

REFLEXÕES A RESPEITO DO SEGURO GARANTIA E DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

REFLECTIONS REGARDING PERFORMANCE BONDS AND THE NEW BIDDING LAW

Ilan Goldberg *

RESUMO: O presente artigo busca traçar reflexões acerca do impacto da nova lei de licitações e as mudanças que ela desencadeia na causa do contrato de seguro garantia. Para tanto, analisam-se, comparativamente, os modelos estadunidense e brasileiro de *performance bond*, pontuando as principais inovações trazidas pela Lei nº. 14.133/2021.

ABSTRACT: This article analyzes the impact of the new bidding law and the changes that it has brought to the performance bond in Brazil. In this sense, the text draws a comparative analysis of the U.S. and Brazilian surety models, bringing the key innovations addressed by the Law nº. 14.133/2021.

Palavras-chave: risco; seguro garantia; indenização; licitações; contratos.

Keywords: risk; performance bond; Indemnification; biddings; contracts.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A importância das análises econômico-financeira e de risco no seguro garantia. 1.1. Análise econômico-financeira. 1.2. Análise de risco. 1.2.1. Assimetria de informação (seleção adversa). 1.2.2. Risco moral. 2. A adequada gestão do contrato e seu monitoramento. 2.1. O *step in right*. 2.2. O “poder-dever” de monitoramento. 2.3. Obras de grande vulto e a alíquota garantida de até 30%. 2.4. O escopo da garantia segundo a expressão contida no art. 97 - “multas, prejuízos e indenizações”. 3. Aditivos contratuais de prazo e valor. 3.1. Prazo. 3.2. Valor. 4. Suspensão e extinção do contrato e efeitos no âmbito do seguro garantia. 5. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Dados empíricos revelam que o índice de eficiência das obras públicas nos Estados Unidos da América beira a perfeição, o que, naturalmente, acaba por produzir um círculo virtuoso que contempla, a uma só vez, a administração pública, as empresas contratadas à execução dos serviços e, na qualidade de garantidoras, as seguradoras especializadas nesta modalidade securitária específica, lá denominada de *surety*, quais sejam, as *sureties*.¹

* Pós-graduado lato sensu em Direito Empresarial pelo IBMEC, mestre em regulação e concorrência pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e doutor em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Além de ser professor e coordenador de vários cursos, publicou livros e muitos artigos em revistas nacionais e internacionais. Advogado várias vezes nomeado pelas tradicionais publicações *Who's Who Legal*, *Chambers & Partners* e *Legal 500*, é membro da AIDA (Associação Internacional de Direito do Seguro), do IBDS (Instituto Brasileiro de Direito do Seguro), da BILA (British Insurance Law Association) e do IBDCivil (Instituto Brasileiro de Direito Civil) e do IBERC (Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil). É sócio e responsável pela área de seguros no escritório Chalfin, Goldberg, Vainboim Advogados, tanto no massificado quanto no estratégico. E-mail: ilan@cgvf.com.br / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4235-9313>

¹ “Como resultado, atualmente a dinâmica do *performance bond* consegue garantir baixos índices de inadimplemento contratual, de apenas 0,19% aproximadamente, conforme pode ser visto na tabela abaixo.

Nada obstante a envergadura continental daquele país, caracterizada, legalmente, por arquétipos legais e regulatórios a nível estadual, o que importa numa variedade enorme de dispositivos a serem cumpridos, o modelo de seguro garantia na modalidade *performance bond* é digno de elogios em análises comparativas realizadas já há algum tempo pela doutrina especializada no Brasil.²

Sem embargo das diferenças que qualificam os dois países, muito significativas sob as perspectivas legal e regulatória, pode-se dizer que há um consenso em torno do aprendizado que pode e deve ser extraído a partir da rica experiência norte-americana que, com efeito, data originalmente de 1895. Para que se possa dimensionar o padrão de comparação, a origem do seguro garantia no Brasil remete ao ano de 1967, lembrando do Decreto-lei nº. 200.

Em apertada síntese, a ser objeto de aprofundamento no presente estudo, acredita-se que o principal divisor de águas entre os modelos norte-americano e brasileiro refere-se, fundamentalmente, ao *step-in right*, ou, no vernáculo, à cláusula que prevê a retomada pela companhia de seguros da obra paralisada pelo contratado pela companhia de seguros.

Embora previsto no ordenamento jurídico brasileiro há tempos, a experiência prática não conta com sequer um exemplo de retomada bem-sucedido por parte de seguradoras em nosso País, o que contrasta com inúmeros exemplos ótimos havidos nos Estados Unidos da América.³

Em termos pragmáticos, o fato de a administração pública ter contratado apólices de seguro garantia no Brasil não implica na inexistência de problemas afetos à incompletude de obras públicas, tema que, inclusive, por sua relevância, foi enfrentado pelo Tribunal de Contas da União e que, assim, resultou em publicação reveladora de dados realmente alarmantes que, lamentavelmente, podem ser facilmente constatados Brasil afora.⁴ As causas apontadas pela Corte de Contas são variadas, mas, no que interessa à elaboração do presente estudo, importa ter em mente que uma parte considerável das paralizações é causada por acentuada assimetria de informação que pesa tanto sobre a administração pública, os contratados à execução das obras e, também, às seguradoras.

Para além do *step-in right*, a doutrina também comenta que o baixíssimo percentual quantitativo do objeto da obra/serviço a ser garantido pelo seguro garantia (ou, em inglês, *performance bond*) no Brasil, comparado ao norte-americano, também seria um catalizador de ineficiência, na exata medida em que a participação das seguradoras estaria relacionada,

(RAICK, David. O uso da fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de *performance bond* ao contexto brasileiro. 2018. 121 fls. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília. 2018. p. 13). De um total de 19.135 obras, apenas 37 foram paralisadas. (MYERS, Lorena. *Performance Bond Cost-Effectiveness Analysis*. Dissertação [mestrado], University of Florida, 1999, p. 36.)

² RAICK, David. *Op. cit.* p. 13-14.

³ Originalmente esse instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs) e, posteriormente, à Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), por força da Lei nº 13.097/2015.

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional TC 011.196/2018-1. Órgão: Ministério da Economia (então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão). Relator: Ministro Vital do Rêgo. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoestemporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outrosdocumentos/acordao-tcu-1079-2019>. Acesso em: 26.09.2021.

apenas e quando muito, ao pagamento de sanções decorrentes do descumprimento da obrigação principal, e não àquilo que, de fato, realmente interessa às partes contratantes da apólice – a administração pública, como segurada, e a construtora/empreiteira responsável pela execução da obrigação principal – é dizer, a execução da obra em si.⁵

Observa-se, inclusive, que as duas causas apontadas – o *step-in right* e os baixos percentuais assegurados pelo *performance bond* brasileiro caminham juntas, considerando que se houvesse percentuais mais elevados, seria factível o cumprimento da obrigação principal pelas companhias de seguros, a revelar, assim, a estrutura necessária à construção do círculo virtuoso que se observa nos Estados Unidos da América.

A Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021 – doravante, Nova Lei de Licitações – foi publicada e, com relação ao mercado de seguro garantia no Brasil, foi bastante inspirada no modelo norte-americano. Em substituição à Lei nº. 8.666, de 1993, após tramitação de 25 anos, a nova lei veio à tona com grandes expectativas, principalmente por parte da administração pública, muito interessada em, de fato, poder conduzir os certames de maneira mais eficiente.

Considerando o enorme quantitativo de obras públicas abandonadas no Brasil, relevadoras, como se comentou, da ineficiência estatal e, a reboque, das velhas mazelas relacionadas à corrupção,⁶ a Nova Lei de Licitações veio à tona com a finalidade de, efetivamente, buscar diminuir esse lamentável volume de desperdício de recursos públicos, o que, com efeito, desagua na sistemática trazida pela mesma para o seguro garantia, designadamente, nos artigos 96 a 102.

Acredita-se que, independentemente da longa *vacatio legis* de dois anos (art. 193⁷), o mercado de seguro garantia terá a oportunidade de obter maior penetração, especialmente no setor público. Há, com efeito, algumas arestas que precisam ser aparadas, decorrentes, e.g., de

⁵ RAICK, David. *Op. cit.* p. 22-23.

⁶ A introdução das seguradoras na relação jurídica havida entre construtoras e administração pública é vista pela doutrina como um instrumento capaz de evitar/reduzir a corrupção. Assim: “o sistema de *surety bond* e *performance bond* tem como objetivos impedir a interlocução direta entre o Poder Público e fornecedores; quebrar a corrupção sistêmica; garantir o preço, a qualidade e os prazos dos contratos; garantir a possibilidade de retorno do investimento público através do cumprimento rigoroso dos prazos contratados; fomenta a exigência de projeto técnico de necessidade e viabilidade da obra pelo Poder Público, inclusive com a prévia definição do preço, da qualidade e dos prazos a serem cumpridos. A *performance bond* fomenta ainda a exigência de licenciamento da obra nas esferas Federal, Estadual e Municipal.” (CARVALHOSA, Modesto. *A Quebra da Interlocução Direta – Agentes Públicos, Empreiteiras e Fornecedores*. In. *Infraestrutura: Eficiência e Ética*. Affonso Celso Pastore (org.). Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2017). Também Vitor Boaventura Xavier: “A hipótese de pesquisa é que a performance bond, modalidade de seguro garantia, constitui um mecanismo de incentivo à execução regular dos contratos de obras, bens e serviços à Administração Pública, com a indireta função de combate à corrupção, na medida em que possibilita a quebra da interlocução direta entre agentes públicos e privados durante a execução contratual.” (XAVIER, Vitor Boaventura. *O seguro garantia de execução do contrato – performance bond: uma análise de aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela Administração Pública no Brasil*. 2017. 79 fls. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2017. p. 12). É preciso ter em mente, contudo, que o seguro garantia, ou quaisquer outros contratos de seguros, não oferecem cobertura para atos de corrupção. Nesse sentido: GOLDBERG, Ilan. *Notas sobre corrupção, ordem pública, ato de gestão e contrato de seguro D&O*. In *Revista Jurídica de SEGUROS / CNseg* Nº. 12. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2020. p. 23-51.

⁷ Lei nº. 14.133/2021. Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

possíveis desarmonias legal e regulatória, a considerar que, no País, a regulação do seguro garantia ainda está centrada na Circular SUSEP nº. 477, de 2013, com as modificações introduzidas pela Circular 577, de 2018, ambas não exatamente alinhadas às inovações trazidas pela Lei nº. 14.133.⁸

Adiciona-se também a esse anunciado potencial de desenvolvimento do seguro garantia no Brasil a constatação em torno do seu baixíssimo conhecimento pelos agentes de mercado em geral, o que, inclusive, toca em personagens do próprio mercado segurador, tais como subscritores de riscos, reguladores de sinistros, corretores de seguros, entre outros.⁹

Ainda em caráter introdutório, pode-se desde já trazer uma primeira provocação/reflexão, a considerar o disposto no art. 96 da Lei nº. 14.133, quando, apenas, *facultou* à administração pública a contratação de uma dentre as modalidades de garantia previstas no diploma legal, quais sejam, (i) caução, (ii) seguro-garantia e (iii) fiança bancária.

Ora, se o objetivo perseguido pela administração pública era e é o de reduzir o volume de obras inacabadas, teria sido oportuno o estabelecimento do seguro garantia como *obrigação* à administração pública, não apenas como uma *faculdade*. Sinteticamente, tem-se que dentre as três modalidades de garantia ofertadas, a única que se qualifica pela cláusula de retomada da eventual obra inacabada é o seguro garantia e, sob o ponto de vista do administrador público, entende-se que deveria ser obrigatória a contratação desse seguro, o que viria ao encontro da salutar utilização dos recursos públicos, alinhando-se, assim, dentre outros, aos princípios da eficiência e da moralidade, tão caros à gestão da *res publica*.

O seguro garantia, segundo os contornos trazidos pela Nova Lei de Licitações, tem o objetivo de ser um verdadeiro protagonista na cena das obras públicas brasileiras, no sentido de impulsionar o escorreito cumprimento dos contratos firmados entre a administração pública e suas respectivas contratadas.

Com essa finalidade importante, o presente artigo cuidará, detalhadamente, da análise econômico-financeira e de risco, a serem desempenhadas de maneira precisa pelas companhias de seguros. Em se tratando de seguro garantia para obras/construção, pode-se afirmar que a análise anterior à emissão da apólice é crucial ao seu desenvolvimento saudável. Noutras palavras, o *performance bond* se trata de um contrato de seguro vertido muito mais à não ocorrência do sinistro, do que à sua indenização propriamente dita. É, como a doutrina comenta, um instrumento de *loss avoidance*, e não de *loss funding*.¹⁰

⁸ Importante anotar que por ocasião da elaboração desse estudo encontrava-se em consulta pública norma disponibilizada pela SUSEP para fins de alterar a Circular SUSEP 477. Trata-se da consulta pública nº. 24/2021, disponível em <http://www.susep.gov.br/menu/atos-normativos/normas-em-consulta-publica>, visitado em 21.10.2021.

⁹ MARQUES, Túlio Henrique Moreira. *Seguro garantia em projetos de infraestrutura: uma perspectiva comparada entre mercados emergente e desenvolvido*. 2020. 128 fls. Dissertação de mestrado. (Mestrado em administração de empresas com ênfase em gestão internacional) – Faculdade de administração. Escola Superior de Propaganda e Marketing, São Paulo. 2020. p. 57.

¹⁰ “Este é um tipo de seguro com características peculiares, pois apesar de apresentar os elementos formais típicos do mercado de seguros (apólice, sinistro e prêmio), o risco é analisado no contexto do próprio projeto e com grande ênfase no tomador do seguro em ambiente de financiamento do respectivo projeto. Tanto o SG como o seguro tradicional são dispositivos de transferência de risco sendo que o primeiro se refere a um mecanismo de “loss avoidance”, desenhado para pré-qualificar indivíduos baseado

Concluída a análise inicial – econômico-financeira e de risco -, passaremos ao estudo daquilo que se denomina por gestão do contrato garantido e seu monitoramento, tema que, como se observa, encontra-se intimamente relacionado ao primeiro.

A finalidade preventiva de que o seguro garantia se reveste explica a postura proativa que se deve esperar das companhias seguradoras emissoras das apólices respectivas. Será preciso empregar uma mentalidade diferente, digna dos interesses legítimos tutelados por esse contrato. Nesta seção, haverá oportunidade para explicitar no que consiste o chamado “poder-dever” a ser exercido pelas seguradoras, a teor do disposto no art. 102 da Lei nº. 14.133.

Como pontos de sequência, cuidaremos também das consequências decorrentes da assinatura, por tomadores e segurados, de aditivos contratuais que modifiquem seus prazos e valores, isto é, em que medida essas alterações deverão ser comunicadas à seguradora e, no mesmo sentido, poderão implicar em denúncia do contrato.

Por fim, examinaremos os efeitos decorrentes da paralisação da obra contratada pela administração pública à apólice, especificamente, a necessidade de que o segurado monitore esses acontecimentos e os reporte, *pari passu*, à seguradora, evitando, assim, possíveis circunstâncias que venham a ensejar a perda do direito à garantia.

1. A IMPORTÂNCIA DAS ANÁLISES ECONÔMICO-FINANCEIRA E DE RISCO NO SEGURO GARANTIA

As análises econômico-financeira e de risco são fundamentais à sustentabilidade do seguro garantia. Noutras palavras, ausentes as análises, torna-se temerária a subscrição de riscos de garantia contratual.

Os dois componentes que serão analisados caminham conjuntamente, considerando que a análise econômico-financeira não poderá ser realizada isoladamente, independentemente da análise de risco. À boa compreensão da matéria, deseja-se esclarecer que a primeira – análise econômico-financeira – terá, em nosso estudo, um viés mais estático, isto é, constituído pelo exame de documentação financeira – balanços, análises contábeis, financiamento, diagnóstico apresentado por agências de *rating* etc. – ao passo que a segunda – análise de risco – terá perfil mais dinâmico.

Em síntese, deseja-se por intermédio da segunda análise observar não apenas uma fotografia (estática) do tomador, mas um filme (dinâmico) que, permita ao intérprete entender se o pretendente à emissão da apólice detém condições técnicas, operacionais, de crédito, entre outras, de cumprir com a obrigação à qual foi contratado.

em suas capacidades de crédito e expertise construtiva e o segundo, um mecanismo de “loss funding”, desenhado para compensar o segurado contra eventos imprevistos adversos. Enquanto em seguros convencionais há um cálculo atuarial estatístico baseado no comportamento geral da carteira de segurados, o seguro garantia tende a ter um comportamento mais parecido com um seguro de crédito”. MARQUES, Túlio Henrique Moreira. *Seguro garantia em projetos de infraestrutura: uma perspectiva comparada entre mercados emergente e desenvolvido*. 2020. 128 fls. Dissertação de mestrado. (Mestrado em administração de empresas com ênfase em gestão internacional) – Faculdade de administração. Escola Superior de Propaganda e Marketing, São Paulo. 2020. p. 25-26.

Como se comentou, o extrato dessas duas análises é chave à decisão com vistas à subscrição de apólices de *performance*, podendo-se afirmar, inclusive, que se a conclusão for no sentido de que há riscos de descumprimento do contrato, a apólice nem mesmo deverá ser emitida. É que se busca, por meio do seguro garantia, sinistralidade zero, o que pode soar *sui generis* se se pensar com a mentalidade por assim dizer convencional, em termos de seguros gerais.¹¹

Essa assertiva será melhor desenvolvida ainda nesta seção, mas, antecipadamente, pode-se afirmar que enquanto a generalidade dos seguros foi concebida para garantir um interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados (CC, art. 757), sucedendo-se a indenização pela seguradora caso o sinistro se materialize, no seguro garantia o mote é outro: deseja-se, na realidade, evitar o sinistro a todo custo. O seguro garantia é contratado para que o sinistro justamente não ocorra.

1.1. A análise econômico-financeira

Por ocasião da análise que fica a cargo de uma seguradora interessada em operar no ramo vida ou automóvel, *e.g.*, ela deverá examinar informações relacionadas à condição de saúde do candidato à contratação da apólice – doenças pré-existentes, exames médicos realizados, prática de esportes etc. – e, com relação ao automóvel, a sua finalidade principal (comercial ou não), quilometragem anual, instalação de dispositivos de segurança, entre outros.

Com base nesses dados, colhidos de um quantitativo significativo de segurados, a seguradora possui condições de estimar, probabilisticamente, o índice de sinistralidade médio da carteira em questão e, assim, precificar o prêmio a ser pago pelo novel segurado. Em resumo, a precificação da generalidade dos seguros dispõe de base estatística confiável, capaz de proporcionar ótimos níveis de assertividade por parte dos subscritores.

O seguro garantia, por sua vez, aparta-se dessa tônica. No que interessa à análise econômico-financeira, vale dizer que ela cuidará de dados daquele que contrata a apólice (o tomador) mas que, como se observa, não se qualifica como segurado. Aqui, portanto, já se nota uma diferença diante dos demais contratos de seguros.

A seguradora, ao examinar os dados financeiros e econômicos do tomador, deverá ser extremamente cautelosa, empregando os seus melhores esforços a fim de que possa ter plena assertividade quanto à não ocorrência de mora/inadimplemento, isto é, expectativa de sinistro ou sinistros, propriamente ditos.

¹¹ “Já nos contratos de seguro-garantia, a taxa de sinistro tem que ser zero. Existindo alguma probabilidade de haver algum risco na execução do contrato, o seguro-garantia não é firmado.” (NÓBREGA, Marcos; OLIVEIRA NETTO, Pedro Dias de. O seguro-garantia na nova lei de licitações e os problemas de seleção adversa e moral-hazard. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigo/o-seguro-garantia-na-nova-lei-de-licitacao-e-os-problemas-de-selecao-adversa-e-moral-hazard/>. Acessado em 7.10.2021). Também assim Vitor Boaventura Xavier: “se houver risco percebido suficiente de sinistro, a apólice não deve sequer ser emitida”. (*Op cit.* p. 26) e Francisco Galiza: “No seguro tradicional, a seguradora espera ter sinistros. No seguro garantia, não; a taxa de sinistralidade tem que ser zero. Se a seguradora avalia que pode haver algum risco relevante na operação, o seguro simplesmente não é emitido;” (GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio Janeiro: ENS-CPES, 2015. p. 17).

Para que se possa dimensionar o volume de documentos capazes de permitir que a seguradora tenha uma radiografia completa de aspectos econômico-financeiros do tomador, veja-se, exemplificativamente, a relação a seguir:

- a) relatórios financeiros auditados dos últimos três anos;
- b) atual programação de trabalhos a serem desenvolvidos nos últimos oito trimestres;
- c) relatórios financeiros pessoais atualizados dos donos da construtora;
- d) nomes dos bancos de relacionamento;
- e) nomes de pelo menos dez fornecedores independentes;
- f) lista das dez maiores construções realizadas pela empresa anteriormente; e
- g) organograma da empresa, incluindo os nomes dos gestores responsáveis por cada setor da empresa.

Ademais, os corretores e as empresas subscritoras podem fazer visitas aos estabelecimentos comerciais, entrevistas, solicitar serviços de *credit rating*, pedir referências de bancos, contadores, fornecedores, subcontratados, arquitetos, engenheiros, clientes anteriores, companhias de seguro, etc.¹²

Essencialmente, é preciso que se examine o valor dos ativos do tomador, os riscos financeiros que pesam sobre os mesmos e, ainda, o seu nível de alavancagem, compreendida como a relação entre o valor contábil dos passivos pelo valor de mercado dos ativos.¹³

É comum observar análises econômico-financeiras a cargo das conhecidas agências de classificação de risco (*rating*)¹⁴, que, através de seus estudos, revelam conclusivamente a probabilidade de inadimplemento.

O *Rating* de crédito é a avaliação de uma empresa em termos de risco, estabelecido por agência de classificação de risco, podendo ser considerado o cálculo da probabilidade de inadimplemento de empresas emissoras de títulos, sendo que o nível do rating varia desde o melhor cenário de nota AAA, até o pior cenário de nota C.¹⁵

Em monografia exclusivamente dedicada à análise de crédito para avaliação de empresas no mercado de seguro garantia, Anderson Andolfato Filho afirma que as seguradoras devem examinar, de forma combinada, o EBTIDA¹⁶ e o fluxo de caixa operacional, o que seria mais eficiente do que a análise fria divulgada pelas agências classificadoras de risco.¹⁷

¹² Nada obstante os documentos em questão refiram-se à subscrição de seguro garantia nos Estados Unidos da América, o critério empregado para fins de análise econômico-financeira pode e deve ser também implementado no Brasil. Fonte. Cf. RAICK, David. *Op. cit.* p. 32. Para maiores informações a respeito da subscrição de *performance bond* nos EUA remete-se a RUSSELL, Jeffrey S., *Surety bonds for construction contracts*. Reston: ASCE, 2000, p. 58. Vitor Boaventura Xavier, a propósito da análise econômico-financeira, afirma: "Como parte da análise do capital, o subscritor [seguradora] revisa aspectos da demonstração financeira do contratante e executa a análise dos dados. Esta análise é um componente importante da subscrição da garantia." XAVIER, Vitor Boaventura. *Op. cit.* p. 79.

¹³ ANDOLFATO FILHO, Anderson. *Uma proposta de rating de crédito para avaliação de empresas no mercado de seguro garantia*. 2020. 97 fls. Dissertação de mestrado. (Mestrado em economia) – Faculdade de Economia. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2020. p. 37.

¹⁴ "Atualmente as agências mais tradicionais em âmbito mundial são a S&P, Moody's e Fitch Ratings. Nacionalmente, conta-se com a Serasa Experian." (*Ibid.* p. 14).

¹⁵ *Ibid.* p. 16.

¹⁶ EBTIDA: do inglês, earnings before tax, interest, depreciation and amortization. Em português: lucros antes de juros, impostos, depreciação e amortização ou LAJIDA.

¹⁷ O autor dedica um capítulo inteiro de sua obra à análise de crédito. *Ibid.* p. 41-89.

Ainda no tocante à análise econômico-financeira, colhe-se da madura experiência norte-americana a apresentação de uma relação de tomadores cuja capacidade técnica já fora atestada pelo mercado, tomando como base o histórico de apólices emitidas.¹⁸ Aqui poderia cogitar-se, inclusive, de uma função a ser eventualmente desempenhada por órgãos de classe do mercado de seguros, seja no âmbito das seguradoras, resseguradores ou corretoras de seguros especializadas no seguro garantia.¹⁹

1.2 Análise de risco

Superada a análise econômico-financeira, deve-se passar à análise de risco, a ser aqui compreendida a partir do exame da probabilidade de que o tomador cumpra com a obrigação à qual foi contratado, tema fulcral à subscrição das apólices de seguro garantia na modalidade *performance bond*.

Para além de uma análise fria dos números e documentos disponibilizados pelo tomador, é preciso ter a maior concretude possível na análise de sua capacidade de execução da obra que qualifica o interesse legítimo tutelado pela apólice, questão que se afigura complexa, sobretudo nos grandes projetos de infraestrutura.

A doutrina especializada, de maneira uniforme, alude aos chamados três “Cs” que, conjuntamente, deverão ser criteriosamente avaliados pelas companhias de seguros, quais sejam, em inglês, *character, capacity and capital*.

¹⁸ É iterativa a remissão ao art. 80 da Lei nº. 14.133, que esmiúça a pré-qualificação dos licitantes. “Da Pré-Qualificação. Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente: I - licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos; II - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração. § 1º Na pré-qualificação observar-se-á o seguinte: I - quando aberta a licitantes, poderão ser dispensados os documentos que já constarem do registro cadastral; II - quando aberta a bens, poderá ser exigida a comprovação de qualidade. § 2º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados.

§ 3º Quanto ao procedimento de pré-qualificação, constarão do edital: I - as informações mínimas necessárias para definição do objeto; II - a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento. § 4º A apresentação de documentos far-se-á perante órgão ou comissão indicada pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis e determinar correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição. § 5º Os bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração. § 6º A pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores. § 7º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, com alguns ou todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes. § 8º Quanto ao prazo, a pré-qualificação terá validade: I - de 1 (um) ano, no máximo, e poderá ser atualizada a qualquer tempo; II - não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados. § 9º Os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público. § 10. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.”

¹⁹ A pré-qualificação dos tomadores foi observada por Vitor Xavier Boaventura. *Op. cit.* p. 19. E, também, por Anderson Andolfato Filho: “Tem-se a perspectiva de seleção adversa no âmbito no seguro garantia quando da avaliação da saúde financeira de um tomador. A seguradora não detém todas as informações necessárias sobre a atividade operacional do tomador, tendo muitas vezes apenas o balanço, sem a estrutura de custos ou de contratos firmados relativos à continuidade da operação dele. Ademais, por parte da seguradora, a análise de crédito e o possível ranqueamento, comparando-se com outros players do mesmo setor são ferramentas garantidoras para mitigar o risco de default e balizar as taxas pelas quais a seguradora incorrerá os prêmios; contudo, o ramo do seguro garantia não contempla uma gama de testes e estudos relativos a aquisição do produtos e o risco de sinistro.” (*Op. cit.* p. 33).

Melhor explicando-os, o primeiro, *character*, refere-se ao perfil do tomador, isto é, à sua reputação mercadológica, sua boa fama na qualidade de executor de obras públicas. Convém, assim, responder, entre outras, às seguintes questões: quem é esse tomador? O que e de que forma ele faz? É pontual para com o cumprimento de suas obrigações? É possível, ao verificar certidões de distribuidores cíveis, criminais, fiscais, previdenciários e trabalhistas, identificar demandas judiciais decorrentes do descumprimento de contratos? Se sim, de que natureza?

A análise por parte da seguradora deverá ser dinâmica, buscando reunir o maior quantitativo possível de informações relevantes para poder formular o seu convencimento quanto ao bom perfil do tomador.

O segundo “C” remete à *capacity*, isto é, à demonstração da capacidade ostentada pelo tomador para concluir o objeto contratual em referência. Nesse sentido, será interessante obter o portfólio de obras já concluídas pelo mesmo, se a análise econômico-financeira, examinada na seção anterior, amolda-se à magnitude do projeto desejado. Ilustrativamente, pode-se examinar o seu número de funcionários, dispersão geográfica pelo País, caso a obra seja de grande envergadura, postada em sítios diversos, em suma, a seguradora deve ter uma noção bastante precisa a respeito da capacidade de cumprimento do contrato pelo tomador.

O terceiro “C” trata do capital, ou seja, para além de boa reputação e capacidade, o tomador deverá dispor de capital para que possa executar o projeto. Esse terceiro “C” dialoga abertamente com a análise econômico-financeira, já examinada. Explicitando-o, a seguradora deverá perquirir acerca “*da disponibilidade de linhas crédito e financiamento disponíveis ao pretendente-tomador, da análise do seu fluxo de caixa, dos relatórios financeiros, entre outros, de modo a aferir a probabilidade de sua viabilidade permanente durante todo o termo de responsabilidade secundária da seguradora estabelecido na apólice*”.²⁰

Em síntese, e já referindo aos três “Cs” no vernáculo, Aline de Miranda Valverde Terra e Bernardo Salgado os mencionam em perspectiva comparada à análise de risco comumente empregada nos demais contratos de seguros, reforçando, assim, a importância de uma subscrição verdadeiramente atenta nos domínios do seguro garantia:

Afirma-se, nesse sentido, que “o seguro garantia tem um perfil muito diferente do risco de outras carteiras. Se naquelas a atuária é a nossa grande conselheira e de fundamental importância, nos trazendo as informações estatísticas dos índices de sinistralidade e das taxas que devemos aplicar, no seguro garantia é muito diferente, pois ali trabalhamos com agrupamento de risco identificado pelos três ‘C’: capacidade, competência e caráter”.²¹

Aos três “Cs” – capacidade, competência e caráter, Vitor Boaventura Xavier acrescenta o que seria o quarto “C” – a continuidade, ao passo que Gladimir Poletto refere àquilo que seriam

²⁰ XAVIER, Vitor Boaventura. *Op. cit.* p. 20.

²¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. SALGADO, Bernardo. O risco no seguro garantia e o inadimplemento anterior ao termo. *In Temas atuais de Direito dos Seguros*. Coord. GOLDBERG, Ilan. JUNQUEIRA, Thiago. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 502. Os autores aludem à pesquisa elaborada pela Escola de Negócios e Seguros a propósito dessa matéria. Fonte. Caderno de Seguros da ENS. *O garante: as perspectivas do seguro garantia no Brasil*. Fundação Escola Nacional de Seguros, Rio de Janeiro, jan./fev. 2019, p. 8.

os seis “Cs”! – capacidade financeira, capacidade técnica, caráter dos acionistas do tomador, o contrato a ser garantido, a contragarantia e a capacidade de resseguro existente.²²

A continuidade seria explicada através do estudo de que as atividades do tomador

mesmo diante do perecimento ou enfermidade de agentes ocupantes de cargos estratégicos na estrutura empresarial. Nesse quesito, portanto, as seguradoras procurariam identificar na gestão da empresa pretendente-tomadora a existência de plano de transição de comando e propriedade, com objetivo de preservar o seu próprio capital, crédito e a continuidade dos seus negócios.²³

Com relação aos seis “Cs”, as capacidades financeira e técnica já foram comentadas, o mesmo quanto ao contrato a ser garantido. Vale discorrer brevemente a respeito do caráter dos acionistas do tomador (e não do tomador em si), ou seja, a análise proposta por Poletto remete, possivelmente, às pessoas físicas do tomador (se seus sócios assim o forem), e não à pessoa jurídica, objeto de nossos comentários pretéritos. Abordaremos, também, a contragarantia e a capacidade de resseguro existente.

A respeito do caráter dos acionistas do tomador, isto é, suas pessoas físicas, a sugestão do autor acaba por refinar ainda mais a análise de risco por parte da seguradora. *Mutatis mutandis*, seria como comprar um imóvel de propriedade de uma pessoa jurídica e, além de examinar as suas próprias certidões, fazer o mesmo quanto às certidões de seus sócios.

Se, por um lado, o exame amplo de sócios e da sociedade produz um resultado mais depurado, por outro, não há como negar que os custos respectivos serão maiores, o que refletirá no valor a ser carregado pela seguradora à subscrição da apólice, bem como que não poderá deixar de ser observada a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados. (Lei nº. 13.709/2018).

No que se refere à contragarantia, ela revela-se de importância vital à sustentação do seguro garantia, considerando, consoante exposto anteriormente, que o prêmio cobrado pela seguradora não tem a finalidade de formar uma mutualidade capaz de adimplir com os sinistros existentes. O mote é outro, traduzido na maior e melhor assertividade possível quanto à não ocorrência do sinistro.

A contragarantia, nesse sentido, de livre redação a cargo das partes, é mais um elemento em prol da constatação de que a seguradora não terá perdas financeiras decorrentes da emissão das apólices e que, em situação limítrofe, isto é, se as tiver, poderá reavê-las por meio da execução da contragarantia.

Por fim, mas, não menos importante, a capacidade e o apetite do mercado ressegurador são também muito importantes à sustentação do seguro garantia, notadamente às grandes obras de infraestrutura. Despiciendo afirmar que para riscos vultosos, muito dificilmente haverá seguradoras capazes e/ou interessadas em absorvê-los isoladamente, o que desagua na necessidade dos conhecidos mecanismos de pulverização de riscos, e.g., cosseguro e

²² POLETTO, Gladimir Adriani; GONÇALVES, Oksandro Osdival. O seguro-garantia, o desenvolvimento e o risco: uma relação complexa. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-seguro-garantia/>>. Visitado em 10.10.2021. p. 18.

²³ XAVIER, Vitor Boaventura. *Op. cit.* p. 21. Para uma análise pormenorizada dos chamados três “Cs”, remete-se a RAICK, David. *Op. cit.* p. 34-35.

resseguro. A capacidade do mercado ressegurador é peça chave ao oferecimento de coberturas pelo mercado segurador, que, como se nota, devem caminhar juntos.

Concluída a análise dos “Cs” (três, quatro ou seis!), há comentários uniformes por parte da doutrina especializada a respeito de dois aspectos que influenciam diretamente na análise de risco por parte das seguradoras, quais sejam, a assimetria de informação (e, concomitantemente, a seleção adversa) e o risco moral.

1.2.1 Assimetria de informação (seleção adversa)

Voltando a utilizar a título de comparação os exemplos provenientes dos seguros de vida e automóvel, a fase preliminar à contratação dessas apólices é marcada pela necessidade de conhecimento por ambas as partes a respeito das características do risco e das coberturas que preencherão a apólice a ser ou não emitida.²⁴ Da mesma maneira que cabe ao proponente o dever de informar à seguradora exatamente o que lhe for perguntado – no seguro de vida, por exemplo, dados pretéritos de sua saúde, doenças, exames, diagnósticos; no seguro automóvel – quilometragem anual, tipo de utilização (comercial ou não), sistemas de alarme – cabe à seguradora o dever de esclarecer quais são, efetivamente, as coberturas disponíveis e os riscos excluídos.

Como observador externo, pode-se notar que o objetivo perseguido pelas partes é buscar reduzir a assimetria de informações, e, assim, viabilizar a contratação da maneira mais transparente possível. Quão maior for a assimetria de informações, pior será a execução do contrato, seja porque a seguradora terá calculado o risco e, conseqüentemente, o prêmio, de modo equivocado, seja porque o segurado poderá ficar frustrado imaginando ter contratado uma cobertura que, ao fim e ao cabo, não contratou.²⁵

Se em matéria de seguro automóvel e de vida já há alguma assimetria de informação, muito embora a relação *in concreto* seja direta entre segurado e seguradora, no âmbito do seguro garantia a assimetria de informação ganha um peso consideravelmente maior, o que se explica, entre outros fatores, pela relação tripartite que o qualifica.

²⁴ Para um exame da alternância, causada pelo avanço tecnológico, na precificação dos contratos de seguro com base no perfil de risco do candidato a segurado, remete-se a JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020; e GOLDBERG, Ilan. Inovação e disrupção no mercado de seguros. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coords.). *O direito Civil na era da Inteligências Artificial*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 531 e ss.

²⁵ “A assimetria de informação é definida, precisamente, como uma situação na qual as duas respectivas partes detêm diferentes quantidades e tipos da informação, no tempo, sobre determinado contrato ou projeto. A primeira definição de assimetria de informação foi dada em 1970, por Akerlof em seu paper *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, indicando que os compradores utilizam uma média estatística para o valor dos carros, enquanto o vendedor detém uma informação mais específica sobre o item a ser vendido e tem a hipótese de que essa vantagem incentiva o vendedor a vender um bem com qualidade menor que a média de mercado.” (ANDOLFATO FILHO, Anderson. *Op. cit.* p. 29). A fonte completa da clássica obra referida por Andolfato é: AKERLOF, G. A. *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n.3, Aug, 1970, p. 488-500).

Com o olhar vertido ao *performance bond* no âmbito da administração pública, ela se qualifica como segurada, isto é, será a destinatária do pagamento da soma segurada ou da execução da obrigação principal caso o sinistro se materialize. Sucede que o risco econômico a ser transferido à seguradora diz respeito à obrigação assumida pelo tomador, ou seja, a assimetria de informação que pesa sobre a seguradora diz respeito às características pertinentes àquele que será contratado pela administração pública.²⁶

Se no seguro automóvel e no seguro de vida há uma relação próxima entre segurado e seguradora, no seguro garantia há um maior distanciamento, a potencializar a assimetria de informação e, conseqüentemente, os custos de transação, que, tendem a ser maiores.²⁷

E, naturalmente, à medida em que o projeto de infraestrutura a ser garantido ganhe relevo, no mesmo passo aumentarão as contratações de eventuais parceiros comerciais do tomador, cujas informações, na prática, nem sempre chegarão à seguradora na fase précontratual, podendo, inclusive, gerar problemas à execução do contrato de seguro decorrentes de agravamento do risco coberto e/ou sua alteração.

A doutrina explicita que a administração pública não detém o instrumental necessário à correta identificação das reais intenções dos licitantes, circunstância que, uma vez firmado o contrato, pode tornar-se muito ruim ao cumprimento da obrigação principal.²⁸

Por essas razões, a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações e da expectativa criada em torno de uma efetiva implementação do *step-in right* (cláusula que permite à seguradora retomar a obra paralisada) requerem, *a priori*, que o processo de subscrição de risco pelas seguradoras seja exercido de maneira bem diferente daquele que ainda se observa na atualidade.

O leitor, a essa altura, poderá pensar em qual seria a relação existente entre o exercício da retomada e uma melhor subscrição do risco, considerando que, até sob o ponto de vista cronológico, ambos se materializam em fases diferentes – esta, antes da conclusão da apólice; aquele, durante a sua execução. Este tema será objeto de aprofundamento na seção seguinte, quando cuidaremos da adequada gestão do contrato e seu monitoramento, mas, por

²⁶ As causas - entendidas como síntese dos efeitos essenciais dos negócios jurídicos em questão – nos seguros automóvel e vida são completamente diferentes daquela observada no seguro garantia. Veja-se, assim, sinteticamente, a observação de Túlio Henrique Moreira Marques: “Há diversas formas de mitigação de riscos em contratos de infraestrutura de longo prazo, tendo destaque o seguro garantia, cujo propósito é garantir ao segurado o pagamento de indenização pelos prejuízos que venha ele a sofrer em consequência do inadimplemento contratual do tomador, devedor da obrigação no contrato garantido. [...] O objetivo nos seguros de danos é repor o bem no estado em que se encontrava antes do sinistro, já no seguro garantia, o objetivo é mais amplo: satisfazer o cumprimento da obrigação assumida pelo Tomador por meio do contrato principal”. (MARQUES, Túlio Henrique Moreira. *Op. cit.* p. 23).

²⁷ “Os custos de transação surgem em razão das dificuldades de (i) se medirem as múltiplas dimensões valiosas envolvidas na troca e (ii) o cumprimento dos acordos – a informação não é apenas dispendiosa, mas também incompleta, e a execução não é apenas cara, mas também imperfeita. [...] Os fatores que devem influenciar os custos de transação estão associados à previsibilidade do comportamento do proprietário, previsibilidade do comportamento do contratado, eficiência do gerenciamento de projetos e incerteza no ambiente da transação.” *Ibid.* p. 16-19.

²⁸ “A Administração Pública não detém condições de analisar todos os requisitos necessários para conhecer as intenções do licitante vencedor”. (NÓBREGA, Marcos. OLIVEIRA NETTO, Pedro Dias de. O seguro-garantia na nova lei de licitações e os problemas de seleção adversa e moral-hazard. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigo/o-seguro-garantia-na-nova-lei-de-licitacao-e-os-problemas-de-selecao-adversa-e-moral-hazard/>. Acessado em 7.10.2021).

ora, convém ressaltar que uma subscrição inadequada gera dificuldades enormes à retomada de uma obra paralisada.

Uma subscrição bem-feita, que compreenda aspectos tanto econômico-financeiros quanto do risco, exatamente como se observou nas seções anteriores, deve conduzir à redução da assimetria de informação e, assim, ao conhecimento exato do risco que será absorvido pela seguradora. Não deve haver surpresas, tampouco imprevistos, o que requer uma participação proativa dos corretores de seguros especializados, cujos interesses não poderão ser meramente financeiros, voltados à emissão do maior número de apólices de maneira pouco criteriosa. A boa subscrição requer o esforço conjunto de corretores de seguros e seguradoras.

Ainda nessa mesma direção, pensa-se que o papel desempenhado pelos resseguradores também deverá ser diferente, não mais apenas oferecendo capacidade (capital), mas, também, por conta de sua rica expertise, emprestando conhecimento técnico à seguradora, colaborando uma análise mais assertiva do risco originário.

Superada a fase precontratual e, como se anotou, a assimetria de informação, passa-se ao segundo aspecto também fundamental à análise do risco, qual seja, o risco moral.

1.2.2. Risco moral

Se a assimetria de informação gera seus efeitos deletérios na fase pré-contratual, o risco moral se apresenta especialmente depois do aperfeiçoamento do contrato. Do inglês – *moral hazard* – o risco moral é entendido pela doutrina a partir da compreensão de que o segurado, uma vez emitida a apólice, passaria a ser menos cuidadoso com seus afazeres diários e, assim, sujeitar-se-ia, com maior probabilidade, à ocorrência de eventos danosos cobertos, a serem liquidados pelas companhias de seguros.²⁹

Na generalidade dos contratos de seguros, as seguradoras desenvolveram instrumentos hábeis a controlar o referido risco de descuido por parte dos segurados, sendo exemplos as franquias, participações mínimas obrigatórias, bônus por ocasião da renovação das apólices, pagamento de indenização parcial (cláusula de rateio) etc. A considerar que o segurado sofrerá alguma perda pecuniária decorrente de seu descuido, a tendência é de que o risco moral não seja um real problema.

Ocorre que no seguro garantia, novamente por causa da mencionada relação tripartite,³⁰ a regulação normativa específica veda a utilização dos instrumentos mencionados

²⁹ O "Moral Hazard" ou risco moral é um termo bastante conhecido no mercado de seguros, ocorrendo dada a mudança no comportamento do tomador de seguros após o contrato de seguro estar assinado (MAIA, Ana Carolina. Seleção Adversa e Risco Moral no Sistema de Saúde Brasileiro. 2004). Nesta indústria, exemplos típicos são de seguros de automóveis, com seus condutores tendo condutas menos cuidadosas ou no mercado de planos de saúde, com os segurados utilizando o serviço de consultas diversas vezes sem a necessidade real. Ainda, a parte segurada pode influenciar a chance de ocorrência de sinistro, caracterizando em risco moral." (ANDOLFATO FILHO, Anderson. *Op. cit.* p. 34).

³⁰ "A incerteza é elevada, dentre outros motivos, porque o segurado não consegue determinar, a priori, o tipo de tomador. Ademais, no SG, a relação tem ainda complicadores adicionais. Não se trata de uma relação segurado-segurador como em um ambiente mutual de outros produtos típicos da indústria de seguros. Essa configuração da transação aumenta a incerteza presente no processo. O papel da

acima, o que, conseqüentemente, dificulta o controle do risco moral durante a execução dos contratos.³¹ Confira-se, a propósito, o disposto nos artigos 9º e 10 da Circular SUSEP nº. 477/2013:

Art. 9º. A forma de contratação dos planos de Seguro Garantia é a primeiro risco absoluto.

Art. 10. É vedado o estabelecimento de franquias, participações obrigatórias do segurado e/ou prazo de carência nos planos de Seguro Garantia.

Inviabilizada a utilização dos mencionados instrumentos, o controle do risco moral acabará voltando à fase pré-contratual e, como observou-se na seção anterior, desaguará na necessidade de que a subscrição seja exemplarmente elaborada. Vale observar o comentário preciso de Gladimir Poletto:

Ainda, a resposta para a *moral hazard* no seguro-garantia é a subscrição, ou seja, a seleção dos riscos, ou melhor, das incertezas, pois a operação de seguro-garantia não assegura riscos futuros e incertos decorrentes de fatores externos não controláveis, onde o conhecimento científico dos cálculos atuariais é o principal fundamento, mas em premissas econômicas variáveis que torna incerta a completude das obrigações que são asseguradas. Dessa forma, a seguradora analisa as informações referentes aos projetos a serem garantidos, mas, estuda principalmente o tomador do seguro, realizando pesquisas e constatações pelas quais poderá emitir a apólice e assegurar as obrigações daquele firmadas com o segurado.³²

Em termos práticos que, com efeito, impactam demais a execução das obras, vencida a licitação e iniciado o cumprimento do contrato firmado com a administração pública, a construtora começa a estabelecer o que a doutrina classificou como o malsinado *jogo de planilhas*, a implicar em modificações de projeto, sobre custo, e, por óbvio, desentendimentos e, possivelmente, a paralisação da obra.³³

Em síntese, o seguro garantia na modalidade *performance bond* foi concebido para garantir a obrigação principal assumida pelas construtoras perante a administração pública. A pesquisa ora referida revela, conclusivamente, que a assimetria de informação e o risco moral

seguradora nesse tipo de transação é de reduzir a incerteza, mas naturalmente estará sujeita a uma incerteza típica dessa relação.” (MARQUES, Túlio Henrique Moreira. *Op. cit.* p. 29).

³¹ A explicação é de Gladimir Poletto: “A *moral hazard* caracterizar-se-ia nas hipóteses de que após a contratação do seguro o segurado poderia relaxar em relação aos deveres de conduta e incentivar a ocorrência de um sinistro, o que não aconteceria se não contasse com uma cobertura de seguro. Uma das soluções é o compartilhamento do risco entre segurado e seguradora, ou seja, uma participação obrigatória do segurado, a franquia e o rateio, muito comum nos seguros de *property*. Todavia, tais recursos não são utilizáveis no seguro-garantia, inclusive, são vedados, pois a contratação desse tipo de seguro é a primeiro risco absoluto, conseqüentemente, não comporta a divisão do risco entre o segurado e a seguradora.” (POLETTO, Gladimir Adriani; GONÇALVES, Oksandro Osdival. *Op. cit.* p. 17-18). A norma disponibilizada à consulta pública pela SUSEP para fins de substituir a Circular nº. 477 traz uma inovação a esta matéria. Confira-se, assim, o disposto no art. 13: “É permitido o estabelecimento de franquias, participações obrigatórias e/ou prazo de carência mediante expressa anuência do segurado”.

³² *Ibid.* p. 18.

³³ Confira-se o problema do *jogo da planilha*: “É de conhecimento geral que as contratações públicas são assoladas pelo prejudicial “jogo de planilha”, que consiste na atribuição de preços unitários abaixo dos preços de mercado para serviços que, supostamente, não terão condições de serem executados e, após um período de início das obras, a empresa alega caso fortuito e força maior, requerendo a revisão do contrato com base no equilíbrio econômico-financeiro.” (NÓBREGA, Marcos. OLIVEIRA NETTO, Pedro Dias de. *Op. cit.* p. 18)

possuem uma densidade maior no seguro garantia comparativamente a outras modalidades securitárias.

A Nova de Licitações foi idealizada, no que toca ao mercado de seguro garantia, com o objeto de diminuir o vergonhoso número de obras públicas abandonadas no Brasil. É preciso, portanto, que seguradoras, resseguradoras e corretores de seguros, além de tomadores e a própria administração pública, é claro, estejam conscientes de seus afazeres a partir de então.

A considerar que é mesmo difícil controlar o que as construtoras estarão a fazer depois de iniciadas as obras, cabe às seguradoras mudar o seu *modus operandi*, desenvolvendo, por exemplo, o aparato necessário ao acompanhamento/monitoramento das obras em curso. A postura reagente e passiva precisa ceder espaço a uma maior proatividade, tudo em busca do cumprimento da obrigação principal. E a chave inicial para que isto possa ser ultimado, perdoando-se a repetição proposital, se dá através de um melhor processo de subscrição dos riscos pelas seguradoras.

2. A ADEQUADA GESTÃO DO CONTRATO E SEU MONITORAMENTO

Dentre as diversas inovações trazidas pela Lei nº. 14.133/2021, deseja-se sublinhar, inicialmente, o *step-in right* (como dito, a cláusula que prevê a retomada da obra paralisada pela seguradora), nada obstante este instrumento não seja inédito no ordenamento jurídico brasileiro.³⁴

E a opção pelo comentário inicialmente dirigido à cláusula de retomada decorre da principal motivação que inspira a contratação de seguros garantia de fiel cumprimento de obrigações pela administração pública, qual seja, a redução considerável do número de obras paralisadas no Brasil.

O exercício da retomada pela seguradora introduz, aí sim de maneira pioneira no País, a participação facultativa da seguradora como interveniente-anuente no contrato a ser firmado com a administração pública e, concomitantemente, a necessidade de refletir a respeito do monitoramento do contrato em questão, originalmente firmado pela administração pública com o construtor. Será a oportunidade para avaliar se o monitoramento constitui uma faculdade ou um dever da seguradora. Como qualificar este “poder-dever” por parte da companhia de seguros?

Haverá oportunidade também para discorrer a respeito do novel percentual previsto na Lei nº. 14.133, especificamente, às chamadas obras de grande vulto, da ordem de até 30%. A administração pública, as construtoras e o mercado de seguro garantia no País discutiram, profundamente, qual seria o percentual adequado para fins de viabilizar o exercício da retomada, o que merecerá o aprofundamento necessário.

A seguir, abordar-se-á o escopo da garantia, segundo a previsão contida no art. 97 da Nova Lei, designadamente, a expressão “*multas, prejuízos e indenizações*”. A finalidade, aqui, será entender qual é, efetivamente, o interesse legítimo tutelado pelo seguro garantia de fiel

³⁴ Conforme exposto na nota de rodapé nº. 3.

cumprimento, trazendo considerações a respeito de riscos de sucessão empresarial (trabalhistas, tributários, ambientais, responsabilidade civil etc.).

2.1 O *step-in right*

Por sua relevância aos presentes comentários, transcreve-se o art. 102 da Lei nº. 14.133/2021, cumprindo atentar à posição da seguradora como interveniente-anuente e às consequências disto decorrentes.

Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital **poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora**, em caso de inadimplemento pelo contratado, **assumir a execução e concluir o objeto do contrato**, hipótese em que:

I - a **seguradora deverá** firmar o contrato, inclusive os aditivos, **como interveniente anuente e poderá**:

- a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
- b) acompanhar a execução do contrato principal;
- c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;
- d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a **seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente**.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - **caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada** indicada na apólice;

II - **caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.** (Grifou-se).

O *step-in right* é muito importante aos efeitos jurídicos essenciais do contrato de seguro garantia para fiel cumprimento de obrigações contratuais. Pode-se até mesmo dizer, a *contrario sensu*, que a sua concepção de maneira ineficaz provoca um círculo vicioso no âmbito do seguro garantia que, conseqüentemente, jamais alcançaria a finalidade à qual foi contratado.

O direito de *step-in*, quando exercido de forma eficaz, é o coroamento das boas escolhas e poderia ser o cartão de visita das seguradoras de *surety bond* no Brasil junto ao setor público. Infelizmente, o mercado segurador nacional ainda não possui essa evidência, e a percepção, tanto daquele que paga a garantia (tomador) quanto do beneficiário (segurado), é de que o seguro garantia não oferece aquilo que ele promete. Isto faz com que ambos atores tentem maximizar os seus resultados, seja pagando o menor preço (e o pior serviço), seja se aproveitando de mecanismos existentes no próprio produto que compensem ou justifiquem a existência do instrumento.³⁵

Nada obstante o fato de que, até a presente data, inexistia sequer um exemplo bem-sucedido de retomada de obras exercida por seguradora no País, circunstância que aparta demais o mercado brasileiro do norte-americano, é preciso refletir a respeito das razões que ensejam essa situação.

³⁵ MARQUES, Túlio Henrique Moreira. *Op. cit.* p. 67.

Ainda por ocasião da tramitação dos projetos de lei que culminaram com a publicação da Lei nº. 14.133³⁶, a doutrina, no Brasil, já criticava o exercício da retomada pelas seguradoras, ao argumento de que, legalmente, elas não poderiam executar quaisquer obras por conta de restrições estatutárias de fonte legal.³⁷

Respeitosamente, parece-nos que essa crítica não se sustenta a partir do exame que se faz do disposto no inc. III do art. 102, na medida em que a execução da obra poderá ser objeto de subcontratação pela companhia de seguros, total ou parcialmente. É, com efeito, difícil imaginar, na prática, uma seguradora que passe a dispor em seus quadros de relevante quadro de engenheiros, economistas, arquitetos, empreiteiros, peões de obra etc., para, assim, estarem aptas ao cumprimento das obrigações assumidas nos seguros de *performance*. A subcontratação, consentida pela administração pública, não tem nada de irregular ou ilícita.

Uma vez definido o exercício da retomada pela seguradora, ela passará a figurar como interveniente-anuente do contrato de fundo, isto é, o contrato de construção, assumindo as suas obrigações respectivas. Será preciso, portanto, ter uma ótica completamente diferente da anteriormente empregada, na qual a seguradora, uma vez ocorrido o inadimplemento (o sinistro, propriamente dito), apenas efetuava o pagamento da importância segurada atenta ao princípio indenitário.

Convém a essa altura comentar o disposto no parágrafo único do art. 102. Iniciando pelo seu inciso I, se a seguradora decidir pela execução da retomada, ficará isenta da obrigação

³⁶ Os arquétipos regulatório e legal no País, até a promulgação da Lei nº. 14.133, é composto dos seguintes diplomas/normas: Atualmente, a base legal que serve de fundamento à comercialização e características do seguro garantia no Brasil é : [1] Decreto-Lei 73/1966 – conforme modificado e adaptado, regula em caráter superior legal hierárquico a legalidade estrutural das operações de seguros e resseguros do País; [2] Decreto-Lei 200/1967 - Dispõe que, nas licitações de compra, obras e serviços, a autoridade competente pode exigir a apresentação de garantia por parte dos licitantes, mediante três diversas modalidades, entre elas, expressamente, o seguro garantia (Art. 135, III); [3] Lei 8.666/1993 - Modificada pela Lei 8.883, de 1994, dispõe que, nos contratos da administração pública, autoridade competente *pode* exigir a apresentação de garantia em contratos de obras, serviços e compras, em cujas modalidades se inclui expressamente o Seguro Garantia; [4] Circular SUSEP 232/2003 - Divulga as informações mínimas que devem estar contidas na apólice, nas condições gerais e nas condições especiais para os contratos de Seguro Garantia; [5] Circular SUSEP 477/2013 - Substitui as circulares anteriores. Seus Anexos representam instrumento legal mais exclusivo para definir o formato e estrutura do Seguro Garantia; [6] Circular SUSEP nº 01/2014 - trata da emissão de endosso, prorrogação e renovação de apólices de Seguro Garantia previstas nos Arts. 23 e 24 da Circular SUSEP nº 477/2013; [7] Circular SUSEP nº 577/2018 - inclui no Anexo I da Circular Susep nº 477, o Capítulo IV (Condições Particulares das Cláusulas Específicas - ramo 0775), contendo a Cláusula Específica I: Ações Trabalhistas e Previdenciárias. Existe em curso ainda Projeto de Lei nº 6.814/2017, do Senado Federal, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002, e dispositivos da Lei nº 12.462/2011.” (MARQUES, Túlio Henrique Moreira. *Op. cit.* p. 24-25)

³⁷ “Ainda, podemos questionar a possibilidade real da seguradora exercer, por conta própria, a atividade relacionada à construção, engenharia etc., diante das limitações contidas no contrato social e nas normas regulatórias do mercado de seguros que determinam um objeto social único vinculado à atividade de seguros.” (NÓBREGA, Marcos. OLIVEIRA NETTO, Pedro Dias de. *Op. cit.* p. 7). Também Ernesto Tzirulnik: “A propósito, fica aqui crítica ao inciso III do artigo 102 [6], que prevê que a seguradora poderá subcontratar o serviço total ou parcialmente. Sempre haveria de ser totalmente, pois uma seguradora não pode exercer nenhuma outra atividade, senão a de garantir riscos e pagar indenizações. Ela jamais seria executante da obra, como resulta hipoteticamente da interpretação do artigo 102.” (TZIRULNIK, Ernesto. *O seguro e o novo regime de garantias da lei de licitações*. Em Opinião. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jun-14/tzirulnik-seguro-regime-garantias-lei-licitacoes>. Acessado em 5.10.2021).

de pagar a soma segurada; caso não assuma a retomada, o inc. II determina que a seguradora deverá pagar a importância segurada indicada na apólice.

Requer-se, com relação ao inc. II, cautela quanto à sua interpretação. A determinação de pagamento da importância segurada não deve ser entendida como o pagamento da integralidade dessa soma independentemente das circunstâncias. Será preciso, por força da aplicabilidade do princípio indenitário, observar qual é, detidamente, o valor necessário à conclusão da obra, evitando-se, inclusive, enriquecimento sem causa do segurado.

A participação da seguradora como interveniente-anuente traz à tona um dos temas que, ao nosso sentir, representa um dos mais importantes quando se tem em vista o norte a ser perseguido tanto pela administração pública, quanto pelas construtoras, qual seja, o cumprimento da obrigação principal. Aqui está-se a falar do monitoramento a ser exercido pela seguradora, ou, como a doutrina vem comentando, o “poder-dever” de monitoramento.

2.2. O “poder-dever” de monitoramento

O exame do *caput* do art. 102 revela que o edital *poderá* exigir a prestação de garantia na modalidade seguro-garantia, bem como prever a obrigação de a seguradora exercer a retomada da obra. Trata-se, como se vê, de uma possibilidade, e não de uma obrigação.

Na sistemática comumente observada nos seguros-garantia de fiel cumprimento até a presente data, a posição das seguradoras foi comumente passiva. Emitida a apólice, tudo se passava quase como se não houvesse interesse da companhia de seguros que, na qualidade de mera expectadora, aguardava eventuais notícias por parte do tomador e do segurado.

A Nova Lei de Licitações, retratando os anseios da administração pública, pretende uma mudança nessa posição de inércia, de maneira que, a partir de então, tenham-se seguradoras engajadas, capazes de, ainda que de maneira facultativa, exercer o referido “poder-dever” de monitoramento com celeridade, tudo com o objetivo de colaborar com os demais contratantes para que a obrigação principal seja cumprida.

É preciso pensar o seguro garantia, como descreveu Vitor Boaventura Xavier, como um sistema de incentivos recíprocos à execução dos contratos, de maneira que os três participantes sejam, ativamente, colaborativos uns com os outros.³⁸

Um problema comumente visto na realidade do mercado de seguro garantia no Brasil refere-se à regulação dos sinistros, morosa e ineficiente. Nesse particular, a doutrina especializada, inclusive, lança uma crítica à regulação normativa em vigor, não alinhada às inovações trazidas pela Lei nº. 14.133. Do ponto de vista regulatório, o seguro garantia ainda remete à Circular SUSEP nº. 477/2013 e, especificamente a respeito da regulação dos sinistros, não há qualquer espécie de tratamento separado, o que remete à disciplina geral prevista na

³⁸ XAVIER, Vitor Boaventura. *Op. cit.* p. 27.

Circular SUSEP 621/2021, caracterizada por seu conhecido prazo de 30 dias, prorrogável a cada pedido de novos documentos.^{39 40}

Comparativamente, ao passo que nos Estados Unidos da América o segurado tem a prerrogativa de informar a ocorrência do sinistro, o que é bem aceito pelas seguradoras, no Brasil esse status fica condicionado à conclusão da regulação do sinistro e suas bem conhecidas mazelas. Nota-se, aqui, possivelmente, um alerta a ser observado pelo órgão regulador.

2.3 Obras de grande vulto⁴¹ e a alíquota garantida de até 30%

Por ocasião da longa tramitação dos projetos de lei que culminaram com a Nova lei de Licitações, houve muita discussão a respeito do % máximo a ser garantido pelo seguro garantia, o que decorreu de um consenso: as alíquotas de 1, 5 e 10%, previstas na Lei nº. 8.666/1993, afiguravam-se insuficientes ao exercício de quaisquer retomadas de obras.

É que, em termos práticos, a conclusão de uma obra paralisada requeria muito mais do que 10% (adotando-se a alíquota máxima então prevista) para que se pudesse levar os trabalhos adiante.

Ao ter em mente a presente questão – o percentual a ser garantido, o paradigma que sempre veio à tona é o observado no mercado norte-americano, no qual, no mínimo, contrata-se a alíquota de 50% (há variações a nível Estadual), sendo bastante comum a contratação da ordem de 100%.⁴²

³⁹ “Ademais, tendo em vista que a Circular Susep 477/2013 e as Condições Padronizadas não estabelecem regras específicas para o procedimento de regulação de sinistro — mas tão somente a respeito da formalização da expectativa, reclamação e caracterização do sinistro —, aplicam-se as previsões da Circular Susep 256/2004 quanto ao referido procedimento. Concluindo: pensamos que, caso a regulação do sinistro no âmbito do seguro garantia não se torne mais célere, seja por meio da inclusão de atos administrativos ou previsões legais nesse sentido em nosso ordenamento, as modificações contidas no Projeto de Lei 4.253/20 que fixam (a) o incremento do valor garantido e (b) a fiscalização e assunção da obra pelo segurador, infelizmente, terão pouca efetividade no tocante à proteção dos interesses econômicos dos entes públicos que constituem o objeto das garantias, perdendo o legislador mais uma oportunidade de dar ao Poder Público uma segurança jurídica maior, em benefício de todos, como é usual, por exemplo, em vários países do mundo”. (BARTOLO, Luiza Perrelli. Modificações na Lei de Licitações são eficazes para proteger a Administração? In Opinião. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-27/luiza-bartolo-lei-licitacoes-eficaz-protoger-estado>. Visitado em 5.10.2021). A autora refere à Circular SUSEP nº. 256/2004, vigente à época da publicação do artigo. Esta Circular foi revogada pela Circular 621/2021, mas, no tocante ao prazo à regulação de sinistro, o prazo de trinta dias foi mantido.

⁴⁰ Art. 43 da Circular SUSEP 621/2021. “Deverá ser estabelecido prazo para a liquidação dos sinistros, limitado a trinta dias, contados a partir da entrega de todos os documentos básicos previstos no art. 41. § 1º Deverá ser estabelecido que, no caso de solicitação de documentação complementar, na forma prevista no art. 41, o prazo de que trata o caput será suspenso, voltando a correr a partir do dia útil subsequente àquele em que forem atendidas as exigências. § 2º Deverá ser estabelecido que o não pagamento da indenização no prazo previsto no caput implicará aplicação de juros de mora a partir daquela data, sem prejuízo de sua atualização, nos termos da legislação específica”.

⁴¹ Segundo o art. 6º., inc. XXII da Lei nº. 14.133/2021: “XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)”.

⁴² Se garantia for vertida à execução da obrigação principal (*performance*), e ao pagamento de obrigações ditas acessórias - trabalhistas, tributárias, ambientais etc. (*payment*) – afirma-se que a soma de ambas chega a 200%: “Já o Federal Acquisition Regulation (em seu Título 48, Capítulo 1, Subcapítulo H, Parte 52, Subparte 52.2, Seção 52.228-15) assevera que, caso o contrato seja de mais de US\$ 150.000,00, a construtora deve fornecer ao órgão *performance bond* e *payment bond*, cada um com montante penal máximo de 100% do valor do contrato. Ou seja, naquele país o valor total das garantias pode atingir 200% do valor do contrato.” (RAICK, David. *Op. cit.* p. 40). Luiza Perelli Bartolo afirma que os baixos percentuais

Ora, se nos Estados Unidos da América se contrata garantia equivalente à íntegra do contrato principal, como endereçar o tema no Brasil?

Aqui, é preciso separar o “joio do trigo”. Não há como comparar, friamente, as realidades brasileira e norte-americana, considerando, exemplificativamente, (i) sistemas jurídicos distintos – *common vs civil law*; (ii) sistemas legislativos distintos (a nível estadual e a nível federal) e (iii) uma experiência prática com seguro garantia secular, que retroage a – 1890, aproximadamente, ao passo que, no Brasil, o início da história data de finais dos anos sessenta do século passado.

A alíquota de até 30%, prevista no art. 99 da Lei nº. 14.133, realmente pode não ser perfeita e, incapaz de solucionar as múltiplas obras inacabadas no Brasil. Mas, nada obstante as críticas, é preciso entender esse percentual de maneira mais contextualizada.⁴³

Caso se pense numa obra em sua fase inicial – fundação, por exemplo – realmente será difícil imaginar a sua conclusão por meio desta alíquota. Por outro lado, se a obra estiver mais avançada, diga-se, com 50% concluídos, aí sim o percentual apontado pode fazer sentido.

Deseja-se ponderar, dessa maneira, que a alíquota de 30% pode realmente não ser a ideal, mas representa um começo, um ponto de partida para que, no Brasil, o *step-in right* comece a ser exercido.

Uma crítica que a doutrina vem fazendo à redação do art. 99 da Lei nº. 14.133, decorre da inclusão da expressão que, imediatamente, antecede a alíquota de 30%. Veja-se:

Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato. (Sublinhou-se).

Considerando as dificuldades decorrentes da aplicabilidade de uma alíquota que é reduzida, e que a sua exigência implicará em prêmio mais elevado, pode-se antever situações nas quais o administrador público, de comum acordo com o tomador, diminuirá o percentual a ser garantido e, ainda assim, estará a agir em conformidade com a lei. Entende-se que teria sido melhor se o dispositivo legal não tivesse trazido a locução “a até”, antes dos 30%.

não protegem a administração pública: “Pontuando-se apenas as que são mais comumente apresentadas, diga-se que o valor máximo de 30% do contrato garantido ainda é muito inferior ao desejável, na medida em que, na maioria das vezes, absolutamente insuficiente para a retomada das obras por parte do ente público contratante”. BARTOLO, Luiza Perelli. *Op. cit.* p. 3.

⁴³ Ilustrativamente, o breve comentário de Galiza a respeito dos percentuais: “Em relação a esses limites, o estudo ‘Seguro Garantia Obras do governo e aumento do limite da garantia’, de 2012 da CNseg, discute a possibilidade de aumentar esses limites – até 5%, 30% e 45%, conforme a ordem citada acima (licitação, obras simples e obras complexas). Interessante notar que a CNSEG chegou a se posicionar por um % mais elevado para obras consideradas complexas. (CNseg - Núcleo de Estudos e Projetos. Seguro Garantia Obras do governo e aumento do limite da garantia. 2012.)” GALIZA, Francisco. *Op. cit.* p. 22.

2.4. O escopo da garantia segundo a expressão contida no art. 97 - “multas, prejuízos e indenizações”

O último aspecto que se deseja comentar nesta seção refere-se à expressão “multas, prejuízos e indenizações”, valendo lembrar que o vocábulo ‘prejuízos’ não consta no dispositivo correspondente na Lei nº. 8.666, de 1993 – art. 80, inc. III, o qual prevê apenas multas e indenizações.⁴⁴

A justificativa à crítica ao emprego dessa expressão tão abrangente possui um valioso ingrediente histórico. A primeira lei a tratar do seguro garantia nos Estados Unidos da América foi o Heard Act (1894) que, em conjunto, oferecia cobertura tanto para *performance* (obrigação de construção), quanto para *payment* (aqui voltado aos interesses de trabalhadores, do Fisco, é dizer, obrigações acessórias à principal).

Na prática, a mesma apólice, portanto, oferecia cobertura a interesses legítimos distintos e que, com efeito, poderiam ser conflitantes, já que todos estariam a buscar a mesma soma segurada.⁴⁵

Por conta desse potencial conflito de interesses, veio à tona em 1935 o Miller Act – segunda lei a tratar do seguro garantia nos EUA – e que, teve o mérito de apartar as garantias para *performance* e *payment*, por meio de duas apólices distintas.

O emprego da expressão “multa, prejuízo e indenização” pela Lei nº. 14.133 poderá implicar em conflitos de interesses tais como os observados nos Estados Unidos da América. Ora, se lá a solução encontrada foi pela separação, pensa-se que o mesmo tratamento deveria ser empregado aqui.

Outro risco decorrente do emprego dessa expressão alude à possibilidade de que a seguradora passe a responder por sucessão empresarial, e, assim, por passivos de ordem trabalhista, tributária, ambiental, responsabilidade civil etc., que, por óbvio, não guardam relação com o escopo de uma apólice de seguro garantia.

A falta de precisão terminológica da lei precisará ser remediada com muita atenção à elaboração dos clausulados.⁴⁶

⁴⁴ Lei nº. 8.666/1993. “Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei; III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das *multas e indenizações* a ela devidos; IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.”

⁴⁵ “Heard Act, 1894. Cuidava de *performance* + *payment* bons conjuntamente. Isto gerava conflitos de interesses entre o poder público e os contratados/trabalhadores, cada qual interessado em seu quinhão respectivo. Contudo, o fato de a redação do *Heard Act* estabelecer único *performance and payment bond* mostrou-se um impedimento à realização dos interesses do ente público beneficiário da apólice de *performance*, na medida em que seus interesses rivalizavam com os interesses dos subcontratados e trabalhadores beneficiários do *payment bond*.” (XAVIER, Vitor Boaventura. *Op. cit.* p. 27)

⁴⁶ A norma disponibilizada pela SUSEP através da consulta pública nº. 24/2021 reforça a autonomia privada dos contratantes, a requerer, assim, maior cuidado para com a elaboração de seus escritos.

3. ADITIVOS CONTRATUAIS DE PRAZO E VALOR

3.1. Prazo

A disciplina empregada pela Lei nº. 14.133/2021 encontra-se alinhada à aquela prevista na Circular SUSEP 477/2013, o que significa dizer que a seguradora deverá acompanhar as modificações de prazo previamente estabelecidas no contrato principal. Para alterações posteriores, a continuidade da participação da seguradora requer o seu aceite expresso e, conseqüentemente, a emissão do endosso respectivo. Veja-se, assim, por primeiro, o disposto na Circular 477 e, a seguir, o disposto no artigo 97 da Lei 14.133.

Circular SUSEP 477/2013

Art. 8º O prazo de vigência da apólice será:

I - igual ao prazo estabelecido no contrato principal, para as modalidades nas quais haja vinculação da apólice a um contrato principal;

II - igual ao prazo informado na apólice em consonância com o estabelecido nas Condições Contratuais do seguro considerando a particularidade de cada modalidade, para os demais casos.

§1º Quando efetuadas alterações de prazo previamente estabelecidas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, a vigência da apólice deverá acompanhar tais modificações, devendo a seguradora emitir o respectivo endosso.

§2º Para alterações posteriores efetuadas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, em virtude das quais se faça necessária a modificação da vigência da apólice, esta poderá acompanhar tais modificações, desde que solicitado e haja o respectivo aceite pela seguradora, por meio da emissão de endosso. (Sublinhou-se).

Lei 14.133/2021.

Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante a Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

[...]

Vale dizer que a redação proposta pela norma disponibilizada pela SUSEP à consulta pública – nº. 24/2021 revela-se ainda mais harmônica, no sentido de zelar pela congruência plena entre as vigências do contrato principal e da apólice. É o que se verifica no art. 7º da norma:

Art. 7º. O prazo de vigência da apólice deverá ser definido em função do prazo de vigência da obrigação garantida, de acordo com as seguintes regras:

I – o prazo de vigência da apólice será igual ao prazo de vigência da obrigação

garantida, caso este prazo seja determinado por uma data ou por um evento; ou

II – o prazo de vigência da apólice será igual ao prazo acordado entre as partes,

caso o prazo de vigência da obrigação garantida seja indeterminado.

[...].

3.2. Valor

A execução de uma obra, por menor que seja, costuma revestir-se de complexidade, o que acaba por requerer algumas mudanças de rota por parte do construtor, comumente, de comum acordo com aquele que o contrata. E, à medida em que a obra se torna mais complexa, mais alterações se tornam previsíveis, a integrar, assim, a economia do contrato respectivo.

A Lei nº. 14.133/2021 foi sensível a esse ponto e, assim, trouxe dois dispositivos que merecem especial atenção. São eles os artigos 124 e 125, reproduzidos a seguir:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;
- b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento). (Sublinhou-se).

Iniciando pelo art. 124, inc. I, sabe-se que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado, o que se trata de princípio basilar em matéria de administração pública. Dita prevalência justifica as eventuais alterações de rota que a administração poderá fazer ao longo da execução do contrato, sem que, por essa razão, o contratado possa desincumbir-se de seu encargo.

É importante atentar, entretanto, às condições estabelecidas pela Lei para que as alterações possam ser realizadas. A letra a) do dispositivo assenta como justificativa a “*melhor adequação técnica dos projetos*”, ou seja, a administração não poderá alterar o contrato a seu bel prazer. Já a letra b) cuida de modificação do valor do contrato, cuidando tanto de *acréscimo* quanto de *diminuição* quantitativa de seu objeto, contanto que respeitando os limites legalmente previstos.

E esses limites encontram previsão no art. 125, que dispõe a respeito da obrigatoriedade de aceitação pelo contratado, explicitando a observância de modificações para maior – 25% (acréscimos e supressões) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem em obras, serviços ou nas compras e, caso o objeto seja a reforma de edifício ou equipamento, o referido limite salta para 50%.

Ainda restringindo o comentário à esfera do contrato firmado pela administração pública com o particular, os referidos limites, da ordem de 25 e 50%, soam elevados. Ora, como se comentou inicialmente, toda obra, pequena ou grande, simples ou complexa, sujeita-se a alguma dose de imprevisibilidade. Todo contratante tem consciência desse esperado elemento aleatório que, por mais imprevisível que seja, gravita dentro de certas margens de razoabilidade.

Quando se pensa a respeito de uma alteração de 25%, tem-se em mente um contrato majorado em ¼ de seu todo, ou seja, em definitivo, já não se trata de uma alteração qualquer. Prosseguindo, uma alteração da ordem de 50% importa, objetivamente, quase que numa nova contratação, com bases econômico-financeiras completamente distintas das originalmente concebidas.

Sabe-se da prevalência do interesse público, de seus efeitos aos contratos firmados com particulares, mas, acredita-se que o legislador, nesse aspecto, foi longe demais. Toda alteração contratual gera custos de transação, isto é, tem efeitos econômicos. Se o contrato for alterado em 25 ou 50%, é claro que essa imposição de aceitação ao contratado terá efeitos colaterais, que precisarão ser absorvidos de alguma maneira. É, como ensina Milton Friedman, “*There is no such thing as free lunch!*”.⁴⁷

Observada a questão sob o prisma administrativista, é hora de refletir a respeito de suas consequências ao eventual contrato de seguro garantia. A indagação que *ex-surge* é: estaria a seguradora obrigada a seguir as alterações endereças pela administração pública e seus impactos ao contratado?

O anexo I da Circular SUSEP nº. 477/2013, ao tratar do seguro garantia no âmbito da administração pública, posicionava-se de maneira positiva, isto é, no sentido de que a seguradora deveria acompanhar as mudanças conduzidas pela administração pública. Veja-se, assim, o disposto no item 4.2 do anexo I das condições gerais do seguro garantia, disponibilizadas pela SUSEP.⁴⁸

E, ao que parece, a norma disponibilizada para consulta pública pelo órgão regulador – consulta nº. 24/2021 – segue nessa mesma direção. Convém examinar o art. 10.

Art. 10. Quando efetuadas alterações no objeto principal em virtude das quais se faça necessária modificação desta apólice, esta:

I – deverá acompanhar tais alterações, caso tenham sido previamente estipuladas no objeto principal, em sua legislação específica ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora; ou

II – poderá acompanhar tais alterações, em situações não abrangidas pelo inciso I deste artigo, desde que haja o respectivo aceite pela seguradora.

⁴⁷ FRIEDMAN, Milton. *There's no such thing as a free lunch*. New York: Open Court Publishing, 1975. É didática a conclusão encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº. 585.113/PE. Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. j. 5.4.2005, v.u.: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE EMPREITADA GLOBAL - ALTERAÇÃO DO PROJETO BÁSICO - AMPLIAÇÃO DOS ENCARGOS DA CONTRATADA - MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO - NECESSIDADE - ART. 55 DO DL 2.300/86 - VALORES A SEREM INDENIZADOS - ACÓRDÃO FUNDADO EM PROVAS - REEXAME - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ – LUCROS CESSANTES E DANOS EMERGENTES - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - PRECEDENTES. - A ampliação dos encargos dos contratos de obra pública celebrados com a Administração Pública deve ser acompanhada do aumento proporcional da remuneração, a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro da contratação. [...]”

⁴⁸ Condições gerais ramo 0775. Seguro garantia. Setor Público. Item 4. 4. Valor da Garantia: 4.1. O valor da garantia desta apólice é o valor máximo nominal por ela garantido. 4.2. Quando efetuadas alterações previamente estabelecidas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, o valor da garantia deverá acompanhar tais modificações, devendo a seguradora emitir o respectivo endosso. 4.3. Para alterações posteriores efetuadas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, em virtude das quais se faça necessária a modificação do valor contratual, o valor da garantia poderá acompanhar tais modificações, desde que solicitado e haja o respectivo aceite pela seguradora, por meio da emissão de endosso.

§ 1º. Os procedimentos a serem adotados pelo segurado no caso de alterações efetuadas no objeto principal devem ser objetivamente fixados nas condições contratuais.

§ 2º. A alteração do objeto principal sem comunicação à seguradora, ainda que conste nas condições contratuais, somente poderá gerar perda de direito ao segurado caso agrave o risco ou sua probabilidade de ocorrência, bem como seja determinante para verificação do sinistro.

Essencialmente, o dispositivo inserido na norma disponibilizada à consulta pública mostra-se consentâneo com o que se passa no contrato de fundo (o contrato garantido), firmado entre a administração pública e o tomador. Seria, de fato, equivocado imaginar que alterações levadas a cabo pela administração, desde que, por óbvio, devidamente justificadas (art. 124 da Lei nº. 14.133), eximiriam a seguradora de responsabilidade.

Convém, naturalmente, tratar das alterações com transparência, isto é, tomador e segurado deverão estabelecer comunicação fluida com a seguradora, comunicando-a das alterações, para que, por seu turno, esta possa, uma vez ciente do novo risco a ser tutelado, fazer os ajustes devidos em termos de precificação, seja para fins de redução ou majoração do prêmio. “*Não há almoço grátis*” no tocante ao contrato principal, tampouco ao contrato de seguro garantia.

4. SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO CONTRATO E EFEITOS NO ÂMBITO DO SEGURO GARANTIA

Caminhando às considerações finais, vale mencionar algumas hipóteses de suspensão do contrato principal e seus efeitos para o contrato de seguro garantia. Nesse sentido, vale observar o disposto no art. 96 da Lei nº. 14.133, especificamente o § 2º:

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.

[...]

§ 2º Na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou o adimplemento pela Administração.

Segundo o previsto no § 2º, a suspensão do contrato principal por ordem ou inadimplemento da administração permite que o contratado não renove a garantia, circunstância que, no futuro, implicará em novo processo de subscrição de risco pela seguradora e, conseqüentemente, possíveis análises por sua aceitação ou não. É preciso que o contratado tenha consciência dessa prerrogativa que, *in concreto*, será exercida pela seguradora.

Com relação à extinção do contrato, o dispositivo pertinente é o 137, notadamente o § 2º, a seguir reproduzido:

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

[...]

§ 2º O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

I - supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125 desta Lei;

II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;

III - repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;

IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

V - não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

Reitera-se o exposto com relação à suspensão do contrato principal. Na hipótese de extinção do contato principal e término de vigência da apólice, a seguradora terá a prerrogativa de, novamente, proceder com as análises inerentes à subscrição de risco, decidindo por sua aceitação ou não, e em que condições.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O seguro garantia, no Brasil, vem apresentando crescimento consistente nos últimos dez anos, havendo acumulado R\$ 3.085.891.500 (três bilhões, oitenta e cinco milhões, oitocentos e noventa e um mil e quinhentos reais) em prêmios no acumulado do ano de 2020.⁴⁹ Não são cifras desprezíveis, mas, com efeito, o potencial de crescimento é enorme.⁵⁰

A Nova Lei de Licitações foi positiva com diversas finalidades, principalmente considerando que o regime até então estabelecido pela Lei 8.666/1993 apresentava-se alheio às necessidades de contratação pela administração pública.

No que, diretamente, interessa ao seguro garantia, entende-se que o exercício do direito de retomada pelas seguradoras deveria tê-lo conduzido a uma posição de maior revelo perante as demais modalidades de garantia previstas, senão à obrigatoriedade de sua contratação.

Explicou-se que a introdução do seguro garantia nas contratações conduzidas pela administração pública comumente gera um efeito positivo, no sentido do adimplemento dos contratos.

⁴⁹ Fonte. <https://www2.susep.gov.br/menuestatistica/ses/principal.aspx>, visitado em 21.10.2021.

⁵⁰ “De acordo com o Business Wire2, o mercado global de seguro garantia deve crescer de USD 15,33 bilhões em 2018 para USD 28,77 bilhões até 2027, impulsionado pela demanda por restauração da infraestrutura antiga dos países desenvolvidos. Ainda que o Brasil seja a 8ª economia do mundo (World Bank, 2019), segundo a Susep, o mercado de seguro garantia movimentou pouco menos de R\$ 2,68 bilhões em 2018 (USD 0,69 bilhão ou 4,5% do volume mundial no mesmo ano).” (MARQUES, Túlio Henrique Moreira. *Op. cit.* p. 13).

É que, com a participação de um terceiro absolutamente interessado na não ocorrência de inadimplemento (sinistro), a administração pública e seus contratados passarão a dispor de um verdadeiro “fiel escudeiro”, a defender com veemência o cumprimento do contrato.

A propósito do percentual máximo de garantia trazido pela Nova Lei – 30% - entre críticas e elogios, sabe-se que se trata de um começo. Não há como negar que houve uma evolução, quando se observa o limite máximo de 10%, próprio à sistemática anterior, mas que ainda se está muito distante do limite máximo habitualmente observado no seguro garantia nos Estados Unidos da América.

Acredita-se que o grande salto qualitativo a ser objetivo pela Nova Lei de Licitações será alcançado por meio de uma real melhora no processo de subscrição de risco pelas seguradoras e, também, pela efetivação do exercício da retomada das obras eventualmente paralisadas.

Como enfatizou Roque Júnior de Holanda Melo em outra sede,

[...] é importante se ter em mente que a nova lei não represente um fim, mas apenas o meio de um processo de transformação, que se iniciou há mais de 25 anos (tempo aproximado de tramitação da nova Lei de Licitações), e que somente será efetivo, caso mantido o diálogo e disposição de *todos* na busca pelos melhores caminhos para tornar o seguro garantia ainda mais efetivo no Brasil.⁵¹

Mãos à obra!

REFERÊNCIAS

AKERLOF, G. A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, n.3, pp. 488-500, Aug, 1970.

ANDOLFATO FILHO, Anderson. *Uma proposta de rating de crédito para avaliação de empresas no mercado de seguro garantia*. 2020. Dissertação de mestrado. (Mestrado em economia) – Faculdade de Economia. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2020.

BARTOLO, Luiza Perrelli. *Modificações na Lei de Licitações são eficazes para proteger a Administração?* In Opinião. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-27/luiza-bartolo-lei-licitacoes-eficaz-protoger-estado>, visitado em 5.10.2021.

CARVALHOSA, Modesto. A Quebra da Interlocução Direta – Agentes Públicos, Empreiteiras e Fornecedores. In. *Infraestrutura: Eficiência e Ética*. Affonso Celso Pastore (org.). Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2017.

FRIEDMAN, Milton. *There’s no such thing as a free lunch*. New York: Open Court Publishing, 1975.

GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio Janeiro: ENS-CPES, 2015.

⁵¹ MELO, Roque de Holanda. A busca pela efetividade do seguro-garantia em contratações públicas (parte 2). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/segueros-contemporaneos-busca-efetividade-seguro-garantia-contratacoes-publicas-parte>. Visitado em 21.10.2021.

GOLDBERG, Ilan. Inovação e disrupção no mercado de seguros. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coords.), *O direito civil na era da Inteligência Artificial*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARQUES, Túlio Henrique Moreira. *Seguro garantia em projetos de infraestrutura: uma perspectiva comparada entre mercados emergente e desenvolvido*. 2020. 128 fls. Dissertação de mestrado. (Mestrado em administração de empresas com ênfase em gestão internacional) – Faculdade de administração. Escola Superior de Propaganda e Marketing, São Paulo. 2020.

MELO, Roque de Holanda. *A busca pela efetividade do seguro-garantia em contratações públicas (parte 2)*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/seguros-contemporaneos-busca-efetividade-seguro-garantia-contratacoes-publicas-parte>, visitado em 21.10.2021.

MYERS, Lorena. *Performance Bond Cost-Effectiveness Analysis*. Dissertação [mestrado], University of Florida, 1999.

NÓBREGA, Marcos. OLIVEIRA NETTO, Pedro Dias de. O seguro-garantia na nova lei de licitações e os problemas de seleção adversa e moral-hazard. Disponível em <https://irbcontas.org.br/artigo/o-seguro-garantia-na-nova-lei-de-licitacao-e-os-problemas-de-selecao-adversa-e-moral-hazard/>, visitado em 7.10.2021.

POLETTI, Gladimir Adriani; GONÇALVES, Oksandro Osdival. *O seguro-garantia, o desenvolvimento e o risco: uma relação complexa*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-seguro-garantia/>>. Visitado em 10.10.2021.

RAICK, David. O uso da fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de *performance bonds* ao contexto brasileiro. 2018. 121 fls. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília. 2018.

RUSSELL, Jeffrey S., *Surety bonds for construction contracts*. Reston: ASCE, 2000.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. SALGADO, Bernardo. *O risco no seguro garantia e o inadimplemento anterior ao termo*. In Temas atuais de Direito dos Seguros. Coord. GOLDBERG, Ilan. JUNQUEIRA, Thiago. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TZIRULNIK, Ernesto. *O seguro e o novo regime de garantias da lei de licitações*. Em Opinião. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jun-14/tzirulnik-seguro-regime-garantias-lei-licitacoes>, visitado em 5.10.2021.

XAVIER, Vitor Boaventura. *O seguro garantia de execução do contrato – performance bond: uma análise de aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela Administração Pública no Brasil*. 2017. 79 fls. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

Recebido: 05.03.2022

Aprovado: 25.04.2022

Como citar: GOLDBERG, Ilan. Reflexões a respeito do seguro garantia e da nova Lei de Licitações. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2022.

