PGE

Exmo. Sr Subprocurador Geral,

Trata-se de expediente da Secretaria de Governo que informa sobre Indicação nº 494/2019 de autoria do i. Vereador Ivan Hildebrando da Silva que solicita ao Poder Executivo estudo, e posterior apresentação à Câmara, de Projeto de Lei dispondo sobre mecanismo de seguro para garantir o interesse público nos processos de licitação e a correta aplicação dos recursos públicos (minuta anexa).

Consultado, o Diretor de Suprimentos informou que não tem objeção à contratação, porém sugere encaminhamento da proposta as demais secretarias para ciência e manifestação e, ainda, que seja definido qual delas será responsável pela referida contratação.

O expediente foi então encaminhado a esta procuradoria para conhecimento, análise e manifestação, tendo sido distribuído primeiramente à SAJA e depois à SCAL para manifestação.

É o relatório.

Ora, na qualidade de Supervisora de Assuntos Jurídicos e Administrativos manifesto-me nos termos seguintes:

Parece-me que o i. Diretor de Suprimentos não compreendeu a proposta apresentada, pois não é a Administração Pública quem vai contratar o seguro-garantia, mas sim a empresa que venha celebrar contrato com o Poder Público.

Na verdade, trata-se de minuta de projeto de lei, que pretende –se seja encaminhado pelo Executivo ao Legislativo para aprovação, visando criar no âmbito municipal uma nova lei que exija da empresa licitante a contratação de seguro- garantia em favor do Poder Público, em todos os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou serviços cujo valor seja igual ou superior ao limite mínimo da modalidade Tomada de Preço. Esse é, inclusive, um dos aspectos problemáticos do referido projeto que se baseia em valor de referência que é estabelecido por outra esfera de Governo, no caso, Federal e pode, inclusive, amanhã suprimi-la ou modificá-la radicalmente.

Mas enfim, esse não me parece ser o problema principal da proposta. A idéia do seguro-garantia é importada do Direito norte americano (Performace Bond), cujo contexto é bem diverso do brasileiro. Além disso, esse mecanismo mesmo lá é usado apenas para obras de grande vulto, ou seja, de significativo valor econômico. Para se ter uma idéia, no âmbito federal, proposta semelhante que tramitava no Senado (Projeto de Lei do Senado n° 274, de 2016 – autor: Senador Cássio Cunha Lima (PSDB/PB)) buscou regulamentar a obrigatoriedade de contratação de seguro garantia pelo tomador em favor da Administração Pública, em contratos públicos com valor global igual ou superior a dez milhões de reais, cobrindo a totalidade do valor do contrato, estabelecendo critérios objetivos para orientar a atuação dos administradores públicos perante os tomadores e as seguradoras, de modo a limitar a possibilidade de corrupção e de manipulação de preços. Mesmo assim, em razão de haver ainda muita polêmica quanto a eficiência desse tipo de mecanismo, a proposta foi arquivada ao final da legislatura sem aprovação.

Com intuito de fazer uma breve síntese das polêmicas que envolvem essa proposta, reproduziremos algumas conclusões de Vítor Boaventura Xavier[1] que identifica dois elementos essenciais para a funcionalidade do regime de performance bond: (i) garantia obrigatória, em

[1] Xavier, V.B. in 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 conclusão do Curso de Direito UnB, Brasilia 2017.

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 executar.

Nesse contexto, segundo o autor, a regulação desse tipo de seguro 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 que a funcionalidade desse mecanismo decorre de um equilíbrio frágil. É consenso entre os estudiosos do assunto que "só pode ser eficaz [a apólice], se estiver bem desenhada e todos os seus elementos estiverem devidamente cobertos pelo contrato"[2].

Ainda, no tocante ao regime de performance bond, no Brasil, concluiu o autor 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", afirma Xavier.

---

[2] Relatório OCDE: 2011(b), pp. 77

O autor também esclarece que, "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", conclui o autor supracitado em sua monografia.

Na perspectiva do Direito à Concorrência, afirma 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 concorrencialmente sensíveis entre concorrentes.

Assim, ante ao acima exposto, me parece precipitada a adoção desse tipo de mecanismo como regra geral no âmbito municipal. Me parece que a cautela exige que ele seja experimentado antes, talvez em um projeto específico, como uma obra de grande vulto a ser executada no Município, para depois serem propostas alterações na legislação municipal visando tornar o seguro garantia uma exigência obrigatória das contratações

É o nosso entendimento, que submeto à superior avaliação.

Cubatão, 16 de Janeiro de 2020.

Paula Ravanelli Losada
Procuradora Municipal
OAB/SP 128.758
Supervisora – SAJA

PREFEITURA MUNICIPAL DE CUBATÃO
ESTADO DE SÃO PAULO

Fls.: Nº

Processo Nº de

À
Hon.
Sr. Procurador
Geral,

Compartilhamos
do entendimento ex
ternado pela I. SAJA,
pelos seus próprios
fundamentos técnicos.

Dec. 17/01/20

Paula Miguel Daléssio
Procuradora Municipal
Mat. 23.326-2

ASAL

Sub Geral em substituição

SEJUR

Após anotar, encaminhe
-se os autos.

CUB, 22/01/2020