Em documento elaborado em conjunto com a Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg e com a Federação Nacional de Empresas de Resseguro – FENABER, o qual foi apresentado ao governo em janeiro deste ano, sugerimos a implementação de reformas legislativas para tornar mais eficiente e eficaz o uso do seguro garantia de fiel execução ("Performance Bond") como instrumento viabilizador da retomada e conclusão de obras públicas que venham a ser interrompidas em virtude de inadimplemento contratual pelo construtor/concessionário.

A melhoria do marco legal é mesmo imprescindível para que se garanta às seguradoras, de um lado, plena segurança e previsibilidade no cumprimento de suas obrigações, sem que, para tanto, assumam responsabilidades que extrapolem os termos do contrato de seguro, e, de outro lado, o direito de exigir dos tomadores, de forma célere, a integral compensação pelos prejuízos por elas indenizados.

Pois bem. Vale lembrar que, nos termos da legislação vigente, o Performance Bond representa uma modalidade de seguro que garante ao segurado (contratante), até o limite estipulado na respectiva apólice, na hipótese de inadimplemento por parte do contratado (tomador), **(i)** o fiel cumprimento das obrigações objeto do contrato garantido (o contrato principal), às expensas da seguradora e sob sua responsabilidade ("*step in*"); ou **(ii)** o pagamento de indenização securitária correspondente ao "sobrecusto" a ser incorrido pelo segurado para o término da obra por intermédio de um terceiro por ele contratado. Ocorre que, atualmente, a primeira opção (step in) não tem se mostrado viável, diante da insegurança jurídica que vivenciamos.

Desponta como a incongruência legislativa mais emblemática, a reconhecida insuficiência do limite da garantia normalmente contratado vis-à-vis os riscos a que o segurado está exposto como consequência do eventual descumprimento do contrato principal pelo tomador. Vale lembrar, nesse sentido, conforme previsão contida no artigo 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que o valor da garantia exigida do construtor/concessionário usualmente corresponde a, apenas, 5% ou, excepcionalmente, 10% do valor do contrato.

Outro fator que inviabiliza o exercício do *step in right* pela seguradora diz respeito à dúvida quanto à forma pelo qual o terceiro que se incumbirá da retomada e término da obra será por ela contratado, especialmente se tal contratação deve se dar sob o regime de direito privado ou se deve sofrer influxos de normas restritivas de direito público, com todas as consequências daí advindas. Não é clara, inclusive, a possibilidade de exercício, pelas seguradoras, do *step in right* previsto no artigo 27-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no âmbito das concessões.

Como se não bastasse a corriqueira insuficiência da importância segurada em relação ao risco, bem como a incerteza quanto ao regime jurídico de contratação e execução do contrato inadimplido, as seguradoras não se sentem nada confortáveis em *step in*, tendo em vista a real possibilidade de sucessão quanto aos débitos de responsabilidade do contratado inadimplente, com destaque para os trabalhistas e fiscais.

Por outro lado, mesmo que as seguradoras tivessem incentivos para incrementar o valor das garantias e estivessem juridicamente confortáveis, ainda seria necessário robustecer o direito legal e contratual de ressarcimento, perante o tomador, dos prejuízos por ela indenizados, a fim de se concretizar o mecanismo de *step in*.

Nesse sentido, importante que as seguradoras façam jus às mesmas garantias apresentadas ao poder concedente, aos financiadores e demais garantidores. Além disso, é razoável que o crédito da seguradora contra o concessionário/construtor inadimplente goze de privilégios frente aos demais credores. Ora, se a seguradora garante o término do projeto e, consequentemente, o fluxo financeiro que pagará os demais credores, a ela deve ser dado prioridade no recebimento do crédito derivado do seu direito de ressarcimento.

Finalmente, necessário se empresar, legalmente, exequibilidade ao instrumento de contragarantia

celebrado entre seguradora e o tomador, incluindo a cláusula de *place in funds*, ou seja, do dispositivo que prevê o reforço de contragarantias sob certas circunstâncias (deterioração da capacidade econômico-financeira da concessionária, por exemplo).

Nos próximos artigos desta coluna, debateremos cada uma das sugestões de reforma legislativa que foram apresentadas ao governo federal para solucionar os entraves acima indicados, com o que esperamos contribuir para os debates em torno de tema tão importante para o desenvolvimento da infraestrutura no país.

(30.05.2016)