

AS DIFERENTES GARANTIAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E OS
EFEITOS PRÁTICOS NO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

THE DIFFERENT GUARANTEES IN PUBLIC BIDDING AND THE
PRACTICAL EFFECTS OF CONTRACTUAL DEFAULT

Adilson Neri Pereira¹

Felipe Gonçalves Fernandes²

RESUMO

Diante da exigência de garantias nos contratos com a administração pública, avalia-se a adequação do seguro garantia que apresenta vantagens importantes quando comparado com o depósito-caução e a fiança bancária, em termos de partícipe das soluções para a continuidade do contrato ou negociação em torno dos efeitos da sua cassação ou caducidade. Nesse ponto, apresenta alternativas como a obrigação de execução específica ou o acompanhamento das reclamações trabalhistas e previdenciárias no caso de contratos de prestação de serviços, mesmo com um percentual de garantia bastante reduzido frente aos problemas.

Palavras-chave: garantia, seguro garantia, fiança bancária, contratos administrativos, indenização.

ABSTRACT

In view of the requirement of guarantees in contracts with the public administration, the adequacy of the insurance guarantee that it presents important advantages when compared to the security deposit and bank guarantee, in terms of participating in the solutions for the continuity of the

¹ Possui graduação em matemática pela Universidade de São Paulo (2005), graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), mestrado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017) e é doutorando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no grupo de pesquisa PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO DIREITO ADMINISTRATIVO E CONTRAFAÇÕES ADMINISTRATIVAS. É diretor da AIDA - Associação Internacional de Direito de Seguros, Diretor da ANSP - Academia Nacional de Seguros e Previdência, membro da Comissão de Direito Securitário da OAB-SP, Vice Presidente do Grupo Nacional de Seguros de Transportes, membro do Grupo Nacional de Seguros de Crédito e Garantia, Coordenador do Comitê Jurídico do SINCORSP - Sindicato dos Corretores de Seguros de São Paulo, professor no MBA da Escola de Negócios e Seguros. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: seguros, garantias, obrigações, responsabilidade civil e regulação de sinistros.

² Graduado pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

contract or negotiation around the effects of its cancellation or expiry. At this point, it presents alternatives such as the obligation of specific execution or the follow-up of labor and social security claims in the case of service contracts, even with a very low percentage of guarantee in contracts.

Keywords: guarantee, surety bond, bank guarantee, administrative contracts, indemnity.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao tratar de situações ligadas à administração pública há necessidade de se estabelecer as premissas orientadoras do pensamento desenvolvido, as quais servirão de guia tanto à fundamentação do discurso quanto a crítica da sua validade.

Nesse sentido, entende-se que na perseguição do fim público, juntamente com o reconhecimento do pluralismo político patente em nosso ordenamento, exista a consagração de três pilares, os quais também estruturam a composição do estudo e da atuação da ciência do direito: ter a constituição federal como filtro necessário na interpretação das normas, em particular pela avaliação sistemática dos direitos fundamentais consagrados no texto; o reconhecimento de supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos bens públicos³.

Sendo o direito a expressão da linguagem, imersa na cultura típica da sociedade, percebe-se a oportunidade de se considerar a legislação pertinente ao tema de garantia sob a dimensão dos significados sintáticos, das relações semânticas e das consequências pragmáticas do texto⁴.

Parte-se sempre do pressuposto de que o legislador procura realizar da melhor forma possível as finalidades da república, estipulando regras de conduta que procurem satisfazer o que é bom para a própria comunidade, preservando o interesse público como verdadeiro princípio condutor, num caminho de intensa conjugação com a realização das premissas fundamentais ao bem viver⁵.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. Ed. 32. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 70-86.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 28-29.

⁵ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 8 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 51. O autor compõe o seu pensamento tendo na norma imperativa o comportamento tido por categórico no pensamento de Kant, traduzido para o Direito como forma de realização da moral ou das finalidades devidamente sopesadas pela valoração, contraposto ao imperativo meramente hipotético que varia ao sabor das preferências momentâneas, da determinação de um déspota ou de quem tenha o poder para obter as vantagens necessárias, mas que o pensador colhe no direito como imperativo condicional.

Ao mesmo tempo, necessário reconhecer elevada dose de racionalidade nos diplomas legislativos, tendo uma produção consciente e coordenada como forma de garantir homogeneidade interpretativa, partindo-se da premissa de que as normas guardam relações de pertinência com o sistema e são ordenadas de acordo com objetivos finalísticos⁶.

Certo que o legislador tem a necessidade de se valer de regras de atuação fundadas na Constituição Federal, como um fio condutor das medidas aprovadas, numa coerência lógica, incorporada ao discurso linguístico produzido, sintaticamente dependente de outras normas, observando os limites semânticos dos conceitos, obviamente, ajustados às necessidades prementes de organização da conduta social⁷.

Entretanto, não se atribui ao legislador o trabalho hercúleo de determinar precisamente todos os procedimentos, definições e orientações a quem tem competência de aplicar o direito, seja pela impossibilidade de o fazer, mas porque a boa técnica indica que cabe ao administrador a escolha da alternativa mais apta a atender aos interesses diante do caso concreto.

Há uma incompletude normativa pela abertura admitida na hipótese da norma, no seu antecedente ou no seu consequente, condição que permite ao agente averiguar as situações fáticas enquadradas na descrição do fato normativo, descrito de forma abstrata e genérica no antecedente, além dos próprios efeitos prescritos no consequente, aferindo-se a forma de aplicá-lo ou mesmo determinar com precisão esses efeitos.

Vejamos tais características na norma sob análise neste artigo, extraído da lei 14.133/2021, a lei de licitações públicas:

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

A abertura semântica já se verifica na discricionariedade atribuída ao agente para determinar se irá ou não exigir garantia, norma modalizada com o operador de permissão (Px), onde x é a exigência de garantia.

⁶ NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. Trad. Ilza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 387-390. Em que pese o fato de ser uma criação fantasiosa, a assunção de racionalidade do legislador permite a eliminação de incoerências frente a valores insertos na constituição, possibilitando, ainda a integração do direito segundo cânones científicos de interpretação e aplicação do direito, em nome de uma segurança jurídica que seria impossível se o ordenamento fosse em verdade um amontoado de normas, descoordenadas.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 213-214.

No momento em que o operador decide por essa conduta, o modal, agora aplicado ao pretendente a contratar com a administração, deixa de ser permissivo; torna-se obrigatório (Oy), exigência de “y”, onde “y” é a garantia.

Ainda assim, a abertura não se desfaz, pois, o texto não estipula as condições para alcançar aquela decisão e, também não se completa com a imposição de sanção, inclusive, porque os caminhos são alternativos, poderá ou não exigir.

Como em nosso exemplo, incompletudes determinadas pela abertura no antecedente ou no conseqüente, concorrem com o fenômeno cada vez mais amplo de utilização de conceitos indeterminados na estruturação da lei, compondo situações em que se atribui ao administrador a função de preencher o significado desses conceitos abertos, diante da complexidade situacional, da avaliação do caso concreto⁸.

No campo das relações entre a administração pública e os administrados, em particular nas decisões de compra, presume-se caber ao Estado regular as formas de contratação e, portanto, a conduta a ser regulada merece atenção cuidadosa e firme, tendo no direito administrativo um esteio contra a gestão despreocupada com a sociedade⁹.

Não se pode olvidar que a decisão quanto à conveniência e oportunidade das compras integra o poder discricionário do agente competente, observado o interesse público a ser atendido. A ratio decidendi não poderá desviar-se do princípio de atendimento ao bem geral, enquanto o momento para sua implantação dependerá firmemente de uma avaliação própria, específica, adequada tanto do momento, quanto da forma e adequação frente ao orçamento.

Esgrime-se nesse momento a autonomia gerida pelas regras de competência, pelos pressupostos de fato e escolha dos fins imediatos, visando o atendimento das políticas ditadas pelo atendimento às necessidades da população e continuidade do serviço público¹⁰.

O agente público não detém liberdade de atuação, tal qual os particulares. Possui competência discricionária para agir, o que é algo muito distante do livre arbítrio. Impõe-se ao administrador a realização dos interesses públicos na maior medida possível, consequência lógica e

⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 142.

⁹ MUKAI, Toshio. O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 30-31.

¹⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. V. 7. Rio de Janeiro: 1947, p.58-66. O autor reúne interpretações quanto à discricionariedade administrativa na França, Itália e Alemanha, em particular quanto à discussão que então se apresentava de controle judicial das medidas administrativas. Atualmente, a questão está superada, porquanto, o controle dos atos pelo judiciário é uma realidade que se impõe e, em nosso ordenamento, há clara previsão quanto ao poder do judiciário a esse respeito, porquanto nenhum ato pode ser subtraído da apreciação judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

imediate do princípio da boa administração¹¹. Nesse intento, implantará o programa legislativo, seguindo as determinações vinculantes e, quando o caso, decidindo nos espaços permitidos pela incompletude normativa, com o objetivo de realizar a finalidade prevista ou proposta no programa de governo ou na lei¹².

Diz-se que os espaços passíveis de preenchimento pelo agente competente podem ser estruturais ou epistêmicos, segundo a imprecisão esteja relacionada com inexistência de proibição ou obrigatoriedade na norma, e, portanto, com permissão ampla ou com a insegurança quanto ao que está normatizado¹³.

A decisão do administrador em instaurar uma licitação, em realidade, um processo administrativo em que se demonstre a necessidade de contratar com terceiros, assim como a sua omissão em realizá-la, estão sujeitas ao questionamento por parte dos administrados, quando o ato ou a omissão interferirem em sua esfera jurídica, ou pelo Ministério Público quando o prejuízo pela ação ou omissão afetarem interesses homogêneos da população.

Discute-se a possibilidade de controle sobre a omissão. Não parece possível que o judiciário venha a suprir a falta do administrador e convocar uma licitação, exercendo o julgamento da conveniência e oportunidade, dispondo sobre a reserva de recursos no orçamento, decidindo a respeito do projeto básico e executivo, das regras do edital. Por se tratar de decisão discricionária do executivo, o magistrado pode no máximo exercer alguma pressão para que a omissão não se mantenha, como a aplicação de multa, mas não há notícias de procedimentos similares ao mandado de injunção em matéria de omissão constitucional e que se aplique em matérias próprias da legislação ordinária.

Diferente é essa situação diante de obrigação vinculada do administrador. Nessa hipótese, a sua falta em realizar a medida pode gerar a substituição do ato por uma decisão judicial. Ou seja, o próprio juiz emite o ato, considerando que a lei já traz todos os parâmetros de atuação.

Em resumo, o controle externo exercido pelo judiciário sobre a administração pública, tem em seu arcabouço o atributo da substituição nas hipóteses de competência vinculada e o atributo da injunção, nas hipóteses de competência discricionária¹⁴.

RELAÇÕES ENTRE O ADMINISTRADOR E O CONTRATADO

¹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria Jurídica da Liberdade. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 115-120

¹² MUKAI, Toshio. O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 118-119.

¹³ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Espaços no Direito Público: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 23-27.

¹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Políticas Públicas e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 152. jan./mar. 2018.

Ao realizar com terceiros a compra, a contratação de serviços ou a construção de qualquer obra, a administração instaura uma relação uni-pluriunívoca, na qual assume o papel de predecessora e todos os concorrentes são constituídos como sucessores, relação poliádica, essencialmente funcional¹⁵.

Essa relação, denominada licitação pública, se consolida em um contrato indicador de nova relação, dessa vez, na maioria das vezes, biunívoca, porquanto, o mais comum é que apenas um indivíduo seja contratado para execução do mister requerido.

O contrato se constitui como norma individual e concreta na qual o sujeito ativo tem a prerrogativa de exigir o cumprimento da obrigação estipulada, enquanto o outro está investido na obrigação de a concretizar¹⁶.

O Estado está apresentado nessas situações por órgãos designados nas normas como integrantes da administração e segundo o princípio da descentralização do poder por meio de atribuição de funções especiais a sujeitos de direito criados segundo os interesses governamentais¹⁷ e que dão corpo ao que se denomina competência administrativa.

Por conta da desconcentração de poderes em unidades políticas que formam a república federativa teremos o estado representado ora pela União, ora por Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

A constituição federal estipula como função da União regular em linhas gerais o processo de aquisição de bens pelas unidades federativas:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 98-101.

¹⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, p. 556.

¹⁷ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 179-180.

À ocasião em que foi promulgada, os procedimentos de licitação eram regulados pelo Decreto-lei 200/67, recepcionado como lei ordinária. Substituído em 1993 pela lei 8666 e, finalmente, em 2021, pela lei 14.133, em perfeita sintonia com a teoria dos sistemas diacrônicos na formação do ordenamento jurídico¹⁸, partindo de um país com constituição rígida que regula as formas de introdução de novas leis.

Em todos esses diplomas legislativos aparece a preocupação quanto à exigência de garantias de que as obras, serviços ou compras sejam levados a efeito e concretizados na forma estipulada nos contratos, ou seja, o ordenamento preserva as regras estipuladas nos sistemas sincrônicos, evidenciando a importância conferida à definição legislativa. Mas, é importante assinalar: a exigência não eliminou o grande número de obras inacabadas, esqueletos de construções que denotam a ineficiência de contratações, as fraudes, desvios de finalidade, falta de planejamento, inexistência de punição dos culpados.

Tome-se como exemplo a construção da ferrovia transnordestina iniciada ainda no segundo império e que ainda não foi concluída, sofrendo diversas paralisações¹⁹.

A nova lei trouxe modificações significativas no que pertine a uma das garantias previstas desde a década de 1960 nas licitações: o seguro garantia²⁰.

De fato, em obras de grande vulto tornar-se-á possível a implantação do que que em inglês se conhece por “step in”. Literalmente, pôr o pé na obra, assumir a execução do objeto em lugar daquele contratado originalmente pela administração por meio do processo de licitação.

Por esse novo mecanismo, em caso de inadimplemento total ou parcial do executante, a seguradora que assina o contrato como interveniente-anuente pode afastar o contratado e prosseguir com suas próprias forças na continuidade do empreendimento, caso não opte por indenizar o valor assegurado.

Essa é uma forma de efetivar um dos princípios que a lei define para esse seguro: cumprir fielmente o objeto do contrato (artigo 6^a, inciso LIV).

Tal regra é mandatória para obras de grande vulto, aquelas cujo valor estimado supere a R\$ 200 milhões (artigo 6^o, inciso XXII), prevalecendo para as contratações ordinárias a

¹⁸ GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p 349-351.

¹⁹ BRASIL. SENADO FEDERAL. Comissão de Obras Públicas Inacabadas. Relatório Final 1995, p.7. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4281076&ts=1596316390493&disposition=inline>>. Consultado em 25.04.2021.

²⁰ Em realidade, essa opção foi inserida em nosso sistema pelo Decreto-lei 200/67. Deixou de constar da redação original da lei 8666/93, sendo reintroduzida nessa mesma norma pela lei 8883/94. É relativamente nova a sua presença entre nós se compararmos com a experiência americana que já possuía esse seguro no final do século XIX.

alternativa de adoção desse mesmo sistema ou do critério que já vigorava: seguro com valor de 5% por cento do valor do contrato, podendo atingir 10% em obras de maior dificuldade, mediante parecer justificando a complexidade técnica do objeto (artigo 98).

Em outros termos, para a maioria dos contratos, os limites de garantia operados por meio do seguro permanecem no mesmo patamar previsto na lei 8.666/93, além de não ser possível que a seguradora substitua o contratado e dê continuidade ao projeto, inclusive, porque esse procedimento nem seria adequado nas licitações envolvendo a compra de bens ou a prestação de serviços

Essa impossibilidade de substituição, nos casos ordinários, faz parte de norma implícita no ordenamento²¹ que condiciona a contratação à empresa que tenha formulado proposta, participado da concorrência, demonstrando ser aquela com aptidão à execução do objeto e, portanto, teve a adjudicação do contrato que traz regras explícitas contrárias à terceirização dessa obrigação de fazer.

Uma interpretação razoável dessas regras indica que não poderá transferir a obrigação à seguradora que emitiu a apólice de garantia, caso contrário, estar-se-ia permitindo a terceirização da atividade por vias transversas: bastaria interromper o projeto para que a seguradora providenciasse a continuidade com outra empresa, eventualmente, uma que tenha participado da licitação.

Certamente, podem existir situações em que se exijam condições distintas dessas previstas na lei e, ainda, que se anuncie com a medida o interesse de melhor tutelar o interesse público. Entretanto, estará presente um vício de discricionariedade pelo excesso ou utilização defeituosa das prerrogativas atribuídas ao responsável pela conformação do edital de concorrência ou do contrato.

Assim, como já constava, quando exigido pelo Poder Público, o contratado poderá apresentar uma das seguintes garantias (artigo 96, § 1º): caução em dinheiro, títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, seguro-garantia ou fiança bancária. Acrescente-se a hipótese de hipoteca em segundo grau quando imóvel objeto de doação com encargos for ofertado em garantia de financiamento (artigo 76, § 7º).

O termo garantia acaba por denotar situações que guardam distinções importantes entre si, embora tenham uma característica importante a aproximá-las como integrantes de uma classe, qual seja, o intento de que o objeto seja concluído ou haja uma compensação quando o intento não é concretizado.

²¹ GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p 357-358.

Percebe-se a presença do cálculo das relações, a união de dois grupos que contém elementos distintos²².

Seja A o conjunto composto pelas formas de concluir o objeto, pelo próprio contratado, por alguém que o substitua, por meio de financiamento das atividades ou por meio de pagamentos diretos a fornecedores; B, as compensações admitidas em direito pelo inadimplemento, como o pagamento em dinheiro. Sob essa ótica a garantia está formada pela união de A e B. As soluções que estão em A atendem ao interesse público por meio de uma relação R, enquanto as soluções de B compõem outra relação S.

Dado x pertencente a A, y pertencente a B, então $(xRy) \vee (xSy) = x(R \cup S)y$, onde U representa o cálculo de união das relações e “v” representa o signo lógico “ou inclusivo”. A soma corresponde à relação na qual estão todos os pares ordenados da relação R, todos da relação S ou de ambas.

Chama a atenção o fato de que o dinheiro, os títulos e a fiança bancária exigem procedimentos distintos, quando se considera o momento em que o contratante se vê diante da necessidade de acessá-los para suprir um prejuízo decorrente da inexecução pelo contratado ou fazer frente ao montante de uma multa, aplicada após o devido processo administrativo.

Essa é uma consequência prática da polissemia da palavra garantia, a qual pode se referir a uma simples promessa, afirmando a execução de um trabalho, uma tarefa, um contrato; uma crença de que o resultado será alcançado; uma afirmação de que o trabalho será executado; um compromisso de executar o objeto em lugar do primeiro obrigado; assunção da obrigação de pagar os prejuízos decorrentes da inexecução total ou parcial; compensação pela inexecução.

Em geral, os grupos de significados distintos percorrem os caminhos da constituição dos procedimentos para que o objeto de um contrato seja concluído a contento, mas também o próprio substituto em caso de inexecução do objeto.

Relação ambígua, identificando simultaneamente o procedimento e o resultado, ambiguidade processo-produto²³.

No campo pragmático, apenas as duas últimas acepções podem ser reconhecidas como verdadeiras ou adequadas à questão, como se depreende do contexto em que foi inserida a exigência:

²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 107-108.

²³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, p. 178-179.

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - Caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II - Seguro-garantia;

III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

O legislador, no antecedente da norma, atribuiu ao administrador a definição do fato jurídico, a escolha da hipótese que o fará atuar de acordo com a norma. A indicação de que o critério pertença exclusivamente à autoridade competente não a livra de agir de maneira condizente com o interesse público, com a necessidade de fazer valer os efeitos da norma, sempre que presentes as condições necessárias. Em outros termos, fica preservada a obrigação de agir da melhor forma possível, aquela condizente com os programas públicos pertinentes²⁴.

Claro está que a proposição se consolida dentre as duas opções, quais sejam, pagamento ou execução. De fato, as três alternativas de garantia têm o contratante como beneficiário, por meio de ações vinculadas ao contrato e todas preveem a utilização de dinheiro ou de objetos que se traduzem em tal forma, seja pela transformação de títulos em moeda, do pagamento realizado pela seguradora ou pelo banco emitente da fiança.

Além disso, quando se trata do seguro existe ao lado da opção de pagamento, a possibilidade de execução, opção que se extrai diretamente das condições gerais do seguro garantia:

Art. 13 A seguradora indenizará o segurado, mediante acordo entre as partes, segundo uma das formas abaixo:

I – Realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade, sob a sua integral responsabilidade; e/ou

II – Indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e/ou multas causados pela inadimplência do tomador, cobertos pela apólice²⁵.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de Segurança Contra Denegação ou Concessão de Liminar. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. vol. 11/2019.p. 441 – 449. Out - Dez / 2019.

²⁵ Disponível em: <<https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/11370>>.

A própria lei de licitações indica o caminho de execução nas hipóteses de retomada pela seguradora, em obras de grande vulto, nas quais assina o contrato como interveniente anuente, com poderes de fiscalização, acompanhamento, acesso a todos os locais, acesso às auditorias e, caso venha a intervir para concluir o objeto, a lei autoriza que a nota de empenho seja emitida em seu nome ou a quem indicar.

Só se pode entender que a norma incida de forma a viabilizar o entendimento que as partes assumem como compatível com a atuação esperada²⁶.

Assim, o conceito prático de garantia está delimitado no texto pela prestação e contratações, logo a sua definição só faz sentido se atender à dimensão estipulada por esses complementos, como conceito prático que é, com limites determinados pela condição fática²⁷, levando a uma prestação efetiva na contratação considerada.

OBJETO DA GARANTIA

Superada a questão semântica, entende-se que a prestação de garantia nas contratações tenha o triplo papel de auxiliar o contratante na remoção do ilícito tão logo determinado, de indenização e de execução ou finalização do objeto do contrato, nesse caso, exclusivamente por meio do seguro garantia, uma vez que as demais formas de garantia limitam-se a pagamentos.

Corresponde ao contratante o desenvolvimento do que se pode conhecer como tutela inibitória, aquela voltada à atuação sobre o objeto do contrato, mediante fiscalização do cronograma, das condições meteorológicas, do número de pessoas alocadas às tarefas, da quantidade de equipamentos disponibilizados, enfim, da constatação de que as condições materiais encontram-se reunidas e aptas à execução, de tal forma que não seja surpreendido pelo inadimplemento que poderia ser detectado no simples exercício da fiscalização.

No aspecto que se pode denominar ainda como preventivo, caberia ao segurador a atuação na remoção do ilícito, desde que informada dos fatos, situação que se colhe, por exemplo, quando a mão de obra alocada é insuficiente e se detecta que a causa está relacionada com a falta de recursos financeiros do contratado.

Em tal situação, o segurador pode intervir como agente financeiro do executante, considerando que o aporte de recursos para a conclusão do projeto pode ser mais vantajoso que o

²⁶ ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. RT/Fasc. Civ. Ano 89, v.779 set. 2000, p. 14-16.

²⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. V. 7. Rio de Janeiro: 1947, p.54.

pagamento dos danos no futuro. O auxílio financeiro pode dar-se por meio de empréstimo com pagamento diferido no tempo, juros reduzidos ou o pagamento direto da mão de obra e eventual subcontratação de terceiros para uma etapa específica.

Ocorrido o inadimplemento, o segurador terá a oportunidade tão somente de ações reparadoras, como a execução por intermédio da subcontratação de outra empresa que substitua por completo o executante ou o pagamento do equivalente em dinheiro²⁸.

Acresce, no entanto, observar que o procedimento de continuidade do objeto do contrato, construção, prestação de serviços ou fornecimento de bens, está condicionado pela verificação de que o inadimplemento tenha sido causado pelo contratado, além da confirmação do prejuízo daí decorrente.

Poder-se-ia argumentar que o processo administrativo necessariamente instaurado pela administração para apurar as causas de inadimplemento, determinar a resolução contratual e apenar o contratado seja o instrumento para tanto.

Não é dessa forma que as coisas se encaminham, pois, o processo se instaura na relação construída entre o contratante e o contratado, sem obrigar o garantidor que não integra diretamente a avença, participando apenas de um contrato acessório.

O segurador notificado de um inadimplemento parcial ou total, instaura, ele próprio um procedimento de apuração das causas e prejuízos, denominado regulação de sinistro, o qual é integrado por especialistas e analistas da própria seguradora, com o objetivo específico de colher informações sobre o andamento do contrato, entrevistar contratante e contratado, aferir os diários de obra no caso de construção, as atas de reuniões, o cronograma físico-financeiro, as especificações técnicas, o projeto básico, o projeto executivo, os relatórios de medições, enfim todos os documentos que digam respeito ao objeto do contrato.

Esse inquérito, ainda que reúna o posicionamento das partes em conflito, é unilateral, no sentido de que fará prevalecer a decisão da seguradora que pode diferir daquele apurado no processo administrativo.

Nessa hipótese, determinando-se que o contratado não deu causa ao inadimplemento ou que não há prejuízo indenizável, não haverá prestação da garantia como pagamento ou execução. Se, pelo contrário, restar definido na apuração levada a efeito pela seguradora

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 121-442. Utiliza-se aqui as denominações consagradas pelo autor na tutela de direitos de caráter inibitório, de remoção do ilícito, tutela específica, ressarcitória e pelo equivalente em dinheiro. Entretanto, nesse estudo, as tutelas estão referidas ao procedimento de regulação de sinistro, iter específico dos seguradores no procedimento de indenização que no seguro garantia, por determinação normativa vai além da reparação pelo equivalente em dinheiro.

que o houve inexecução, ainda que parcial, por ato ilícito ou doloso do contratado, então estará presente a caracterização da cobertura.

No seguro de garantia de execução de obras, prestação de serviços ou fornecimento de materiais, o prejuízo indenizável corresponde ao chamado sobrecurso, ou seja, à diferença entre o orçamento original e aquele necessário à conclusão do objeto, sempre limitado ao valor assegurado.

Em se tratando de contratos com a administração pública, o seguro também oferecerá garantia ao pagamento de multa rescisória ou moratória que não tenha sido paga pelo contratado.

A INSUFICIÊNCIA DOS LIMITES PREVISTOS NA NORMA

Discute-se o fato de que o percentual estipulado na legislação seja insuficiente para proporcionar o término de vários projetos, especialmente, de obras. Isto porque o valor máximo permitido pela lei para contratações ordinárias é de 5% do valor do contrato, podendo elevar-se a 10% em obras condições de maior complexidade, sendo que apenas em obras de grande vulto é que esse percentual pode se elevar a até 30%.

A multa rescisória já costuma ser fixada nesse percentual de 5% e, portanto, se o seguro for direcionado ao seu pagamento, não restará valor assegurado para se completar o objeto, sendo importante observar que a mesma afirmação se estende ao depósito-caução ou à fiança bancária: a indicação de um percentual fixo, num patamar tão reduzido, raramente atenderá o interesse público.

Tenha-se como exemplo que apenas o custo de mobilização de uma empresa numa obra rodoviária já tem um percentual significativo e, portanto, quando se toma a decisão de pôr término aos ajustes com uma empresa e contratar outra para dar prosseguimento aos serviços, certamente haverá prejuízos decorrentes desse custo adicional.

O artigo 147 da lei 14.133/2021 indica a necessidade de avaliação desses fatores:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

- I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- III - motivação social e ambiental do contrato;
- IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Certamente, há um custo variável ao longo da execução de uma obra. Da mesma forma, há contratos em que não existe a necessidade de mobilização ou desmobilização de equipe, como no fornecimento de materiais. Some-se a isso toda a gama de custos envolvidos e listados nos incisos acima.

Quando se está diante da prestação de serviços, pondera-se a respeito da responsabilidade subsidiária da administração em relação aos custos de demissão de funcionários, aí incluídas as despesas com aviso prévio, férias proporcionais, décimo-terceiro salário, multa rescisória.

Ainda quando se observa o regramento de constituição de conta vinculada para o depósito das verbas proporcionais, não raramente, os empregados apresentarão reclamações contra o empregador que poderão afetar o contratante, ocasião em que deste será exigida a comprovação de diligência ao exigir a apresentação de comprovantes de recolhimento de verbas previdenciárias pertinentes ao prazo de duração do contrato, de regularidade com o fundo de garantia por tempo de serviços durante a vigência do contrato.

No aspecto da prestação de serviços, deve-se ter em conta que esses contratos podem ser renovados por até cinco anos, situação que normalmente ocorre. Entretanto, ao final desse longo período, a administração é obrigada a realizar nova licitação, ocasião em que a empresa substituída passará pelo mesmo infortúnio de demissão em massa, pagamento de multas e verbas rescisórias, mas nesse momento já não será possível contar com a garantia que, em princípio,

corresponde tão somente à execução do objeto do contrato, sem se estender a situações que perdurem após ao seu término de vigência.

Dentre as garantias indicadas pela lei de licitações, o seguro é a opção que permite incluir cobertura para reclamações trabalhistas, inclusive, aquela decorrente de prestação em caráter de exclusividade, como se ocorrer com serviços de vigilância, de limpeza e conservação, de telefonia, de operação de sistemas de tecnologia.

Tenha-se claro que seja fiança bancária ou seguro, ocorrendo o pagamento de qualquer valor pelos garantidores, estes restam sub-rogados nos direitos do contratante para agir em face do contratado, responsável pelo ato ilícito ou doloso resultante na rescisão contratual para recuperar o quanto indenizado.

No direito romano, *subrogatio* tinha como significado o acréscimo de alguma coisa à lei anterior²⁹. Na teoria da linguagem, haveria um ato locucionário de acréscimo, um ilocucionário de promulgação da lei com acréscimo, um ato perlocucionário de inserção de nova norma no sistema. A situação indicada na hipótese de pagamento não corresponde ao mesmo instituto.

Instaura-se na oportunidade uma nova relação, agora entre quem pagou pelos prejuízos e o responsável pelos danos. Opera-se a relação denominada de sub-rogação de direitos, a qual independe da vontade das partes, porquanto fundada em permissivo legal que constitui o sub-rogado, para quem a lei transmite todos os poderes do credor original, sem a necessidade de colher a sua permissão, nem efetuar qualquer condicionalidade.

Pelo contrário, todos os direitos, ações, garantias são imediatamente transferidos com o simples pagamento. Uma vez o credor indenizado dos prejuízos, não terá mais a oportunidade de agir em face do devedor, salvo se quantia recebida for insuficiente para reparar os danos, hipótese em que haverá um resquício de valores a serem pretendidos por este, sem que tal realidade venha a obstar o exercício do direito daquele que pagou pela parcela dos danos.

A relação que se estabelece opera a transição entre os termos identificados: o credor “a” mantinha contrato com o devedor “b”. Diante dos prejuízos causou, a empresa “c” efetuou o pagamento, em função da garantia fornecida, como seguro ou fiança bancária.

Originalmente, havia a relação R entre “a” e “b” (a R b). Efetuado o pagamento, se estabelece a sub-rogação S entre “a” e “c” (a S c).

Esta permite que o devedor “b” seja acionado judicial ou extrajudicialmente pela empresa “c” para obter, em regresso, o quanto tenha indenizado. O fato de o devedor ser acionado dá ensejo a uma nova relação (A): (b A c), “b” é acionado por “a”.

²⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo: Noeses. 225.

Parte-se de (a R b), cujo inadimplemento ocasiona (a S c) e possibilita a relação (b A c):

(a R b) \Rightarrow (a S c).

(a S c) \Rightarrow (b A c).

As relações são distintas e, portanto, não há que se falar em propriedade transitiva, indicando-se tão somente a possibilidade de que um agente seja substituído por outro ao mudar a relação, primeiro, pelo inadimplemento; depois, pelo pagamento; e, finalmente pela ação regressiva.

Tenha-se presente que a sub-rogação é um construto do Direito. Não existe de forma natural, poderia não existir ou ser conformada de forma diferente. Nos termos do artigo 349 do código civil são transferidos ações, direitos, privilégios e garantias, alcançando, inclusive, eventuais fiadores.

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

O legislador poderia não abranger todas essas características, não as estender ao fiador, limitar a uma parcela da dívida, mas sua intenção foi bastante abrangente, invadindo, inclusive, as fronteiras de algumas limitações processuais.

Se o credor original, por exemplo, for pessoa física, o sub-rogado teria o direito de agir no tribunal especial cível para recuperar os valores indenizados, mesmo sendo pessoa jurídica. Não fosse assim e o alcance semântico da lei haveria que ser reduzido, mas a sintaxe prevista não impôs limitações dessa ordem.

E mais, se a relação original era de consumo, mantida entre fornecedor e consumidor final, então o sub-rogado também teria acesso à legislação especial que comanda essa relação, podendo se valer de um prazo prescricional de cinco anos, da prerrogativa de requerer a inversão do ônus da prova, da possibilidade de se valer dos critérios de responsabilização objetiva por fato do produto ou do serviço.

Em outros termos, a sub-rogação se constitui como relação diferenciada capaz de alterar as fronteiras de determinações de ordem material ou processual, alcançando mesmo os fiadores.

Essa passagem pela sub-rogação tem o propósito de suscitar discussões em torno do seu papel, mas principalmente, demonstrar que a sua existência pressupõe a adoção de cuidados especiais para comprovar o seu fundamento, qual seja o pagamento de dívida existente.

Se a dívida não existe, tampouco se opera a sub-rogação, na medida em que o próprio pagamento seria indevido. Agora, quando se retorna ao papel do garantidor, percebe-se a absoluta necessidade de que este se certifique da justeza do pagamento em nome do devedor original, com o intuito de reduzir o impacto da defesa que irá impor no momento da ação de regresso para a restituição da quantia paga ao credor.

O interesse na certeza do ato impõe ao segurador a avaliação dos fatos envolvidos no inadimplemento ou inexecução do contratado. Em particular, imprime a noção de conveniência em participar do processo administrativo determinante da rescisão contratual, a aferição dos fatores condutores à decisão, como parte interessada diretamente interessada na disputa.

Essa atitude está longe de ser passiva e revela um aspecto fundamental: a disputa em torno da determinação dos fatos capazes de interferir na garantia, a impossibilidade de tratar o seguro garantia como um título executivo extrajudicial, considerando a expressão comumente utilizada de executar a apólice, eis que a expressão não apenas é incorreta, como a utilização desse rito processual será rechaçado de imediato.

Não se deve incorrer em pressuposto teórico incorreto, admitindo que o direito público seja em tudo semelhante ao direito privado e, dessa forma, submetido imediatamente aos ditames pertinentes aos contratos entre particulares. Mas, quando se trata de contratos de seguros, longe de se defini-los como administrativo ou de administração, constava da lei 8.666/93 a sua regência por normas de direito privado³⁰.

Essa regra não se repetiu na lei 14.133/21. Ainda assim, não se divisa qualquer indicação de que normas de direito público possam transformar o seguro em título executivo. Logo, o acesso a essa garantia pressupõe a submissão da autoridade administrativa ao procedimento de regulação definido pelo segurador.

³⁰ Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (...)

§ 3º. Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado.

O Direito tem uma componente prática, operativa, destinada a disciplinar condutas e conduzir relações subjetivas em busca de resultados finalísticos³¹, com proveitos significativos e importantes para as partes envolvidas. A exigência de uma garantia perde o sentido se esta não tiver como fundamento o cumprimento da sua função precípua³². Decorre dessa premissa a necessidade de uma interpretação construtiva em busca da plena realização do objeto pretendido.

De fato, o objeto pretendido pode ser alcançado pela interposição de procedimentos distantes da mera análise sintática do texto, porquanto exige a integração de outros elementos básicos presentes no texto do contrato de seguro, na lei de licitações e nos processos administrativos.

Não importa a complexidade que se apresente, ao intérprete é fundamental a identificação do sentido e da estrutura do texto que propicie extrair um resultado útil e adequado, assumindo a premissa de que o legislador tinha o objetivo de solucionar um problema, de indicar o melhor caminho a seguir, de produzir uma solução inteligente para o tema³³.

A lei não tem palavras inúteis, nem se admite que conduza a lugar inexistente, a uma inutilidade. Pelo contrário, o contexto exige uma saída que preserve o interesse público, permita um claro entendimento e a utilização racional dos conceitos expostos, dentre os quais o de garantia, o de seguro e o de preservação do objeto do contrato, fatores representativos da integração entre meio, mensagem e agentes comunicacionais que caracterizam o direito como sistema de comunicação³⁴.

O ponto inicial corresponde à necessidade de comunicação, participação imediata dos indícios de inadimplemento ao segurador, notificando-o na mesma oportunidade em que tal atitude for adotada perante o contratado e, se possível, muito antes da decisão de instaurar um processo administrativo de rescisão contratual.

Há interesse do segurador em defender a conclusão do objeto do contrato, razão pela qual envidará esforços para dar continuidade à execução pelos meios disponíveis, dentre os quais se identifica a possibilidade de financiar o executante, caso a falta de recursos financeiros seja a causa determinante; realizar pagamentos diretamente aos fornecedores, se a falta de crédito for a causa do

³¹ PACOBAHYBA, Fernanda Macedo. Dos Limites à Interpretação Jurídica: reflexões acerca do percurso gerativo de sentido no constructivismo lógico-semântico. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC, v. 26.1, jan./jun. 2016, p. 168-169.

³² DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. XII – XIII.

³³ SILVA, José Afonso. Teoria do Conhecimento Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 866-871. O autor se refere à hermenêutica constitucional sob a forma contextual, e embora o Texto Maior, tenha características singulares que exigem regras especiais, estas não deixam de servir a situações básicas de interpretação das leis, principalmente, se o interesse público está diretamente presente e pode ser afrontada por interpretações que não lhe preservem o sentido.

³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 164.

problema; contratar mão de obra especializada; prestar assessoria específica; rever os projetos executivos e instruções técnicas; dirimir dúvidas e conflitos entre os responsáveis e fiscais.

A atuação antes de configurado o conflito é a única forma de se obter o pleno resultado, representando clara composição do âmbito semântico da norma, em prol de uma experiência extraída da procura pelo resultado adequado, pragmático, finalístico.

CONCLUSÕES

Teve-se como ponto de partida as premissas que orientam o direito administrativo, tendo no interesse público, na sua indisponibilidade e no respeito à constituição federal as pedras de toque do assunto desenvolvido no texto que trata das garantias previstas na lei de licitações públicas e as vantagens oferecidas pelo seguro garantia em relação às demais opções.

Numa análise inicial, há uma busca pelo real significado da exigência de garantia nos contratos com a administração, tendo por fundamento o fato de que se não o legislador, ao menos o intérprete, persegue sempre uma racionalidade própria do ordenamento jurídico, inclusive porque as normas se referenciam em normas superiores que lhes garantem o caráter de pertinência ao sistema, do ponto de vista formal e material.

Da incompletude normativa presente no artigo 96 da lei 14.133, instaura-se a perspectiva de decisão discricionária do agente competente quanto à exigência de alguma garantia. Entretanto, tendo definido que esta irá existir, a escolha de qualquer alternativa a ser oferecida cabe ao contratado.

Optando pelo depósito-caução, o contratado é obrigado a dispor do montante integral exigido no edital, normalmente, 5% do valor do contrato, percentual que está muito perto do seu próprio lucro e que o obriga a ter uma sobra de caixa razoável para poder atender à exigência ou de se valor de empréstimos bancários para suportar a exigência.

Da mesma forma, a aquisição de carta de fiança bancária também demanda a manutenção de um volume ainda maior de recursos aportados no banco. Ainda que os valores exigidos estejam aplicados na instituição financeira, são poucas as empresas que podem dar-se ao luxo de manter um volume razoável de ativos aplicados durante todo o tempo de duração de um contrato.

Quando se trata de fiança, a definição estabelecida na lei é para cartas apresentadas por instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central, não admitindo as cartas de fiança

fidejussórias, ou seja, aquelas providenciadas por empresas que se utilizam de nomes de bancos, normalmente em língua estrangeira, mas que não têm autorização de funcionar.

Em realidade, são empresas que se constituem como afiançadoras, constituindo capital para a subscrição de garantias em quaisquer situações em que os contratantes venham a aceitá-las.

O problema com essas garantias está na falta de controle. Não sabe quanto do capital social está tomado por fianças emitidas, não há um órgão responsável pelo controle de atuação, nem pela formação de reservas dessas empresas, as quais estão sujeitas ao procedimento de recuperação judicial e falência, diferente dos bancos e seguradoras que passam antes por um procedimento de intervenção, até a liquidação extrajudicial.

Além disso, bancos oficiais e seguradoras são fortemente controlados quanto à solvência, obedecendo regras estritas de formação de capital, constituição de reservas, nível de admitido de alavancagem, critérios de subscrição, controles de resseguro, além de proteção especial dos órgãos que se responsabilizam pelo controle.

A contratação do seguro por parte do garantido tem início muito antes da assinatura de contrato com a administração, eis que este realiza um cadastro para avaliação das condições socioeconômicas, fornece informações sobre a sua capacidade técnica de execução dos trabalhos previstos em sua atividade, apresenta o seu acervo técnico, a relação de equipamentos, o quadro de funcionários da área técnica, a relação de projetos que já concluiu.

Havendo a aprovação do cadastro, o segurador ainda irá exigir a assinatura de documento denominado contragarantia, pelo qual a empresa se responsabiliza pelo pagamento de qualquer indenização que venha a ser paga pelo segurador, oferecendo bens para penhora ou o compromisso de fiador fidejussório. Estes, em geral, são os próprios sócios da empresa que oferecem o seu patrimônio em garantia.

Terminado esse procedimento, o garantido tem à sua disposição um limite de garantia, com uma taxa definida e poderá apresentar apólices de garantia nos contratos que vier assinar.

Todo esse trâmite é conduzido por corretores de seguros e, salvo o trabalho com o fornecimento de dados, não há custos envolvidos.

Assim, para o contratado, a alternativa mais econômica é o seguro garantia, pois, irá pagar como prêmio uma importância muito inferior ao volume estipulado como garantia, com possibilidade de parcelamento.

O fato de poder negociar com várias seguradoras no mercado implica na possibilidade de procurar as melhores taxas e condições para viabilizar a garantia, razão pela qual o seguro garantia torna-se a opção que lhe possibilita preservar os ativos, além de oferecer liquidez para o contratante.

Sendo o direito formado a partir de relações intersubjetivas, a contratação com terceiros implica exatamente na formação de relações próprias, poliádicas, entre a administração e os administrados até a concretização do contrato que também configura uma relação, desta vez, biunívoca.

Como antecipado na legislação, tendo o edital exigido a apresentação de garantia, o contrato irá escolher entre as opções presentes na norma, constituídas pelo depósito-caução, pelo fiança bancária ou pelo seguro garantia.

O seguro tem vantagens importantes sobre as demais garantias, em particular, nos contratos vultosos, nos quais a atual legislação possibilita a retomada da obra pela seguradora que assina o contrato como interveniente anuente, com poderes especiais em relação ao objeto, podendo afastar o executante e substituí-lo, caso se constatem vícios supervenientes na execução.

Para tanto, o percentual de garantia se eleva a 30% do valor do contrato em contraposição aos 5% exigidos nos contratos tradicionais ou 10% naqueles empreendimentos complexos.

A definição de percentuais tão reduzidos acaba por dificultar a própria interpretação quanto ao motivo de se exigir garantia nos contratos, uma vez que os valores são insuficientes à retomada da obra em caso de inexecução pelo contratado e as soluções de indenização ou obrigação de execução específica não possibilitam, na maior parte das vezes, salvar o objeto do contrato, ainda mais quando este corresponde a uma obra pública.

Mesmo quando se trata de contrato versando sobre prestação de serviços, há imprevistos para os quais somente o seguro tem possibilidade de garantia imediata a partir da atuação do segurador, como nas reclamações trabalhistas e previdenciárias associadas à extinção de um contrato.

Tais situações exigem a negociação com os reclamantes, com os sindicatos e a negociação com o futuro prestador dos serviços para alocação da mão de obra, operações realizadas pelo segurador, interessado em reduzir ao máximo os prejuízos daí decorrentes.

O cuidado do segurador é determinado não apenas pelo interesse em reduzir o valor dos prejuízos, mas também de comprovar a legitimidade da reclamação e dos procedimentos

adotados, visando a posterior ação de regresso em face do causados dos danos, no caso, o contratado ou garantido, agora pelo instituto da sub-rogação de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. RT/Fasc. Civ. Ano 89, v.779 set. 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. Ed. 32. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de Segurança Contra Denegação ou Concessão de Liminar. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. vol. 11/2019,p. 441 – 449. Out - Dez / 2019.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Comissão de Obras Públicas Inacabadas. Relatório Final 1995: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4281076&ts=1596316390493&disposition=inline>.

CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 8 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GUASTINI, Riccardo. Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Espaços no Direito Público: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 142

_____. Teoria Jurídica da Liberdade. São Paulo: Contracorrente, 2015

_____. Políticas Públicas e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 152. jan./mar. 2018.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo: Noeses.

MUKAI, Toshio. O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 30-31.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. Trad. Ilza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PACOBAYHA, Fernanda Macedo. Dos Limites à Interpretação Jurídica: reflexões acerca do percurso gerativo de sentido no constructivismo lógico-semântico. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC, v. 26.1, jan./jun. 2016.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. V. 7. Rio de Janeiro: 1947.

SILVA, José Afonso. Teoria do Conhecimento Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2014.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. São Paulo: Saraiva, 1989.