

OS VÁRIOS TIPOS DE SEGUROS NA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES: CONTROVÉRSIAS, BALANÇO E PERSPECTIVAS

Felipe Bastos¹

Sumário: 1. Aprovação do novo Marco Legal de Licitações. 2. Os Diversos Seguros na Matriz de Alocação de Riscos dos Contratos Administrativos. 3. A Centralidade do Seguro-Garantia no Sistema de Garantias do novo Marco Legal de Licitações. A. O Escopo do Seguro Garantia. B. A Ampliação dos Percentuais de Garantia e a Cláusula de Retomada (*step in*). C. O Caráter Geral das Normas do Novo Marco Legal de Licitações. 4. A Responsabilidade Ampliada das Seguradoras de Seguro-Garantia no novo Marco Legal de Licitações. 5. Conclusões, Perspectivas e Tendências.

1. Aprovação do novo Marco Legal de Licitações

No último dia 10 de dezembro de 2020, o Senado Federal, em sessão plenária, aprovou o Projeto de Lei 4.253/2020 (“PL”), que estabelece um novo marco legal de licitações. O PL revoga e consolida diversos diplomas legais que disciplinam a contratação pela Administração Pública de fornecimentos, serviços e obras, notadamente as Leis de Licitações (Lei nº 8.666/1993), do Pregão (Lei nº 10.520/2002), e o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei nº 12.462/2011).

O texto aprovado pelo Senado² foi remetido à sanção do Presidente da República para que a lei seja promulgada e publicada na imprensa oficial.

O novo marco legal de licitações e contratações pela Administração Pública prevê um prazo de *vacatio legis* de 2 (dois) anos – tempo suficiente para que tanto agentes públicos quanto entes privados se adaptem às inúmeras e muito bem-vindas modificações introduzidas no panorama legislativo. Durante esse período tanto a Lei do Pregão, quanto a maior parte da Lei de Licitações e do RDC permanecerão em vigor.³

¹ Advogado em São Paulo. Sócio e coordenador (*head*) das áreas de Resolução de Conflitos e de Seguros de Veirano Advogados. Bacharel em Direito pela UERJ, Mestre em Direito (LL.M.) pela *University of Virginia School of Law*, MBA em Direito Securitário pela antiga Escola Nacional de Seguros – ENS (atual Escola de Negócios e Seguros).

² O texto aprovado pelo plenário do Senado é o substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei (PLS) do Senado nº 559/2013, com onze emendas de redação e algumas adequações introduzidas pelo relator naquela casa legislativa, o Senador Antônio Anastasia.

³ Durante o prazo de *vacatio* a Administração poderá optar por licitar de acordo com a nova lei ou de acordo com as leis previstas para serem revogadas, devendo indicar expressamente a opção adotada no edital.

Uma das muitas matérias profundamente modificadas no novo marco legal foi o sistema de garantias a ser fornecido pelo licitante, adjudicatário e contratado em favor da Administração. É disto que nos ocuparemos nesse artigo, no qual abordaremos, em sua primeira parte, as diversas influências e funções dos seguros privados na modelagem do novo programa de contratação pública insculpido pelo Congresso Nacional. Na segunda parte do texto, examinaremos com maior ênfase o novo, importante e muito ampliado papel que o legislador relegou ao seguro-garantia como modalidade de garantia destinada a reduzir o problema crônico no Brasil das obras públicas inacabadas.⁴

2. Os Diversos Seguros na Matriz de Alocação de Riscos dos Contratos Administrativos

De forma inédita em relação aos diplomas que lhe precederam, o novo marco normativo de licitações promove abertamente a maior utilização do seguro como mecanismo de gerenciamento de riscos. Essa opção de fomento ao seguro vale tanto para os riscos a serem naturalmente assumidos pelo contratado quanto para alguns riscos da própria Administração Pública, mas que ela transferirá ao particular por meio do contrato administrativo.

A exemplo do modelo de repartição de riscos que já vem sendo utilizado largamente desde a introdução das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004)⁵, o capítulo III do PL consagrou, para os contratos administrativos que serão regulados pelo novo marco legal de licitações, a possibilidade de previsão expressa de uma matriz de alocação de riscos, *“alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem*

⁴ Examinamos especificamente a situação e o desafio das obras públicas inacabadas no contexto dos projetos de lei de modernização da Lei de Licitações em nosso artigo “O Seguro-Garantia na Reforma da Lei de Licitações” (*Opinião.Seg*, 17ª edição, Novembro de 2019, Roncarati Ed., pp. 120-129 – disponível em: https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/opiniao_seg/17/files/opiniao17.pdf). Nosso artigo anterior cuida trata em detalhes das experiências normativas estrangeiras que inspiraram o modelo de seguro-garantia adotado no novo marco de licitações. Algumas opiniões apresentadas aqui haviam sido adiantadas no referido artigo; outras foram ainda mais elaboradas, enquanto no presente texto diversos temas adicionais são também enfrentados.

⁵ O modelo de distribuição de riscos da Lei das PPPs logo se espalhou por analogia para as concessões de serviços públicos regidas pela Lei nº 8.987/95, vindo a ser replicado também na Lei do RDC e, mais recentemente, no Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

compartilhados.”⁶

Nesse trabalho de distribuição de riscos, o novo diploma adota como critério determinante para transferência de riscos ao particular o fato de existir ou não seguro disponível no mercado que permita o gerenciamento dos referidos riscos. É o que dispõe o §2º do art. 102 do PL:

“§ 2º Serão preferencialmente transferidos ao contratado os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras.”

A matriz de alocação de riscos entre o Poder Público e o contratado deixa de ser uma mera possibilidade, tornando-se obrigatória, “[q]uando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados regimes de contratação integrada e semi-integrada [...]”.

Regime de contratação integrada é definido no texto legislativo aprovado como

“[...] regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;” (art. 6º, XXXII).

Por sua vez, regime de contratação semi-integrada é conceituado pelo PL como

⁶ O novo marco normativo abandona o vetusto dogma da “teoria das áreas” como parâmetro analítico da distribuição dos riscos contratuais e que permeou a Lei nº 8.666/93.

Sobre a teoria das áreas, esclarece FERNANDO MENEGAT que “essa teoria tradicional classifica os riscos incidentes sobre os contratos administrativos nas noções de “álea ordinária/empresarial” e “álea extraordinária” (subdividida em álea econômica e álea administrativa). Nessa lógica, aguarda-se o curso da execução contratual e a ocorrência em concreto dos eventos para, então, perquirir se o evento era ou não previsível/calculável (teoria da imprevisão) ou se a Administração Pública foi a responsável, direta ou indiretamente, pelo evento danoso (fato do príncipe, fato da administração e alteração unilateral do contrato).

Note-se que, na sistemática da “teoria das áreas”, não há propriamente o que se possa denominar de alocação de riscos. A alocação do risco é casuística e ex post: os riscos não são alocados previamente à contratação, havendo uma postergação da análise do risco para o momento da materialização em concreto do evento, no curso da execução contratual.

É evidente que um cenário como esse contribui para a ineficiência na execução de contratos administrativos, abrindo margem para a prática de atos corruptivos e promovendo indevida judicialização de conflitos entre Administração Pública e contratado, sendo o Poder Judiciário reiteradamente convocado para analisar se o evento ocorrido constitui “álea ordinária” ou “extraordinária” e, assim, determinar se ele renderá ensejo ou não ao reequilíbrio contratual.” (“Alocação de riscos nos contratos de concessão de serviços públicos de saneamento básico: análise crítica das experiências no setor”, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, n. 70, abr./jun. 2020, pp. 89-90).

“[...] regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;” (art. 6º, XXXIII).

Como se vê, tanto no regime de contratação integrada quanto no regime de contratação semi-integrada o particular é responsável não apenas pela execução das obras, serviços e fornecimentos até a entrega final do objeto contratual, mas também por elaborar e desenvolver projetos que antecedem tais fases de execução. A contratação integrada se distingue da semi-integrada por incluir, além do projeto executivo, também o projeto básico que lhe é anterior.

A ideia subjacente ao novo marco legal é, pois, que todos os riscos do contrato que possam ser cobertos por seguros sejam preferencialmente transferidos ao contratado e devidamente segurados. Há, portanto, um destacado encorajamento a que o particular que contrata com a Administração Pública adquira seguros para gerenciar os riscos que lhe forem alocados.

A propósito, são inúmeros os tipos de seguros disponíveis no mercado segurador brasileiro aptos a garantir diversos riscos inerentes às contratações integradas e semi-integradas ou às obras e serviços de grande vulto. Dentre eles incluem-se, por exemplo: (i) seguro de responsabilidade civil profissional (E&O) – engenharia e/ou arquitetura com cobertura para erros de projetos; (ii) seguros de transportes em suas diversas modalidades, com vistas a proteger a movimentação de materiais e insumos necessários à prestação dos serviços ou realização da obra; (iii) seguro de riscos de engenharia (modalidades isoladas ou combinadas de obras civil em construção (OCC) ou instalação e montagem (IM)); (iv) seguro de responsabilidade civil – obras; (v) seguro-garantia em diversas modalidades (executante construtor, fornecedor e/ou prestador de serviços; adiantamento de pagamentos; retenção de pagamentos etc.), entre outros. Isso sem mencionar também o seguro-garantia na modalidade licitante.

O novo marco legal geral de licitações também prevê, nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a possibilidade de a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, exigir caução, fiança

bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura específica para verbas rescisórias inadimplidas, a fim de assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas. Em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração Pública poderá efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, deduzindo-as do pagamento devido ao contratado (art. 120, § 3º).

Esta disposição se harmoniza com a dinâmica mais moderna prevista na Circular SUSEP nº 577/2018, que alterou a Circular 477/2013, acrescentando um Capítulo IV ao seu Anexo I, para permitir a contratação de regras diferenciadas⁷ das previstas até então (do Capítulo III) para cobertura de prejuízos sofridos pela Administração Pública “*em função de descumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária de responsabilidade do tomador oriundas do contrato principal.*”

Nos contratos para a prestação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, caso a Administração Pública opte por exigir do contratado a aquisição de seguro garantia, tal seguro será obrigatoriamente sob as condições previstas no Capítulo IV do Anexo I da Circular 477/2013 (Cláusula Específica I: Ações Trabalhistas e Previdenciárias), não se admitindo para esse fim as condições fixadas em seu Capítulo III (Cobertura Adicional I: Ações Trabalhistas e Previdenciárias).

O registro é relevante, pois há muitas e gritantes diferenças entre os regimes previstos para garantias de riscos trabalhistas e previdenciários conforme se adote o modelo tradicional do Capítulo III ou o modelo mais recente do Capítulo IV.

Na garantia que será aplicável aos serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra segundo o novo marco normativo de licitações (Capítulo IV), a caracterização de expectativa de sinistro independe da superveniência de reclamação trabalhista, o que, por sua vez, é um pressuposto da garantia de riscos trabalhistas e previdenciários segundo o modelo tradicional (*i.e.*, do Capítulo III da norma).

Na mesma esteira, ao contrário do regime do Capítulo III, a caracterização de

⁷ As condições previstas na dita circular são distintas da tradicional cobertura adicional de ações trabalhistas e previdenciárias regulada no Capítulo III da Circular 477/2013, que continua a existir.

reclamação dispensa o trânsito em julgado de decisão condenatória da Administração Pública – a reclamação é caracterizada com o transcurso do segundo mês após a rescisão do contrato principal sem que o contratado (tomador do seguro) tenha realizado o pagamento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária detectadas como inadimplidas.

Além disso, outra impactante mudança está no fato de que o regime securitário do Capítulo IV autoriza a Administração a reter o contrato de seguro, é dizer, a somente liberar ou restituir a apólice à seguradora após a comprovação de que o contratado-tomador efetivamente pagou todas as obrigações de natureza trabalhista e previdenciária de sua responsabilidade oriundas do contrato principal.

3. A Centralidade do Seguro-Garantia no Sistema de Garantias do novo Marco Legal de Licitações

O novo sistema de licitações confere protagonismo e dispensa atenção muito maior ao seguro-garantia em comparação às outras modalidades de garantias, sobretudo naquelas contratações que tocam serviços de engenharia.

A. O Escopo do Seguro-Garantia

Seguro-garantia é definido no novo marco legal de licitações como o *“seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado”* (art. 6º, LIV). O art. 96 do PL ainda acrescenta que tais obrigações garantidas pelo seguro incluem *“multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento [...]”*.

A referência à garantia de multas se alinha à definição contemplada na Circular nº 477/2013, editada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (“Circular 477/13”), na parte em que disciplina o seguro garantia para o Setor Público (ramo 0775). Não representa, portanto, uma inovação em relação à prática consolidada.

Nada obstante, a nosso ver andou muito bem o PL ao elevar a garantia de multa ao patamar legal. Em decorrência dessa previsão, não caberá nem à SUSEP nem ao CNSP modificar essa condição por intermédio de normas infralegais, mercê de violação ao

princípio da legalidade.

Uma questão que pode surgir é se, no regime do novo marco legal de licitações, a Administração Pública poderá deixar de exigir a garantia de multas no edital e/ou no contrato administrativo.

Não vemos espaço para tal dispensa. Pela leitura do *caput* do art. 96 do texto aprovado, quer-nos parecer que o ato administrativo do agente público sobre o conteúdo da garantia objeto do seguro é de natureza vinculada, não admitindo o exercício de discricionariedade de sua parte.

Por conseguinte, adiantamos o nosso entendimento no sentido de que o âmbito de cobertura do seguro garantia a que alude o art. 96 (“*inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento*”) é de adoção compulsória, assim como compulsórias também são as regras fixadas nos incisos I e II do mesmo artigo, que dispõem:

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;

II – o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.”

É bem de ver que a regra do inciso I do art. 96 aniquila uma prática bastante usual de seguradoras e que já era muito discutível sob a égide da Circular 477/2013. É muito frequente que seguradoras não se comprometam a renovar apólices de seguro-garantia emitidas originalmente por prazos inferiores aos prazos estabelecidos nos respectivos contratos principais firmados entre o contratado (tomador) e a Administração Pública (segurada). No intuito de preservarem essa liberdade de não se manterem vinculadas ao empreendimento, seguradoras comumente incluem nas apólices cláusulas específicas se reservando o direito de examinar pedidos de renovações formulados pelo tomador, podendo aceitá-los ou rejeitá-los a seu bel prazer.⁸

⁸ Veja-se um exemplar de cláusula retirada de um caso concreto:

“VIGÊNCIA

[...] Esta apólice será extinta e baixada automaticamente após o término do prazo de vigência nela expresso.

O regime do PL aprovado não deixa margem para dúvidas de que esse tipo de cláusula de reserva de consentimento será inequivocamente ilegal, na medida em que a apólice estará obrigatoriamente destinada a seguir a vigência do contrato principal, mesmo quando esta for alterada no curso da execução contratual. A seguradora precisará ser uma parceira genuína do tomador do seguro durante todo o ciclo de vida do contrato principal, noção essa que, como veremos, permeia diversas disposições do novo marco legal.

Ainda a propósito do conteúdo da garantia objeto do seguro cunhado pelo art. 96 do PL, outras polêmicas além das multas podem surgir. Repise-se que o dispositivo estatui que o seguro-garantia cobrirá “[...] *inclusive as multas, prejuízos e indenizações decorrentes do inadimplemento [...]*” (art. 95).

Não compreendemos o que o legislador pretendeu ao dispor “prejuízos” e “indenizações” lado a lado. Por que foram utilizados separadamente? Se o foram é porque se presume, logicamente, que teriam sentidos e alcances diversos. Mas então o que cada um deles pretende significar? Será que por prejuízos o texto se refere aos danos diretos sofridos pela Administração ao passo que indenizações se refiram a pagamentos que a Administração Pública venha ter que fazer a terceiros em decorrência do inadimplemento do contratado (tomador do seguro-garantia), ou seja, à responsabilização civil da Administração Pública?

Não temos resposta clara para essa indagação. O que parece claro, contudo, é que o texto pretende conferir grande amplitude a aquilo que seria coberto pelo seguro-garantia, se desprendendo da conotação de *prejuízo* como restrita ao sobrecusto.

No modelo padronizado de apólice de seguro garantia para o Setor Público (ramo 0775), modalidade Seguro Garantia para Construção, Fornecimento ou Prestação de Serviços, o termo *prejuízo* vem definido como:

Os requerimentos de extensão da garantia aqui concedida não se processam automaticamente, mas devem ser previamente comunicados à Seguradora para análise e, se for o caso, anuência expressa e emissão do respectivo endosso da apólice.”

“perda pecuniária comprovada, excedente aos valores originários previstos para a execução do objeto do contrato principal, causada pelo inadimplemento do tomador, excluindo-se qualquer prejuízo decorrente de outro ramo de seguro, tais como responsabilidade civil, lucros cessantes.” (Anexo I à Circular 477/2013)

Em outros termos, no contexto específico do seguro-garantia brasileiro, prejuízo se refere a aquilo que no jargão securitário se chama de “sobrecusto”, ou seja, aos custos e despesas adicionais que sejam incorridos em decorrência do inadimplemento do contratado com, por exemplo, a diferença de preço a maior para contratar um terceiro para completar a obra (normalmente em situação de maior urgência) no lugar do contratado original (e tomador do seguro).

Indenização, por sua vez, no clausulado das apólices de seguro-garantia costuma se referir ao ato do “*pagamento [pela seguradora] dos prejuízos e/ou multas resultantes do inadimplemento das obrigações cobertas pelo seguro.*” (Condições Gerais, Ramo 0775, cláusula 2.7).

Como se percebe, no âmbito dos contratos de seguro-garantia, tais quais regulados pela Circular SUSEP 477/2013, *prejuízos e indenizações* são conceitos jurídicos que possuem significados distintos e muito mais reduzidos do que no campo da responsabilidade civil geral – contratual e aquiliana.

Não parece que sejam conceitos mais restritos de *prejuízos e indenizações* a que o no marco legal se refere ao explicitar o objetivo do seguro-garantia no art. 95, mas, ao revés, conceitos mais amplos.

B. A Ampliação dos Percentuais de Garantia e a Cláusula de Retomada (*step in*)

Na Lei nº 8.666/93, o limite do seguro-garantia para obras, serviços e compras em geral é de 5% do valor do contrato. Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto⁹ envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados

⁹ Obras, serviços e fornecimentos de grande vulto sob a Lei nº 8.666/93 aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 vezes o limite da modalidade concorrência (25 x R\$ 1.500.000,00), ou seja, superior a R\$ 37.500.000,00.

através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia pode ser majorado para no máximo 10%.

Uma das principais e mais aguardadas mudanças introduzidas pelo PL será o aumento do limite de seguro-garantia para obras e serviços de engenharia de grande vulto para até 30% do valor inicial do contrato (VIC)¹⁰, ampliando significativamente a possibilidade de proteção à Administração Pública:

“Art. 98. 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. 101 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.”

Obras, serviços e fornecimentos de grande vulto são definidos no novel regime como aqueles cujo valor estimado (VE) seja superior a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

Somente o seguro-garantia e nenhum outro tipo de garantia poderia ultrapassar o limite de 10% do valor inicial do contrato (art. 97), atingindo o patamar de 30%.

Uma outra dúvida que pode surgir é se a Administração poderá exigir na hipótese em comento o seguro-garantia, em percentual equivalente a até 30% do valor inicial do contrato, mas sem a cláusula de retomada. Em outras palavras, se, para ultrapassar o limite geral de 5% do valor inicial do contrato ou de 10% (quando a análise de complexidade técnica e de riscos justifique), o administrador público deverá, nas obras e serviços de engenharia de grande vulto, exigir necessariamente a cláusula de retomada. Entendemos que sim. A nosso ver, a dicção do art. 98 do texto aprovado não admite outra interpretação, impondo que eventual recurso pelo gestor público a percentuais superiores a 5% ou 10% garantia só possam ser realizados por meio de seguro-garantia contendo cláusula de retomada.

A cláusula de retomada diz respeito à possibilidade de o edital estipular a

¹⁰ Esse percentual limite é reduzido pelo PL para até 10% do valor do contrato nas licitações cujos valores estimados sejam de até R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais); e até 20% do valor do contrato nas licitações cujos valores estimados sejam superiores a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

obrigação de que a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assuma a execução e conclua o objeto do contrato. Ela é regulada pelo *caput* do art. 101 do PL:

“Art. 101. 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 [...]”

Parece-nos evidente que, nessa hipótese, a nova lei retirará do contratado, portanto, a prerrogativa de escolher outras modalidades de garantia (*e.g.*, caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; ou fiança bancária).

Interessante notar que, de acordo com o citado art. 101 do PL, a cláusula de retomada pode ser exigida pela Administração do contratado em todas as contratações de obras e serviços de engenharia, não apenas aquelas de grande vulto.

Em termos de seguro-garantia, a diferença entre as contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto ($VE > R\$ 200$ milhões) e as demais contratações de obras e serviços de engenharia que não sejam de grande vulto ($VE \leq R\$ 200$ milhões) é que somente as primeiras poderão alcançar o limite de 30%.

Uma interpretação sistemática do novo regime legal, sobretudo dos arts. 97, 98 e 101, conduz à inafastável conclusão de que nas contratações de obras e serviços de engenharia que não sejam de grande vulto (*i.e.*, $VE \leq R\$ 200$ milhões) o limite do seguro-garantia será o comum às demais modalidades de garantias, não podendo superar o limite geral de 5% do valor inicial do contrato ou quando muito o limite ampliado para até 10%, quando devidamente que justificada mediante análise de complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

A possibilidade de instituição de cláusula de retomada rompe um paradigma em relação à praxe do seguro-garantia no Brasil, em que a seguradora costuma reter para si a faculdade entre (i) realizar, por meio de terceiros, o objeto do contrato garantido; ou (ii) indenizar, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e multas causados pela inadimplência do contratado (tomador na apólice) cobertos pelo seguro.

Na prática, são relativamente raros os casos no Brasil em que a seguradora efetivamente opta por prestar a obrigação de fazer, é dizer, pela realização *in natura* do objeto do contrato principal garantido (*step in*). Na vasta maioria dos sinistros cobertos e liquidados, as seguradoras preferem indenizar o segurado em dinheiro, não sem antes, quase sempre, um longo e demorado procedimento de regulação de sinistro e após exercerem os seus direitos contra o tomador do seguro (adjudicatário do contrato principal) sob o contrato de contragarantia.

C. O Caráter Geral das Normas do Novo Marco Legal de Licitações

O PL estabelece *normas gerais*, a exemplo da Lei 8.666/93, como deixa claro o seu art. 1º. Da mesma forma que a atual lei de licitações, não se pode entender que todas as normas que emanam do seu texto tenham a característica de normas gerais, sob pena de inconstitucionalidade, por usurpação da competência supletiva dos Estados, Distrito Federal e Municípios.¹¹

Isso significa na prática que a nova lei geral de licitações traçará diretrizes aos demais entes da federação, ficando reservado a estes, entretanto, um espaço de autonomia para cunharem suas próprias normas de licitações e contratos públicos naquilo que não conflitam com as normas que forem efetivamente gerais do PL.¹²

Em nosso sentir, as normas do PL que tratam do seguro-garantia, por sua especificidade, não se constituem normas gerais. Elas terão aplicabilidade nos Estados e Municípios que não possuam estatutos próprios de licitações e contratos públicos, mas não precisarão ser seguidos mandatoriamente por aqueles entes que editem leis próprias que prevejam regimes diversos de garantias de tais contratos administrativos.

4. A Responsabilidade Ampliada das Seguradoras de Seguro-Garantia no novo

¹¹ SOUTO, MARCOS JURUENA VILLELA. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3.

¹² “Lembre-se que negar a uma disposição da Lei 8.666/93 a condição de ‘norma geral’ não equivale a negar a sua constitucionalidade. O dispositivo valerá como disposição específica no âmbito da União, liberando-se os demais entes federativos para disciplinar com autonomia a mesma matéria.” (JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 14).

Marco Legal de Licitações

Já vimos que nos contratos para obras e serviços de grande vulto, assim como naqueles em que o regime de contratação for semi-integrada ou integrada será obrigatoriamente estipulada uma matriz de alocação de riscos, alocando-os entre o ente público e o contratado com designação explícita.

Embora não se possa realisticamente esperar que a matriz de alocação de riscos vá eliminar de maneira absoluta todas as incertezas a respeito da distribuição entre as partes de dos riscos contratuais, visto que a incompletude e imperfeição são características inerentes a qualquer contrato, a iniciativa de introdução da matriz de alocação de riscos no corpo do contrato é decerto bem-vinda. Ela poderá reduzir significativamente as divergências entre as partes sobre essa alocação, sobretudo no contexto de eventos supervenientes com impacto na execução do contrato, na administração e solução de pleitos de reequilíbrio contratual etc.

Uma matriz de alocação de riscos bem arquitetada, com distribuição tão clara quanto possível das responsabilidades das partes, contribuirá para uma regulação de sinistros teoricamente mais eficiente, objetiva e célere. A demora na regulação dos sinistros do seguro-garantia e muitas vezes a *via crucis* enfrentada pelos segurados para obterem o pagamento da indenização sempre estiveram entre os principais gargalos para o desenvolvimento desse ramo de seguro no país, e explicam em grande parte o sentimento de ceticismo e de desconfiança que tomadores e segurados em geral nutrem pelo produto. A matriz de alocação de riscos dos contratos poderá ajudar a atacar esses problemas.

No regime que sempre vigorou no Brasil, as seguradoras se acostumaram a adotar em geral um padrão de comportamento passivo frente aos eventos e incidentes que marcam a fase de execução dos contratos protegidos por seguro garantia. Somente quando são acionadas por meio de avisos de expectativas de sinistros, o que usualmente só acontece quando os problemas e divergências na execução do contrato já há muito se acumularam, é que usualmente as seguradoras se interessam em tomar algum contato com a execução o contrato garantido. Mesmo assim, esse contato tende a ser mínimo, limitando-se as seguradoras a solicitar informações a respeito do andamento da obra.

Via de regra, as seguradoras não deflagram o procedimento de regulação de sinistro a partir do momento em que são avisadas a respeito de expectativas de sinistros – momento em que recebem do segurado (Administração Pública) a notícia do inadimplemento do tomador (contratado) e da instauração do processo administrativo para a sua apuração dos fatos sob o manto do contraditório e do devido processo legal e para a aplicação das penalidades cabíveis.¹³

Em termos práticos, as seguradoras só dão início efetivo à regulação numa etapa bem mais avançada, quando o sinistro estiver caracterizado de forma final, por meio da conversão da expectativa de sinistro em reclamação, o que se dá com o término do processo administrativo sancionador, na hipótese de ele confirmar a ocorrência de inadimplemento contratual pelo contratado tomador do seguro. Até esse momento, na maioria dos casos, elas permanecem praticamente alheias a tudo (ou quase tudo) que se passa na execução do contrato. As seguradoras mais diligentes cingem-se a um monitoramento dos casos que apresentem indícios muito flagrantes de riscos de sinistro.

Sob o novo marco normativo de licitações, esse papel inerte, passivo e meramente reativo das seguradoras precisará ser profundamente alterado em relação aos contratos de obras e serviços de engenharia cujo objeto seja protegido por seguro-garantia.

A começar, porque em tais casos a seguradora deverá firmar o contrato principal (de obras e serviços de engenharia), inclusive os seus aditivos, como interveniente anuente. O edital de contratação poderá assegurar o livre acesso à seguradora às instalações em que for executado o contrato principal; determinar o dever de que a seguradora acompanhe a execução do contrato principal; que a seguradora tenha acesso à auditoria técnica e contábil; que a seguradora possa requerer esclarecimentos ao

¹³ A Circular 477/2013, Anexo I, Modalidade II (Seguro Garantia para Construção, Fornecimento ou Prestação de Serviços) traz as seguintes definições, que quase sempre são reproduzidas *ipsis literis* pelas seguradoras nos clausulados das apólices:

“4.1. Expectativa: tão logo realizada a abertura do processo administrativo para apurar inadimplência do tomador, este deverá ser imediatamente notificado pelo segurado, indicando claramente os itens não cumpridos e concedendo-lhe prazo para regularização da inadimplência apontada, remetendo cópia da notificação para a seguradora, com o fito de comunicar e registrar a Expectativa de Sinistro.

4.2. Reclamação: a Expectativa de Sinistro será convertida em Reclamação, mediante comunicação pelo segurado à seguradora, da finalização dos procedimentos administrativos que comprovem o inadimplemento do tomador, data em que restará oficializada a Reclamação de Sinistros.”

responsável pela obra ou pelo fornecimento etc.

Portanto, a seguradora poderá ser chamada a interferir e combater ativamente perturbações no programa contratual imputáveis ao contratado num estágio muito anterior em relação a aquilo que ocorre atualmente nos seguros-garantia. Essa mudança de paradigma comportamental vislumbrada pelo novo marco legal de licitações já provocou reações negativas e críticas de inúmeros atos do mercado segurador. A título de ilustração, seguradoras questionam que seriam entidades especializadas na gestão de risco, e não na gestão de obras, menos ainda na sua execução. Contudo, a nosso ver, são críticas muito superficiais e dissociadas da real vocação do contrato de seguro-garantia.

O seguro-garantia é um seguro acessório ao contrato principal e sua finalidade não é outra que propiciar tanto quanto possível, nos limites financeiros acordados, a garantia de obtenção pelo segurado do resultado almejado no contrato principal (ou o equivalente pecuniário que lhe permita atingir esse resultado). O seguro-garantia não é, pois, um fim em si mesmo, destinado a cumprir os desígnios e interesses da seguradora acima dos interesses, estes sim principais, do segurado – a Administração Pública contratante da obra ou dos serviços objeto de proteção pelo seguro.

Exatamente nesse sentido é que, no caso das obras e serviços de engenharia, o parágrafo único, inciso I, do art. 101 do PL prevê que, na hipótese de inadimplemento do contrato pelo contratado (tomador da apólice), caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato administrativo, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice. Nessa situação, o seguro-garantia operará como um genuíno *completion bond*.

“[...]”

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.”

Alternativamente, o inciso II prevê que, caso a seguradora não assuma a execução

do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice, deixando entrever que a seguradora não poderá pagar indenização menor do que o valor limite da importância segurada.

A rigidez da medida suscita questionamentos acerca da natureza jurídica do instituto previsto no mencionado inciso II do parágrafo único do art. 101. Para fins do contrato principal, o pagamento da indenização securitária assumirá feição de cláusula penal compensatória, servindo de meio para prefixação das perdas e danos cobertos no seguro-garantia experimentados pela Administração Pública.

Apesar da aparente clareza do dispositivo, entendemos que a Administração não poderá validamente reclamar da seguradora a integralidade da importância segurada, caso fique cabalmente demonstrado que o pagamento da importância segurada se revele excessivo para (i) que a obra ou os serviços sejam, ou tenham sido (caso a discussão seja travada *ex post factum*), completados; bem como (ii) reparar os prejuízos sofridos pela Administração Pública; e (iii) eventuais indenizações garantias que ela tenha tido que desembolsar.

De qualquer modo, o ônus dessa comprovação de desproporção da solução de pagamento da importância segurada para a Administração Pública recairá inteiramente na seguradora.

Interpretação diversa seria incompatível com o nosso ordenamento, pois levaria ao locupletamento pela Administração Pública, com seu enriquecimento ilícito. Levaria, ainda, à deturpação do princípio indenitário, que veda que o segurado obtenha, com o acionamento do seguro, proveito maior do que obteria se não houvesse ocorrido o sinistro.¹⁴

Num cenário de *step in*, inúmeras outras questões surgem quanto à responsabilidade da seguradora caso ela conclua a obra ou os serviços de engenharia em questão.

¹⁴ CC, art. 778. Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

A pergunta mais frequente que emerge nessa questão é se, no processo de contratação da empresa responsável por executar as obras ou serviços, em nome da seguradora, no lugar do contratado original, estaria a seguradora obrigada a promover um processo de licitação para tal contratação.

Dizem os cultores da necessidade de licitação que a não realização do certame implicaria fraude à regra geral de licitação que preside as contratações públicas. Com o devido respeito a quem já expressou tal opinião, mas a nosso ver a questão é de uma obviedade ululante. Não há necessidade alguma de promoção de licitação por parte da seguradora!

Afinal de contas, tal contratação do executante da obra ou dos serviços de engenharia por conta e risco da seguradora é um elemento ínsito ao mecanismo de retomada introduzido pela Administração Pública no certame e contemplado *ab initio* no edital e no contrato administrativo. Reforça esse raciocínio a regra prevista no art. 121 que expressamente autoriza o contratado a subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração. Regulamento de licitação, se existente, ou o próprio edital poderão restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

De forma ainda mais clara e específica o art. 101, inciso III, do texto aprovado dispõe que *“a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente”*.

Pretender impor à seguradora que conduza nova licitação seria violar frontalmente o sistema da lei que autoriza a subcontratação em geral e a subcontratação pela seguradora em particular. Ademais, marcharia manifestamente na contramão do dos princípios da eficiência e economicidade que norteiam o regime público de contratações, segundo o art. 37, *caput*, da Constituição da República. O princípio da impessoalidade, também muito caro à Administração Pública, não fica tampouco arranhado, na medida em que a seguradora, participante do certame original (não como licitante, mas como fornecedora do licitante) e interveniente no contrato administrativo que dele resulta, seguirá vinculada e responsável, com base na lei e no contrato, pelos atos de sua subcontratada para a

execução das obras ou serviços de engenharia.

Competirá à seguradora apresentar à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, sendo vedada a subcontratação pela seguradora de pessoa física ou jurídica, se esta ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

Também não poderão ser subcontratados pela seguradora pessoas físicas ou jurídicas que estejam impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública ou que tenham sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com o poder público.

Figure-se um exemplo extremo: licitante, seguradora e terceira empresa atuem em conluio, previamente ao certame ou incidentalmente à execução do contrato, e combinem que a última empresa, que não participou da licitação ou, caso tenha participado, não se sagrou vencedora, venha a assumir a parte final da obra.

A imposição de multas administrativas pela Administração ao contratado inadimplente tende a tornar essa situação antieconômica para as empresas envolvidas – não é um jogo de soma zero. Para além disso, a situação de *consilium fraudis* com o objetivo de fraudar o processo competitivo é obviamente anômala e excepcional. O nosso ordenamento já possui diversos mecanismos adequados para reprimi-la nas searas administrativa, antitruste e penal, não justificando absolutamente impor como regra que a seguradora licite como meio para impedir conduta ilícitas anormais. Por outro lado, uma tal regra produziria diversos efeitos colaterais, com elevados custos diretos e indiretos certos decorrentes dos consequentes atrasos e perda de eficiência.

Outras diversas dúvidas palpitantes e mais complexas exsurgem.

Exploremos um pouco mais outro aspecto do dispositivo que proclama que “a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente” (art.

100, inciso III).

A interpretação do texto normativo, tanto do termo “poderá” quanto da expressão “total ou parcialmente”, leva a entender que as seguradoras poderão concluir o objeto dos contratos principais por elas próprias. Para tanto, as seguradoras atuantes nesse ramo precisariam se aparelhar, estruturando equipes e departamentos dotados de pessoal técnico qualificado próprio para a conclusão das obras e serviços de engenharia.

À primeira vista, muitos dirão, a norma colidiria com o disposto no art. 73 do Decreto-Lei nº 73/66, que estatui que “[a]s *Sociedade Seguradoras não poderão explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria.*”

Entendemos, entretanto, tratar-se de antinomia meramente aparente. Afinal, ressaltamos evidente que a atuação preponderante das seguradoras que operarem o seguro-garantia destinado ao setor público não deixará de ser a atividade securitária.

Os serviços de engenharia porventura executados seriam a toda evidência meros acessórios, vale dizer, coadjuvantes, traduzindo-se em simples desdobramentos justamente da execução do – e funcionalizados para a consecução do – objeto principal da operação de seguros. Portanto, não vemos qualquer desnaturação da atividade da seguradora, na medida em que esta última somente poderá se valer dos serviços não estritamente securitários (*e.g.*, serviços de engenharia e construção civil) para executar o objeto dos contratos de seguros. Logo, as seguradoras jamais poderão utilizar o *expertise* nessas outras áreas para concorrer livremente nos mercados de construção.

Em suma, as seguradoras que operem seguro-garantia destinado às obras e serviços de engenharia em questão deterão liberdade para internalizar os serviços necessários à conclusão desses serviços ou terceirizá-los mediante subcontratação. Essa margem de liberdade nos soa muito salutar sob diversos aspectos.

Primeiro, porque permite ao segurador espaço para maior verticalização, com potencial ganho de eficiência. O ganho em eficiência pode vir a se traduzir em melhores preços (prêmios) associados aos seguros-garantia, com possível benefício indireto para o próprio poder público, partindo-se do pressuposto de que tais custos costumam ser

embutidos no preço global oferecidos pelos licitantes no certame.

Em segundo lugar, porque essa maior margem de liberdade na estruturação do negócio da seguradora do seguro-garantia para obras e serviços de engenharia contratados pela Administração Pública pode ajudar a criar condições para atrair novos entrantes para esse mercado relevante.

Avançemos sobre outros pontos do PL que podem suscitar dúvidas relevantes.

Mais um exemplo de questionamento possível é: em se tratando o objeto do contrato de uma empreitada, ficará a seguradora obrigada no lugar do (ou conjuntamente com o) contratante original a responder, durante o prazo irredutível de 5 (cinco) anos pela solidez e segurança do trabalho, consoante dispõe o art. 618 do Código Civil¹⁵?

Ou ainda: nos casos de vícios redibitórios, vale dizer, das desconformidades que se exteriorizarem ou forem posteriormente descobertos pela Administração Pública nos materiais e fornecimentos feitos pela seguradora, estará ela obrigada a refazer, reparar ou substituir os itens desconformes reclamados dentro dos prazos decadenciais contratuais ou legais?

Quer-nos parecer que a resposta a todas essas indagações deve ser afirmativa. Portanto, diante dos riscos existentes, se for deixada margem para que a seguradora indenize (obrigação de pagar quantia certa) ao invés de completar o objeto do contrato principal (obrigação de fazer), a seguradora terá maiores incentivos para indenizar do que para realizar a obra, frustrando ao menos em parte o intuito do legislador e da Administração Pública consistente em assegurar que o objeto contratual não fique inacabado.

5. Conclusões, Perspectivas e Tendências

O novo e muito mais complexo papel a ser desempenhado pelas seguradoras

¹⁵ Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

nessas modalidades de seguros-garantia com cláusula de retomada ainda segue gerando algumas reações negativas por partes de seguradoras estabelecidas no Brasil, há muito habituadas a um regime que favorece uma indesejável postura passiva – para não dizer inerte e alheia – de atuação.

Portanto, abrir espaço para novos *players* interessados em investir e efetivamente se estruturar para que possam adotar um comportamento proativo de acompanhamento das obras e serviços de engenharia públicos tende a ser extremamente profícuo para o desenvolvimento e dinamização desse nicho especializado de mercado no país e muito importante para a Administração Pública¹⁶.

As inúmeras modificações introduzidas incluem o aumento no limite percentual do seguro-garantia para até 30% do valor inicial do contrato administrativo para obras e serviços de engenharia de grande vulto, com a possibilidade de que a Administração Pública imponha à seguradora a conclusão, por si ou por subcontratados, do objeto do contrato inadimplido pelo contratante original, sob pena de pagamento da importância segurada integral, rompe parcialmente com os paradigmas do regime de seguro-garantia até então consolidados em nosso país. Para tanto, o novo marco legal de licitações adota mecanismos que permitem uma participação mais ativa da seguradora na fase de execução do contrato, conforme passamos em revista nos capítulos acima.

Além de proteger o interesse público da administração no sentido de privilegiar e priorizar o término das obras e serviços de engenharia, o novo marco normativo de licitações é o embrião para o desenvolvimento e amadurecimento desse importante nicho especial do mercado segurador, e para a atração de novos *players* de mercado e investidores para uma atividade de capital intensivo bastante promissora.

* * *

¹⁶ Foi o que ocorreu nos Estados Unidos, por exemplo, onde esse segmento de mercado é dominado por empresas altamente especializadas (*sureties*) não necessariamente são ligadas a grupos seguradores.