira nas licitações nacionais¹⁵⁵, e as vantagens oferecidas, nos EUA, às *Disadvantaged Business*

¹⁵³ OCDE: 2011, p. 72.

¹⁵⁴ Ressalte-se que o modelo de licitação desempenha um relevante papel ao inibir práticas anticompetitivas. Identificou-se que a exigência de *performance bond* combinada com procedimento licitatório que favoreça a colusão seria prejudicial. Por outro lado, caso a Administração reformule o procedimento e exija a apresentação da apólice, pode ocorrer a efetivação de seus efeitos. A esse respeito, é oportuna a lição de Kovavic, Marshall, Marx e Raiff (2006), segundo os quais: “A maneira como os vendedores conduzem leilões e compradores conduzem aquisições pode aumentar ou reduzir sua vulnerabilidade a conluio, independentemente da disponibilidade de leis antitruste ou outros comandos legais que proíbam tais formas de coordenação”. KOVAVIC, MARSHALL, MARX E RAIFF: 2006, pp. 406.

¹⁵⁵ “Os obstáculos à participação estrangeira na aquisição devem ser eliminados. O caderno de encargos deve ser cuidadosamente redigido de modo a não excluir potenciais fornecedores, quer nacionais quer “*Barriers to foreign participation in procurement should be eliminated. The tender specifications should be carefully drafted so as not to exclude potential suppliers whether domestic or foreign*” OCDE: 1998, p. 8.

Enterprises (DBEs), empresas de pequeno e médio porte titularizadas por grupos sociais minoritários, como hispânicos, americanos de origem africana e asiática, ou mulheres que são presumidas socialmente em desvantagem¹⁵⁶.

Todavia, a adoção de tais medidas, restritivas de acesso ao mercado, não significaria o abandono da constante busca pela defesa da competitividade do mercado. Ao contrário, ela representaria um esforço de harmonização entre os interesses estatais na execução regular de contratos de obra e de fomento à abertura dos mercados. Uma medida restritiva deve ser tomada com a necessária cautela, e mediante a implementação de um modelo licitatório eficiente, em todos os seus aspectos.

Além disso, antes de optar por uma limitação regulamentar, o Poder Legislativo ou a Administração deveriam consultar a autoridade da concorrência, que desempenharia um papel-chave na formulação de políticas licitatórias¹⁵⁷, objetivando a mensuração dos impactos econômicos das limitações propostas, consciente de que as limitações regulamentares podem facilitar a colusão e causar prejuízos sociais de grande relevância¹⁵⁸.

A opção sobre a regulação de determinado mercado é uma escolha política, que diz respeito aos legisladores. Segundo Hovenkamp (2008), esse é o motivo pelo qual os juízes togados e aqueles a exercerem jurisdição administrativa, em uma autoridade da concorrência, devem tomar como dada a regulação de mercado existente, e atuar para prevenir danos à concorrência causados por ela¹⁵⁹.

c. Performance bond: barreiras à entrada na Licitação?

Conceitualmente, o que se entende pelo termo “barreira à entrada” não é consenso, embora a OCDE (2005) reconheça a sua importância para o Direito à Concorrência e políticas de defesa da liberdade do mercado. Segundo a Organização, embora relevante, a questão da constituição das barreiras à entrada nunca teria sido resolvida universalmente. O conceito de barreira à entrada, dessa maneira, é objeto de distinções por parte de acadêmicos e por parte das normas e regulamentos destinados à defesa da concorrência pelo mundo, sem jamais ter existido

¹⁵⁶ Trata-se de ação afirmativa, que retira o mercado das empresas mais eficientes e competitivas para favorecer empresas de pequeno e médio porte titularizadas por grupos sociais minoritários. Segundo Departamento de Transportes dos EUA (2017): “DBEs são pequenas empresas com fins lucrativos em que indivíduos social e economicamente desfavorecidos possuem pelo menos 51% de participação e também controlam a administração e as operações diárias de negócios”. Estados Unidos da América: 2017. Tradução própria.

¹⁵⁷ OCDE: 1998, p. 28.

¹⁵⁸ OCDE: 1998, pp. 26-27.

¹⁵⁹ HOVENKAMP: 2008, p. 231.

uma definição a respeito. A propósito, diferentes autoridades da concorrência mensuram e avaliam diferentemente as barreiras à entrada.

Diante da impossibilidade de convergência em relação ao conceito de barreiras à entrada, a OCDE adotou uma abordagem pragmática, segundo a qual mais importante do que precisar o que seria barreira à entrada, é identificar quando uma ação ou omissão está direcionada a obstar ou impedir a entrada de concorrente em determinado mercado relevante¹⁶⁰. Assim, ao longo dos anos a OCDE estabeleceu pertinente diferenciação das condições constitutivas das barreiras à entrada entre condições estruturais e estratégicas¹⁶¹:

Barreiras estruturais podem existir devido a condições tais como economias de escala e efeitos de rede. Às vezes é possível quantificar esses tipos de barreiras porque é sabido antecipadamente quanto custará construir uma planta eficiente ou comprar os insumos necessários. Os obstáculos estratégicos, por outro lado, podem surgir de comportamentos como acordos de exclusividade. Pode ser substancialmente mais difícil medir as dificuldades que esse comportamento pode impor aos potenciais entrantes. Além disso, nem sempre é fácil determinar se o comportamento estratégico deve ser visto como elemento de fomento ou restrição à concorrência em primeiro lugar. Com base na experiência das agências, parece que alguns dos fatores comportamentais que permitem que as empresas tenham grandes participações de mercado em indústrias diferenciadas também são considerados para estabelecer a existência de barreiras à entrada. Em outros casos, no entanto, fatores que apontam para a existência de barreiras à entrada são exatamente os mesmos fatores considerados para promover uma concorrência vigorosa. A publicidade, por exemplo, é frequentemente considerada como uma forma de promover a concorrência, aumentando a quantidade de informação disponível para os consumidores. Muita publicidade, no entanto, é por vezes considerada uma barreira à entrada quando ela efetivamente impõe uma obrigação para os participantes a anunciar seus produtos em uma extensão semelhante¹⁶².

Entre as barreiras estruturais à entrada identificadas pela OCDE¹⁶³ estão as determinações legais e as normas de caráter regulamentar. Embora os representantes da Escola de Chicago¹⁶⁴ repudiem veementemente as barreiras legais e regulamentares, a OCDE ressalta que não é possível negar “que muitas vezes as restrições servem a outros importantes objetivos

¹⁶⁰ OCDE: 2005, p. 25.

¹⁶¹ OCDE: 2005, p. 11.

¹⁶² OCDE: 2005, p. 10.

¹⁶³ No relatório da OCDE, a organização listou as seguintes condições constitutivas das barreiras à entrada estruturais: 1) Vantagens de custo absoluto; (2) Economias de escala; (3) Economias de escopo; (4) custos elevados de capital; (5) Efeitos de repercussão; (6) Efeitos de rede; (7) barreiras legais / regulamentares; (8) Barreiras à saída. OCDE: 2005, pp. 28-34. Tradução própria.

¹⁶⁴ De acordo com Hovenkamp (2008), a Escola de Chicago “ofereceu uma visão elegante, pró-mercado e, em grande medida, anti-intervencionista do Antitruste. Com base na economia neoclássica, os escritores dessa escola argumentaram que, a longo prazo, os mercados tendem a corrigir suas próprias imperfeições; que a história da intervenção judicial agressiva produziu muitos resultados indefensáveis; que os tribunais muitas vezes condenaram práticas comerciais com aparência suspeita sem compreendê-las, e quando essas práticas foram compreendidas, mostraram ter explicações benignas ou pró-competitivas. Como resultado tribunais devem estudar as práticas de negócios muito mais profundamente antes de decidir que a intervenção é apropriada”. HOVENKAMP: 2008, p. 32. Tradução própria.

políticos”¹⁶⁵. O relatório cita alguns exemplos de barreiras legais ou regulamentares necessários, como as regulações ambientais, as normas de segurança dos assentos infantis ou de qualidade da água, assim como determinadas restrições legais ou regulamentares que “fazem mais bem do que mal”, sendo exemplificativa desta hipótese a legislação de patentes¹⁶⁶.

A partir da classificação exposição exposta acima, é plausível concluir que a exigência de apólices de *performance bond* pela Administração Públicas constituiria uma barreira estrutural à entrada de concorrentes na Licitação. Este enquadramento se mostra pertinente, pois a exigência da apólice inegavelmente impacta as relações entre os concorrentes, seja causando prejuízos à disputa entre eles, seja inviabilizando a participação de competidores no pleito¹⁶⁷.

Apesar de estar claro que, quando exigida pela Administração Pública na Licitação, a *performance bond* pode ser considerada uma barreira estrutural à entrada, o mesmo não ocorre sobre os benefícios ou malefícios de sua exigência. A presença obrigatória das *performance bonds* na licitação seria positiva, como os exemplos ambientais ou de proteção à propriedade intelectual, ou seria negativa, gerando o fechamento da licitação aos pequenos e médios atores, causando assim o encarecimento de obras, de fornecimentos de bens e da prestação de serviços à Administração Pública?

A resposta a essa pergunta é variável. Ela poderá contemplar pertinentes justificativas para a Administração exigir as apólices ou, diversamente, contemplar numerosas críticas baseadas na necessária defesa da concorrência na licitação. Antes de endereçar as conclusões dessa análise sobre os impactos causados pela exigência da *performance bond* no ambiente licitatório, é necessário verificar: (i) se a exigência da apólice, na realidade, não formaria uma estrutura de favorecimento à troca de informações sensíveis entre os concorrentes e; (ii) se a concentração do setor de seguros no Brasil colocaria em risco a efetividade do regime de *performance bond*.

d. O regime de *performance bond* favorece a troca de informações sensíveis entre concorrentes?

No regime de *performance bond*, cada uma das partes envolvidas é incentivada a atuar de maneira diligente pela execução regular do contrato cuja execução é garantida pela apólice.

¹⁶⁵ OCDE: 2005, p. 33-34.

¹⁶⁶ OCDE: 2005, p. 33-34.

¹⁶⁷ OCDE: 2005, p. 33-34.

Conforme visto no tópico anterior, a *performance bond* se enquadra na definição de barreira à entrada, ensejando preocupação com a manutenção de níveis adequados de competitividade na licitação.

Este fundado receio trata-se, em verdade, de *trade-off*, e enseja profundo debate e a elaboração de pesquisas, pois a *performance bond* seria uma barreira cujos benefícios poderiam justificar a sua adoção pela Administração. O presente estudo concluiu que a exigência da apólice se justifica como uma medida que garante a eficiência da licitação, assim como a efetividade dos investimentos públicos e gozo, pela população, dos objetivos da contratação administrativa.

Todavia, as preocupações concorrenciais relacionadas com a proposta de ampliação do regime de *performance bond* não se encerram na questão do impacto à concorrência na licitação. É plausível supor que o regime de *performance bond* possa constituir uma estrutura de favorecimento à troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Embora o mercado de seguros tenha como característica um nível elevado de troca de informações para o gerenciamento de riscos, para a precificação de apólices e para a padronização de determinados procedimentos adotados pelos seguradores¹⁶⁸, existe a possibilidade de que o regime de *performance bond* possa gerar uma estrutura para a troca de informações sensíveis entre concorrentes. Daí emerge a percepção do risco de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre seguradores e resseguradores.

São algumas hipóteses de troca de informações concorrencialmente sensíveis proporcionadas pelo regime de *performance bond* formuladas: i) conluio entre seguradoras e empresas prestadoras de serviço para proporcionar a negativa da emissão das apólices às empresas vencedoras de licitação com o objetivo de favorecer empresas determinadas; ii) conluio entre as seguradoras e empresas participantes em cartel em mercados específicos, como obras de engenharia de grande vulto, com as seguradoras emprestando a sua atividade para controle da associação criminosa; iii) combinação de preços entre seguradoras; iv) conluio entre seguradoras para cobrar valores não contabilizados para emissão de apólices à determinadas empresas.

¹⁶⁸ “Embora a maioria dos países tenha informado que a lei de concorrência se aplica ao setor de seguros, a natureza da atividade de seguros é tal que, em certos casos, a cooperação entre companhias de seguros concorrentes pode gerar benefícios de eficiência. Os exemplos clássicos são a cooperação para o compartilhamento de informações sobre a magnitude dos riscos e a cooperação para o compartilhamento de grandes riscos. Estas práticas, na medida em que promovem a concorrência e são benéficas para os seguradores e segurados, deve ser permitida. Este não é normalmente um problema para países com leis de concorrência modernas ou recentemente atualizadas, que permitem uma abordagem caso a caso”. OCDE: 1998(b), p. 11.

De fato, o acúmulo de informações pelos seguradores pode favorecer o cometimento de ilícitos concorrenciais, desde que a sua atuação não seja devidamente supervisionada e regulada. Por esse motivo afirma-se que os ilícitos concorrenciais mencionados podem ser evitados mediante a regulação efetiva sobre a atividade das seguradoras nesse mercado. Considera-se que a atividade da seguradora, historicamente regulada, é de mais simples vigilância, e oferece maiores oportunidades de uma atuação preventiva à prática de ilícitos, do que a vigilância da atividade dos agentes privados envolvidos nos procedimentos de licitação pública.

Nesse sentido, a regulação e fiscalização da atuação das seguradoras, em uma eventual ampliação do regime de *performance bond*, oportunizaria o duplo efeito de impedir que a seguradora atue como estrutura para o cometimento de ilícitos concorrenciais e de fortalecimento do exercício do controle preventivo dos demais atores envolvidos no contrato administrativo cuja execução é garantida pela *performance bond*. O compartilhamento de dados e informações sobre o mercado regulado entre a Susep e a autoridade da concorrência emerge, nesse ponto, como fundamental ao desempenho e êxito nas funções regulatória e de controle preventivo de ilícitos.

Apesar de a atuação regulatória ser capaz de evitar que as relações e decorrentes do contrato de seguro garantia se transmude em uma estrutura para o compartilhamento de informações concorrenciaismente sensíveis, no Brasil, os atuais níveis de concentração do mercado de seguros e o desenho regulatório da Susep desafiam a efetividade da regulação para impedir que a estrutura se forme.

e. A concentração no setor de seguros no Brasil coloca em risco a efetividade do regime de *performance bond*?

O mercado segurador brasileiro, conforme aborda a introdução deste estudo, está em crescimento, aspecto que favorece a discussão da exigência das apólices de *performance bond* como alternativa para a melhoria da qualidade dos projetos e para uma execução contratual regular.

Contudo, o seu crescimento não acompanha a desconcentração do mercado. Apesar de ser o maior setor de seguros de toda a América Latina, responsável por 50% do prêmio bruto emitido na região, com os ativos totais administrados pelo setor, ao final de 2010, registrando

ativos totais administrados de US\$ 225 bilhões, ou 9,5% do Produto Interno Bruto (PIB)¹⁶⁹ o setor não parece repercutir a tendência de desconcentração empresarial da contemporaneidade, observada por Naím (2013)¹⁷⁰. Diversamente, o mercado se mostra ainda mais concentrador, sendo o seu crescimento acompanhado de aumento na concentração econômica:

A extensão da concorrência no mercado de seguros parece variar significativamente de produto para produto e de país para país. Apesar de vários países terem registado uma indústria de seguros altamente competitiva (particularmente o Reino Unido, os Países Baixos e os EUA), as preocupações sobre o nível de concorrência também foram levantadas em muitos países. Por exemplo, a Alemanha observa: "A indústria de seguros continua a ser altamente cartelizada". Na Itália: "Na experiência da Autoridade da Concorrência [italiana], a concorrência nos preços parece ser extremamente fraca". Da mesma forma, na Coreia do Sul: "dada a curta história da liberalização do prêmio de seguro na Coreia, uma forma completa de concorrência no prêmio de seguro ainda está para ser desenvolvida". Dada a forte tradição histórica que envolve várias formas de cooperação industrial em muitos países da OCDE, é necessária uma vigorosa e sustentada aplicação da lei da concorrência para estabelecer padrões sólidos de conformidade com as regras da concorrência¹⁷¹.

Com o objetivo de compreender a evolução dos preços dos seguros em comparação com a estrutura dos mercados de seguros no Brasil, Rodriguez (2007) elaborou uma detalhada análise sobre o mercado de seguros brasileiro, no qual propõe-se a analisá-lo a partir do modelo de concorrência monopolística para compreender como um mercado em expansão pode apresentar redução no número de empresas em atividade¹⁷².

Rodriguez (2007) curiosamente encontrou, por um lado, evidências de rendas monopolísticas e, por outro, "características de contestabilidade"¹⁷³, na medida em que: (i) as

¹⁶⁹ FMI: 2012, p. 6.

¹⁷⁰ Em seu livro intitulado *O Fim do Poder*, o venezuelano Moisés Naím elabora uma interessante análise das mudanças nas relações de poder no mundo globalizado do século XXI. Segundo o autor, haveria uma tendência de fragmentação do poder, manifestada na dificuldade de seu exercício por instituições, políticos, executivos e empresas. O traço fundamental deste período histórico seria uma consequência da globalização, que ao mesmo tempo em que promove a fragmentação do poder, aumenta a competição nos mercados. No contexto empresarial, o autor observa que essa tendência mundial não seria de uma "maior concentração nas mãos de poucas empresas, mas de uma diminuição da concentração empresarial". Apesar da dispersão do poder e da tomada de decisões desafiar os políticos, os gestores públicos e os gestores privados dos dias atuais, a diminuição da concentração não alcança a todos os mercados e setores da economia igualmente, remanescendo "setores monopolizados por um reduzido número de empresas que têm um férreo controle sobre seu mercado e com os quais é muito difícil concorrer". Entre os exemplos de mercados concentrados que desafiam a mencionada tendência estão alguns mercados nacionais de seguros. NAIM: 2013, pp. 238-239.

¹⁷¹ OCDE: 1998(b), p. 11

¹⁷² RODRIGUEZ: 2007, p. 11; pp. 17-18; p. 40

¹⁷³ O conceito de contestabilidade é descrito por Rodriguez (2007) ao comparar os modelos analíticos de Concorrência Monopolística e Mercados Contestáveis: "A análise tradicional nos deixa a impressão de que a estrutura de mercado desejável é aquela em que muitas empresas ofertam as mercadorias, de modo que monopólio é a menos eficiente estrutura, e, a medida em que se aumenta o número de empresas, aumenta-se continuamente a eficiência de mercado (Baumol, 1982). Em mercados perfeitamente contestáveis, entretanto, esta continuidade desaparece. O equilíbrio em mercados contestáveis é atingido quando não há mais espaço para que uma nova firma entre no mercado, vislumbrando lucros positivos. O número de empresas que levam a tal equilíbrio pode ser

barreiras não são restritivas à entrada de novas firmas e (ii) o Decreto n. 60/92 aboliu a necessidade de aprovação prévia de produtos elementares, alterações que fizeram com que o modelo de atuação da Susep reduzisse a ênfase regulatória, focalizando a fiscalização macroeconômica e prudencial, atenta aos níveis de solvabilidade do mercado brasileiro de seguros¹⁷⁴. Ao proceder a análise do Índice Herfindhal-Hirschman¹⁷⁵ do setor de seguros no Brasil, Rodriguez (2007) identificou um aumento consistente na concentração entre os anos de 1997 e 2007, explicitado “pela saída de pequenas empresas do mercado”¹⁷⁶.

O 4º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados, elaborado pela Susep (2016), também registra a tendente concentração do mercado de seguros no país. De acordo com o relatório, a concentração por empresa saltou de 60% do mercado controlado pelas 10 maiores empresas atuantes, em 2001, para 67%, em 2015. A concentração por grupo econômico evidencia o grau avançado de concentração do mercado de seguros no país, registrando crescimento da parcela de mercado controlada pelos 5 maiores grupos econômicos. Em 2001, os 5 maiores grupos econômicos controlavam 57% do mercado, passando para 60% em 2015.

Os gráficos a seguir, extraídos do relatório da Susep, ilustram bem a tendência de concentração do mercado de seguros do país, um mercado que apesar de crescer economicamente, mantém a trajetória de concentração:

bastante pequeno (monopólio, no limite). Um mercado perfeitamente contestável é aquele em que a entrada é absolutamente livre e a saída ocorre sem custo. É ainda necessário que a empresa ingressante não sofra uma desvantagem em termos da técnica de produção e percepção, por parte dos consumidores, da qualidade de seu produto (...)” RODRIGUEZ: 2007, pp. 9-10. Para mais informações sobre o conceito de Mercados Contestáveis, ver OCDE: 2005, p. 29, e WHISH e BAILEY: 2008, p. 17.

¹⁷⁴ RODRIGUEZ: 2007, p. 10.

¹⁷⁵ Variadas são as formas de mensuração do grau de concentração de um mercado. O índice Herfindhal-Hirschman (HH) é a medida mais utilizada pelas autoridades da concorrência para mensurar o grau de concentração de mercados relevantes. Trata-se de ferramenta para a análise dos atos de concentração econômica. O índice consiste na soma dos quadrados das parcelas (S_i) dos faturamentos das (n) firmas sobre o faturamento total da indústria, chamado de *market share*. O índice de HH permite a compreensão das tendências de alteração do número de concorrentes e a distribuição de fatias de mercado, sendo que o seu recorte pode ser complementado pelo Índice de Gini, eficaz na captura de efeitos distributivos sobre o mercado analisado. *Vide* RODRIGUEZ: 2007, pp. 5-6.

¹⁷⁶ RODRIGUEZ: 2007, p. 6

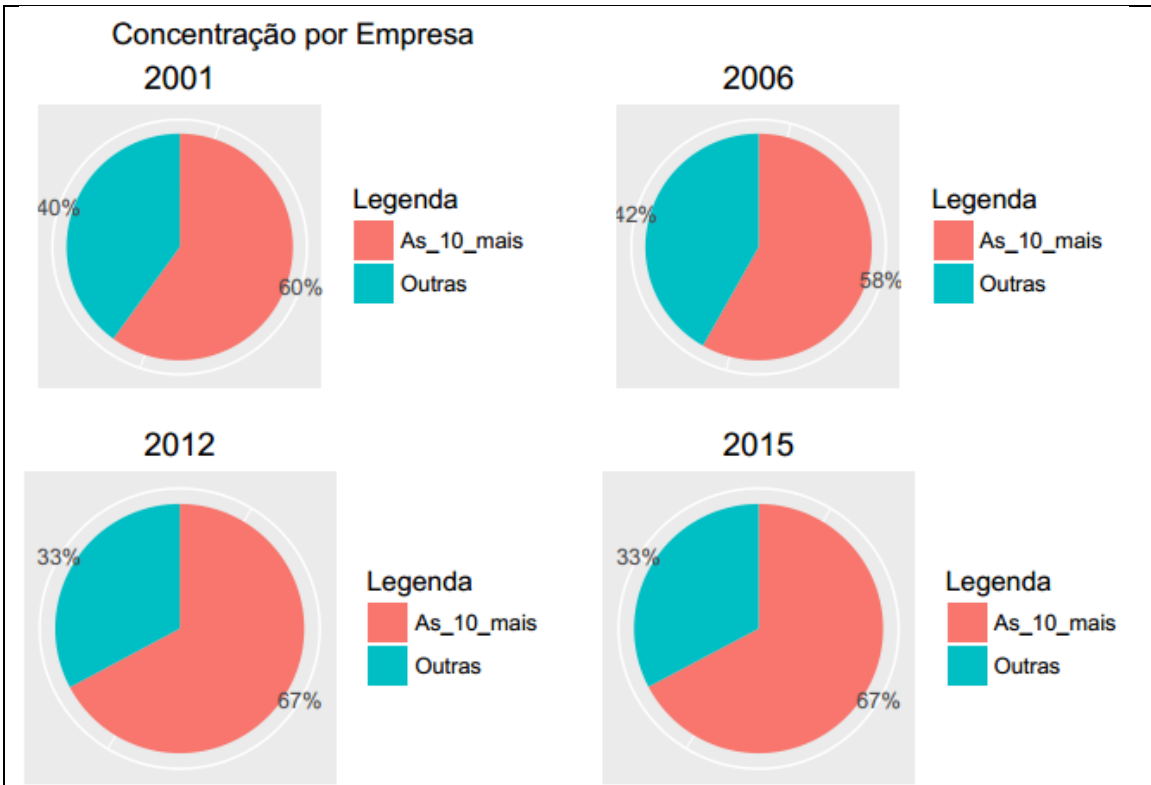


Figura 4: Concentração por Empresa no mercado brasileiro de seguros (*Market share*). Fonte: SUSEP: 2016, p. 13.

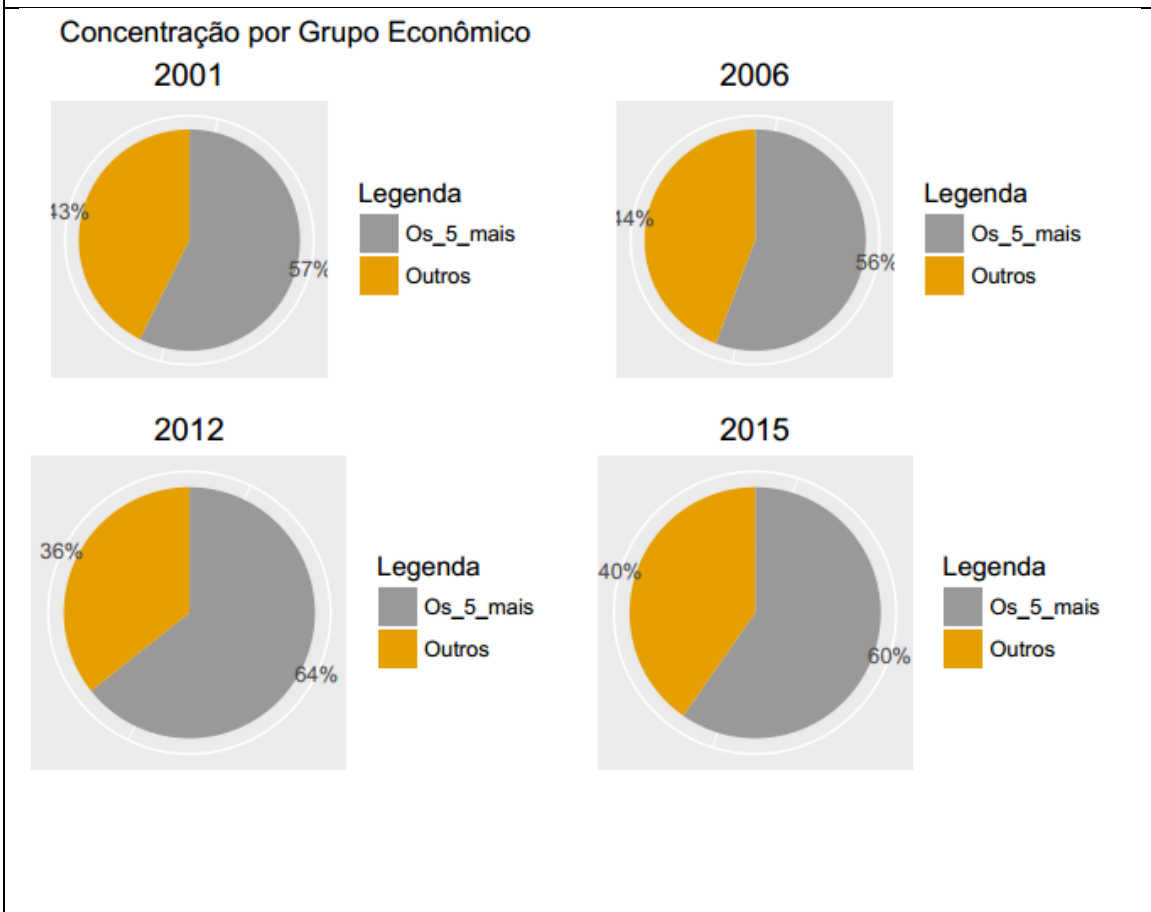


Figura 5: Concentração por Grupo Econômico. Fonte: SUSEP: 2016, p. 14.

A formulação de alternativas para a maior abertura e desconcentração do mercado bancário e segurador deve ser prioridade, sendo adequada não apenas para viabilizar a proposta de exigência do regime de *performance bond* no Brasil, mas para evitar que o SIR gerado pela medida se traduza em uma estrutura para a troca de informações concorrencialmente sensíveis¹⁷⁷.

Uma alternativa para tanto seria a abertura do mercado de seguros aos bancos e instituições financeiras¹⁷⁸. Contudo, essa barreira regulamentar à atuação das instituições bancárias e financeiras é mitigada, no Brasil, pela possibilidade de que as seguradoras possam compor conglomerados empresariais capitaneados por instituições bancárias e financeiras¹⁷⁹.

Não coincidentemente, no Brasil, os quatro grandes bancos, que detêm boa parte do volume de recursos disponíveis na economia brasileira, são os controladores dos principais grupos seguradores do país. Outra alternativa seria a cooperação e compartilhamento de informações entre o Supervisor do mercado brasileiro de seguros (Susep) e a Autoridade da Concorrência, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), porém não se encontram em vigor quaisquer acordos de cooperação entre as autarquias¹⁸⁰.

Quando se pensa na exigência do seguro garantia pela Administração Pública, é preciso, ainda, discutir qual desenho de regulação da atividade econômica das empresas que comercializam o produto. Como no Brasil o regime é aberto, e vigora relativa competitividade entre os *players*, a efetividade de um sistema de garantia integral de *performance bond* deve

¹⁷⁷ Nesse quesito, é ilustrativa a experiência do mercado britânico, onde mesmo no mercado de linhas de seguro compulsórias (como é o caso do seguro veicular obrigatório, especialmente tendente à concentração) conseguiu formidáveis níveis de concorrência: “Alguns países mantêm monopólios estatutários para certas formas de seguro, muitas vezes em linhas obrigatórias de seguro. No entanto, é claro que, desde que haja um regime regulamentar adequado, é possível manter uma concorrência saudável nas linhas de seguro obrigatórias. O Reino Unido informa que existem mais de 80 empresas que oferecem seguro automóvel obrigatório operando no Reino Unido” OCDE: 1998(b), p. 9.

¹⁷⁸ “Talvez o resultado mais interessante do ponto de vista de regulação de mercado, comparativamente ao mercado brasileiro. No mercado segurador americano, a permissão para que bancos pudessem entrar no mercado segurador gerou os resultados esperados de acordo com a teoria de contestabilidade. Observaram-se menores lucros nesta indústria e maior concorrência em relação a preços (...)” RODRIGUEZ: 2007, pp. 12-13.

¹⁷⁹ Esse aspecto de mitigação da participação dos bancos e demais instituições financeiras foi identificado pela OCDE: “Muitos países continuam a restringir as linhas de negócios em que as seguradoras (e outras instituições financeiras) podem se envolver. Contudo, na prática, os efeitos desse regulamento são limitados, uma vez que as companhias de seguros são, na maioria dos países, permitidas a fazer parte de conglomerados com outras instituições financeiras” OCDE: 1998(b), p. 10.

¹⁸⁰ Franceschini e Bagnoli (2016) mapearam a celebração de Acordos de Cooperação Técnica entre o CADE e a Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Agência Nacional de Petróleo, Gás, Natural e Biocombustíveis – ANP, Agência Nacional de Cinema – ANCINE, Instituto Nacional da Propriedade Intelectual – INPI, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e ainda com o Banco Central do Brasil, e com a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. FRANCESCHINI e BAGNOLI: 2016, p. 301.

acompanhar um desenho regulatório adequado do ponto de vista da competitividade e da integridade dessas empresas.

Considera-se que a prevenção do cometimento de ilícitos concorrenciais e a prevenção de que o regime de *performance bond* se torne uma estrutura para a troca de informações concorrenciais sensíveis passam pela formulação de uma política regulatória para o setor de seguros.

Nesse aspecto, entende-se que o modelo de supervisão desenvolvido pela Susep apresenta limites intransponíveis, sendo necessário garantir, através da regulação da atividade econômica dessas empresas, tanto o crescimento sustentado, como a desconcentração econômica, mediante a gradual redução do seu *market share* e aumento dos *players* em atividade. O exercício da competência regulatória, por agências competentes e criadas para esta atribuição, seria pertinente para garantir tais objetivos¹⁸¹.

6) PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO ATUAL REGIME BRASILEIRO DE SEGURO GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO

a) Projeto de Lei n. 274, de 2016

O Projeto de Lei do Senado nº 274/2016 se destaca entre as propostas legislativas compromissadas com a reformulação do regime brasileiro de *performance bonds*. Apresentado em junho de 2016, o Projeto modifica a Lei de Licitações e o Regime Direto de Contratações (RDC) para tornar compulsória a contratação da apólice de *performance* em todos os contratos administrativos de obra, de fornecimento de bens ou de serviços com valor igual ou superior a dez milhões de reais, e aposta no modelo americano de arbitramento do percentual de importância segurada em 100% do valor do contrato¹⁸².

¹⁸¹ O fundamento para esta afirmação se encontra na Teoria da Regulação Econômica, segundo a qual “nos mercados que apresentam falhas, a regulação é o meio de fazer com que, nesses mercados, imperfeitamente competitivos, a competição seja estabelecida pelos agentes econômicos”. FRANCESCHINI e BAGNOLI: 2016, p. 312. Portanto, apesar de o mercado de seguros brasileiro apresentar bons níveis de contestabilidade, como bem observou Rodriguez (2007), o fato de o crescimento do setor acompanhar uma ampliação na sua concentração, já historicamente concentrada, frustraria o compromisso do Estado com a livre concorrência.

¹⁸² O seguinte trecho da justificativa do anteprojeto sintetiza o seu espírito: “A superação do seu uso facultativo, atualmente prevista pela Lei de Licitações, pela contratação compulsória sinaliza o objetivo de, através da norma dedicada aos aspectos contratuais da apólice, prestar contribuição decisiva à superação do atual paradigma de gestão e execução dos contratos públicos, criando mecanismos que garantam ao Estado a amortização do investimento público, mediante a execução do contrato no prazo, condições e preço contratados”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n. 274, de 2016. Justificativa.

O projeto prevê expressamente a competência fiscalizatória às seguradoras¹⁸³, aspecto que completa a tríade de mútuos interesses e incentivos à execução regular do contrato. A proposição corrige o atual critério de distinção do montante segurado, cujas limitações foram identificadas por Fiuza (2009) ao basear-se na complexidade técnica e financeira do projeto.

Outra preocupação identificada no projeto está relacionada com a apresentação de projeto executivo no caso das contratações de obras públicas. O projeto executivo é o principal instrumento disponível para o exercício da fiscalização da execução do contrato pela seguradora. Ao exigir “a apresentação de projeto executivo adequado como condição à execução da apólice”, o projeto garante a elaboração de projetos executivos em todas as contratações, e fornece à seguradora o principal instrumento de fiscalização do adimplemento do contrato.

Além disso, o projeto fomenta a criação de projetos de engenharia de maior qualidade, posto que a delimitação do objeto, e as etapas executivas são primordiais à aferição de riscos pela seguradora. A proposta ainda amplia o poder de ação da seguradora após a comunicação do sinistro¹⁸⁴, projeto garante que o segura.

A proposta também demonstra preocupação concorrencial, ao vedar a prestação de seguro garantia ao pretendente-tomador de apólice que participe direta ou indiretamente do grupo econômico da seguradora¹⁸⁵ e procura arbitrar o procedimento de notificação do sinistro e declaração do sinistro, através de regras claras e objetivas, o que pode, inclusive, proporcionar uma regulação de sinistro menos conturbada.

b) Projeto de Lei n. 6814, de 2017

Entre as propostas de alteração legislativa do regime de *performance bond*, há ainda o PL n. 6814, de 2017, originalmente o PLS nº 559, de 2013, produto de Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos do Senado Federal, que estabelece novas regras para a contratação pela Administração Pública. A proposta contempla uma nova disciplina e patamares de importância segurada às contratações de apólices de *performance*¹⁸⁶.

¹⁸³ A respeito da competência fiscalizatória das seguradoras, *vide* arts. 21 a 25 da proposta legislativa.

¹⁸⁴ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 274, de 2016. Justificativa, §12.

¹⁸⁵ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 274, de 2016. Art. 8º - “É vedada a prestação de seguro garantia caso exista vínculo societário direto ou indireto entre o tomador e a seguradora”.

¹⁸⁶ Em seu art. 89, na versão do último substitutivo apresentado na Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional – CEDN -, o projeto de Lei torna obrigatória a contratação de apólice de seguro garantia de execução do

O projeto, na redação do atual art. 89, §3º da proposta, permite a ampliação do atual limite de 5% do valor do contrato para prestação de garantia em obras públicas, que passa a ser limitado em 20% do valor inicial do contrato, hipótese em que a escolha da modalidade contratual utilizada será de livre escolha do particular, sempre que exigida pelo poder público.

Diferentemente, no caso das obras de grande vulto, definidas como aquelas de valor igual ou superior a cem milhões de reais, o projeto nº 559 torna obrigatória a contratação de apólice de seguro garantia de execução do contrato, com percentual mínimo de 30% de importância¹⁸⁷. Portanto, o critério determinado no projeto para delimitação do percentual do valor do contrato a ser garantido pela apólice não responde mais ao binômio “complexidade técnico e financeira”, e passa a ser objetivamente fixado a partir com base no preço da contratação.

Além disso, o §7º do projeto excepciona para que, na hipótese de a contratação de obras e serviços de engenharia prever a obrigação da sub-rogação, pela seguradora, das obrigações do tomador, o contratado não possa mais optar pelas demais modalidades previstas no art. 89 (caução; fiança bancária), e seja compelido a contratar o seguro garantia.

Embora a proposta amplie o regime de *performance bond*, e atribua certa centralidade à esta modalidade de contratação, alguns aspectos do conteúdo do projeto de lei suscitam o questionamento da sua efetividade. A elevação do percentual de importância segurada para 30% do valor do contrato se justificaria pois a elevação para 100% do valor do contrato “demandaria um prêmio muito alto, tornando a contratação do seguro inviável, a contraproposta do mercado é de uma cobertura de 30% do valor da obra”¹⁸⁸. Segundo especialista do setor, esta elevação, inicialmente para 30%, permitiria que as seguradoras tenham um “lastro maior para garantir a retomada, cobrindo os custos necessários para a recontração de uma nova construtora a partir do momento em que existe quebra de contrato”¹⁸⁹

A assertiva, contudo, não parece amparar-se em dados empíricos, pesquisas acadêmicas ou, à exemplo da proposta de elevação da importância segurada para 100% do valor do contrato, amparada em experiência institucional exitosa com este produto. A “contraproposta do mercado”, embora absolutamente relevante, não é transparente, o que

contrato com percentual mínimo de 30% de importância segurada para todas as obras de grande vulto, definidas como aquelas de valor igual ou superior a cem milhões de reais.

¹⁸⁷ Laan (2016) considera positiva a manutenção da prerrogativa do Poder Público de avaliar, caso a caso, a necessidade de exigir a garantia LAAN: 2016, p. 3.

¹⁸⁸ DATT: 2017, p. 1.

¹⁸⁹ Assim Francilene Rodrigues de Freitas, gerente executiva de riscos globais do Grupo Segurador Banco do Brasil e Mapfre comentou a proposta de elevação do patamar de importância segurada para 30% do valor do contrato. DATT: 2017, p. 1.

fragiliza a sua credibilidade. Ademais, não há garantia efetiva de que a elevação para 30% do valor do contrato irá garantir que as seguradoras abandonem a postura inerte, e a natureza eminentemente financeira da emissão de apólices de seguro garantia para procederem na avaliação criteriosa da subscrição das apólices, compromissadas com a finalidade social do seguro¹⁹⁰.

7) A CONTRATAÇÃO DE *PERFORMANCE BOND* NAS CONTRATAÇÕES SOB O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC (Lei n. 12.462/11)

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC) tem sido utilizado com frequência pelos Estados e municípios como uma alternativa de celeridade em detrimento ao procedimento da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93)¹⁹¹. A exigência de seguro-garantia (*performance bond*) em montante equivalente ao valor total do contrato seja plenamente cabível mediante a licitação de obras públicas sob o regime diferenciado de contratações (RDC), da Lei nº 12.462/11. O RDC permite que Administração Pública exija a apresentação da garantia em seus editais, haja vista que (i) não estabelece a faculdade aos particulares para escolha da modalidade de garantia a ser apresentada à Administração e (ii) não menciona qualquer limite ao montante do valor do contrato a ser objeto de garantias.

O RDC permite a imediata contratação de *performance bond* em 100% do valor do contrato, na medida em que o seu procedimento não está limitado pela Lei nº 8.666/93. O art. 1º, §2º, do RDC, expressamente estabelece que não se aplicam ao RDC as disposições da Lei de Licitações, salvo nos casos expressamente previstos em Lei, sendo que não há qualquer menção à parte de garantias e às limitações da Lei de Licitações na Lei do RDC. O art. 4º, inciso IV, do RDC, estabelece que nas licitações e contratações e contratos de que trata a Lei serão observadas as condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, e o *performance bond* é hoje uma realidade em quase todos os contratos privados de infraestrutura.

¹⁹⁰ “Independentemente da corrente ideológica a que se alinhem, juristas, economistas, cientistas sociais e todos os demais que se debruçam sobre o seguro reconhecem que ele existe para a sociedade e promove o desenvolvimento econômico e social”. TZIRULNIK: 2015, pp. 108.

¹⁹¹ O município de São Paulo, por exemplo, aplicou o RDC para contratar as obras de drenagem nas bacias do córrego Zavuvus, do rio Aricanduva e do córrego Anhangabaú; a construção dos hospitais de Parelheiros e de Brasilândia; a construção de mais de 100 creches, além de UPAs, UBSs, CEIs e escolas municipais, além da licitação de corredores de ônibus.

O Decreto nº 7851, de 11 de outubro de 2011, que regulamentou o RDC, determina que o instrumento convocatório definirá a exigência de garantias e seguros, quando for o caso (art. 8º, inciso XIII), sem mencionar qualquer limitação ou determinar remissão à Lei de Licitações, o que fortalece a tese jurídica de que seria possível a exigência da apresentação de seguro garantia na modalidade segurado-setor público com importância segurada em 100% do valor do contrato para as contratações do RDC.

Além disso, entre as modalidades licitatórias constantes no RDC encontra-se a contratação integrada, que se aproxima das contratações de tipo *turn-key*¹⁹², sobre as quais, Taylor (2009) elaborou tópico específico, quando da sua investigação sobre do desenho de políticas compensatórias nas licitações internacionais¹⁹³, no qual afirma que a contratação de apólices de *performance bonds*, no âmbito desses contratos de *turn-key*, é uma combinação adequada, proporcionando o desenvolvimento de uma sólida política de contratações¹⁹⁴.

Dessa maneira, a proximidade entre os contratos de *turn-key* e àqueles de contratação integrada, quando conjugada com a possibilidade jurídica de contratação da *performance* nas licitações sob o RDC dá a necessária robustez para que, ao menos um projeto-piloto de *performance bond*, nos moldes propostos nesse trabalho, é não apenas possível, como oportuno.

8) CONCLUSÕES

A pesquisa proporcionou o mapeamento de bibliografia acerca da *performance bond* e favoreceu a compreensão deste mecanismo por estudantes, pesquisadores e membros da sociedade civil. Proporcionou também a ampliação do conhecimento sobre o seguro garantia de execução do contrato, trazendo à percepção suas limitações e os desafios para sua reformulação. Compreendeu-se o seu funcionamento para responder à pergunta de pesquisa: como a *performance bond* diminui os riscos de inadimplemento nos contratos de obras, fornecimento de bens e serviços à Administração e incentiva a sua execução regular, no prazo, preço e especificações contratadas?

¹⁹² “Contratos de *turnkey* diminuem os riscos deslocando-os do contratante para o contratado. Ao assinar um contrato detalhado, o contratado é legalmente responsável pelo estudo de viabilidade inicial, pelo design, engenharia e construção da planta. Além disso, o contratado não recebe o pagamento integral até que várias operações de produção estejam completas.” TAYLOR: 2009, p. 756. Tradução e adaptações próprias.

¹⁹³ Trata-se de uma política de compensação por assinatura de contrato, na qual o contratado deve transferir benefícios econômicos extras aos contratante como uma condição para realização da compra de bem ou serviço. TAYLOR: 2009, pp. 749-750.

¹⁹⁴ TAYLOR: 2009, pp. 749-750.

Expostas as características consideradas relevantes à compreensão da estrutura e modo de funcionamento particular da apólice de *performance*, identificou-se que as *performance bonds* incentivam a execução regular dos contratos administrativos pois estruturam um Sistema de Incentivos Recíprocos (SIR) que atuam no sentido da execução contratual, com o adimplemento das obrigações assumidas pelas partes. Em detrimento da atual realidade, marcada pelo atraso na execução, pelo emprego de materiais de qualidade inferior à contratada, sobrepreço e cometimento de atos de corrupção, as *performance bonds* são uma alternativa de diminuição dos riscos de inadimplemento pelo contratado¹⁹⁵.

Verificou-se dois elementos de funcionalidade do regime de *performance bond*: (i) garantia obrigatória, em detrimento da faculdade de escolha da modalidade pelo particular; (ii) efetividade do processo de subscrição da garantia, que deve ser conduzido pela seguradora de maneira criteriosa, avaliando todos os aspectos relacionados ao pretendente-tomador, e à sua capacidade performativa frente ao projeto que se propôs a executar¹⁹⁶.

Nesse contexto, a regulação assume um papel central para garantir a necessária harmonização dos interesses divergentes, no sentido da persecução dos mencionados elementos de funcionalidade do novo regime de *performance bond*. Ela é fundamental para acompanhar a atividade do mercado, para elaborar as normas técnicas, para verificar o seu cumprimento e para proceder avaliações sobre a efetividade da política regulatória em andamento. Outra função relevante do regulador seria a de orientar os atores envolvidos, mediante a produção de cursos e a divulgação de cartilhas, manuais e toda a sorte de informações sobre o produto e como utilizá-lo.

Feitas essas ponderações, tem-se a próxima conclusão: embora o regime de *performance bond* reduza de maneira não desprezível o risco de inadimplemento contratual, sua funcionalidade decorre de um equilíbrio frágil. Em relatório da experiência com contratos baseados em desempenho executados na Armênia, no Kazaquistão e na Ucrânia, para a melhoria de serviços públicos de fornecimento de água, a OCDE (2011 (b)) identificou as *performance bonds* entre as boas práticas para o desenho, o monitoramento e a execução contratual e a implementação desses contratos a utilização de apólices de *performance*¹⁹⁷.

¹⁹⁵ A inserção da seguradora como terceira interessada na execução do contrato pode ter, ainda, o efeito indireto de combate à corrupção identificada na execução dos contratos administrativos de obra, fornecimento de bens e serviços, pois *eliminará a interlocução direta entre contratado (as empreiteiras) e contratante (o Estado)*. Cf. CARVALHOSA: 2016.

¹⁹⁶ “A contratação da garantia securitária fornece dois serviços importantes para o beneficiário [Administração Pública]: a pré-qualificação da capacidade do contratante para realizar o trabalho [*underwriting assessment*] e a proteção do dinheiro dos contribuintes, garantindo o projeto será concluído no prazo e as contas pagas [*claims handling*]”. SCHUBERT: 2000, p. 50. Tradução própria.

¹⁹⁷ OCDE: 2011, p. 90

Porém, entre os aspectos relatados, consta exatamente a percepção de que “só pode ser eficaz [a apólice], se estiver bem desenhada e todos os seus elementos estiverem devidamente cobertos pelo contrato”¹⁹⁸.

No tocante ao regime de *performance bond*, no Brasil, conclui-se que por estar limitado por Lei à cobertura de baixos percentuais do valor dos contratos, ele não atende à sua finalidade, na medida em que as seguradoras não elaboram a mencionada avaliação da subscrição da apólice. O processo de subscrição, por aqui, é incipiente, e o negócio de emissão de apólices de *performance bond* tornou-se um negócio eminentemente financeiro, a par de sua natureza securitária, que deve atender aos interesses e finalidades sociais de todo seguro.

O quadro de ineficiência do regime brasileiro de *performance bond* é agravado pelo fato de que, os seguradores, cientes da ineficiência do Estado na reclamação do sinistro e na elaboração de projetos básico e executivo de qualidade em obras públicas, se valem, de maneira recorrente, às causas de isenção de sua responsabilidade da prescrição e com base no agravamento do risco decorrente, da celebração de aditivos contratuais, sem a sua consulta. Esta constatação corrobora a identificação de que o seguro garantia de execução do contrato, na modalidade segurado-setor público, no Brasil, tornou-se mera estrutura/plataforma financeira.

Na perspectiva do Direito à Concorrência, concluiu-se que as *performance bonds* constituem uma barreira à entrada no procedimento licitatório, e que a sua exigência acarreta um inegável dano à concorrência. Contudo, os seus benefícios qualitativos, na perspectiva da qualidade da execução contratual e solvência e segurança na contratação, tornam a possibilidade de sua exigência um *trade-off*, a ser enfrentado pelo Legislador em profundo debate com a sociedade civil.

Nesse aspecto, é preciso considerar que a excessiva concentração identificada no setor de seguros no Brasil pode ser um entrave à implementação do regime de *performance bond*, haja vista que redução da concentração é o único caminho para que a precificação das apólices não seja inflada artificialmente, ou que as seguradoras cometam ilícitos concorrenciais e passem a organizar e ter poder, indireto sobre a escolha do resultado da licitação. Diante da alta concentração econômica do setor de seguros, da ineficiência regulatória e da existência de incentivos institucionais à prática de ilícitos, não foi afastada a hipótese de que o regime de *performance bond* possa proporcionar uma estrutura para a troca de informações concorrenciais sensíveis entre concorrentes.

¹⁹⁸ OCDE: 2011(b), pp. 77

A necessária reformulação requer alterações legislativas para a reestruturação do regime de *performance bond* no Brasil. Entre os desafios à sua eficácia, mencionados ao longo do texto encontram-se: a baixa capacidade institucional¹⁹⁹; a limitada capacidade de retenção do mercado segurador; a ausência de sua contratação obrigatória; a inexistente previsão de competência de fiscalização à seguradora e atuais patamares de importância segurada incipientes.

Embora a efetiva reformulação apenas seja possível através de ampla reforma legislativa, a pesquisa identificou a possibilidade jurídica de imediata implementação de *performance bond*, com 100% do valor do contrato garantido pela apólice, nas contratações não submetidas ao regime da Lei de Licitações, e nas quais não seja vedada a garantia do contrato pelo seguro garantia, como é o caso do RDC.

Em relação aos projetos de Lei analisados, conclui-se que o Projeto de Lei n. 274, de 2016, é a proposta que mais avança no sentido de reestruturar o regime brasileiro de *performance bond*. A proposta presta contribuições na busca pela segurança jurídica e para a organização dos interesses de cada uma das partes envolvidas na relação do contrato de seguro garantia. O projeto contempla os elementos considerados primordiais à realização da finalidade do seguro garantia, que é a execução contratual no prazo, preço e de acordo com as especificidades contratuais.

Por outro lado, o PL n. 6814, de 2017, é temerário na perspectiva da funcionalidade do regime de *performance bond*, posto que, conforme mencionado, não há qualquer evidência empírica, estudo, ou experiência institucional de outro país, que embase a afirmação recorrente de que ao elevar a importância segurada para 30% do valor do contrato, a seguradora passará a executar o processo de subscrição da apólice de maneira criteriosa.

Conclui-se que a elevação para o patamar proposto pelo PL n. 6814, de 2017, oficialmente justificada pela limitada capacidade de retenção do mercado brasileiros, pode ser um risco, na perspectiva dos seus efeitos, ao criar uma espécie de reserva de mercado extraordinária, sem garantias ao poder público de que ao elevar a importância segurada para 30%, tornando-a obrigatória para as obras de grande vulto, as seguradoras passariam, então, a elaborar a criteriosa avaliação da subscrição da apólice e fiscalizar a execução do contrato. Por

¹⁹⁹ “Muitos beneficiários, tomadores [contratantes da apólice], profissionais de *design*, e outros que entrem em contato com o seguro garantia não estão familiarizados com a indústria de garantia e os seus procedimentos. Esta falta de conhecimento, muitas vezes leva a mal-entendidos e disputas desnecessárias, traduzindo-se em ineficiências e decepção com a garantia enquanto produto e processo, muitas vezes resultando em perdas e complicações financeiras”. RUSSEL: 2000, p. 5. Tradução própria.

esse motivo, reforçamos a recomendação para que a regulação feita pela Susep seja fortalecida, sendo a sua atuação a única garantia de que a emissão das apólices dar-se-ia da forma desejável.

Embora distintas as motivações, de modo similar ao que ocorreu nos EUA durante as crises financeiras de 1893, o momento de crise econômica observado no Brasil exige reformas e se abre como janela de oportunidade à reforma dos procedimentos licitatório e de contratação administrativa. Nesse cenário, o regime de *performance bonds* em vigência no Brasil deve ser reestruturado para que institua um efetivo sistema de *performance bond*, cuja beleza (funcionalidade) seja digna de referência:

A beleza deste Sistema é que, enquanto a pré-qualificação pela seguradora aumenta as chances de um projeto sem problemas, caso a seguradora emita apólice de garantia em favor de contratante que, finalmente, entre em apuros durante a execução e ocasiona sinistro no contrato, a seguradora lá está para garantir que o contrato seja concluído²⁰⁰.

A concretização dos efeitos positivos da eventual reestruturação do regime de *performance bonds* no Brasil envolveria, portanto, uma série de questões de ordem normativa, institucional e de mercado, pois embora o potencial de transformação passe necessariamente pela alteração legislativa, esta via não bastará isoladamente. A propósito, como bem anotou Saddi (2016), as *performance bonds* não são panaceia, e portanto, é precipitado afirmar com a conotação de certeza que são capazes, por si só, de garantir uma execução contratual regular. Representam, no entanto, um inegável avanço na governança contratual, constituindo instrumento que certamente permite maior certeza da execução e mediação do contrato²⁰¹.

Em matéria de *performance bonds*, como os interesses envolvidos são divergentes, é necessário encontrar um equilíbrio capaz de realizar o interesse público na regular execução do contrato e que não frustre, por outro lado, os interesses econômicos envolvidos na emissão das apólices. Aos legisladores brasileiros resta oportuna a expressão de Wallick e Stafford (1964) sobre o processo de estruturação normativa e consolidação do centenário sistema de *performance bond* nos EUA. Nas suas palavras, embora ninguém pareça satisfeito com a Lei (*Miller Act*), “talvez este seja o melhor testemunho possível do equilíbrio que a norma atingiu entre tais interesses conflitantes”²⁰².

²⁰⁰ SCHUBERT: 2000, p. 41. Tradução própria.

²⁰¹ SADDI: 2016, pp. 1-2.

²⁰² WALLICK E STATFORD: 1964, p. 515.

REFERÊNCIAS

Livros e Artigos

- BACHRACH, George J; RODGERS-WAIRE, Cynthia. “The Performance Bond Surety’s Rights to the Contract Funds”. *The Law of the Performance Bonds, 2nd. Edition*. Lawrence R. Moelmann; Matthew M. Horowitz; Kevin L. Lybeck Editor. Chicago, Estados Unidos da América: American Bar Association 2009, pp. 3-4.
- BAJARI, Patrick; MACMILLAN Robert; TADELIS, Steven. “Auctions versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis”. *Stanford Institute for Economic Policy Research Discussion Paper No. 02-41*. Stanford, Estados Unidos da América: 2003.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice - 2nd Edition*. Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 2012.
- BERNANKE, Ben S. *The Federal Reserve and the financial crisis. Lectures by Ben S. Bernanke*. Princeton, Nova Jersey, Estados Unidos da América: Princeton University Press, 2013, pp.1-28.
- BEZER, Donovan. “The inadequacy of Surety Bid Bonds in Public Construction Contracting”. *Public Contract Law Journal*, Vol. 40, No. 1: 2010, pp. 87-146.
- BRADY, Eugene. “Bonds on Federal Government Construction Contracts: The Surety’s view”. *New York University Law Review*, Vol. 46:262: 1971, pp. 262-280.
- BRITT, Ray H. “The Surety’s Investigation”. *The Forum*: 1982, pp. 1151-1167.
- CABRAL, L.; COZZI, G; DENICOLÒ, V.; SPANGNOLO, G.; E ZANZA, M. “Procuring innovations”. In: DIMITRI, Nicola, PIGA, Gustavo and SPANGNOLO, Giancarlo. *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 483-529.
- CARVALHOSA, Modesto. “A Quebra da Interlocação Direta – Agentes Públicos, Empreiteiras e Fornecedores”. *Revista dos Tribunais Online*. Thomson Reuters, acesso em 03/06/2016.
- CARVALHOSA, Modesto. “Performance Bonds: quebra da interlocação direta entre agentes públicos e privados na execução de contratos administrativos”. In: PASTORE, Affonso Celso (Organizador). *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2017, pp. 202-232.
- CHE, Y.K.; GALE, I. “Standard auctions with financially constrained bidders”. In: *Review of Economic Studies*, Vol. 65, No. 1: 1998, pp. 1-21.

- COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL. *Yearbook Volume XXXI: 2000*. Nove Iorque (EUA): United Nations Publication: 2000, pp. 147-149; 594-599.
- CORBIN, Arthur. “Third parties as beneficiaries of contractor’s Surety Bonds”. *Yale Law Journal*, Vol. XXXVIII, nº 1, November: 1928, pp.1-25.
- CROSWELL, Simon G. *A Treatise on the Law Relating to and Administrators*: 1889, pp. 147.
- CUSHMAN, Edward H. “Surety Bonds on Federal Construction Contracts: current decisions reviewed”. *Fordham Law Review*: 1957.
- DUKE, Stewart, R. ANDERSON, Mary Jeanne. “How contract Surety Bonds are underwritten”. *The Law of Suretyship*, Edward G. Gallagher, editor. *Tort and insurance practice*. Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), ISBN 1-57073-780-0, 2000.
- ENGEL, Andreas R.; GANUZA, Juan-José.; HAUKE, Esther.; WAMBACH, Achim. “Managing risky bids”. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Handbook of Procurement*. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2006, pp. 322-343.
- FIUZA, Eduardo P. S. “Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas”. In: *Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Lúcia Helena Salgado, Eduardo Fiuza (Organizadores). Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, pp. 239-274.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de Direito Empresarial vol. VII. Direito Concorrencial*. Modesto Carvalhosa (Coordenador). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo, 4ª Edição*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- GALGANO, Francesco. *Diritto Commerciale. L'imprenditore – Dodicesima Edizione*. Bologna (Itália): Zanichelli Editore, 2008, pp. 267-281.
- GALIZA, Francisco. “Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas”. *ENS-CPES, Estudos sobre Seguros*, n. 29, ISBN nº 978-85-7052-579-6. Rio de Janeiro: 2015, pp. 13/37.
- GRAELLS, Albert Sánchez. *Public Procurement and EU Competition Rules*. Oxford and Portland, Oregon, Estados Unidos da América: Hart Publishing, 2011, pp. 326-327 e 425-426.

- HAAS, Theodore H. “The Corporate Surety and Public Construction Bonds”. *George Washington Law Review* 206: 1957.
- HAYES, John B. “Performance bonds – third party beneficiary dilemma”. *13 International Business Law*, 125: 1985.
- HABER, Stephen. “Introduction to the political economy of crony capitalism”. *Crony Capitalism and Economic growth in Latin America: theory and evidence*. Stanford, Estados Unidos: Hoover Institution Press, 2002, pp. xi-xxi.
- HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Londres, Inglaterra: Harvard University Press, 2005.
- KOVACIC, W.E MARSHALL, R.C., MARX. L.M. RAIFF, M.E. “Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements”. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Handbook of Procurement*. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2006, pp. 381-411.
- KRUGMAN, Paul. *A crise de 2008 e a economia da depressão*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2009, pp. 144-159.
- LAAN, Cesar van der. “Reformulação da Lei de Licitações e Contratações Públicas: fragilidades na proposta de uso de seguro-garantia como instrumento anticorrupção”. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, setembro/2016. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos> Acesso em 01/09/2016.
- LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de Laços. Os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier Campus, 2011.
- LI, Bing et al. “Critical success factors for PPP/PFI projects in the UK construction industry”. *Construction Management and Economics*, v. 23, n. 5, p. 459-471, 2005.
- MACMANUS, Richard P. “The Miller Act Performance Bond – An additional Payment Bond?” *Insurance Law Journal*: 1968, pp. 875.
- MELO, Gustavo de Medeiros. “Seguro Garantia Judicial. Aspectos Processuais e materiais de uma figura ainda desconhecida”. *Revista Direito UNIFACS* n. 140: 2012.
- MIGUEL, Luis Felipe. “Impasses da Accountability”. *Revista de Sociologia e Política*, nº 25. Curitiba: 2005, pp. 25-38. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31109.pdf>> acesso em 08/01/2017.
- MURFREE, William L. Sr. *A Treatise on the Law of Bonds and Other Penal Bonds*. [S.l.]: 1885, pp. 303-315.
- NAÍM, Moisés. *O Fim do Poder*. São Paulo: Editora LeYa: 2013.

- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). “The impact of the financial turmoil”. In: *The impact of the Financial Crisis on the Insurance sector and Policy Responses*. Paris, França: OECD Publishing, 2011, pp. 11-34. Disponível em: http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/the-impact-of-the-financial-crisis-on-the-insurance-sector-and-policy-responses_9789264092211-en> acesso em 26/12/2016.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). “Guidelines for performance-based contracts between water utilities and municipalities. Lessons learnt from Eastern Europe, Caucasus and Central Asia”. *EAP Taks Force*. [S.l.]: 2011 (b). Disponível em: <https://www.oecd.org/env/outreach/48656736.pdf>> acesso em 04/06/2017.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). “Barriers to entry”. *Policy Roundtables. Competition Law & Policy*. [S.l.]: 2005. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/36344429.pdf>> acesso em 04/06/2017.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). “Competition Policy and Procurement Markets”. *Policy Roundtables. Competition Law & Policy*. [S.l.]: 1998(a). Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/1920223.pdf>> acesso em 04/06/2017.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). “Competition and Related Regulation issues in the Insurance Industry”. *Policy Roundtables. Competition Law & Policy*. [S.l.]: 1998 (b). Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/1920099.pdf>> acesso em 04/06/2017.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). “Competition and Procurement. Key Findings”. [S.l.]: 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/3/1920223.pdf>> acesso em 01/03/2017.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Collusion and Corruption in Public Procurement, Series Roundtables on Competition Policy, No. 108, OECD*. “Competition and Procurement. Key Findings”. Paris (França): 2011, pp. 29-38. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/35/16/46235399.pdf>> acesso em 01/03/2017.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). “Reducing regulatory barriers to competition: Progress since 2008 and

- scope for further reform”. *Economic Policy Reforms 2014. Going for Growth Interim Report, 2014*. [S.l.]: 2014, pp. 65-89.
- REED, Toni Scott. “Construction and Surety Law”. *57th Southern Methodist School of Law Review*. [S.l.]: 2004, pp. 759-798.
- RODRIGUEZ, Rodolfo Arashiro. “Concentração nos Mercados Brasileiros de Seguros, Previdência e Capitalização”. 2007. 48 f. Dissertação (Mestrado em Economia). Escola de Pós-Graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.
- RHODES-KROPF, M.; VISWANATHAN, S. “Financing auction bids”. *Rand Journal of Economics*, Vol. 36, No. 4. [S.l.]: 2005, pp. 789-815.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. “Performance Bonds: primary or secondary obligations?” *International Business Law*: 1985, pp. 125-129.
- RUSSEL, Jeffrey S. *Surety Bonds for Construction Contracts*. American Society of Civil Engineers (ASCE), ISBN 0-7844-0426-7. [S.l.]: 2000.
- SANTOS, H.; de P. STARLING, C. M. D.; ANDERY, P. R. P. “Um estudo sobre as causas de aumentos de custos e de prazos em obras de edificações públicas municipais”. *Ambiente Construído*, Vol. 15, No. 4. Porto Alegre: out./dez. 2015, pp. 225-242.
- SCHICH, Sebastian. “Insurance Companies and the Financial Crisis”. *OECD Financial Market Trends, Pre-publication version for Vol. 2009/2*: 2009, pp. 1-31. Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/financial-markets/44260382.pdf>> acesso em 12/01/2016.
- SCHUBERT, Lynn M. “Why obligees buy Bonds”. *The Law of Suretyship, Edward G. Gallagher, editor. Tort and insurance practice*. Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2000, pp. 41-47.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil nº 3, Teoria Geral das Obrigações e Contratos em Espécie*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Método. 2015, pp. 446.
- TAYLOR, Travis K. “Offset Policy Design in International Procurement”. *International Handbook of Public Procurement. Bermand, Evan M. Editor*. Boca Raton, Flórida, Estados Unidos da América: Auerbach Publications, 2009, pp. 749-761.
- THAMER, Roberto. LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. “Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas”. *Revista Administração Pública* 49(4). Rio de Janeiro: jul./ago., 2015, pp. 819-846.
- TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de Riscos de Engenharia: instrumento do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Roncarati, 2015.

- TZIRULNIK, Ernesto. *Regulação de Sinistro (ensaio jurídico)*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- VOLLBRECHT, Thomas J. LEWIS, Jacqueline. “Creation of the relationship”. *The Law of the Performance Bonds, 2nd. Edition*. Lawrence R. Moelmann, Matthew M. Horowitz; Kevin L. Lybeck Editor. Chicago, Illinois, Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2009, pp. 1-20.
- WALLICK, Robert D.; STAFFORD, John A. “The Miller Act: enforcement of the Payment Bond”. *Law and Contemporary Problems*, Vol. 29, nº 2, Government Contracts: Estados Unidos da América: Duke University School of Law: 1964, pp. 514-530. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3010&context=lcp>> acesso em 25/02/2016.
- WANG, Shaun; KLEIN, Robert W.; MA, Gang; ULM, Eric R.; WEI, Xiangjing; ZANJANI, George. *The Financial Crisis and Lessons for Insurers*. Atlanta, Estados Unidos da América: Society of Actuaries, 2009, pp. 1-94.
- WICKER, Elmus. *Banking panics of the Gilded Age*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2000, pp. 52-83.
- WHISH, Richard. BAILEY, David. *Competition Law 7th. Edition*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2012.
- ZHENG, C. Z. “High bids and broke winners”. In: *Journal of Economic Theory*, Vol. 100: 2001, pp. 129-171.

Outras Fontes:

- BARROS, Luiz Gastão Paes de Barros Leães. “O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos”: *Revista dos Tribunais Online*, 2002, acesso em 03 de junho de 2016.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CIDADE DE HUNSTVILLE – CONDADO WALKER, TEXAS. “Contract Documents for IH-45 Widening Phase 1 Utility Relocation for the City of Huntsville”, Walker County, Texas (EUA): 2016.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. “Infraestrutura: o custo do atraso e as reformas necessárias”. *Propostas da Indústria para as eleições, vol. 10*. Brasília, CNI, 2014.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO. “Seguro Garantia – Obras do governo e aumento do limite da garantia”. *Projeto nº 11*. Rio de Janeiro, Núcleo de Estudos e Projetos – NEP, 2012, pp. 1-15.

DATT, Felipe. “Obras garantidas”. *Valor Econômico*. São Paulo, 21/03/2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/financas/4906656/obras-garantidas>> acesso em 04/06/2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DEPARTAMENTO DO TESOUREIRO. “Part 5: Reporting Requirements for Treasury’s General Account, Chapter 2000 – Cash Track Transmittals”. In: *Treasury Financial Manual*. Bureau of the Fiscal Service: 2016, apêndice II, pp. 1-2. Disponível em: <https://tfm.fiscal.treasury.gov/v2/p5/c200.pdf>> último acesso em 19/02/2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES. “Definition of a Disadvantaged Business Enterprise”. Washington: 2017. Disponível em: <https://www.transportation.gov/civil-rights/disadvantaged-business-enterprise/definition-disadvantaged-business-enterprise>> último acesso em 27/05/2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DEPARTAMENTO DE ENERGIA [DEPARTMENT OF ENERGY]. *Project Definition Rating Index Guide for Traditional Nuclear and Non-Nuclear Construction Projects*, Washington, D.C., EUA, 2010. Disponível em <<https://www.directives.doe.gov/directives-documents/400-series/0413.3-EGuide-12>>. Último acesso em 01/06/2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ESTADO DE NOVA JERSEY. *Instructions to bidders and General Conditions*. Department of the Treasury Division of Property Management and Construction: 2014.

FEDERAÇÃO NACIONAL DE SEGUROS GERAIS. “Guia FenSeg de Produtos Seguro Garantia”. Disponível em: <http://www.cnseg.org.br/data/files/80/10/E1/B8/ECAFC4101F2AFBC4A88AA8A8/Guia%20de%20Produto%20-%20Seguro%20Garantia.pdf>> último acesso em 06/04/2017.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. “Brazil: Detailed Assessment of Observance of Insurance Core Principles of the International Association of Insurance Supervisors. *IMF Country Report No. 12/334*. Washington, D.C. (EUA): International Monetary and Capital Markets Department, 2012, pp. 20-34; 39-40.

- FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. “United States Financial Sector Assessment Program. Detailed Assessment of Observance of Insurance Core Principles”. *IMF Country Report No. 15/90*. Washington D.C. (EUA), 2015.
- INSTITUTO AMERICANO DE ARQUITETOS. Documento A312 – 2010 Performance Bond - Sample Preview. Disponível em: <http://aiad8.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/2016-09/AIA-A312-Performance-and-Payment-Bond-Free-Sample-Preview.pdf>> acesso em 04/06/2017.
- INSTITUTO AMERICANO DE ARQUITETOS. Documento A311 – 1984 Performance Bond. Disponível em: www.ac-lawyers.com/files/fetch/.../AIA-1984-Payment-Bond.pdf> acesso em 04/06/2017.
- INSTITUTO AMERICANO DE ARQUITETOS. Documento A310 – 2010 – Bid Bond Sample Preview. Disponível em: <http://aiad8.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/2016-09/AIA-A310-2010-Free-Sample-Preview.pdf>> acesso em 04/06/2017.
- IRB. IRB Brasil RE. Nossa história, 2016. Disponível em: <https://www.irbbrasilre.com/PT-BR/Paginas/nossa-historia.aspx>> acesso em 07/06/2017.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS. Welcome to the website of the International Association of Insurance Supervisors, 2017. Conteúdo disponível em: <http://www.iaisweb.org/home>> acesso em 07/06/2017.
- JENKINS, Robert Q.C. WALLACE, Andrew. “Construction bonds: What every contractor and owner should know”. Vancouver: Jenkins Marzban Logan LLP Lawyer, 1964, p. 6. Disponível em: <http://www.jml.ca/wp-content/uploads/publications/ConstructionBondsWhatEveryContractor.pdf>> acesso em 26/06/2016.
- MACNAMARA, J. Paul. “New forms of Surety Bonds”. *Insurance Counsel Journal*: 1959, pp. 370-372.
- MASON, Steven T. “The Construction of Surety Bonds”. In: 23 American Bar Association Journal: 1937, p.478.
- NACM’s Manual of Credit and Commercial Laws. “Construction Bonds on Public Projects”. *Construction Law Survival Manual*, apêndix 44. Available in: http://www.fullertonlaw.com/docs/appendices/50_state_survey_of_payment_bond_rights.pdf, [ca. 2014], p. 609; .
- REYNOLDS, James R. Jr. Handling Surety Performance Bond and Payment Bond Claims. Margolis Edelstein. Camp Hill: s/d, p. 14. Disponível em: http://www.margolisedelstein.com/files/reynolds_surety_performance_bond_claims_1.pdf> acesso em 28/08/2016.

RIBEIRO, Maurício Portugal. “‘Performance bond’ como um critério de seleção em licitações”. *Valor Econômico*. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniao/4480930/performance-bond-como-um-criterio-de-selecao-em-licitacoes>> último acesso em 26/12/2016.

SADDI, Jairo. “Performance Bonds”. *Valor Econômico*. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniao/4499450/performance-bonds>> último acesso em 26/12/2016.

SEBRAE. Os Cs do crédito, 2016. Disponível em: <http://www.sebraepr.com.br/PortalSebrae/sebraeaz/Os-Cs-do-cr%C3%A9dito>> acesso em 10/12/2016.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. “Orientações da Susep ao Mercado. Limite de Retenção”. Rio de Janeiro: 2016, pp. 1-9.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. “2º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados”. Rio de Janeiro: 2014, pp. 1-23. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/principal.aspx>> acesso em 20/12/2016.

Legislação e projetos de lei citados:

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. “Uniform Rules for Contract Bonds. Publication n° 524, adopted by the ICC Executive Board on 21 April 1993, come into effect on January 1994”.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 40 USC SUBTITLE II, PART A, CHAPTER 31, SUBCHAPTER III: BONDS From Title 40—PUBLIC BUILDINGS, PROPERTY, AND WORKS. §3131. Bonds of contractors of public buildings or Works;

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Lei n° 8.666/93;

_____ Lei n° 8.883/94;

_____ Lei n° 9.932/99.

_____ Lei n. 12.527/2011.

_____ Decreto-Lei n° 73, de 15 de janeiro de 2007.

_____ Lei n° 12.462/2011.

_____ Circular n° 477/SUSEP.

_____ Circular n° 395/SUSEP.

_____ Resolução n° 321/15/CNSP.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 274, de 2016.

_____ Projeto de Lei n. 59, de 2016.

_____ Projeto de Lei n. 665, de 1999.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 6814,
de 2017.

_____ Projeto de Lei nº 4534, de 2016

_____ Projeto de Lei n. 1242, de 2015.

_____ Projeto de Lei n. 2851, de 2003

_____ Projeto de Lei n. 4216, de 2001.

_____ Projeto de Lei n. 155, de 1997.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Mensagem de Veto Presidencial nº 335, de 21 de
junho de 1993. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep335-L8666-93.pdf> acesso em 07/06/2017.