

Seguro-garantia de cumprimento de contrato com cobertura integral como único ou principal método de seleção em licitações públicas de infraestrutura¹

Mauricio Portugal Ribeiro

Especialista na estruturação e regulação de concessões e PPPs, sócio do Portugal Ribeiro Advogados, Mestre em Direito pela Harvard Law School, autor de vários livros e artigos sobre concessões e PPPs.

Recentemente, assisti a uma entrevista de um jurista conhecido pela sua expertise na área de sociedades anônimas defendendo a conveniência de se exigir, em licitações públicas de grandes projetos de infraestrutura, como condição praticamente única de habilitação, seguro-garantia de cumprimento de contratos com cobertura com valor idêntico ao preço esperado da obra pública.²

¹ Queria agradecer a Gabriela Engler pelas diversas sugestões de conteúdo e forma que fez no texto desse artigo. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade.

² No meu livro “Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos”, publicado em 2011, pela Editora Atlas, eu dediquei um subcapítulo à necessidade de realizar a qualificação econômico-financeira de empresas por meio do que chamei de “sinais de capacidade financeira”, quais sejam:

- (a) a exigência de realização de aporte em dinheiro na SPE;
- (b) a exigência de apresentação de seguros;
- (c) a exigência de apresentação de garantia de cumprimento de contrato.

A minha proposta era que isso fosse utilizado sem as formas tradicionais de qualificação econômico-financeira apenas quando: (i) o setor no qual se realiza a licitação fosse um setor em que o Poder Público julgasse ser especialmente conveniente a atração de entrantes, ou (ii) quando o setor fosse imaturo do ponto de vista econômico-financeiro, isto é os balanços e demonstrações financeiras das empresas do setor não fossem auditados, de maneira que não fosse confiável aferir a sua capacidade econômico-financeira por meio de índices calculados com base nas rubricas dos seus balanços e demonstrações financeiras.

Essa sugestão foi formulada na época nos seguintes termos:

“IV.2. Modelagem da Qualificação Econômico-Financeira em Setores com Diversos Entrantes Potenciais, Setores Imaturos, e a Idéia de “Sinais de Capacidade Financeira”

Se, no entanto, o setor não for suficientemente maduro do ponto de vista financeiro, isto é se no setor não houver o hábito de realização da auditoria dos balanços e demonstrações financeiras,

Em contratos de obra pública, o normal é que se exija seguros-garantia de cumprimento de contrato de, no máximo, 10% do valor do contrato.³ No caso de contrato de obra pública, o valor do contrato é o preço da obra para a Administração Pública.

No caso de concessões administrativas, o limite atualmente da cobertura do seguro-garantia é também de 10% do valor do contrato.⁴

No caso de concessões comuns e concessões patrocinadas, o entendimento é que esses seguros-garantia podem ter cobertura igual ao valor das obras incluídas no contrato, o que permite superar o limite de 10% acima mencionado.⁵

ou se houver grande interesse no setor de entrantes de ramos de atividade diferentes – como por exemplo, instituições financeiras, que, por um lado, se mostram capazes de, por meio de subcontratações, executar o objeto contratual, mas que dificilmente poderiam ser comparáveis em termos de índices de liquidez e endividamento com empresas de outros setores, pois, como é cediço, os bancos, pela sua própria natureza, operam muito mais alavancados que empresas no setor de construção ou de infraestrutura – então vale a pena voltar o processo de qualificação econômico-financeira para análise do que chamaremos aqui de “sinais” de capacidade financeira.

Para tanto, a melhor estratégia é prever, ao longo do processo de licitação, eventos que exigem do participante da licitação a prática de atos que consubstanciam sinais de capacidade financeira de dar cabo do projeto. A aferição desses sinais de capacidade financeira pode, entretanto, ser melhor acomodada na estrutura do processo licitatório previsto nas Leis 8.666/93, 8.987/95, e 11.079/04 como condições para assinatura do contrato. Por isso, tal aferição ocorre em regra após a adjudicação e homologação do processo seletivo.

Três são os sinais de capacidade financeira em regra solicitados ao longo do processo licitatório:

(a) a exigência de realização de aporte em dinheiro na SPE;

(b) a exigência de apresentação de seguros;

(c) a exigência de apresentação de garantia de cumprimento de contrato (“completion guarantee”, ou “performance bond”).

Essas exigências são comuns em qualquer procedimento licitatório de concessões, PPPs e outras desestatizações. Quando, entretanto, eles são utilizados como instrumentos para obtenção de “sinais” de capacidade financeira, os valores exigidos são proporcionalmente maiores que os exigidos em projetos comparáveis.

(...)”

In Ribeiro, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, Editora Atlas, São Paulo, 2011, p. 21-22.

³ O artigo 56, §3º, da Lei 8.666/93 estabelece esse limite de 10% nos seguintes termos:

“§ 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

⁴ O artigo 5º, inciso VIII, da Lei 11.079/04, trata do tema com a seguinte linguagem:

“Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)”

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3o e 5o do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;”

⁵ O dispositivo que trata do tema para as concessões comuns é o inciso XV, do art. 18, da Lei 8.987/95, que diz o seguinte:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

(...)”

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena

Note-se que em todos os casos de concessão – comum, administrativa ou patrocinada – há indefinição sobre o que exatamente significa a expressão “valor de contrato” utilizada pela lei para estabelecer os limites de valor de cobertura. Em cada projeto o critério pode variar entre o valor dos investimentos, valor dos pagamentos públicos, ou o valor das receitas totais esperadas do concessionário. Em qualquer desses casos, pode-se usar o valor presente ou o valor a preços constantes. Enfim, há grande flexibilidade sobre o que exatamente é valor de contrato em contratos de concessão e isso cria margem de manobra para a definição pelos editais e contratos em cada caso do valor da garantia de cumprimento de contrato, utilizando-se critério que aumente ou diminua o valor do contrato.⁶

Posteriormente, – e deixando de lado as opiniões do aludido jurista sobre esse tema, que não me parecem relevantes, em face da sua parca experiência com contratações públicas – ouvi colegas da área de Direito Administrativo defendendo o seguro-garantia com valor integral como medida que daria a segurança necessária para a Administração Pública eliminar todas as outras linhas de corte nas licitações, como, por exemplo, os atestados técnicos de execução de objetos compatíveis com o objeto da licitação e comprovação de capacidade econômico-financeira.

A intenção dessa proposta é que, em caso de atraso na entrega da obra, ou descumprimentos relevantes do contrato, a Administração Pública execute o seguro-garantia e eventualmente contrate outras empresas para executar o contrato.

Outra possibilidade é que, em caso de execução do seguro-garantia, a seguradora fique responsável por contratar uma nova empreiteira para concluir a obra. Nesse caso, seria necessária incluir em lei dispositivo para permitir que a seguradora contratasse um terceiro para assumir a execução de obra pública ou de investimentos (execução de obras, compras de equipamentos etc.) em contratos de concessão e PPP.

Ao eliminar outras linhas de corte na licitação e substituí-las pelo uso do seguro-garantia de cumprimento de contrato de valor integral, aumentar-se-ia o risco de a Administração Pública contratar empresas incapazes de executar os contratos, mas se compensaria esse risco protegendo a Administração Pública por meio do seguro-garantia com valor

caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

O dispositivo que submete as concessões patrocinadas ao artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/95 é o já citado na nota de rodapé nº 4 acima.

⁶ Tratei desse tema nos seguintes no meu livro sobre melhores práticas na contratação de concessões e PPPs:

*“Em relação aos contratos de concessão comum e PPP, a referência ao “valor do contrato” deixa margem para flexibilidade em relação ao limite da garantia, pois inexistente critério peremptório para a definição do que é “valor de contrato” de concessão comum, administrativa ou patrocinada. Seria possível, por exemplo, entender que “valor de contrato” é o valor total das receitas estimadas do concessionário, ou o valor do investimento previsto do concessionário pelo termo do contrato. Não há também critério definitivo em relação à forma de cômputo desses valores, se como valores presentes ou a preços constantes.”*⁶

De qualquer modo, o razoável nesse ponto é encontrar o menor valor que desestime o descumprimento das obrigações que decorrem da participação na licitação, sem que a emissão das garantias se configure em barreira de entrada desnecessária no procedimento licitatório.”

Ribeiro, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, Editora Atlas, São Paulo, 2011, pp. 32-33.

integral, que, em tese, afastaria empresas não sérias, que temeriam a perda financeira decorrente da execução pela Administração Pública do seguro.

Nesse arranjo, o grande ganho da Administração Pública seria permitir licitações abertas, sem qualquer linha de corte, sem qualquer barreira de entrada, o que em tese resultaria em propostas melhores para a Administração Pública, eis que diminuiria a chance de prática de condutas colusivas e também, supostamente, de corrupção.⁷

Esse discurso parece ter tido eco no âmbito do Governo Federal e convencido os redatores do anteprojeto de lei do PPP Mais – programa que estava (talvez ainda esteja) sendo gestado no Ministério da Fazenda para viabilizar a contratação de infraestruturas de interesse estratégico nacional. Incluíram no anteprojeto dispositivo que proíbe que as licitações do PPP Mais exijam atestados que comprovem capacidade técnica e prova de capacidade econômico-financeira por meio de índices produzidos a partir dos balanços e demonstrações financeiras das empresas, e permitindo a exigência de apresentação pela participante da licitação de carta de seguradora se comprometendo a emitir seguro-garantia de cumprimento de contrato de valor integral caso a participante vença a licitação.

Apesar do dispositivo do anteprojeto de lei do PPP Mais estabelecer apenas a possibilidade de se exigir seguro-garantia integral de cumprimento de contrato, em vista da proibição de utilizar praticamente qualquer outro meio como linha de corte da licitação do ponto de vista técnico e econômico-financeiro, os agentes públicos que ficarem responsáveis pela modelagem dos projetos do PPP Mais, se forem cautelosos e responsáveis, serão forçados a exigir seguro-garantia de cumprimento de contrato com valor muito alto ou integral e essa exigência necessariamente será a forma central de aferição de capacidade para execução dos contratos.

Será que o referido jurista e os redatores do anteprojeto de lei do PPP Mais consideraram que é provável que a exigência de seguro-garantia integral tenha efeitos de redução da competição e de concentração de mercado?

Para a obtenção de seguros-garantia de cumprimento de contratos, as seguradoras requerem que os tomadores lhes outorguem contragarantias, que podem ter natureza real (caução em dinheiro, caução de títulos públicos etc.) ou natureza fidejussória, por exemplo, a, assim chamada, garantia corporativa, que basicamente é um contrato pelo qual a empresa tomadora do seguro se compromete a indenizar a seguradora se o seguro-garantia for legitimamente executado.

Note-se que, no presente momento, as contragarantias em seguros-garantia de cumprimento de contrato não são consideradas como gravames no balanço das empresas.

No máximo, os auditores tratam desse tema em notas de rodapé ao balanço e às demonstrações financeiras. Contudo, se esses seguros-garantia começarem a ser usados com valores integrais, é possível que os auditores comecem a os considerar como algo que grava balanço.

⁷ Sobre a relação entre conluio, barreiras de entrada e corrupção em licitações de grandes projetos no Brasil, vide o item II, intitulado “*Uma palavra sobre a relação entre conluio, barreiras de entrada e corrupção em grandes licitações no Brasil*”. Cf.: Ribeiro, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, Editora Atlas, São Paulo, 2011, p. 11.

Mesmo que não o considerem, as seguradoras que emitem seguros-garantia certamente checarão qual o nível de comprometimento do patrimônio dos potenciais tomadores com contragarantias de outros seguros-garantia já emitidos. Em outras palavras, o acesso ao seguro-garantia dependerá da disponibilidade de patrimônio suficiente das empresas potenciais participantes de licitações para emitirem as contragarantias, o que certamente se tornará o obstáculo, o gargalo, a barreira de entrada principal para participação das empresas nas licitações dos grandes projetos de infraestrutura.

Portanto, se a Administração Pública passar a exigir seguro-garantia de cumprimento do contrato, com cobertura integral, como condição para assinar os contratos de grandes obras públicas, de concessões ou PPPs, somente empresas com patrimônio compatível com a dimensão da contragarantia exigida pelas seguradoras poderão participar das licitações.

Mesmo essas empresas terão sua participação em grandes obras, concessões e PPPs limitadas pela dimensão dos seus balanços, pela capacidade de emitir novas contragarantias de seguros-garantia de cumprimento de contrato. Essa capacidade se reduziria a cada nova contratação ou a cada novo compromisso de investimento em concessão ou PPP.

Na prática, parece-me óbvio que isso terá por efeito a redução do número de participantes nas licitações de grandes projetos de infraestrutura.

E é algo intuitivo que quanto menor o número de participantes em uma licitação maiores são as chances de condutas colusivas.

Será que alguém tentou simular alguma relação entre velocidade de atração de entrantes nas licitações por conta dessa e de outras medidas que o Governo pretende tomar, e o efeito de restrição à competição que o seguro-garantia de valor integral pode causar?

Há certamente entre os diversos cenários possíveis, um no qual a velocidade de atração de entrantes internacionais ou de outros setores é tão alta que neutralize o efeito de restrição à competição causado pelo seguro-garantia de valor integral. Mas na situação atual do país e pelo menos nos próximos 2 anos isso é altamente improvável, pois, na minha opinião, não estão dadas as condições para atração de empresas internacionais para os setores de infraestrutura.

Aliás, o PPP Mais, que é o programa no qual o Governo aposta para atrair investimentos, me parece cometer vários equívocos que, na minha opinião, contribuirão para as coisas continuarem como estão. Vide, nesse sentido artigo que publiquei sobre esse tema disponível no seguinte [link](#).

Por sua vez, a atração de empresas médias nacionais de infraestrutura, que era outra esperança para oxigenar as licitações de grandes obras, concessões ou PPPs tende a ser obstada pelas restrições financeiras que serão causadas pelas próprias exigências de contragarantias à altura dos seguros-garantia de cumprimento do contrato com valor integral.

Note-se que, em períodos como o anterior à atual crise econômica do país, em que foram contratadas várias obras públicas, concessões e PPPs, pela União, Estados e Municípios, a cada rodada de contratações, a tendência seria que um número menor de empresas conseguisse participar das licitações, pois seus balanços estariam mais e mais tomados com contragarantias a seguradoras.

Nesse contexto, eu não tenho dúvidas que as margens das obras públicas, e a taxa de rentabilidade esperada das concessões e PPPs subiriam. O mercado de grandes projetos de infraestrutura ficaria ainda mais concentrado e o espaço para condutas colusivas seria ampliado.

Será que os juristas referidos nesse artigo consideraram essa hipótese? Será que imaginaram alguma medida para lidar com esse problema? Parece que não.

Aliás, tendo trabalhado toda a minha vida nos setores de infraestrutura, particularmente com modelagem de licitações, não me parece fazer qualquer sentido fazer contratações sem ter alguma aferição da experiência anterior dos participantes, de maneira que a proposta de usar apenas o seguro-garantia de valor integral como linha de corte das licitações me parece uma reação emocional às descobertas da Operação Lava-Jato. As regras por exemplo sugeridas pelas instituições de fomento, que se dedicam a desenvolver e seguir melhores práticas, como o Banco Mundial e o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento, não dão suporte à ideia de dispensar comprovação de experiência prévia dos participantes da licitação.

Por fim, 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.

Observe-se que o fato das seguradoras estarem submetidas supostamente a forte regulação não significa que não haja diferenças relevantes de capacidade de solvabilidade entre essas empresas.

O sistema de nota de crédito (*rating*) realizado pelas 3 grandes empresas com reputação estabelecida nessa área (S&P, Fitch, e Moody's), apesar das suas já conhecidas falhas, ainda é a melhor forma de garantir que as seguradoras que vierem a emitir esses seguros-garantias de cumprimento dos contratos de obra, concessões e PPPs tenham capacidade de realizar os pagamentos quando ocorrerem os sinistros.

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 será ilusória.

Por isso que, se eventualmente a lei permitir a exigência do seguro-garantia de cumprimento de contrato como principal linha de corte das licitações – o que espero que não ocorra – a mesma lei deveria autorizar a exigência pelos editais e contratos de nota de crédito mínima das seguradoras que venham a emitir tais seguros.

Aparentemente os artífices do seguro-garantia de valor integral não pensaram no problema da solvabilidade das seguradoras. Mas, é um tema importante. Há vários anos, eu venho sugerindo a exigência de nota de crédito mínima para seguradoras e instituições

financeiras que emitem seguros-garantia ou fianças bancárias que garantem o cumprimento de contratos de concessão ou PPP.⁸ E essa sugestão já foi utilizada em diversos editais e contratos.⁹

É verdade que não é necessária a autorização legal para se exigir em editais de licitação notas mínimas de crédito das seguradoras a emitirem os seguros-garantia de cumprimento de contrato. Prova disso é que diversas vezes já se exigiu isso em vários editais, sem que haja qualquer referência em lei a esse tema.¹⁰ Mas, como ainda existe na Administração Pública brasileira a – na minha opinião ultrapassada – cultura de que a Administração Pública só poderia agir em cumprimento da literalidade da lei, é importante que a lei autorize o uso pelos editais de licitação das notas de crédito como instrumento para garantir a segurança do próprio processo seletivo do contratado.

No meu livro sobre Melhores Práticas em contratos e licitações de concessões PPPs, eu sugeri as seguintes notas de crédito mínimas, com base em análise do mercado que fiz em 2010: “...*classificação de força financeira de longo prazo, em escala nacional, superior ou igual a “Aa2.br”, “brAA” ou A(bra), conforme divulgado pelas agências de risco Moody’s, Standard & Poors ou Fitch, respectivamente.*”¹¹ Evidentemente, é preciso analisar em cada caso os efeitos da exigência de notas de crédito mínimas sobre a licitação e com base nessa análise estabelecer a linha de corte das seguradoras que poderão emitir os seguros-garantia de cumprimento de contrato em cada caso.

⁸ Vide nota de rodapé n° 2 desse artigo.

⁹ Vide a cláusula 19.4.3 do Contrato de Concessão Administrativa do Hospital do Subúrbio e cláusula 28.7, do Contrato de Concessão Patrocinada para Implantação e Operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas.

¹⁰ Vide nota 9 acima.

¹¹ Ribeiro, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, Editora Atlas, São Paulo, 2011, p. 30.