

Dispute Boards e Seguro Garantia: utilidades da aproximação de ambos os institutos.

**Augusto Barros de Figueiredo
Luiza Perrelli Bartolo**

1. Introdução

Há muito, o direito se ocupa de instrumentos capazes de evitar a inexecução dos contratos e proteger as partes dos efeitos do eventual inadimplemento contratual. A preocupação com o tema decorre, entre outros motivos, da relevância dos contratos para a circulação de riquezas¹ e, conseqüentemente, para o desenvolvimento socioeconômico.

No âmbito dos projetos de construção civil e infraestrutura que envolvem a Administração Pública, o problema é notório e demanda especial atenção porque, nesses casos, a inexecução dos contratos implica em paralisação de obras essenciais ao desenvolvimento do país e em desperdício de recursos públicos².

Conforme dados divulgados no Painel de Obras do Tribunal de Contas da União (TCU)³, até outubro de 2023, o país contava com mais 8,6 mil obras paradas⁴, em relação as quais o Governo Federal já despendeu mais de R\$ 8 bilhões. Do total de obras interrompidas, mais de 41% impactam a educação básica e cerca de 21% afetam o setor de infraestrutura e mobilidade urbana, em prejuízo direto à população.

¹ ROPPO, Enzo; CONTRATO, O. Tradução de: COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário C. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 13.

² Conforme amplamente divulgado pela imprensa nacional:
<https://www.estadao.com.br/opiniaao/o-legado-desastroso-das-obras-paradas/>
<https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/11/24/estado-eficiente-pais-tem-41percent-das-obras-publicas-paralisadas-como-evitar-tantos-desperdicios.ghtml>
<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2024/01/rs-tem-347-obras-com-recursos-federais-paralisadas-clrtnhxew0049013fqs6fui2k.html>
https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2023/04/06/interna_politica,1478328/brasil-tem-3-119-obras-paradas-na-educacao-basica.shtml

³ Disponível em: <https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfbd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffea6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>. Acesso em: 22 de julho de 2024.

⁴ Conforme informa o Painel do TCU, esse número corresponde a 41% das obras que contam com recursos federais.

Com base nos dados divulgados pelo TCU, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC) mapeou as principais causas de paralisação de obras públicas, dentre elas a interrupção de obras por determinação de órgãos de controle, como o TCU, e a incapacidade da Administração Pública em processar pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro⁵.

A grave crise de inexecução de obras públicas também motivou uma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). De acordo com o estudo, embora apenas 1,2% das obras paralisadas em 2019 tenham sido interrompidas por processos judiciais, tais processos representavam cerca de R\$ 149 bilhões em recursos orçamentários imobilizados⁶.

Esses estudos permitem concluir, pelo menos inicialmente, que uma parte significativa das causas de inexecução de obras públicas está relacionada à ausência ou ineficiência de mecanismos de governança contratual ou, em outras palavras, à má gestão dos riscos contratuais.

Diante desse cenário e com o objetivo de fomentar a criação de uma estrutura jurídica que contribua para a mitigação do problema da inexecução dos contratos, especialmente daqueles que envolvem obras públicas, este artigo se propõe a demonstrar a possibilidade de diálogo entre o ***Dispute Board***, método alternativo de prevenção e resolução de disputas previsto no art. 151 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133 de 2021)⁷, e o ***Seguro Garantia***, instrumento de proteção contra o inadimplemento de obrigações garantidas, previsto no art. 102 da mesma Lei⁸.

⁵ “Obras públicas paralisadas no Brasil: diagnóstico e propostas”, da Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC, 2023. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2023/11/cbic-obras-paralisadas-arquivo-final-para-grafica.pdf>. Acesso em: 26 de julho de 2024.

⁶ “Diagnóstico sobre Obras Paralisadas”, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-sobre-obras-paradas/>. Acesso em 26 de julho de 2024.

⁷ “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”. (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Edição: 61-F, Seção 1 - Extra F, Pág. 2).

⁸ “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: (...)” (*Ibidem*).

2. **Dispute Board: o que é e por que convém usá-lo?**

2.1. **Conceito, natureza jurídica e modalidades do método**

Podemos conceituar o *Dispute Board* como **método alternativo de prevenção e resolução de disputas** — frequentemente utilizado em projetos de construção civil e infraestrutura, mas não limitado a esses setores —, de caráter contratual, imparcial e técnico, o qual se ocupa, precipuamente, em **evitar que um contrato tenha sua execução interrompida ou definitivamente frustrada** em razão divergências entre os contratantes⁹.

O DB é **essencialmente contratual** porque sua utilização depende de convenção prévia, ou seja, os contratantes deverão manifestar vontade de que eventuais divergências sejam solucionadas pela via do *Dispute Board*¹⁰.

Conquanto a atividade do *Dispute do Board*, no Brasil, **não tenha natureza jurisdicional**¹¹, o DB se enquadra no que a doutrina denomina como “sistema brasileiro de justiça multiportas”, ou seja, “(...) *variados espaços e ferramentas de prevenção e solução de disputas, com potencialidade de interconexão, proporcionando à sociedade formas eficientes de alcance da pacificação social*”¹².

Quanto à **imparcialidade do método**, tal característica está relacionada à necessária neutralidade e independência dos membros do DB, bem como à finalidade do *Dispute Board*. Isso porque, embora a formação de um contrato pressuponha a

⁹ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. Comitês de Resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da Administração Pública. Almedina Brasil, 2022, pág. 24.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Como ensina RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, os *Dispute Boards* “(...) *Constituem-se de técnica m mista, pois reúnem ao mesmo tempo uma solução contratual (não jurisdicional) para a solução de controvérsias inseridas em relações de longo prazo, sugerida por terceiros imparciais, não dotados de poderes jurisdicionais, com potencial de elevado impacto na eliminação de conflitos futuros*”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Natureza Jurídica, Eficácia e Obrigatoriedade da Cláusula de Dispute Board. In SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo; SALLA, Ricardo Medina. Manual de Dispute Boards: Teoria Prática, e Provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 295-319).

¹² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas. Editora Foco, 2024.

convergência de vontades¹³, é comum que os interesses das partes sejam distintos em alguma medida¹⁴. O *Dispute Board* se presta, então, a administrar esse estado de tensão contratual para evitar que divergências naturais se tornem disputas arbitrais ou judiciais.

Para alcançar esse desiderato, o *Dispute Board* **se apoia na técnica**, isto é, o método se baseia no profundo conhecimento do contrato e na ampla experiência dos profissionais indicados para as funções do DB, os quais se propõem a gerenciar adequadamente questões contratuais sensíveis, sugerir iniciativas capazes de reduzir o risco de inexecução dos contratos e, se necessário, resolver eventuais controvérsias contratuais. A autonomia da vontade dos contratantes, fundamento central do *Dispute Board*, confere ao método alto grau de flexibilidade quanto à sua composição, instituição e processamento. Os contratantes poderão, portanto, instituir modelos próprios de DB ou adotar regulamentos publicados por instituições internacionais, como a *International Federation of Consulting Engineers* (“FIDIC”), a *International Chamber of Commerce* (“ICC”) ou o Banco Mundial.

Com base nas regras editadas pelo ICC, por exemplo, os Comitês de *Dispute Board* deverão ser **compostos**, idealmente, por **três ou mais especialistas**¹⁵ de áreas correlatas ao objeto do Comitê¹⁶. Embora se admita a realização do DB por único especialista, acredita-se que esse não seja o modelo ideal, considerando a complexidade dos contratos e o risco de paralisação do DB por indisponibilidade ou impedimento de seu único membro¹⁷.

Quanto às **modalidades**, os **Comitês** de *Dispute Board* poderão ser **permanentes**, isto é, instituídos desde o início do contrato para o acompanhamento de

¹³ GOMES, Orlando. Contratos, 26ª Edição, Editora Forense, 2008, Rio de Janeiro, pág. 11.

¹⁴ Segundo a doutrina, em decorrência dessas divergências naturais, “(...) os interesses dos contratantes ficam, então, em constante tensão dialética: articulados e contrapostos, afirmam-se e negam-se uns aos outros”. (COELHO, Fábio Ulhoa. Capítulo 29. Os Contratantes e Seus Interesses In: COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Civil. Editora Revista dos Tribunais. 2022).

¹⁵ Conforme art. 7º, item 2 c/c art. 1º, ambos do Regulamento do ICC. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/2015-dispute-board-rules-2018-appendices-english-version/>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

¹⁶ Conforme art. 7º, item 8, do Regulamento do ICC.

¹⁷ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. Comitês de Resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da Administração Pública. Almedina Brasil, 2022, pág. 35.

todo o projeto, ou **ad hoc**, para a solução de questões pontuais e específicas. Entretanto, o Comitê de DB *ad hoc* se revela menos eficiente para evitar a paralisação de projetos e prevenir o surgimento de litígios arbitrais ou judiciais por não acompanhar toda a execução do contrato¹⁸, deixando de contar com a função preventiva do método que tanto tem a contribuir com os projetos.

No que diz respeito à **natureza de suas decisões**, os regulamentos internacionais sugerem que os Comitês poderão ser do tipo “**Dispute Review Boards**”, “**Dispute Adjudication Boards**” e “**Combined Dispute Boards**”¹⁹.

O **Dispute Review Boards** é responsável por emitir recomendações sobre divergências contratuais. Esse Comitê, atua, fundamentalmente, para evitar que dificuldades inerentes ao contrato conduzam as partes a uma situação de conflito formal (judicial ou arbitral), mas suas conclusões, no formato adotado pelo Regulamento de Dispute Boards da ICC (“Regulamento”), se tornarão de adoção obrigatória somente se uma das partes não manifestar sua insatisfação em até 30 dias após a manifestação do DB, nos termos do artigo 5º do Regulamento.

Esta conceituação é importante já que, na sua origem norte-americana, os DB de Recomendação realmente emitiam recomendações que as partes adotavam voluntariamente, o que não diminuía a força da sua atuação. Entretanto, com o advento da prática em países mais beligerantes e menos pragmáticos na condução da resolução de disputas contratuais, fez-se necessário atribuir alguma obrigatoriedade à recomendação, o que acabou sendo feito em relação ao momento da sua adoção.

Complementa o modelo de DB de Recomendação o chamado **Dispute Adjudication Board**, que emitirá decisões contratualmente vinculantes desde o momento do seu recebimento pelas partes.

Nos casos regidos pelo Regulamento do ICC, por exemplo, o caráter vinculante das decisões do *Dispute Adjudication Boards* poderá excluir a jurisdição arbitral e judicial se as partes não encaminharem a questão à Arbitragem ou ao Poder Judiciário

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Conforme art. 4º, 5º e 6º, do Regulamento do ICC.

no prazo contratualmente previsto²⁰. Porém, no ordenamento jurídico brasileiro, em que a atividade do DB não tem natureza jurisdicional²¹ e que não admite *pactum de non petendo*²², as decisões proferidas no âmbito do DB poderão ser amplamente revistas no âmbito arbitral ou judicial, observados os prazos prescricionais e decadenciais previstos em lei para cada espécie de controvérsia.

Finalmente, conforme delineado pelos regulamentos internacionais, as partes poderão adotar Comitê de natureza híbrida, os “**Combined Dispute Boards**”, que, em regra, emitirão recomendações, mas, mediante convenção entre as partes ou entendimento do próprio Comitê, poderão proferir decisões contratualmente vinculantes como ocorre no *Dispute Adjudication Board*²³.

2.2. O Dispute Board no Brasil

No Brasil, o caso paradigmático do *Dispute Board* ocorreu em 2004, no contrato para a construção da Linha Amarela do Metrô de São Paulo²⁴. Naquela ocasião, o Banco

²⁰ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. Comitês de Resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da Administração Pública. Almedina Brasil, 2022, pág. 38.

²¹ Enunciado nº 131 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: As decisões promovidas por Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) que sejam vinculantes têm natureza contratual e refletem a vontade das partes que optaram por essa forma de resolução de conflitos, pelo que devem ser cumpridas obrigatória e imediatamente, sem prejuízo de eventual questionamento fundamentado em ação judicial ou procedimento arbitral.

²² O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela nulidade da “promessa de não processar” (“*pactum de non petendo*”), como se extrai da ementa a seguir:

“APELAÇÃO. ANULATÓRIA DE CLAÚSULA. DISTRATO DE PERMISSÃO ONEROSA DE USO DE IMÓVEL. DISTRATO. PANDEMIA DA COVID-19. Pretensão deduzida pela permissionária, objetivando a anulação da cláusula impositiva de multa bem como a restituição dos valores pagos. Procedência parcial dos pedidos. Inconformismo da ré. INTERESSE DE AGIR. Configuração. **Pactum de non petendo. Cláusula que representa compromisso de não litigar em juízo. Disposição violadora da garantia de acesso à jurisdição. Nulidade configurada. Subsunção ao art. 5º, inc. XXXV, CF c/c art. 3º, caput, CPC.** OBJEÇÃO REJEITADA. MÉRITO. (...). Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1094689-44.2022.8.26.0100; Relator (a): Rosangela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/09/2023; Data de Registro: 19/09/2023, grifou-se)

²³ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga, *op. cit.*, pág. 39.

²⁴ Embora, à época, não houvesse regulamentação própria sobre DB, a Administração Pública estava autorizada a utilizá-lo em razão do disposto no art. 23-A da Lei nº 11.196/2005, que já admitia a utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias, bem como do art. 42, §5º, da ab-rogada Lei nº 8.666/93, que já excluía as limitações da Lei de Licitações dos contratos administrativos que contassem com financiamento internacional. Para esses casos, a Lei de Licitações previa a aplicação da regulamentação editada pelo financiador. Foi essa

Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) condicionou o financiamento do projeto à utilização do DB. Assim, de forma inédita, o Município de São Paulo previu em contrato a utilização do *Dispute Board* como método de prevenção e resolução de disputas.

No caso do projeto de construção da Linha Amarela do Metro de São Paulo, a eficiência do DB foi comprovada na prática: a despeito das controvérsias contratuais e do estabelecimento de um litígio judicial (processo nº 1014265-98.2018.8.26.0053), a obra, que contou com um *Dispute Adjudication Board* não foi paralisada²⁵.

Para fazer frente a essa realidade e conferir maior segurança jurídica ao método o Município de São Paulo, de forma pioneira, editou a Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018²⁶, primeira lei sobre *Dispute Board* no país. Essa Lei estabeleceu as primeiras normas para a utilização do DB no âmbito da Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo, sendo regulamentada dois anos depois pelo Decreto Municipal nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021²⁷.

A legislação do Município de São Paulo, embora pioneira na sistematização e regulamentação do *Dispute Board* no âmbito da Administração Pública no Brasil, apresenta alguns limitadores que comprometem a plena utilização desse método.

Inicialmente, a legislação paulistana limita a utilização do DB a contratos de obras e, especificamente, de obras de valor igual ou superior a R\$ 200.000.000,00, deixando de experimentar os benefícios do método em contratações públicas de outras espécies

estrutura normativa que possibilitou a utilização do DB no caso da Linha Amarela do Metro de SP (conforme DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. Comitês de Resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da Administração Pública. Almedina Brasil, 2022, pág. 49-50).

²⁵ MORAES, Arthur Bobsin de; CALEGARI, Luiz Fernando. Uma nova perspectiva: a análise dos dispute boards como mecanismos alternativos de resolução de conflitos aplicado aos contratos de infraestrutura. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 121-142, maio/out. 2023. Disponível em: https://www.tcesc.tc.br/sites/default/files/2023-10/RTCESC_1%20-%20Artigo_Uma%20nova%20perspectiva%20a%20an%C3%A1lise%20dos%20dispute%20boards.pdf. Acesso em: 27 de julho de 2024.

²⁶ SÃO PAULO (Município). Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Diário Oficial da Cidade de São Paulo, São Paulo, SP, 23 fev. 2018.

²⁷ SÃO PAULO (Município). Decreto nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021. Regulamenta a Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a adoção dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos de obras públicas e de execução continuada celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta do Município de São Paulo. Diário Oficial da Cidade de São Paulo, São Paulo, SP, 11 fev. 2021.

e valores, o que revela quanto ainda se faz necessário um trabalho de informação ao mercado sobre os custos do DB²⁸.

Quando observamos a experiência internacional, entendemos que a resistência da Administração Pública à ampla utilização do DB, fundamentada no custo envolvido, não se justifica. Segundo dados da *Dispute Resolution Board Foundation*, o custo do DB normalmente representa 0,05% a 0,15% do custo do projeto de infraestrutura e construção civil. Além disso, essa instituição destaca que uma das características do DB é justamente atuar para reduzir os custos do projeto e o atraso de seu cronograma, o que evidencia o bom custo-benefício do método²⁹.

A legislação do Município de São Paulo também falha ao dispor que a função adjudicativa do DB será sempre excepcional e dependerá do cumprimento de uma série de requisitos, incluindo o entendimento do gestor público sobre a necessidade da função adjudicativa do Comitê.

Ao excepcionar tal função, a Lei Municipal retira do DB uma importante ferramenta contra o problema da inexecução dos contratos de infraestrutura, pois, em Comitês com função adjudicativa, como aquele que funcionou no caso paradigmático do Metrô de São Paulo, a probabilidade de paralisação da obra é reduzida.

Seguiram-se à referida legislação as Leis que disciplinam os Comitês de DB no Município de Belo Horizonte/MG (Lei Municipal nº 11.241/2020), no Município de Porto Alegre (Lei Municipal nº 12.810/2021) e no Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 15.812/2022).

Com a edição da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), o Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), foi incluído, em caráter nacional, entre os métodos de prevenção e resolução de controvérsias admitidos no âmbito da Administração Pública.

Vale notar que a referida lei se limitou a prever a possibilidade de utilização do método (art. 151, *caput*); a estabelecer que o Comitê de Resolução de Disputas poderá

²⁸ Neste sentido, PETERSEN, André Barros Bolzani e BARROS DE FIGUEIREDO, Augusto, Uma proposta de novo olhar para a decisão de investir em Dispute Boards, na obra Temas de mediação e arbitragem VIII / Coordenado por Asdrubal Franco Nascimbeni, Maria Odete Duque Bertasi e Ricardo Borges Ranzolin, Porto Alegre, LEX, 2024.

²⁹ MANUAL, DRF—*Dispute Board. A Guide to Best Practice and Procedures*. Charlotte, USA, 2019. Disponível em: <https://drbf.memberclicks.net/dispute-board-manual>. Acesso em: 28 de junho de 2024.

resolver controvérsias “*relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações*” (art. 151, Parágrafo Único); a prever que o processo de escolha dos membros do DB observará critérios de tecnicidade, isonomia e transparência; e a dispor que o contrato administrativo poderá ser extinto por decisão consensual tomada por meio do DB (art. 138, II)³⁰.

A falta de disciplina legal suficiente e uniforme do *Dispute Board* contribui para a ainda existente falta de confiança da Administração Pública e das empresas do setor da construção civil para a adoção do método em larga escala.

Com a pretensão de sanar essa deficiência, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2421/2021, que se propõe a disciplinar os Comitês de *Dispute Board* no âmbito da União, Estados e Municípios. Entretanto, por conter disposições voltadas à instalação de Comitês *ad hoc*, isto é, aqueles formados pontualmente após o surgimento de uma controvérsia contratual específica, a referida proposição legal vem sendo criticada pela doutrina³¹.

Apesar de ausência de uma legislação nacional ou mesmo internacional³² que discipline o *Dispute Board*, o método foi utilizado em importantes projetos de infraestrutura no Brasil, como a Parceria Público Privada para a Construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves e aquela firmada para a construção da Rodovia MG-050, ambas em Minas Gerais³³.

³⁰ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Edição: 61-F, Seção 1 - Extra F, Pág. 2

³¹ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. Comitês de Resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da Administração Pública. Almedina Brasil, 2022, pág. 24.

³² Um dos autores deste artigo defende a possibilidade da elaboração de uma lei modelo sobre Dispute Boards como forma de superar os problemas regulatórios hoje constatados não apenas no Brasil, mas em diversas partes do mundo, em especial na América Latina, objeto do estudo. Neste sentido, ver BARROS DE FIGUEIREDO, Augusto, “Dispute Boards e Desenvolvimento Econômico: Contribuições para a Harmonização Normativa do Método”, tese de doutorado defendida na UFF em 30 de abril de 2024, no prelo.

³³ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabela Carolina Miranda. OS DISPUTE BOARDS NO DIREITO BRASILEIRO. Revista Direito Mackenzie, v. 9, n. 2, pág. 141. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10108/6253>. Acesso em: 12 de julho de 2024.

Além disso, o DB foi utilizado no âmbito dos contratos de construção e reforma de estádios da Copa do Mundo de 2014, na PPP para a construção da Arena Fonte Nova, na Bahia, na construção da Arena das Dunas, no Rio Grande do Norte, no Aeroporto de São Gonçalo/RN e em parte do projeto do Rodoanel de São Paulo/SP³⁴.

2.3. Vantagens na utilização do *Dispute Board*

A popularização do *Dispute Board* pode auxiliar a Administração Pública e as empresas do setor da construção civil a atenuarem o grave problema da paralisação e inexecução de obras públicas porque além de oferecer experiência, tecnicidade, imparcialidade, e esforços para a superação de divergências contratuais, o DB se torna fonte segura e qualificada de um grande volume de informações contratuais complexas.

A produção de documentos relativos às controvérsias encaminhadas ao DB, como o “*procedure paper*”³⁵ e o “*statement of dispute*” dentro dos procedimentos de Submissão Formal³⁶; o encaminhamento de “*joint reports*” sobre questões técnicas; e a formação de um conjunto de documentos comum às partes (“*Common Reference Document*”³⁷), são úteis não apenas para as atividades do DB, mas para todo aquele que, por interesse contratual ou imposição legal, tenha que lidar com uma controvérsia

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ “*Procedure Papers*” são documentos por meio dos quais as partes formalizam suas reclamações no processo de DB. Segundo LAMY e SESTREM (*Ibidem*), esses documentos “a) devem apresentar a natureza dos fatos conflituosos; b) devem argumentar os motivos pelos quais do ponto de vista fático-técnico haveria acolhimento da posição; c) devem referenciar as disposições contratuais aplicáveis, inclusive cláusulas; d) devem apresentar o posicionamento jurídico aplicado à posição da parte; e) devem apresentar documentação pré-constituída; f) devem apresentar uma análise do impacto do conflito no cronograma (preferencialmente quantificadas em dias de atraso)” (LAMY, Eduardo de Avelar; SESTREM, Felipe Cidral. “Comitês de Resolução de Disputas, processo civil e Constituição: aproximações principiológicas na Administração Pública”. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 131-158, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1592>).

³⁶ “*Statement of dispute*” é documento por meio do qual as partes declaram a controvérsia posta perante o DB e resumem suas posições (LAMY, Eduardo de Avelar e SESTREM, Felipe Cidral, *Ibidem*).

³⁷ Como esclarecem LAMY e SESTREM (*Ibidem*), “(...) é comum aos Comitês exigirem das partes a elaboração de um Common Reference Document (CRD), isso é, um pacote conjunto (joint bundle) de documentos que instruirá a análise unificada dos membros na resolução do caso”.

contratual durante ou após a atuação do Comitê de *Dispute Board*. A conveniência da utilização do método parece-nos, então, ser indubitável.

Ao trazer maior eficiência para a execução contratual, os DBs podem ser, também, uma ferramenta de redução de custos transacionais. Se a adoção de um DB Permanente conduz à maior probabilidade de as obras serem entregues a tempo e dentro dos orçamentos previstos — fato que levou o Banco Mundial e outros bancos de fomento internacionais a exigir a adoção dos *Dispute Boards* nos projetos por eles financiados — **que reflexões podemos ter sobre o impacto da sua adoção na estrutura securitária dos projetos, em especial no que diz respeito ao Seguro Garantia?**

Para que possamos seguir com estas reflexões é importante, inicialmente, conceituar o instituto e situá-lo dentro do contexto dos projetos de infraestrutura para, ao final, discutir como pode ocorrer sua interação com o método dos *Dispute Boards*.

3. Inserção do contrato de seguro no ordenamento nacional

O contrato de seguro possui a peculiaridade de instrumentalizar atividade supervisionada pelo Estado, de modo que, para compreender adequadamente as regras e dinâmicas próprias do seguro garantia, deve-se ter em mente a interface entre dois “sistemas”³⁸.

Isso porque o contrato de seguro, usualmente formalizado entre a seguradora e o segurado³⁹ possui natureza jurídica de contrato privado, ficando submetido, portanto, às regras de direito privado, especialmente o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor⁴⁰. Esse contrato pode ser enquadrado como o “microssistema”⁴¹.

³⁸ TEIXEIRA, Raul. As novas formas de regulamentação do mercado e o sistema nacional de seguros privados: a SUSEP e as agências reguladoras. A auto-regulação e a teoria da captura. Revista de Direito da Procuradoria Geral, n. 58, Rio de Janeiro, 2005, p. 178.

³⁹No caso do seguro garantia, há a peculiaridade de ser contratado pelo tomador. Explicar a peculiaridade do tomador.

⁴⁰ Esse último se houver relação jurídica de direito do consumidor.

⁴¹ *Ibidem*.

Contudo, as relações entre os agentes econômicos que atuam no mercado segurador, bem como entre esses e os órgãos reguladores e fiscalizadores do mercado se inserem no “macrossistema”⁴², objeto de supervisão estatal⁴³.

A supervisão estatal sobre a atividade securitária foi prevista e regulada por meio do Decreto-Lei nº 73, de 1966, que criou o Sistema Nacional de Seguros Privado, composto atualmente pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), Superintendência Nacional de Seguros Privados (SUSEP), resseguradores, seguradoras autorizadas a operar com seguros privados e corretores habilitados (conforme a antiga redação do art. 8º, alíneas “a” a “e” do Decreto-Lei nº 73/1966)⁴⁴.

Tal Decreto-Lei foi recepcionado como lei complementar após a promulgação da Constituição Federal de 1998 (“CF”), considerando que o art. 192, II, da CF, previa, em sua redação original, que o sistema financeiro nacional, o qual inclui o mercado de seguros, seria regulado por lei complementar, mas a referida lei complementar não foi até hoje editada⁴⁵.

A partir desse fundamento constitucional e da delegação regulatória contida no Decreto-Lei, o CNSP e a SUSEP atuam editando normas de caráter administrativo com variados escopos, entre elas as regras e critérios mínimos para elaboração e

⁴² TEIXEIRA, Raul. *Op. cit.*

⁴³ Tratando da regulação da atividade securitária, que inclui a supervisão estatal, Poletto e Gonçalves afirmam que a regulação é necessária “(...) para assegurar: i) a higidez econômico-financeira do segurador; ii) a proteção do consumidor; iii) a livre concorrência; e iv) a cooperação entre os seguradores no mercado”. Os autores ainda esclarecem que “(...) a efetividade da prestação da garantia é o fundamento tradicional para que haja a intervenção estatal (...), a qual atua em área de titularidade do setor privado, no sentido de assegurar a higidez econômico-financeira do segurador e a certeza da capacidade de pagamento” (POLETTTO, Gladimir Adriani; GONÇALVES, Oksandro Osdival. O papel do Sistema Nacional de Seguros Privados na ordem econômica. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 21, n. 124, Jun./Set. 2019 p. 319-340. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-1703>. Acesso em: 30 de julho de 2024).

⁴⁴ Com a privatização do IRB, o 8º, alíneas “a” a “e”, do Decreto-Lei nº 73/1966, com redação dada pela Lei Complementar nº 126/2007, excluiu a menção específica ao referido Instituto e passou a prever que os “resseguradores”, em geral, integram o Sistema Nacional de Seguros Privados.

⁴⁵ Atualmente, o art. 192, II, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, dispõe: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disponão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988).

comercialização de determinados produtos securitários, como é o caso do seguro garantia⁴⁶.

3.1. Seguro garantia: natureza jurídica e características

Atualmente, o seguro garantia é regulado por meio da Circular SUSEP nº 662, de 11 de abril de 2022, bem como por meio da Circular SUSEP nº 621, de 12 de fevereiro de 2021 ou Resolução CNSP nº 407, de 29 de março de 2021, a depender de sua caracterização como seguro de grande risco ou não⁴⁷.

Por se tratar de modalidade de seguro cujo interesse segurável contempla o cumprimento de uma obrigação, o seguro garantia pode desempenhar papel relevantíssimo no âmbito dos diversos contratos que compõe a rede necessária para o desenvolvimento de projetos de infraestrutura. A pouco e pouco, os atores envolvidos em

⁴⁶ Nos termos do art. 32, I a XIX, e art. 36, alíneas “a” a “l”, ambos do Decreto-Lei nº 73/1966, que estabelecem, respectivamente, as competências do CNSP e da SUSEP.

⁴⁷ A Resolução CNSP nº 407/2021 define os seguros de grandes riscos, nos seguintes termos:

“Art. 2º Entendem-se como contratos de seguros de danos para cobertura de grandes riscos aqueles que apresentem as seguintes características:

I - estejam compreendidos nos ramos ou grupos de ramos de riscos de petróleo, riscos nomeados e operacionais – RNO, global de bancos, aeronáuticos, marítimos e nucleares, além de, na hipótese de o segurado ser pessoa jurídica, crédito interno e crédito à exportação; ou

II - demais ramos, desde que sejam contratados mediante pactuação expressa por pessoas jurídicas, incluindo tomadores, que apresentem, no momento da contratação e da renovação, pelo menos, uma das seguintes características:

a) limite máximo de garantia (LMG) superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais);

b) ativo total superior a R\$ 27.000.000,00 (vinte e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior; ou

c) faturamento bruto anual superior a R\$ 57.000.000,00 (cinquenta e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior.

§ 1º Também poderão ser considerados seguros de danos para cobertura de grandes riscos, na forma prevista no inciso II deste artigo, aqueles seguros que tenham sido contratados, por meio de uma apólice individual, por mais de um tomador ou segurado, desde que, ao menos um dos tomadores ou segurados apresentem, pelo menos uma das características constantes das alíneas “b” ou “c” deste inciso.

§ 2º No caso do seguro garantia, o contrato também poderá ser classificado como de grandes riscos se o tomador ou segurado pertencer a um grupo econômico que atenda as disposições contidas nas alíneas “b” e “c” deste inciso, devendo constar na apólice expressa menção ao vínculo existente, de forma clara e objetiva.

§ 3º A hipótese prevista no parágrafo anterior aplica-se apenas ao tomador ou segurado que possua personalidade jurídica própria e integre grupo econômico sob controle ou direção administrativa comum ou ainda sob o mesmo controle acionário” (BRASIL. Conselho Nacional de Seguros Privados. Resolução CNSP nº 407, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre os princípios e as características gerais para a elaboração e a comercialização de contratos de seguros de danos para cobertura de grandes riscos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 mar. 2021).

tais projetos vêm tomando maior consciência a esse respeito, o que motivou avanços regulatórios e legislativos, como a Circular SUSEP nº 662/2022 e a Lei nº 14.133/2021, que dispõe sobre as licitações e contratos administrativos.

O Seguro Garantia é modalidade de Seguro de Danos e, como tal, obriga a seguradora a garantir o interesse legítimo do segurado — credor de uma relação jurídica de direito privado ou de direito público — relativo ao risco de inadimplemento de uma obrigação ou conjunto de obrigações assumidas pelo devedor, que figurará como tomador do seguro⁴⁸.

No Seguro Garantia há, portanto, uma relação jurídica composta por três partes: o tomador, o segurado e a seguradora. De forma explicativa:

- O tomador é o devedor da obrigação cujo risco de inadimplemento será objeto do seguro garantia. É ele quem contrata o seguro garantia em favor do segurado.
- O segurado é o credor da obrigação cujo risco de inadimplemento será objeto do seguro garantia. Ele obtém do tomador o seguro garantia em seu favor.
- A seguradora irá garantir ao segurado sua indenização pelos prejuízos advindos da concretização do risco de inadimplemento da obrigação assumida pelo tomador, isto é, o sinistro no âmbito do seguro garantia.

A SUSEP classifica o seguro garantia a partir do regime jurídico ao qual a obrigação garantida está sujeita. Dessa forma, o seguro garantia – segurado setor público é aquele cujo “objeto principal está sujeito ao regime de direito público”, ao passo que o seguro garantia – segurado setor privado é aquele “cujo objeto principal está sujeito ao regime de direito privado” (art. 2º, V e VI, da Circular SUSEP nº 662/2022).

A despeito do regime de direito ao qual esteja submetido, o contrato de seguro garantia poderá percorrer as seguintes etapas, consideradas desde a sua concepção até sua extinção, seja em virtude do pagamento da indenização ou por decurso da vigência:

⁴⁸ Art. 757, CC: Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

- Subscrição do risco: Nesta etapa, o tomador fornece à seguradora os documentos necessários para que ela analise o seu risco de inadimplemento. Por isso, diferentemente de outros seguros, em que se utilizam métodos estatísticos e atuariais para se apurar a possibilidade de ocorrência do risco, no âmbito do seguro garantia, a seguradora irá analisar basicamente a capacidade econômico-financeira do tomador e sua *expertise* para fins de cumprimento da obrigação garantida⁴⁹. O prêmio, isto é, o preço a ser pago pela garantia, é formado com base nesses parâmetros⁵⁰.
- Celebração do contrato e emissão da apólice: Caso o segurador aceite o risco submetido pelo tomador, o contrato de seguro garantia será celebrado entre ambos e a apólice que o instrumentaliza será emitida. A apólice e seu respectivo clausulado deverão ser submetidos ao segurado, que – no mais das vezes – será também o beneficiário da indenização em caso de inadimplemento do tomador.
- Vigência da apólice: Durante a vigência da apólice, é possível que ocorram perturbações na possibilidade de cumprimento da obrigação objeto da garantia ou, ainda, repactuações a respeito da forma como tal obrigação deve ser cumprida. É interessante que a seguradora esteja a par das eventuais perturbações ou inclusive repactuações, já que poderão produzir reflexos sobre o risco garantido, que constitui o objeto da prestação da seguradora.

⁴⁹ BURANELLO, Renato Macedo. Do Contrato de seguro: o seguro garantia de obrigações contratuais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.174-175.

⁵⁰ Conforme Poletto *“No Seguro Garantia, o valor do prêmio não está baseado em cálculos atuariais do risco, mas, como já citado, na análise econômico-financeira do tomador, com a consequente classificação deste pela companhia seguradora e órgão ressegurador, aliado, ainda, à análise técnica quanto ao objeto do seguro, ou seja, à subscrição efetiva da garantia prestada”* (POLLETO, Gladimir Adriani. O Seguro Garantia: em busca de sua natureza jurídica. Orientador Paulo R. R. Nalin. – Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2003, p. 47 – Cadernos de Seguro: teses, v. 8, nº 17).

- Expectativa de sinistro: Quando há um fato ou um conjunto de fatos que indiquem a possibilidade concreta de descumprimento, pelo tomador, da obrigação garantida, estar-se-á diante de uma expectativa de sinistro. O segurado, sempre que possível, deverá dar ciência à seguradora da expectativa de sinistro⁵¹.
- Aviso de Sinistro: Se a obrigação garantida for descumprida pelo tomador, o segurado deverá formalizar o aviso de sinistro à seguradora, para que a última verifique os critérios para comprovação do descumprimento, os quais deverão estar especificados no instrumento que contém a obrigação garantida⁵².
- Regulação de Sinistro: A partir da caracterização do descumprimento da obrigação garantida, com a apresentação do aviso de sinistro, a seguradora dará início à regulação de sinistro. Trata-se de um procedimento realizado pela própria seguradora para apurar se o evento danoso (no caso do seguro garantia, o descumprimento da obrigação garantida) está coberto nos termos da apólice e das regras aplicáveis ao

⁵¹ Art. 17 da Circular SUSEP nº 662/2022: “Art. 17. Define-se como expectativa de sinistro o fato ou ato que indique a possibilidade de caracterização do sinistro e o início da realização de trâmites e/ou verificação de critérios para comprovação da inadimplência, nos termos do §1º do art. 18.

§ 1º Caso seja prevista a expectativa de sinistro, as condições contratuais do seguro deverão descrever claramente o ato ou fato que a define e estabelecer se haverá, ou não, a exigência de sua comunicação à seguradora, hipótese em que deverão estar descritos os critérios para esta formalização.

§ 2º Na hipótese de ser prevista a exigência de comunicação da expectativa de sinistro à seguradora, sua não comunicação, ou sua não comunicação de acordo com os critérios estabelecidos nas condições contratuais do seguro, somente poderá gerar perda de direito ao segurado caso configure agravamento do risco e impeça a seguradora de adotar as medidas dos incisos II e III do artigo 29”.

⁵² Art. 18. O sinistro estará caracterizado quando comprovada a inadimplência do tomador em relação à obrigação garantida.

§ 1º A caracterização do sinistro, nos termos do caput, pode se dar de maneira imediata, pela ocorrência da inadimplência, ou pode requerer a realização de trâmites e/ou verificação de critérios para sua comprovação, de acordo com os termos do objeto principal ou de sua legislação específica.

§ 2º Os trâmites e critérios para comprovação da inadimplência, nos termos do caput do art. 17 e do §1º deste artigo, fazem parte das regras do objeto principal e são de responsabilidade do segurado, não tendo a seguradora ingerência sobre esse processo, salvo disposição em contrário no objeto principal ou em sua legislação específica.

§ 3º A comprovação da inadimplência mencionada no §2º deste artigo não se confunde com a regulação de sinistro, tratada no art. 19.

§ 4º Uma vez caracterizado, considera-se como data do sinistro aquela relativa à inadimplência do tomador.

caso⁵³. A título de exemplo, a Circular SUSEP nº 622 dispõe que a inadimplência decorrente de atos ou fatos de responsabilidade do segurado causará a perda do direito à garantia se houver contribuído de forma determinante para o sinistro (art. 24, I). Nessa fase, portanto, a seguradora irá apurar se as condições previstas no clausulado e nas normas aplicáveis estão preenchidas para a indenização, bem como o valor dos prejuízos indenizáveis, considerando o limite máximo da garantia estabelecida na apólice.

- Indenização: Se o procedimento de regulação de sinistro concluir pela cobertura do evento danoso, a seguradora deverá indenizar o segurado dos prejuízos sofridos. No âmbito do seguro garantia, a SUSEP autoriza há muitos anos que a indenização ocorra mediante **(i)** o pagamento em dinheiro dos prejuízos ou **(ii)** mediante a execução da obrigação garantida, de forma a dar continuidade e concluí-la nos mesmos termos estabelecidos no instrumento que contém a obrigação garantida⁵⁴.

Não é demais ressaltar que o seguro de danos, do qual o seguro garantia é espécie, é orientado pelo princípio indenitário, o qual estabelece que a indenização deve corresponder ao prejuízo efetivamente experimentado, sem resultar em enriquecimento do segurado⁵⁵. Tal princípio se alinha ao caráter ressarcitório da indenização por responsabilidade civil, prevista no art. 944, do Código Civil, segundo o qual “A indenização mede-se pela extensão do dano”⁵⁶.

⁵³ De acordo com Ernesto Tzirulnik, “a regulação de sinistro é uma atividade voltada à revelação (existência e conteúdo), quantificação e cumprimento da obrigação indenizatória que exsurge da obrigação de garantia a cargo do segurador”²⁰. Para o autor, “trata-se de atividade que integra o objeto da obrigação” (TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro. Regulação de sinistro (ensaio jurídico) – Seguro e fraude*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 66.)

⁵⁴ Conforme art. 21, I e II, da Circular SUSEP nº 662/2022.

⁵⁵ PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406 de 10.01.2002*. 18th ed. Barueri: Manole, 2024. E-book. p.2399. ISBN 9788520461921.

⁵⁶ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Em consonância com o princípio indenitário, aplicam-se aos seguros de danos: (i) o art. 778, do Código Civil, o qual limita a garantia ofertada pelas seguradoras ao valor do interesse segurado (entendido, pela doutrina, como repercussão econômica do bem ou — no caso do seguro garantia — da obrigação garantida no patrimônio do segurado)^{57 58}; (ii) o art. 781 do Código Civil, que limita a indenização ao valor do interesse segurado no momento do sinistro, bem como ao limite máximo da garantia fixado na apólice (importância segurada)⁵⁹; e (iii) no caso específico do seguro garantia, o art. 6º, da Circular SUSEP nº 622/2022, o qual atribui ao segurado o dever de definir o valor da garantia de acordo com a obrigação garantida e sua legislação específica.

3.2. Notório desenvolvimento do Seguro-garantia nos últimos anos

O seguro garantia tem se desenvolvido significativamente ao longo das últimas décadas no mercado brasileiro, com um crescimento mais acentuado nos últimos anos. Dados divulgados pela SUSEP indicam que, entre janeiro de 2023 e julho de 2024, as seguradoras que operam no país arrecadaram mais de R\$ 6 bilhões em prêmios pagos

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Segundo a doutrina, “O que se considera interesse segurável vincula-se tanto à relação do tomador do seguro, segurado ou beneficiário com determinado bem, ou direito sobre esse bem, quanto às repercussões econômicas que de sua perda, deterioração ou desvalorização venha a sofrer. O conceito de interesse segurável, assim, é relacional e econômico (patrimonial). Desse modo, poderá ser identificado no titular da propriedade sobre o bem, mas também com relação a quem deva reivindicá-la (como no caso em que haja disputa sobre a titularidade), ou ao titular de um direito de crédito, cujo inadimplemento implique uma situação de desvantagem patrimonial. A pretensão de reparação por danos ou de algum direito de caráter obrigacional ou inerente à propriedade (uso, fruição, disposição) também conforma um interesse segurável, tal como as situações em que o titular possa ser demandado por obrigações assumidas, ou responsabilidade imputada por lei ou contrato, de modo que a garantia neutralize a situação de desvantagem patrimonial”. (MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. Direito dos Seguros. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. p.168. ISBN 9786559645435).

⁵⁹ Art. 781. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador.

pela contratação de seguros garantia (segurado setor público), enquanto as indenizações pagas no âmbito desse ramo de seguro ultrapassaram R\$ 400 milhões^{60 61}.

Com efeito, a Administração Pública tem envidado esforços para fomentar a utilização do seguro garantia como ferramenta de proteção ao risco de descumprimento dos contratos administrativos. Não por acaso a Lei nº 14.133/2021 contemplou as seguintes previsões sobre a utilização do produto:

- O seguro garantia terá como objetivo garantir o cumprimento das obrigações do contratado perante a Administração, incluindo as multas, prejuízos e indenizações decorrentes do inadimplemento. As contratações das apólices deverão observar o prazo de vigência deverá ser igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato garantido e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência mediante a emissão de endosso pela seguradora; além disso, o seguro garantia continuará em vigor mesmo se o tomador não pagar o prêmio nas datas convencionadas (art. 97, caput, I e II);
- Quando os contratos de obras e/ou serviços de engenharia se caracterizarem como de grande vulto – isto é, superior a R\$ 200.000,00 –, a Administração Pública poderá exigir a apresentação de seguro garantia com cláusula de retomada, em percentual correspondente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato (art. 99 e art. 6º, XXII);
- A cláusula de retomada, mais comumente conhecida como *step in*, consiste na previsão de que a seguradora, em caso de inadimplemento do contratado, terá a obrigação de assumir a execução do contrato e concluir

⁶⁰ Os dados contemplam todos os ramos de seguro garantia – segurado setor público, como o seguro garantia judicial, seguros garantia de compras, serviços, obras, enfim, todas as obrigações sujeitas ao direito público. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/premiosesinistrosporuftodas.aspx?id=53>. Acesso em 08 de out. de 2024.

⁶¹ *Ibidem*.

o seu objeto. Nesta hipótese, a seguradora deverá firmar o contrato e seus aditivos como interveniente anuente e poderá (a) ter livre acesso aos locais em que executado o contrato principal; (b) acompanhar sua execução; (c) ter acesso à auditoria técnica e contábil; e (d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento. Caso a seguradora assuma a execução do contrato, ela poderá realizar subcontratações para a conclusão do contrato, total ou parcialmente; caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a totalidade da indenização segurada indicada na apólice (art. 102).

A Lei nº 14.133/2021 e a Circular SUSEP nº 662 consistem em respostas ao incremento da utilização do produto e da necessidade de se lhe atribuir maior eficácia.

A Circular SUSEP que vigorou nas duas décadas anteriores à Circular SUSEP nº 622/2022 possuía requisitos muito restritivos para a cobertura dos eventos danosos, o que, ao longo de muitos anos, prejudicou a utilização do seguro garantia no âmbito dos contratos de construção civil e infraestrutura firmados pela Administração Pública.

No entanto, com o advento da Circular SUSEP nº 662/2022, muitas inovações positivas já tem sido experimentadas, entre elas: (i) eliminação das condições gerais padronizadas e previsão de elaboração de clausulados personalizados, mais adequados aos projetos segurados (art. 27, Parágrafo único); (ii) possibilidade de inclusão de terceiros, tais como financiadores dos projetos, como beneficiários do seguro garantia (art. 15); (iii); autorização para a contratação de seguro garantia com cláusula de retomada (*step in*, conforme art. 21, II); (iv) vigência da apólice, como regra, igual ao prazo de vigência da obrigação garantida, salvo na hipótese de previsão contratual ou legal em sentido diverso (art. 7º)⁶².

⁶² Aliás, o art. 7º, da Circular SUSEP nº 662/2022 está em consonância com o disposto no art. 97, I, da Lei nº 14.133/2022, o qual prevê, para as apólices relacionadas a licitações e contratos administrativos, que “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”.

Outras modificações relevantes, realizadas pela Circular SUSEP nº 662/2022, dizem respeito à disciplina de questões intrincadas, tais como o momento de comunicação da expectativa de sinistro, as consequências de eventual comunicação tardia, além da caracterização de agravamento de risco e seus efeitos.

Houve avanço nesse aspecto, conferindo-se maior segurança jurídica aos segurados ao prever, por exemplo: (i) que a falta de comunicação ou a comunicação tardia da expectativa de sinistro somente acarretará a perda do direito à indenização caso configure agravamento do risco e impeça a seguradora de adotar medidas atenuantes (art. 17, § 2º); e (ii) que eventuais alterações no objeto principal somente causarão a perda do direito à indenização se, cumulativamente: (a) houver previsão contratual de comunicação de alterações; (b) as alterações forem omitidas ou comunicadas em desacordo com os critérios contratuais; (c) configurarem agravamento de risco; (d) a omissão ou a comunicação defeituosa tiver relação com o sinistro ou for provado pela seguradora que o segurado silenciou de má-fé (art. 11, § 2º, “a” e “b”).

No entanto, os temas do agravamento de risco e da tempestividade da comunicação da expectativa de sinistro ainda geram inúmeras controvérsias no momento da apuração do dever de indenizar (fase de regulação do sinistro), o que muitas vezes prejudica a realização da garantia e impacta a execução do contrato garantido.

Com efeito, durante a execução de uma obra de grandes proporções, é muito comum que as partes façam novos ajustes ou rearranjos nas obrigações que compõem o contrato garantido, justamente para lograr o cumprimento e a conclusão do objeto contratual. Muitas vezes, as decisões que ensejam tais rearranjos têm que ser tomadas de forma rápida e não são compartilhadas previamente com a seguradora tão somente por questões de ordem prática.

Em relação à expectativa de sinistro, sabe-se que ela deve ser formalizada à seguradora sempre que existir uma possibilidade concreta de descumprimento da obrigação garantida pelo tomador. Contudo, muitas vezes, o segurado, inserido no contexto de execução do contrato, não possui a clareza de identificar o momento e a

necessidade de comunicação do risco de inadimplemento antes que, de fato, se concretize⁶³.

Considerando essa realidade e a complexidade dos contratos administrativos em projetos de infraestrutura e construção civil, o mercado segurador deve direcionar sua atenção para estruturas jurídicas que evitem o sinistro (no caso do seguro garantia, o inadimplemento) e, quando necessário, viabilizem a realização da garantia securitária na hipótese de cumprimento dos requisitos legais e regulamentares para o pagamento da indenização.

3.3. O relevante papel do segurador na análise do risco de inadimplemento.

Como se disse, a Lei nº 14.133/21 pretendeu promover a utilização do seguro garantia em licitações e contratos administrativos de obras públicas de grande vulto por vislumbrar nesse produto um propulsor do bom andamento de projetos de construção civil e infraestrutura, considerando dois aspectos principais: (i) a subscrição do risco do projeto pelo segurador, o que pode ser compreendido como verdadeira chancela ao contrato e ao tomador; e (ii) o controle do risco de descumprimento por parte do segurador.

De fato, o método de avaliação do risco é bastante singular no seguro garantia e tal circunstância tem a potencialidade de gerar benefícios ao andamento e à conclusão dos contratos de obras públicas, pois, para avaliar o risco segurável — que é justamente o descumprimento da obrigação garantida pelo tomador —, o segurador terá que analisar essencialmente: (i) a situação econômico-financeira do tomador e (ii) sua expertise no campo em que se insere a obrigação garantida.

⁶³ A Circular SUSEP nº 477, nas condições padronizadas para o setor público, previa que o segurado (ente público) deveria formalizar a expectativa sempre que aberto o processo administrativo.

A análise de tais aspectos é feita com base nas demonstrações financeiras do tomador, incluindo seus ativos e o estado das suas dívidas, bem como a partir de sua notoriedade no ramo da obrigação que se pretende garantir⁶⁴.

A título de exemplo, uma empresa sabidamente especializada em retirada de rochas e preparação de terreno para construção de rodovias poderá ter mais dificuldade de obter uma garantia para realizar obras de asfaltamento, já que o segurador saberá que a empresa não irá atuar em seu ramo de expertise.

Além disso, o segurador deve buscar informações a respeito da conjuntura econômica do setor em que o contrato (ou obrigação) que se busca garantir está inserido, se há alguma crise latente no respectivo setor que alterará a dinâmica de fornecimento de matéria-prima e/ou preços e, ainda, se os prazos e preços previstos para como contrapartida à obrigação garantida são apropriados e consentâneos com a prática do mercado.

Nas palavras de Modesto Carvalhosa, “(...) *quando emite a apólice, a seguradora sinaliza à parte segurada a sua avaliação positiva da capacidade de realização do contrato por parte do tomador*”⁶⁵. Fábio Konder Comparato é ainda mais enfático ao afirmar que, no seguro garantia, a aceitação do risco exprime a confiança de todo o sistema segurador⁶⁶.

Após a emissão da apólice, o segurador ainda deverá participar do controle da exposição do interesse garantido ao risco.

⁶⁴ Tenha-se em mente que, por se tratar de um seguro de dano, a seguradora, depois de pagar a indenização ao segurado, poderá se sub-rogar contra o causador do dano, que, no caso do seguro garantia, é justamente o tomador (art. 786 do Código Civil) . Ou seja, para emitir a apólice a seguradora tem que ter confiança de que, em caso de sinistro, ela poderá recuperar esse valor mediante a sub-rogação contra o patrimônio do tomador.

⁶⁵ Performance Bonds: quebra da interlocução direta entre agentes públicos e privados na execução de contratos administrativos. In: Pastore, Affonso Celso (Coord.). *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. *Kindle*.

⁶⁶ “*Em certos ramos de seguro, como o de crédito, não é só o segurador que confia nas declarações do segurado constantes na proposta. Pois, como bem salienta o Instituto de Resseguros do Brasil, o seguro de crédito — e, especificamente o seguro garantia de obrigações contratuais — é feito, unicamente porque se supõe que o risco econômico representado pelo devedor foi avaliado e aceito por uma companhia de seguros. Se essa garantia se torna ilusória, porque o segurador não soube ou não quis analisar com seriedade o risco assumido, é toda a confiança no sistema segurador que desvanece*”. (COMPARATO, Fábio Konder. *Seguro de garantia de obrigações contratuais*. Novos ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 367)

Nas palavras de Luiza Petersen e Bruno Miragem, tal controle compreende o “(...) *gerenciamento do risco (...), tendo como função, ao longo da vigência da garantia, a prevenção do agravamento do risco, ou seja, do aumento da possibilidade de sinistro ou da sua extensão, e, em última análise, do próprio sinistro, quer evitando a sua ocorrência ou atenuando suas consequências*”⁶⁷.

Obviamente, o controle do risco segurado exige esforços de todos os envolvidos na relação securitária tripartite, isto é, segurador, segurado e tomador do seguro deverão colaborar, de acordo com seus respectivos deveres contratuais e legais, para a atividade de gerenciamento do risco.

No caso do seguro garantia com cláusula de retomada, previsto no art. 102, da Lei nº 14.133/2021, a participação do segurador no gerenciamento do risco contratual é ainda mais recomendável, pois, nessa espécie, o segurador poderá ser convocado a assumir e concluir a obra pública, a depender das regras previstas no edital de licitação e no contrato garantido. Por esse motivo, o art.102, I, “a” a “d”, confere ao segurador a prerrogativa de acessar o local da obra, acompanhar sua execução, ter acesso à auditoria técnica e contábil e obter esclarecimentos com os responsáveis pela obra.

A despeito dessas prerrogativas legais e da capacidade técnica e financeira do mercado segurador, o controle do risco de inadimplemento é tarefa árdua, especialmente no complexo contexto das obras públicas e dos projetos de infraestrutura no Brasil. Nesse sentido, entendemos que o seguro garantia pode dialogar, de forma muito produtiva, com os *Dispute Boards*, com o objetivo de evitar a inexecução dos contratos garantidos e, em última análise, a paralisação de obras de infraestrutura com relevante finalidade social, como exposto no item 1 acima.

4. O Mercado de Seguros e os *Dispute Boards*

A julgar pelos dados divulgados pela SUSEP sobre o valor total arrecadado pelas seguradoras com prêmios nos últimos 18 meses (R\$ 6 bilhões) e o dispêndio com

⁶⁷ MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. Direito dos Seguros. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. p.71. ISBN 9786559645435. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645435/>. Acesso em: 15 Oct 2024.

indenizações (R\$ 400 milhões), não há dúvida de que o seguro garantia está em franca ascensão no Brasil⁶⁸.

Embora relevantes, esses dados abrangem todas as modalidades de seguro garantia cujo objeto principal está sujeito ao regime de direito público, incluindo seguro garantia judicial, seguro garantia de obrigações oriundas de serviços, compras, obras, enfim, qualquer obrigação assumida pelo tomador e sujeita ao regime de direito público.

O caráter abrangente desses dados não permite verificar a real inserção do seguro garantia nas licitações e contratos administrativos que envolvem projetos de infraestrutura e obras públicas. De todo modo, a expectativa do mercado, amplamente divulgada pela imprensa especializada⁶⁹, é que a Lei nº 14.133/2021 impulse a escolha do seguro garantia como ferramenta contra o risco de paralisação e inexecução de obras públicas.

Embora se reconheça que o mercado de seguros possui robustez técnica e financeira suficiente e que as inovações legislativas abrem espaço significativo para a utilização desse produto em licitações e contratos administrativos que envolvam obras públicas, as dificuldades do setor de infraestrutura no Brasil e as exigências impostas pela nova legislação não podem ser ignoradas.

Como mencionado ao longo deste artigo, no seguro garantia, o processo de subscrição do risco segurável compreende uma análise complexa de diversos fatores, como o perfil do tomador da apólice (reputação no mercado), sua capacidade técnica de executar e concluir o objeto do contrato principal e inclusive seu fôlego financeiro.

Ademais, assim como em todos os seguros de danos, o segurador deve observar e controlar, durante toda a vigência da apólice, o que a doutrina chama de “risco moral”, segundo o qual “(...) o *segurado, uma vez emitida a apólice, passaria a ser menos cuidadoso com seus afazeres diários e, assim, sujeitar-se-ia, com maior probabilidade,*

⁶⁸ Os dados se referem, exclusivamente, ao seguro garantia – segurado setor público e estão disponíveis em: <https://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/premiosesinistrosporuftodas.aspx?id=53>.

⁶⁹ Nesse sentido, a matéria divulgada no Jornal Valor Econômico em 29 de mai de 2024: <https://valor.globo.com/publicacoes/especiais/seguros-previdencia-e-capitalizacao/noticia/2024/05/29/contratacoes-de-seguro-garantia-em-ritmo-acelerado.ghml>. Acesso em: 09 de out de 2024.

à ocorrência de eventos danosos cobertos, a serem liquidados pelas companhias de seguros”.

Contudo, no âmbito do seguro garantia de obras públicas e projetos de infraestrutura, a gestão desse risco — que contempla a complexidade dos projetos, problemas de diálogo e assimetria informacional, regime de direito público e dificuldades próprias do setor de infraestrutura do Brasil — desafia significativamente o segurador.

Esse ônus tende a ser ainda maior na emissão de apólices de seguro com cláusula de retomada (*step in*), já que, nessa espécie de seguro garantia, a simples possibilidade de ser chamado a assumir a execução da obra leva o segurador de uma função passiva para uma função ativa nos contratos de obras públicas, pois, na hipótese de inadimplemento do tomador, o segurador poderá assumir a execução da obra e concluir o objeto do contrato, o que aumenta sua exposição ao risco.

Por isso, a nosso ver, o mercado segurador deve estar atento a métodos capazes de apoiar o segurador na gestão do risco segurável, bem como na evitabilidade do sinistro (inadimplemento das obrigações garantidas, no caso seguro garantia), como é o caso dos *Dispute Board*.

Como explicitado neste trabalho, há décadas, os resultados positivos do DB são experimentados em grandes projetos de infraestrutura em todo o mundo. Não por acaso, o Banco Mundial, um dos principais organismos internacionais responsáveis por fomentar o desenvolvimento econômico-social, passou a exigir a previsão contratual do DB como pré-requisito para o financiamento de projetos de infraestrutura.

Sem prejuízo de sua função socioeconômica, ao estabelecer a previsão de DB como requisito para a concessão de financiamentos, a intenção do Banco é proteger-se do eventual inadimplemento dos tomadores de crédito e garantir o retorno dos investimentos realizados, o que confirma a eficiência dos *Dispute Board* na governança contratual e na gestão de riscos, além de atestar a relevância de sua atuação para a conclusão de complexos projetos de infraestrutura.

No caso de licitações e contratos administrativos de obras públicas objeto de seguros garantia, além de cooperar para a redução do risco de interrupção ou inexecução definitiva do projeto, o *Dispute Board* pode funcionar, para o segurador, como importante fonte de informações qualificadas sobre todas as etapas do projeto, o

que facilitará o processo de regulação de sinistro e conferirá mais celeridade e assertividade às respostas e decisões do segurador.

Apesar da forte intervenção do Estado na atividade securitária, diante da ausência de norma em sentido contrário, o segurador pode se limitar a subscrever riscos — ou, ao menos, cobrar prêmios mais baixos — decorrentes de contratos que possuam determinadas características, entendidas como favoráveis à não ocorrência de sinistro, como é o caso de um edital de licitação e minuta de contrato administrativo de obra pública que prevejam a utilização de *Dispute Board* permanente, isto é, aquele em que o Comitê de Resolução de Disputas acompanha todas as etapas do projeto, mesmo na ausência de controvérsias contratuais, com a finalidade de evitar a instituição de disputas formais (litígios judiciais ou arbitrais) entre os contratantes, cooperando para a satisfatória conclusão dos projetos.

Por isso, é importante que o mercado segurador analise com atenção os benefícios do DB e, uma vez convencido de seus efeitos positivos para a gestão do risco garantido, estude a viabilidade de considerar como parâmetro para a concessão de limites máximos de garantia mais altos *vis a vis* os prêmios cobrados, a previsão de DB permanente como método de prevenção e resolução de disputas do contrato principal de execução de obras públicas.

5. Conclusão

Tendo como contexto o gravíssimo problema da paralisação das obras públicas brasileiras, conhecido como “*cemitério nacional de obras públicas*”⁷⁰, vimos, ao longo deste artigo, a evolução, natureza jurídica, objetivos principais, aspectos legais e regulatórios, além dos inúmeros benefícios de dois institutos jurídicos úteis, cada um a seu modo, ao enfrentamento do referido problema: o *Dispute Board* (método alternativo de prevenção e resolução de disputas) e o Seguro Garantia (espécie de seguro de danos).

Embora distintos em muitos aspectos, tais institutos guardam afinidades evidentes no que diz respeito à preservação dos negócios jurídicos e ao cumprimento de

⁷⁰ Nesse sentido, a matéria publicada na Revista Veja de 16 de mai de 2023, atualizada em 09 de mai 2024, disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/jose-casado/cemiterio-nacional-de-obras-publicas-cresce-e-custa-mais-carro-a-cada-ano>. Acesso em: 09 de out de 2024.

obrigações contratuais, notadamente aquelas relacionadas a obras públicas e projetos de infraestrutura.

O seguro garantia tem demonstrado um crescimento significativo no Brasil, impulsionado por um mercado robusto e por inovações legislativas, como a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que se tornou obrigatória apenas em janeiro de 2024⁷¹.

No entanto, a complexidade inerente aos projetos de infraestrutura e as exigências específicas do regime de direito público impõem desafios consideráveis aos seguradores. A gestão eficaz do risco segurável, especialmente em contratos de obras públicas, requer uma análise detalhada e contínua do perfil do tomador e das condições do projeto.

A introdução de métodos como o *Dispute Board* apresenta-se como uma solução promissora para mitigar os riscos de inadimplemento e interrupção de obras. Para os seguradores, o DB não só oferece uma camada adicional de segurança contra a ocorrência de sinistro (inadimplemento contratual), mas também proporciona informações qualificadas que podem agilizar e tornar mais assertivo o processo de regulação de sinistros.

Portanto, é recomendável que o mercado segurador brasileiro incentive a previsão do DB permanente em editais de licitação e minutas de contratos administrativos que envolvam obras públicas e projetos de infraestrutura, seja a partir da negativa de subscrição do risco na ausência de previsão do DB, seja por meio de descontos na cobrança do prêmio na hipótese de previsão desse método. Essa medida não apenas contribuirá para a solução do grave problema da paralisação de obras públicas no Brasil, mas também fortalecerá a confiança dos seguradores na subscrição desses riscos, promovendo um ambiente mais seguro e previsível para todos os envolvidos.

⁷¹ Em razão das regras de transição aplicáveis à Administração Pública, previstas na Lei Complementar nº 198/2023.