

Seguro Performance Bond para obras públicas

MAÇAHICO TISAKA*

Está em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei nº 274, do senador Cassio Cunha Lima, propondo regulamentar a contratação de um seguro garantia denominado Performance Bond em favor da Administração Pública nos contratos de fornecimento de bens ou serviços cujo valor global seja igual ou superior a 10 milhões de reais, sobre 100% do valor a ser contratado.

Segundo o autor da medida, “o projeto visa ampliar para a totalidade do valor do contrato o limite de cobertura nos contratos públicos de maior valor. Além disso, ele estabelece critérios objetivos para orientar a atuação dos administradores públicos perante tomadores e as seguradoras de modo a limitar a possibilidade de corrupção e de manipulação de preços. Desta forma, reduz-se a discricionariedade dos agentes no processo de contratação e de execução dos projetos públicos, limitando as situações de corrupção e dando maior previsibilidade e eficiência à gestão pública”.

Portanto, a principal motivação dessa proposta foi em função das irregularidades mostradas na Operação Lava Jato, seguidas de atos generalizados de corrupção, o que trouxe incalculáveis prejuízos à Nação – os quais, segundo o proponente, teriam sido evitados caso o Performance Bond estivesse em vigor.

O principal objetivo de haver uma cláusula de obrigatoriedade do Performance Bond no contrato é assegurar que, no caso de a empreiteira não concluir plenamente a obra contratada pela Administração, a seguradora terá que garantir a sua finalização ou fazer os reparos necessários para o seu término, assumindo por sua conta e risco a conclusão da obra (ou contratar um terceiro sob sua inteira responsabilidade).

Isso significa que a seguradora, para calcular o prêmio de seguro precisará ter pleno conhecimento do contrato a ser firmado, com a condição de fiscalizar a obra durante toda a sua realização através de uma equipe de engenheiros especializados interferindo diretamente no processo de execução com o objetivo de minimizar o risco assegurado.

O eminente jurista Modesto Carvalhosa

num artigo publicado no jornal O Estado de S. Paulo de 20/08/2016, também defende arduamente a obrigatoriedade do Performance Bond como uma solução para o combate estrutural à corrupção no setor público, acreditando que “o ‘poder-dever’ de fiscalização permanente que tem a seguradora contratada pela empreiteira, a favor do ente público, acaba por eliminar as fraudes na execução da obra, sobretudo nas medições, nos aditivos e seus superfaturamentos, no cumprimento dos prazos e a efetiva qualidade dos materiais utilizados”.

O professor Carvalhosa evoca o fato de que o “Performance Bonds é adotado nos Estados Unidos há exatos 120 anos e tem o mérito de quebrar a interlocução direta das empreiteiras geneticamente corruptas com os agentes públicos prazerosamente encarregados de fraudar as concorrências e permitir os superfaturamentos das obras públicas”.

Sem querer contestar os defensores da ideia, o assunto merece uma profunda reflexão.

Em primeiro lugar, a questão da corrupção tem raízes mais profundas. A descoberta de uma determinada corrupção é apenas o coroamento de uma situação anômala estrutural ou acidental que teve um começo e um fim, que precisa ser repensada. Pela minha experiência de mais de meio século envolvido exclusivamente nas atividades de engenharia e construção, não acredito que a obrigatoriedade do Performance Bond sobre 100% do contrato acabe com a corrupção, pois existem outros componentes não suficientemente analisados pelos proponentes.

Em segundo lugar, quase todas as teses até aqui comentadas a favor do Performance Bond consideram apenas o inadimplemento da contratada e não levam em conta as causas de desequilíbrio contratual provocadas pela contratante governamental, que é o que acontece na maioria dos casos.

Embora, em tese, a adoção de Performance Bond possa parecer interessante pelo fato de subsistir há 120 anos nos Estados Unidos, é preciso analisar com maior cuidado e profundidade as condições institucionais, legais e econômicas que cercam o modelo de contratação de obras públicas no Brasil, cuja realidade no nosso país é outra,

bem diferente de países desenvolvidos como os Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, país que tem forte tradição de economia de mercado, as empresas concorrem livremente com suas propostas que consideram justas, embora tenham regras governamentais que disciplinam as condutas entre os concorrentes, o Estado e o governo não interferem na questão dos preços, pois sempre prevalece a lei da oferta e da procura.

No Brasil, o pressuposto de que todas as empreiteiras são venais, como na análise do professor Modesto Carvalhosa, com a qual não se pode concordar, é uma consequência de um sem-número de medidas, leis, decretos, regulamentos etc., que foram baixadas ao longo dos anos, que contrariam e restringem o princípio da livre iniciativa dos empresários.

Poderíamos citar vários exemplos que podem conduzir a fraudes e a inadimplência ou à necessidade de aditivos e causas de descumprimento dos prazos contratuais.

Para isso, por enquanto, basta ficarmos na análise de algumas cláusulas da Lei Federal nº 8666/93 as quais se encontram totalmente desatualizadas e em desacordo com a realidade do país, e se constituem em fontes de irregularidades e de corrupção, principalmente em relação aos seguintes artigos:

Art. 6º alínea IX e Art. 7º § 2º - I, referente à exigência de um projeto básico e de um orçamento estimativo do órgão licitante. A exigência de um simples projeto básico pode trazer no seu bojo uma margem de erros nos quantitativos que pode chegar de 10% a 30% do valor final, de acordo com a experiência brasileira e da literatura técnica internacional. Se fosse exigido um projeto executivo, mesmo assim, a margem de erros estaria em torno de 3,0% à 5,0%. A exigência de projeto básico e não de um projeto executivo, pode gerar inevitáveis aditivos contratuais de valor e de prazos. Por outro lado, a contratação de projetos pelo critério de menor preço (Art. 45 da Lei) para a escolha de projetistas, leva a contratar empresas de projeto sem experiência, sem quadro adequado de especialistas competentes, projetos incompletos, deficientes e de má qualidade, obrigando na fase de execução do contrato a necessidade de alterar

esses projetos, seja por erros conceituais, de especificação ou de quantificação, que resulta na necessidade de aditivos de valor e de prazo. Segundo a TCU, mais de 70% dos aditivos são provocados pela má qualidade dos projetos básicos que serviram de base para a elaboração dos orçamentos estimativos do governo. Portanto, o fato de haver a necessidade de aditivos de valor ou de prazo, nem sempre pode ser atribuído à deficiência das contratadas.

Art 6º alínea f e Art 7º § 2º - II, referente a orçamento estimativo em que, na sua elaboração, é exigido ao poder público adotar os custos referenciais do Sinapi, da Caixa Econômica Federal, destinados à construção e infraestrutura de habitação popular e Sicro para obras de infraestrutura rodoviária do DNIT. Como cada obra tem suas especificidades em termos de natureza e nível de qualidade diferente, engessar os preços máximos aos valores médios dessas tabelas referenciais, muitas vezes com custos unitários muito aquém da realidade de cada lugar e do mercado, acaba sendo uma porta aberta a uma série de potenciais irregularidades. Não poder apresentar uma proposta de acordo com a realidade do mercado, em função do limite máximo estabelecido, é um dos motivos que podem levar à corrupção ativa e passiva dos agentes públicos e privados.

Art. 45 §1º - I - Decisão da licitação pelo menor preço, que obriga o administrador público a considerar vencedor da licitação ao proponente que der o menor preço, independentemente de qualquer análise qualitativa quanto à exequibilidade dos preços, seu histórico de malfeitos, garantia de qualidade e durabilidade etc., pode levar a inúmeras irregularidades se a empresa vencedora não tiver um histórico de idoneidade comprovada.

Art. 48 - Cláusula de desclassificação por inexequibilidade. Este é outro grande fator de inadimplência. É inimaginável que com um orçamento bem elaborado, onde normalmente se estima um lucro de 10%, possa alguém concluir um serviço contratado dando um desconto de até 30% do valor do orçamento estimativo. Antigamente cada concorrente fazia o seu orçamento calculado sobre o projeto executivo. Se ultrapassava os limites para mais ou para menos (10% a 20%) do orçamento do órgão (guardado em sigilo) era desclassificado. Hoje com o advento da Lei nº 8666/93, por mera comodidade, ninguém mais faz orçamento – e os incautos, no afã de ganhar a licitação, acabam dando descontos inaceitáveis na esperança de virar o jogo no decorrer da execução. Esse é um grave defeito da lei que leva à inadimplência ou a corrupção que precisa

ser seriamente repensada.

Art. 57 §1º - Extensão do prazo contratual. A própria lei admite no seu Art.57, a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por reconhecimento das falhas da Administração, conforme é detalhado na lei:

I. alteração do projeto ou das especificações, pela Administração;

II. superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III. interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV. aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta lei;

V. impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI. omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos, de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

Art. 65 - Alteração do contrato – o contrato poderá ser alterado com as devidas justificativas nos casos abaixo.

I. Unilateralmente pela Administração a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimos ou diminuição quantitativa do seu objeto, nos limites permitidos por esta lei.

II. Por acordo entre as partes

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra...

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento...

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente...

Como se observa, as deficiências da atual legislação, e particularmente da Lei de Licitações vigente, são contundentes, e só será possível corrigi-las se houver uma mudança estrutural na legislação baseada na realidade do nosso país e uma forte vontade política de acertar, por parte dos legisladores – que são os deputados e senadores – e do Executivo Federal.

Voltando à questão do Performance Bond, pode-se perceber, dessa rápida análise realizada, que a eventual introdução da

obrigatoriedade dessa modalidade de seguro garantia é complexa e está longe de ser de fácil adoção, pois as principais irregularidades que acontecem na execução de um contrato com a Administração são decorrentes das excessivas limitações que as leis e os regulamentos vigentes impõem sobre a contratada, propiciando condições para a prática de condutas ilegais entre os agentes diretamente envolvidos.

Diante dessa caótica situação da nossa legislação, não limitada a algumas cláusulas da Lei nº 8666/93, a pergunta é se haverá seguradoras capazes de assumir riscos tão grandes e incertos, que podem comprometer os limites do seu próprio patrimônio, mesmo havendo a contrapartida dos tomadores da garantia.

O especialista em seguros Paulo Leão Moura, no seu artigo sobre o Performance Bond sintetiza a sua opinião ao dizer que, “atualmente inexistente lei clara e específica regulando como uma seguradora poderá assumir o prosseguimento da obra, o que prejudica e inviabiliza o chamado ‘step in’ [entrada da seguradora] no projeto”.

A corrupção no Brasil, que no dizer de alguns procuradores da Lava Jato, é endêmica no Brasil, não é exclusiva do setor da construção e vem da base que permeia a sociedade, dentro do princípio de tirar vantagem em tudo, começando por pequenos delitos cometidos por alguns de seus membros que têm o poder de fiscalizar o cumprimento de suas obrigações, até esquemas de favorecimento de grandes empresas e conglomerados dos setores comercial e industrial, como temos visto cotidianamente na mídia eletrônica e escrita.

Portanto, se o foco da instituição do Performance Bond é o combate à corrupção, antes de tudo, é necessário uma análise criteriosa e profunda a partir das raízes legais e comportamentais que levam a esse estado de coisas. ☹



* Maçahico Tisaka é engenheiro, consultor, diretor da CMA-IE e conselheiro do Instituto de Engenharia E-mail: camara@iengenharia.org.br