

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES – LEI Nº 14.133/21 E O SEGURO-GARANTIA COM CLÁUSULA DE RETOMADA: VANTAJOSIDADE PARA A ADIMPLÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS?

THE NEW BIDDING LAW - LAW NO. 14.133 / 21 AND THE GUARANTEE INSURANCE WITH RESUMPTION CLAUSE: ADVANTAGEOUS FOR THE FULFILLMENT OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS?

Flávia Piva Almeida Leite

Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação - no Departamento de Ciências Humanas da FAAC/UNESP. Professora do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da UNESP/Franca. Líder do grupo de pesquisa "Direito à inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida, credenciado junto ao CNPq. Tem experiência nos seguintes temas: relacionados à Administração Pública municipal e ao Direito Público, pessoa com deficiência, inclusão social, eliminação das barreiras arquitetônicas, desenho universal, acessibilidade, convenção dos direitos das pessoas com deficiência e direito urbanístico, sociedade da informação.
E-mail: flavia.leite@unesp.br

Cintia Barudi Lopes

Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, em direito administrativo (2017). Possui mestrado em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (2009). Especialização com capacitação docente em direito constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (2003). Graduada em direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (1996). Atualmente é professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas na disciplina de direito administrativo. Avaliadora do Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.
E-mail: c.barudi@uol.com.br

Recebido em: 21/05/2021
Aprovado em: 10/12/2021

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar se a previsão trazida pela Lei nº 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, referente ao seguro-garantia com cláusula de retomada (*step in*) impactará de maneira positiva no cenário de paralisações e abandonos de diversas obras e de projetos de infraestrutura contratados no país. A metodologia utilizada no artigo foi jurídico-dogmática de modelo hermenêutico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa legislativa e bibliográfica, com a qual se conclui que os benefícios para a efetiva conclusão dos contratos administrativos estarão aliados ao desafio do aumento dos custos dos seguros repassados às construtoras.

Palavras-chave: Lei de Licitações. Seguro-garantia. Cláusula de retomada. *Step in*. Desafios.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze whether the forecast brought by Law No. 14,133 / 2021, new Law on Public Bids and Administrative Contracts, referring to the guarantee insurance with a step in clause will positively impact the scenario of stoppages and abandonments

of several works and infrastructure projects contracted in the country. The methodology used in the article was legal-dogmatic with a hermeneutic model with deductive reasoning and legislative and bibliographic research technique, with which it is concluded that the benefits for the effective conclusion of administrative contracts will be allied to the challenge of increasing insurance costs passed on to companies. builders.

Keywords: New Bidding Law. Guarantee insurance. Resumption clause. Step in. Challenges.

SUMÁRIO: Introdução. 1 As inovações da Lei nº 14.133/21 e o seguro-garantia com cláusula de retomada. 2 O problema das obras e de projetos de infraestrutura inacabados no país. 3 As alterações legais no seguro-garantia: Cláusula de retomada (*step in*), vantagens e desafios. Considerações. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade abordar a nova previsão trazida pela Lei nº 14.133/2021, recente Lei de Licitações e Contratos, que se refere à possibilidade de contratação de seguro-garantia aliado à cláusula de retomada (*step in*) em avenças de complexidade e de alto vulto, assegurando-se que, em casos de inadimplementos das obrigações assumidas pelas construtoras contratadas, sejam as seguradoras compelidas à cumprir o remanescente da obra ou do serviço. Apesar de louvável, a nova previsão vem dividindo opiniões da comunidade acadêmica sobre as vantagens e desvantagens para o setor securitário e para as contratações governamentais.

Nesse sentido e considerando-se esses questionamentos, o artigo está dividido em três partes. Numa primeira parte, abordam-se os principais pontos da Lei nº 14.133/21, que representem uma nova roupagem do velho padrão licitatório da Lei nº 8.666/93, com algumas previsões normativas advindas de leis posteriores, com poucas regras realmente inovadoras, dentre elas a cláusula de seguro-garantia com retomada.

Num segundo momento, analisa-se um cenário bastante preocupante da realidade brasileira no qual fica constatado em índices alarmantes de abandono de obras e de paralizações de projetos de infraestrutura no país.

Na terceira e última parte, levantam-se as questões de divergência ao novo seguro-garantia, com a exposição de seus pontos fortes, mas também com as críticas e desafios que tanto o setor securitário como as contratações públicas, podem sofrer diante da nova previsão.

A metodologia utilizada na elaboração do artigo foi uma pesquisa jurídico-dogmática de modelo hermenêutico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa legislativa e bibliográfica, com a qual conclui-se que existem pontos bastante positivos na nova previsão legislativa e, com eles, espera-se, possam diminuir sobremaneira o problema referente à paralisação de obras que tanto prejudica a implementação de políticas públicas e contribui para o desperdício do erário.

Por outro lado, sabe-se dos desafios impostos ao setor securitário que, ao ser obrigado a se aparelhar diante dessa nova modelagem legal, transferirá seus custos às empresas asseguradas com a consequente diminuição da competitividade no setor e nos procedimentos licitatórios. Dessa forma, acredita-se que somente com a aplicabilidade o dia a dia da nova legislação poder-se-á saber realmente quais as reais vantagens e desvantagens da utilização do mecanismo da cláusula *step in*.

1 AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 14.133/21 E O SEGURO-GARANTIA COM CLÁUSULA DE RETOMADA

A nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133, entrou em vigor em 1º de abril de 2021 e com quase 200 (duzentos) artigos tem por finalidade uniformizar as regras referentes ao procedimento licitatório das compras governamentais, reunindo em suas disposições as normas que no regime

jurídico anterior estão reguladas e distribuídas entre as Leis nº 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11 (Lei Geral das Licitações e Contratos, Lei do Pregão e Lei do Regime Diferenciado de Contratações).

Trata-se de uma legislação que pretende modernizar os mecanismos de contratações públicas vigentes no país, em especial as regras previstas na Lei nº 8.666/93, considerada um regramento jurídico bastante ultrapassado e que contribuiu para o engessamento das compras estatais. Entende-se, em resumo, que a antiga Lei Geral das Licitações não conseguiu acompanhar as mudanças tecnológicas e começou a ficar defasada e seu uso passou, paulatinamente, a ser substituído, em muitas das hipóteses, por modalidades mais avançadas previstas em leis específicas¹.

Diante do forte poder das compras estatais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a necessidade de reforma impunha-se por certo. Porém, a nova Lei de Licitações não é considerada tão inovadora a ponto de revolucionar por completo as regras de contratações públicas. É certo que existem algumas novidades até então não previstas nas legislações anteriores, como cita-se a modalidade *diálogo competitivo*, sem correspondente em lei brasileira, mas com fundamento jurídico no direito comunitário europeu. Mas a lógica da Lei nº 14.133/21 foi outra. Por ela, faz-se a remodelagem de alguns mecanismos e de regras já existentes em legislações posteriores à Lei nº 8.666/93 e que, de certa forma, revolucionaram as disposições vigentes até o momento.

Seguindo essa linha, a Lei nº 14.133/21 contemplou em seus dispositivos vários pontos já previstos na Legislação do Pregão – modalidade licitatória que revolucionou as compras governamentais -, tais como a inversão de fases (primeiro julgam-se as propostas e somente depois habilita-se o vencedor), assim como a substituição da comissão de licitação por um agente de contratação, com inspiração na figura do pregoeiro na condução do procedimento licitatório.

A nova legislação também contemplou vários mecanismos previstos na Lei do RDC, Regime Diferenciado de Contratações, como a possibilidade do sigilo do orçamento e a contratação integrada. Trouxe ainda algumas regras já elencadas no Estatuto das Estatais, Lei nº 13.303/2016, como a contratação semi-integrada e o aumento significativo do valor para a dispensa de licitação que, para contratação de obras e serviços de engenharia, passa para até 100 mil e, para compras e outros serviços, até 50 mil.

Há um ponto de destaque da nova Lei e, acredita-se, seja a regra de maior controvérsia jurídica que é a previsão do seguro-garantia com cláusula de retomada (*performance bond*), mediante a possibilidade de se estipular contratualmente que, caso a empresa contratada não cumpra o objeto contratual, caberá à seguradora assumir o remanescente da obra ou do serviço inadimplido. Apesar da louvável previsão com o objetivo de se reduzir no país os altos índices de obras inacabadas, a comunidade acadêmica debruça-se sobre as dificuldades que talvez essa cláusula possa trazer no que tange a realidade mercadológica brasileira.

Não se trata da primeira vez que se discute a previsão da cláusula de retomada em legislações brasileiras. No momento da discussão e aprovação da própria Lei nº 8.666/93 levantou-se a possibilidade de previsão dessa cláusula nos contratos regidos por essa legislação, o que acabou não vingando na época.

Quando estávamos discutindo os projetos de lei que culminaram na promulgação da Lei 8.666/1993, decidimos pelo afastamento deste mecanismo, apesar de, já naquela oportunidade, haver forte movimentação a fim de incluir na legislação brasileira o seguro garantia com cláusula de retomada. Como se sabe, a Lei 8.666/1993 não albergou esse instituto, sob

¹ Sobre a nova lei de licitações: Aprimoramento ou engessamento da contratação pública? Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/342768/lei-de-licitacoes-aprimoramento-ou-engessamento-da-contratacao>. Acesso em 04 de maio de 2021.

o argumento de que estaria voltado aos interesses das grandes empresas do setor, vez que somente elas teriam capacidade econômica e financeira para contratar seguro com essas características, violando o caráter competitivo do procedimento licitatório².

Ao contrário da Lei nº 8.666/93, o atual diploma normativo licitatório (Lei nº 14.133/21) previu expressamente a possibilidade de se estipular seguro-garantia com cláusula de retomada. Em relação aos questionamentos sobre a viabilidade dessa cláusula em contratos de alta complexidade e de maior vulto, o presente artigo pretende abordar as vantagens e eventuais desvantagens dessa inovação legislativa prevista expressamente na nova Lei de Licitações.

Passamos, então, a detalhar melhor a previsão de seguro-garantia nos contratos administrativos aliados à cláusula de retomada e seus impactos direto nas contratações públicas e na diminuição dos significativos índices de obras inacabadas no país.

2 O PROBLEMA DAS OBRAS E DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA INACABADOS NO PAÍS

O país apresenta um índice bastante preocupante no que diz respeito às obras iniciadas e paralisadas. O acórdão nº 1079/2019 do Tribunal de Contas da União apresenta uma conclusão com dados alarmantes destacando que das mais de 38 mil obras com recursos federais pelo menos 37% se encontravam paralisadas ou abandonadas, com investimento total previsto de R\$ 144 bilhões³. São, portanto, 14 mil obras paralisadas no país envolvendo contratos no valor de R\$ 144 bilhões, de acordo com um relatório recente do Tribunal de Contas da União (TCU)⁴.

Os problemas para essas paralisações prejudiciais ao interesse público são das mais diversas ordens. Verifica-se que essa defasagem ocorre desde a falta de planejamento dos projetos de infraestrutura no país, passando pela crise fiscal entre os entes federados, envolvendo até má gestão de investimentos que se submete ao bel prazer dos ciclos eleitorais.

Independente da causa geradora do problema, o certo é que a paralisação de obras tem causado sérios prejuízos ao interesse público e desperdícios ao erário, de modo que o TCU vem se esforçando para que o governo federal institua um cadastro nacional de obras inacabadas. Esse portal representaria um primeiro e importante passo na luta pela resolução do problema, a fim de que houvesse um diagnóstico mais concreto sobre essas obras no Brasil.

Estima-se que essas obras já consumiram R\$ 10,8 bilhões dos cofres públicos, mas ainda não geraram nenhum benefício à população, pois estão inacabadas⁵. Os prejuízos são incalculáveis. Essas obras inacabadas têm prejudicado vários setores sociais carentes, como da saúde, da educação, do transporte, dentre outros. A efetividade de direitos sociais fica claramente inviabilizada.

Constata-se que as três principais causas para não conclusão dos projetos são erros técnicos, problemas orçamentários e financeiros, e abandono da empresa contratada para a

² iNFRA Debate: A cláusula de retomada na nova Lei de Licitações. Disponível em <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em 04 de maio de 2021.

³ [Coluna 10] Obras inacabadas no Brasil: um problema estrutural. Disponível em <https://blog.transparencia.org.br/coluna-10-obras-inacabadas-no-brasil-um-problema-estrutural/>. Acesso em 06 de maio de 2021.

⁴ Onde estão as 14 mil obras inacabadas do Brasil (e como destravá-las). Disponível em <https://exame.com/economia/onde-estao-as-14-mil-obras-inacabadas-do-brasil-e-como-destrava-las/>. Acesso em 06 de maio de 2021.

⁵ A conta do desperdício: Brasil tem 14 mil obras públicas paradas que já custaram R\$ 10,8 bilhões. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/obras-publicas-paralisadas-tcu/>. Acesso em 07 de maio de 2021.

execução da obra⁶. Em relação a essa última causa, volta-se a discussão da previsão do seguro-garantia com cláusula de retomada, uma vez que o principal objetivo dessa cláusula é o cumprimento das obras, seja por quem for, ainda que pela seguradora do contrato.

Pela nova previsão, altera-se o papel das seguradoras em contratos de grande vulto uma vez que pelos índices de obras paralisadas percebe-se que o modelo da Lei nº 8.666/93 no que tange à adoção de garantias pelos contratados mostrou-se insuficiente. Submeter-se as empresas licitantes à fase de habilitação e, achar-se que a superação dessa fase é suficiente para o adimplemento futuro do contrato, é no mínimo inocente. A Lei nº 8.666/93 conferiu um papel acessório às garantias contratuais e as consequências disso foram danosas diante das obras paralisadas até o momento.

Impunha-se, portanto, repensar o modelo tradicional de garantias e viabilizar regras que pudessem diminuir os riscos de inadimplência dos contratados nas execuções de obras e projetos de infraestrutura.

Usar o mercado de garantias para melhorar a qualidade de seleção dos potenciais contratantes permite superar a visão meramente formal da habilitação, encampada até o presente instante. Num cenário em que cada vez mais as responsabilidades estatais são partilhadas com a iniciativa privada, não faz sentido desprezar a capacidade de análise dos agentes financeiros e aproveitá-la em favor da Administração⁷.

Enfim, a nova Lei de Licitações propõe essa mudança de paradigma. Resta-nos agora verificar quais as melhores formas de implementar a cláusula de retomada e constatar quais as vantagens na sua aplicação prática, os desafios ao setor securitário e consequências jurídicas que advirão aos negócios públicos.

3 AS ALTERAÇÕES LEGAIS NO SEGURO-GARANTIA: CLÁUSULA DE RETOMADA (*STEP IN*), VANTAGENS E DESAFIOS

O *step-in rights*, como é conhecida a cláusula de retomada, já se encontrava prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde 2015, por meio da Lei nº 13.097, que alterou a redação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei de Concessões”) e da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (“Lei das PPPs”). A Lei nº 13.097/2015 incluiu o Art. 27-A na Lei de Concessões e o Art. 5º-A na Lei de PPPs que preveem a possibilidade dos financiadores e garantidores do projeto procederem à assunção do controle ou da administração temporária da concessionária, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

Fausto Miyazato Ricieri Teixeira⁸, em estudo sobre *Análise do Step-in Rights no Project Finance no Brasil*, explica que:

Sem prejuízo do disposto acima, a cláusula de *step-in rights* foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, que acresceu o artigo 27-A à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata das licitações e concessões de serviços públicos, e alterou o artigo 5º, parágrafo segundo, bem como acresceu o

⁶ Ibidem. Mesmo acesso.

⁷ Seguro garantia no projeto da nova Lei de Licitações: não importa a cor do gato, importa que ele cace o rato. Disponível em <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/02/20/seguro-garantia-no-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes-nao-importa-a-cor-do-gato-importa-que-ele-cace-o-rato/>. Acesso em 07 de maio de 2021.

⁸ Monografia no programa de pós-graduação em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais do Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa, 2016. Orientadora: Prof. Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque.

artigo 5-A à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que trata das parcerias público-privadas. O artigo 27-A da lei das concessões bem como o artigo 5-A, juntamente com o previsto no artigo 5 da lei das parcerias público-privadas, estabelecem que, no intuito de promover a reestruturação financeira da SPE e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, poderá ocorrer a transferência do controle ou da administração temporária da SPE aos financiadores. No primeiro caso, trata-se da transferência da propriedade das ações do projeto aos financiadores, em caráter resolúvel. E, no segundo caso, os financiadores passam a exercer a administração temporária da SPE, sem a transferência da propriedade das ações, por meio da outorga de poderes para:

a) indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; Artigo 5-A: Para fins do inciso I do §2º do art. 5º, considera-se: I - o controle da sociedade de propósito específico a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; (...).

b) indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral;

c) exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo;

d) outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo.

Ainda, é importante ressaltar que a administração temporária da SPE pelos financiadores, conforme autorizada pelo poder concedente, nos termos do contrato de concessão ou contrato de parceria público-privada, não imporá responsabilidade aos financiadores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados. Assim, aparentemente, quis o legislador salvaguardar os financiadores de eventual assunção de obrigações da SPE, ao exercerem a administração temporária.

A cláusula de retomada (*step in*) é uma técnica contratual, originária dos países de origem anglo-saxônica, que possibilita a intervenção dos financiadores na sociedade financiada quando a atual gestão ameaçar o sucesso do projeto ou a sua capacidade de honrar o financiamento contratado.⁹

De acordo com o novo texto da Legislação licitatória, a Administração pode exigir que o contratado preste garantias no contrato administrativo e as modalidades de garantia (que ficam à escolha do contratado) foram mantidas pela Lei nº 14.133/21, em seu art. 96 – quais sejam, caução em dinheiro ou em títulos públicos, seguro-garantia e fiança-bancária¹⁰.

⁹ ENEI, José Virgílio Lopes; VIEIRA, Antonio Paulo Kubli. *Step in rights* no direito brasileiro. Disponível em <https://www.machadomeyer.com.br/pt/imprensa-ij/step-in-right-no-direito-brasileiro>. Acesso em 17 de maio de 2021.

¹⁰ Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia; II - seguro-garantia; III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

Em relação ao seguro-garantia, de acordo com o novo texto, o edital para obras, serviços e fornecimentos pode exigir uma garantia da empresa contratada por meio de um seguro em percentual até 5% do valor inicial do contrato, podendo esse valor ser majorado para até 10%, desde que haja justificativa.

Assim, quanto ao **valor da garantia**, em contratações de obras, serviços e fornecimentos, pode ser de até **5% do valor inicial do contrato**, autorizada a majoração desse percentual para até 10%, desde que justificada mediante análise da **complexidade técnica e dos riscos envolvidos**. Trata-se do mesmo valor que foi adotado nos §§ 2º e 3º, do art. 56, da Lei nº 8.666/93. Geralmente será utilizado o valor inicial do contrato, contudo, para contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a um ano, assim como nas subsequentes prorrogações, determina o parágrafo único do art.98 que será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais previstos¹¹.

Já para contratação de obras e serviços de engenharia de grande vulto (valor estimado supera 200 milhões de reais¹²) o valor do seguro-garantia é maior e pode chegar até 30% do valor inicial do contrato. Nesse caso, prevê-se também a faculdade de se estipular a cláusula de retomada. Essa previsão encontra-se expressa no art. 102 da nova Lei.

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.

Essa previsão permite que o contrato seja cumprido, ainda que pela seguradora, sem prejuízos para a administração pública e ao interesse público (com a previsão da possibilidade de a seguradora subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente). Por essa nova disposição, a seguradora funciona como fiscalizadora direta da execução dos contratos administrativos nos quais consta como interveniente anuente. Cumprindo-se o objeto do contrato, fica a seguradora dispensada de pagar a importância segurada na apólice; não cumprindo, deve arcar com esse valor integralmente¹³.

¹¹ NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada. 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.416.

¹² Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);

¹³ Art. 102, 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 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.

As principais vantagens da nova norma sobre o seguro-garantia é imputar responsabilidades para a seguradora, i.e., que terá livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal, acompanhará a execução do contrato principal, terá acesso a auditoria técnica e contábil, poderá solicitar esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento. Desta forma, a possibilidade de suspensão ou interrupção das obras públicas em decorrência de problemas ocasionados pela contratada são mitigadas, uma vez que a Nova Lei permite a execução da obra pela seguradora. Ademais, como dito acima, a seguradora torna-se fiscalizadora das operações, garantindo que sejam realizadas conforme os critérios iniciais¹⁴.

As vantagens para a conclusão de obras no país são patentes na medida em que a nova sistemática, uma vez entabulada entre as partes em contratos de engenharia, obrigará as seguradoras ao cumprimento do objeto contratual. É óbvio que essa previsão legal produzirá impactos no setor securitário. As seguradoras deverão se adaptar a essa nova possibilidade e deverão implementar novas políticas contratuais diante dessa maior exposição de riscos as quais estarão submetidas. O papel das seguradoras também vai sofrer drásticas mudanças no setor, levando-as a abandonar um antigo perfil mais passivo diante da ocorrência dos sinistros.

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 do contrato garantido. Mesmo assim, esse contato tende a ser mínimo, limitando-se as seguradoras a solicitar informações a respeito do andamento da obra.

(...)

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-garantia¹⁵.

Percebe-se que essa mudança de perfil no papel das seguradoras ainda encontra certa resistência no setor que, acredita-se, preferiria manter um papel mais passivo e cômodo. Os

¹⁴ O Novo seguro-garantia em obras e serviços de grande vulto – segundo a nova Lei de Licitações. Disponível em <https://www.mazzuccoemello.com/o-novo-seguro-garantia-em-obras-e-servicos-de-grande-vulto-segundo-a-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em 12 de maio de 2021.

¹⁵ BASTOS, Felipe. Os vários tipos de seguros na Nova Lei Geral de Licitações: controvérsias, balanços e perspectivas. Disponível em file:///C:/Users/cbaru/Downloads/6f2c01de007493_osdiversostiposdesegurosnanova.pdf. Acesso em 12 de maio de 2021.

desafios advindos da cláusula de retomada são concretos e basta-nos saber qual será o preço disso. Estima-se que fatalmente os valores dos seguros com esse grau de exposição aumentarão sobremaneira.

Em entrevista, Pedro Mattosinho¹⁶, diretor de Garantia da Fator Seguradora, explica melhor essa visão do setor sobre a novidade legislativa:

Pode explicar o que é a cláusula de retomada?

A missão como seguradora, do início ao fim, é concluir a obra. Na atual norma, a seguradora não acompanha a obra e nem tem liberdade para opinar sobre o projeto e acompanhar o fluxo da obra. Com a nova lei, passamos a ser intervenientes anuentes nas obras de grande vulto, com garantia de até 30%. Assinamos o contrato como se fossemos sócios. Temos o direito de acompanhar a obra e a obrigação de, em caso de algum problema com o tomador, assumir a obra e contratar uma nova construtora para concluir o projeto. Ou seja, de contratar uma segunda construtora para assumi-la com todos os desafios trabalhistas, logísticos e técnicos, pois cada obra tem a sua especificidade.

E isso aumenta o custo para as seguradoras?

Sim. Temos de ter uma equipe técnica para analisar tudo, começando pela situação financeira das construtoras e os termos do contrato. Depois disso, acompanharemos cada passo, desde a proposta, para checar se o projeto da construtora está dentro dos padrões técnicos, financeiros e com prazo de conclusão viável, até o dia a dia da obra para checar se tudo que foi acordado é colocado em prática dentro do orçamento e do prazo previsto. A corretora de seguros também passa a ter um papel mais consultivo do que transacional.

E para as construtoras, que são os tomadores ou contratantes do seguro?

Os tomadores terão de ser mais transparentes. Se quer R\$ 300 milhões em crédito para um seguro garantia, terá de abrir dados de balanços. Sem essa de mandar o balanço via arquivo Excel. Precisa esclarecer dúvidas, dar acesso ao projeto, à precificação. É assim que as seguradoras irão calcular o valor disponível para o seguro. Com a nova Lei, acho difícil uma construtora conseguir um seguro da noite para o dia, como é feito hoje. Precisarão pensar no seguro garantia desde o início dos estudos para participar das licitações.

Fica evidente, portanto, que a maior desvantagem na efetivação dessa cláusula de retomada consistirá no aumento dos valores dos seguros, porque as seguradoras vão precisar se instrumentalizar para essa nova roupagem securitária, com custos que, obviamente, serão repassados às construtoras licitantes. Além disso, o setor securitário subscreverá os riscos contratuais com maior rigor, já que eles também serão de responsabilidade das seguradoras, gerando uma possível concentração do mercado de seguro garantia em seguradoras com apetite, expertise e capital para esse grau de exposição¹⁷. De certo, as seguradoras subscritoras serão muito mais rigorosas quanto à assunção dos riscos contratuais.

¹⁶ Nova Lei de Licitações traz avanços para seguro garantia. Entrevista com Pedro Mattosinho, Diretor de Garantia da Fator Seguradora. Disponível em <https://www.sindsegs.org.br/site/noticia-texto.aspx?id=33795>. Acesso em 17 de maio de 2021.

¹⁷ SURYAN, Jaqueline; HILL, Marcella; JARDIM, Mariana Cavalcanti. Nova Lei de Licitações: um novo seguro garantia? Disponível em <https://br.lexlatin.com/opinia/nova-lei-de-licitacoes-um-novo-seguro-garantia>. Acesso em 17 de maio de 2021.

Há um outro ponto agravante da adoção da referida cláusula. A competitividade no certame poderá sair prejudicada na medida em que empresas de pequeno porte terão mais dificuldades de contratar seguros-garantia com essa modelagem e com custos tão elevados.

Destarte, o aumento do percentual das garantias contratuais certamente irá impactar no processo de subscrição das apólices de seguro-garantia perante as seguradoras, as quais adotarão critérios mais rigorosos para a assunção dos riscos, em decorrência dos maiores valores envolvidos e da necessidade de majoração dos custos de acompanhamento dos contratos, fatores determinantes para a revisão das taxas de prêmio atualmente praticadas neste mercado de seguros.

No caso da prestação de serviços, o alto custo que assumirão as apólices de seguro-garantia, ao invés de melhorar o mercado, poderá ter o efeito de reduzir a participação de empresas prestadoras de menor porte, em detrimento da competitividade do certame, ou mesmo fomentar o uso abusivo de aditivos e prorrogações dos contratos atuais, sem este custo, bem como empurrar o mercado para um aumento da clandestinidade.

Os custos mais elevados que os atuais pela expansão dos percentuais de seguro-garantia poderão ainda provocar um verdadeiro desinteresse da Administração pela terceirização de serviços e contratação de mão de obra, substituindo, sempre que possível, por soluções tecnológicas mais baratas¹⁸.

Ainda é crível ressaltar que a cláusula de retomada aliada ao seguro-garantia nas contratações de alto vulto se destina a garantir o adimplemento de obras contratadas e inacabadas por condutas faltosas das empresas construtoras. Esse tipo de cláusula não tem o condão de proteger as empresas contratadas de paralisações que decorram da Administração Pública contratante, outro grave problema que induz para o abandono de projetos de infraestrutura no país. A crítica que se faz é que o seguro-garantia não poderia ser uma via de mão única, pois o grande problema das licitações na atualidade é a inadimplência praticada pelo próprio Estado¹⁹.

Também não se pode esperar que a simples previsão legal de cláusula *step in* resolverá todos os problemas relacionados ao atraso e abandono de obras no país. As dificuldades em relação a esse cenário são muito mais profundas do que se imagina. Acredita-se, nessa linha, que o seguro-garantia com cláusula de retomada seja um primeiro e importante passo para fornecer mais segurança jurídica nas contratações públicas.

Como se vê, o tema é de interesse da sociedade há décadas. É natural que um problema dessa magnitude não possa ser resolvido com uma solução única do tipo *one size fits all*, dependendo de uma de uma longa série de medidas – desde um melhor planejamento, projetos mais bem elaborados, passando por critérios de seleção mais adequados, gerenciamento de execução das obras e de resolução de impasses mais transparentes e eficientes, até pagamentos mais ágeis. Conforme admitido pelo Min. Vital do Rêgo:

“[h]á uma reconhecida dificuldade do setor público para finalizar obras de diferentes portes ou complexidade como, por exemplo, construção de

¹⁸ AKASHI, Diogo. Mudanças no Seguro-garantia pela Nova Lei de Licitações pode ser um tiro no pé. Disponível em <https://www.cebrasse.org.br/noticias-midia/mudancas-no-seguro-garantia-pela-nova-lei-de-licitacoes-pode-ser-um-tiro-no-pe/>. Acesso em 17 de maio de 2021.

¹⁹ AKASHI, Diogo. Mudanças no Seguro-garantia pela Nova Lei de Licitações pode ser um tiro no pé. Disponível em <https://www.cebrasse.org.br/noticias-midia/mudancas-no-seguro-garantia-pela-nova-lei-de-licitacoes-pode-ser-um-tiro-no-pe/>. Acesso em 17 de maio de 2021.

creches, escolas, hospitais, quadras esportivas, sistemas de saneamento básico, estradas, portos e aeroportos²⁰.

Enfim, essas são algumas considerações a respeito da novidade legislativa. Não se sabe, ao certo, se a cláusula de retomada no seguro-garantia surtirá os efeitos jurídicos esperados pela comunidade acadêmica. Acredita-se que com ela os índices de projetos inacabados e abandonados no país possam ser reduzidos, assim como amenizadas as consequências drásticas que essas paralisações acarretam à efetividade de direitos sociais contemplados por tais projetos.

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.

O novo e muito mais complexo papel a ser desempenhado pelas seguradoras nessas modalidades de seguros-garantia com cláusula de retomada tem gerado 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 Pública, como culminou por acontecer nos Estados Unidos, por exemplo²¹.

As expectativas a respeito dos efeitos práticos da cláusula de retomada são positivas. Desafios existem e deverão ser superados conforme o setor securitário for se adaptando às novas regras. Realmente, não se espera que a referida cláusula resolva todo o cenário de abandono de obras e projetos no Brasil. Mas o passo inicial foi dado. Destaca-se, porém, que somente com a vivência da Lei nº 14.133/2021 no dia-a-dia da Administração Pública e de seus gestores poder-se-á saber de fato se o setor securitário será impactado de maneira positiva e se os interesses da coletividade serão resguardados da melhor forma e com o menor desperdício de recursos públicos possível.

²⁰ BASTOS, Felipe. Os vários tipos de seguros na Nova Lei Geral de Licitações: controvérsias, balanços e perspectivas. Disponível em file:///C:/Users/cbaru/Downloads/6f2c01de007493_osdiversostiposdesegurosnanova.pdf. Acesso em 12 de maio de 2021.

²¹ BASTOS, Felipe. Os vários tipos de seguros na Nova Lei Geral de Licitações: controvérsias, balanços e perspectivas. Disponível em file:///C:/Users/cbaru/Downloads/6f2c01de007493_osdiversostiposdesegurosnanova.pdf. Acesso em 12 de maio de 2021.

CONSIDERAÇÕES

O presente artigo pretende trazer à baila alguns questionamentos a respeito da previsão inserida no art. 102 da nova Lei de Licitações e Contratações Públicas, Lei nº 14.133/21, referente à possibilidade de se prever, em contratos de engenharia de alto vulto, seguro-garantia com cláusula de retomada, estipulando-se a responsabilidade da seguradora pelo cumprimento do remanescente da obra ou do projeto abandonado ou paralisado pela empresa contratada.

Pelo dispositivo em vigor, que contempla a denominada cláusula *step in*, as seguradoras passam a ter uma participação muito mais ativa em apólices contratuais por elas subscritas. Trata-se de uma das maiores inovações da Lei nº 14.133/21, já que a sistemática da recente legislação foi adotar velhas roupagem já conhecidas no sistema licitatório, com a adoção de mecanismos contemplados em legislações posteriores à Lei nº 8.666/93, em especial a Lei do Pregão, do RDC e o Estatuto das Estatais.

O anseio da previsão legislativa volta-se a diminuir os altos índices de obras paralisadas no país. Recente estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União dá notícias de que existem atualmente no país mais de 14 mil obras inacabadas, inviabilizando a concretização de direitos sociais e de políticas públicas necessárias ao desenvolvimento econômico e à inclusão dos menos favorecidos. Sem contar com o gigantesco rombo orçamentário, uma vez que a paralisação desses projetos atinge em cheio o erário público e incentiva o desperdício dos recursos estatais.

Impulsionada por esse cenário, a nova Lei de Licitação estipula a cláusula de retomada com o claro objetivo de forçar o cumprimento dos contratos públicos, seja por quem for, inclusive pelas próprias seguradoras que os asseguram. O papel das seguradoras, até então passivo diante dos sinistros, altera-se radicalmente, uma vez que o setor se vê obrigado a acompanhar de perto a execução dos contratos administrativos. Por essa nova disposição, a seguradora funciona como fiscalizadora direta da execução dos contratos administrativos nos quais consta como interveniente anuente.

Por outro lado, é necessário saber quanto vai custar essa nova previsão legal. O setor securitário deverá se adaptar à nova realizada contratual e será, com certeza, muito mais rigoroso na assunção dos riscos. Precisarão também se aparelhar com pessoal que conheça melhor as regras de contratações de engenharia e que seja habilitado a acompanhar e a planejar o projeto de forma muita mais consultiva. O risco de diminuir a competitividade existe, vez que empresas de pequeno porte não terão calibre financeiro à altura desses custos. As cláusulas de retomada também não têm o condão de cobrir paralisações ocasionadas por condutas faltosas da Administração contratante, fato este que é tido como um dos maiores ocasionadores de obras abandonadas. Nesse sentido, essa previsão é via de mão única.

Pode-se, portanto, concluir que a previsão da nova Lei de Licitações inserta no art. 102 apresenta expectativas positivas, mas não fica livre de dúvidas se os impactos serão realmente benéficos, tanto ao setor securitário, quanto ao setor de contratações públicas. Basta-nos aguardar a vivência da Lei 14.133/21 pelos gestores públicos para se saber com certeza os reais impactos desse mecanismo legal.

REFERÊNCIAS

AKASHI, Diogo. Mudanças no Seguro-garantia pela Nova Lei de Licitações pode ser um tiro no pé. **CEBRASSE – Central Brasileira do Setor de Serviços**. Disponível em <https://www.cebrasse.org.br/noticias-midia/mudancas-no-seguro-garantia-pela-nova-lei-de-licitacoes-pode-ser-um-tiro-no-pe/>. Acesso em 17 de maio de 2021.

BASTOS, Felipe. Os vários tipos de seguros na Nova Lei Geral de Licitações: controvérsias, balanços e perspectivas. Disponível em

file:///C:/Users/cbaru/Downloads/6f2c01de007493_osdiversostiposdesegurosnanova.pdf. Acesso em 12 de maio de 2021.

CALEIRO, João Pedro. Onde estão as 14 mil obras inacabadas do Brasil (e como destravá-las). **EXAME**, publicado em 31 de agosto de 2019. Disponível em <https://exame.com/economia/onde-estao-as-14-mil-obras-inacabadas-do-brasil-e-como-destrava-las/>. Acesso em 06 de maio de 2021.

ENEI, José Virgílio Lopes; VIEIRA, Antonio Paulo Kubli. Step in rights no direito brasileiro. Disponível em <https://www.machadomeyer.com.br/pt/imprensa-ij/step-in-right-no-direito-brasileiro>. Acesso em 17 de maio de 2021.

GALDINO, Manoel. [Coluna 10] Obras inacabadas no Brasil: um problema estrutural. **Transparência Brasil**, publicado em 30 de agosto de 2019. Disponível em <https://blog.transparencia.org.br/coluna-10-obras-inacabadas-no-brasil-um-problema-estrutural/>. Acesso em 06 de maio de 2021.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Seguro garantia no projeto da nova Lei de Licitações: não importa a cor do gato, importa que ele cace o rato. **Observatório da Nova Lei de Licitações**, publicado em 20 de fevereiro de 2020. Disponível em <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/02/20/seguero-garantia-no-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes-nao-importa-a-cor-do-gato-importa-que-ele-cace-o-rato/>. Acesso em 07 de maio de 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. Sobre a nova lei de licitações: Aprimoramento ou engessamento da contratação pública? **Migalhas**, publicado em 1º de abril de 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/342768/lei-de-licitacoes-aprimoramento-ou-engessamento-da-contratacao>. Acesso em 04 de maio de 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada. 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MATTOSINHO, Pedro. Nova Lei de Licitações traz avanços para seguro garantia. Entrevista com Pedro Mattosinho, Diretor de Garantia da Fator Seguradora. **SINDsegsp – Sindicato das Empresas de Seguro e Resseguros**, publicado em 18 de fevereiro de 2021. Disponível em <https://www.sindsegsp.org.br/site/noticia-texto.aspx?id=33795>. Acesso em 17 de maio de 2021.

REZENDE, César; PORTA, Fabiana. O Novo seguro-garantia em obras e serviços de grande vulto – segundo a nova Lei de Licitações. **MAZZUCCO E MELLO ADVOGADOS**, publicado em 20 de abril de 2021. Disponível em <https://www.mazzuccoemello.com/o-novo-seguero-garantia-em-obras-e-servicos-de-grande-vulto-segundo-a-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em 12 de maio de 2021.

SOGAYAR, Alberto; DE MATOS, Tácito Ribeiro; DE ALCÂNTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago e GUIMARÃES, Fernando. iNFRA Debate: A cláusula de retomada na nova Lei de Licitações. **Portal da INFRA**, publicado em 13 de abril de 2021. Disponível em <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em 04 de maio de 2021.

SANT'ANA, Jéssica. A conta do desperdício: Brasil tem 14 mil obras públicas paradas que já custaram R\$ 10,8 bilhões. **GAZETA DO POVO**, publicado em 28 de maio de 2019. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/obras-publicas-paralisadas-tcu/>. Acesso em 07 de maio de 2021.

SURYAN, Jaqueline; HILL, Marcella; JARDIM, Mariana Cavalcanti. Nova Lei de Licitações: um novo seguro garantia? **LEXLATIN**, publicado em 05 de abril de 2021. Disponível em <https://br.lexlatin.com/opinia/nova-lei-de-licitacoes-um-novo-seguro-garantia>. Acesso em 17 de maio de 2021.

TEIXEIRA, Fausto Miyazato Ricieri. Monografia no programa de pós-graduação em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais do Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa, 2016. Orientadora: Prof. Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque.