

A proposta de usar “performance bond” como critério de seleção em licitações de obras públicas

Mauricio Portugal Ribeiro

Especialista na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura, autor de vários livros e artigos sobre esse tema, sócio do Portugal Ribeiro Advogados, Mestre em Direito pela Harvard Law School, Ex-professor de Direito de Infraestrutura da FGV-RJ.

Recentemente, tem sido comum alguns juristas, em uma reação emocional aos achados da Operação Lava-Jato, defenderem a conveniência de se exigir, em licitações públicas de grandes projetos de infraestrutura, como condição praticamente única de qualificação, o que se chama de “performance bond”, isso é o seguro-garantia de cumprimento de contratos com cobertura com valor idêntico ao preço esperado da obra pública.

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

A intenção dessa proposta parece ser eliminar todas as outras linhas de corte nas licitações, como, por exemplo, os atestados técnicos de execução de objetos compatíveis e a comprovação de capacidade econômico-financeira das empresas participantes da licitação.

A suposição é que as exigências técnicas e financeiras tradicionais são usadas para criar barreiras indevidas de entrada nas licitações e assim dirigi-las para empresas que tenham disposição para participar de atos de corrupção e conluíus.

Em caso de atraso na entrega da obra, ou descumprimentos relevantes do contrato, a Administração Pública executaria o seguro-garantia e eventualmente contrataria 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.

Mas será que esses juristas 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.

Essas seguradoras 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.

Na prática, parece-me óbvio que isso, a depender da capacidade do país de atrair entrantes para as licitações, pode ter 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.

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 isso é altamente improvável, pois, na minha opinião, não estão dadas as condições para atração de empresas internacionais ou de outros setores para os setores de infraestrutura.

Por sua vez, a atração de empresas médias nacionais de infraestrutura, que era outra esperança para oxigenar as licitações de grandes obras, tende a ser obstada pelas restrições financeiras que serão causadas pela própria exigência de contragarantias de valor integral.

Portanto, ao adotar a exigência de seguro-garantia de valor integral estaríamos jogando o bebê fora junto com a água do banho: abriríamos mão de uma participação intensiva das construtoras médias brasileiras nessas licitações, na esperança que grandes empresas internacionais ou grandes empresas brasileiras de outros setores entrem nessas licitações. A entrada das grandes empresas de outros setores ou internacionais é, contudo, improvável, particularmente nesse momento de enorme instabilidade do país.

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 seguem 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.

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 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 seria ilusória.