

CONTROLE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL COMO REQUISITO PARA A EXECUÇÃO DE SEGURO GARANTIA

José Anacleto Abduch Santos, Advogado, Procurador do Estado, Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFPR, Prof. do UNICURITIBA, autor da obra “Contratos Administrativos – Formação e controle interno da execução” (Editora Fórum)

Um dos fatores mais relevantes da contratação pública diz respeito à prevenção dos riscos decorrentes da execução contratual (em relação ao próprio objeto da contratação, para a Administração contratante, em relação ao patrimônio público ou à integridade pessoal e patrimonial de terceiros) e à cobertura dos prejuízos, ainda que parcialmente, quando tais riscos se materializam em um resultado danoso. Para o propósito de garantia dos riscos da execução contratual, a Lei nº 8666/93 estabelece que a Administração Pública pode exigir garantias na forma do disposto no artigo 56:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

Na forma da lei, portanto, uma das espécies de garantia que pode ser exigida dos contratados é o seguro garantia. Consoante Adalberto Pasqualotto “em essência, pelo contrato de seguro, um contratante – o segurado – paga ao outro – o segurador – um prêmio, para que lhe garanta, diante de determinados riscos, um interesse legítimo, relativo a pessoa ou coisa”¹.

Sobre o tema elucidada ainda o autor:

A bilateralidade – ou sinalagma – do contrato está na causa. A causa justifica o intercâmbio das prestações e é atributiva do sinalagma. O contrato de seguro promove o intercâmbio da garantia por uma recompensa – o prêmio. O segurador assume o risco e o segurado retribui com o prêmio. A indenização não participa dessa idéia senão em hipótese. A indenização é prestação e só será devida se o sinistro, eventualmente, ocorrer. Portanto, não há que se falar em pagamento indevido do prêmio se o dano não vier a se concretizar, porque a bilateralidade não inclui, necessariamente, o

¹ Contratos inominados III. Seguro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

pagamento da indenização. Inclui, sim, a garantia. O dano é eventual, integra a álea (risco). Portanto, a prestação do segurador também é eventual, *pendente eventu*.²

Nos termos de Silvio de Salva Venosa “o interesse apreciável objetiva o risco, essencial no contrato de seguro. Nesse aspecto, risco é o acontecimento futuro e incerto previsto no contrato, suscetível de causar dano. Quando esse evento ocorre, a técnica securitária o denomina sinistro...”.³ Assim, se pode afirmar que seguro garantia é uma espécie de contrato de seguro que objetiva garantir os riscos decorrentes do descumprimento de obrigações contratuais, nos caso inadimplência contratual.

No mercado brasileiro, as relações jurídicas relacionadas aos seguros são em parte reguladas e controladas pela SUSEP - Superintendência de Seguros Privados. A SUSEP é o órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, foi criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. A autarquia tem por missão regular, supervisionar e fomentar os mercados de seguros, resseguros, previdência complementar aberta, capitalização e corretagem, promovendo a inclusão securitária e previdenciária, bem como a qualidade no atendimento aos consumidores.

Os seguros garantia são disciplinados pela Circular SUSEP nº 477, de 30 de setembro de 2013. De acordo com a norma, os seguros garantia se dividem nos seguintes ramos: I – Seguro Garantia: Segurado – Setor Público; II – Seguro Garantia: Segurado – Setor Privado (art. 3º). Referida norma preceitua que o seguro garantia que tem como segurado o setor público, é “o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de: I – processos administrativos; II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais; III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa; IV – regulamentos administrativos” (art. 4º). Ainda nos termos de referida norma, são também garantidos por esta modalidade de seguro garantia os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso. Em caso de descumprimento de obrigações cobertas pelo seguro, resta evidenciado e caracterizado o sinistro (art. 6º, I).

Na categoria de contratos de seguro garantia – setor público têm-se as seguintes figuras jurídicas:

1. tomador: pessoa física ou jurídica contratada pela Administração Pública mediante licitação ou processo de contratação direta, que assume determinadas obrigações contratuais e, em razão das quais, oferece, na forma da lei, certa espécie de garantia de execução contratual, na forma de seguro garantia;

2. segurado: Administração Pública contratante, em face da qual o tomador assume determinadas obrigações contratuais garantidas pelo contrato de seguro garantia;

² Ob. Cit. P. 68.

³ Direito Civil. Contratos em espécie. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 361.

3. seguradora: pessoa jurídica que exerce atividade de seguro empresarial, pela qual oferece garantia de risco mediante recebimento de prêmio.

Por intermédio do seguro garantia – setor público, o tomador contrata com seguradora a garantia de que haverá pagamento ao segurado de uma certa indenização no caso de ocorrência do sinistro – repita-se, descumprimento de obrigação contratual objeto de cobertura.

É uma espécie bastante eficaz de garantia em favor da Administração Pública contratante. Contudo, são necessárias determinadas cautelas e condutas por parte do segurado (Administração Pública) para que a seguradora efetivamente obrigue-se ao pagamento de indenização quando da ocorrência dos sinistros (inexecução contratual ou infração legal).

Necessários, então, alguns esclarecimentos e apontamentos sobre os seguros garantia – setor público, pois como se demonstrará, a execução desta espécie de garantia exige, para ser implementada, providencias contemporâneas a cada aferição material de inexecução contratual ou infração legal, por parte do órgão ou entidade contratante (segurado), pena de inviabilizar a garantia contratada com a seguradora.

DOS SEGUROS GARANTIA – SETOR PÚBLICO E SUAS CONDIÇÕES PADRONIZADAS

Quando da formatação e configuração dos contratos de seguros garantia e de seus atos normativos internos, cada seguradora deve fazer previsão expressa de condições gerais e especiais para a implementação da cobertura dos riscos, indicando quais os procedimentos e documentos deverão ser apresentados pelo Poder Público segurado quando do sinistro.

A Circular SUSEP nº 477/13, no seu anexo I, que estabelece condições padronizadas para a contratação de seguro garantia no âmbito do setor público, determina um procedimento padrão para a efetiva cobertura em caso sinistro (cobertura dos danos decorrentes de inexecução contratual). Estas cláusulas padronizadas expressam obrigações fundamentais e elementares para a Administração Pública, como requisito indispensável à garantia da cobertura do sinistro. Vale dizer, num contrato de seguro garantia, em que pese contratado pelo tomador, ao poder público segurado também são impostas, nesta condição, determinadas obrigações que se transmudam em condição para o recebimento da indenização devida em caso de sinistro.

A análise das condições padronizadas de seguro, bem como dos termos constantes de apólices e contratos de seguro revela a necessidade de cumprimento de obrigações e adoção de procedimentos como requisitos à cobertura ou indenização pela ocorrência do sinistro.

A primeira formalidade que compete ao Poder Público segurado é a comunicação e o registro da denominada expectativa de sinistro. A expectativa de sinistro, nos termos do contido no parágrafo 1º do art. 12 da Circular SUSEP nº 477 “deverá descrever o fato que possa gerar prejuízo ao segurado, sendo que o sinistro restará caracterizado quando comprovada a inadimplência do tomador em relação às obrigações cobertas pela apólice”.

O anexo I da Circular SUSEP nº 477 estabelece, em específico, para a modalidade de seguro garantia para construção, fornecimento ou prestação de serviços um rito procedimental que deve ser observado com vistas à plena cobertura do risco segurado. O rito procedimental tem início, pois, com a formalização da expectativa de sinistro. Para registro e formalização da expectativa de sinistro junto à empresa seguradora, deve o Poder Público segurado, tão logo realizada a abertura do processo administrativo para apurar possível inadimplência do tomador contratado, notificá-lo, indicando claramente as obrigações não cumpridas e concedendo-lhe prazo para regularização da inadimplência apontada, remetendo cópia da notificação para a seguradora.

Este é o procedimento determinado pela norma contida no item 4.1 da Circular nº 477: tão logo realizada a abertura do processo administrativo para apurar possível inadimplência do tomador, este deverá ser imediatamente notificado pelo segurado, indicando claramente as obrigações não cumpridas e concedendo-lhe prazo para regularização da inadimplência apontada, remetendo cópia da notificação para a seguradora, com o fito de comunicar e registrar a Expectativa de Sinistro.

A expectativa de sinistro será convertida em reclamação “mediante comunicação pelo segurado (Administração Pública) à seguradora, da finalização dos procedimentos administrativos que comprovem o inadimplemento do tomador (contratado), data em que restará oficializada” (item 4.2 da Circular nº 477).

Para a Reclamação do Sinistro é necessária (item 4.2.1) a apresentação dos seguintes documentos (sendo que a não formalização da reclamação do sinistro torna sem efeito a expectativa de sinistro): a) Cópia do contrato principal ou do documento em que constam as obrigações assumidas pelo tomador, seus anexos e aditivos se houver, devidamente assinados pelo segurado e pelo tomador; b) Cópia do processo administrativo que documentou a inadimplência do tomador;

c) Cópias de atas, notificações, contra notificações, documentos, correspondências, inclusive e-mails, trocados entre o segurado e o tomador, relacionados à inadimplência do tomador; d) Planilha, relatório e/ou correspondências informando da existência de valores retidos; e) Planilha, relatório e/ou correspondências informando os valores dos prejuízos sofridos.

A análise do rol de documentos constantes da norma e necessários para a formação da reclamação do sinistro demonstra e evidencia as cautelas e formalidades que a Administração Pública contratante deve adotar no curso do controle da execução contratual coberta pelo seguro garantia.

Além dos documentos e procedimentos determinados pela Circular nº 477 acima referida, se observa que em muitos contratos de seguro garantia constam condições gerais que incluem a apresentação de documentos adicionais em relação àqueles previstos na norma federal, como: diário de obras com registro das ocorrências; comprovante dos pagamentos realizados pelo segurado ao tomador; cópia da publicação da rescisão unilateral do contrato assegurado em Diário Oficial; e cópia, se houver, do novo contrato firmado pelo segurado com a empresa sucessora do tomador no escopo contratual.

Nos termos dos contratos de seguro que são praticamente padronizados no mercado, e da norma editada pela SUSEP, somente será caracterizado o sinistro para fins de indenização, após a adoção dos procedimentos neles previstos e do recebimento e análise dos documentos listados.

À toda vista resta evidente que a efetividade e eficácia dos seguros garantia dependem de conduta específica e vinculada da Administração Pública. Vale dizer, para que os seguros garantia possam cumprir o desiderato que lhes é inerente, é indispensável que tenha havido uma correta e adequada fiscalização da execução dos contratos, com o registro formal de todas as ocorrências, como determina a legislação.

Em síntese, para que possa haver a execução de seguro garantia é preciso que: 1) tenha havido a correta e adequada gestão e fiscalização da execução dos contratos, com o registro formal de todas as ocorrências, e designação formal do servidor público responsável pelo acompanhamento; 2) existam processos administrativos autônomos de apuração de infrações contratuais, com apuração dos prejuízos causados para a Administração Pública; 3) existam processos de rescisão unilateral dos contratos em que se evidenciou inadimplência contratual, nos quais tenha sido assegurado o contraditório e a ampla defesa, bem como tenham havido as publicações de que trata a lei; 4) tenham havido notificações e comunicações aos contratados acerca das irregularidades cometidas na execução contratual; 5) tenham sido cumpridas as condições expressadas nos contratos de seguro e na Circular SUSEP nº 477, a exemplo das referidas formalização das expectativas de sinistro contemporâneas às inexecuções contratuais e das correspondentes reclamações de sinistro.

O descumprimento deste “iter” processual por parte da Administração Pública pode, e possivelmente assim se dará, ensejar a negativa de cobertura do sinistro por parte da seguradora – que o fará devidamente amparada em norma específica.

Nesta hipótese, a garantia não se efetivará e não cumprirá o propósito que lhe foi designado pela lei de licitações.

Para evitar prejuízos ao erário e a responsabilização pessoal é preciso que a Administração Pública, em relação a cada contrato garantido pelo seguro garantia, em suma: a) institua um sistema de controle de execução contratual, com designação de agente público específico para o controle de todas as obrigações contratualmente previstas, seja de que natureza forem; b) proceda o registro formal, em livro diário, de todas as ocorrências; c) instaure processo administrativo orientado à apuração de responsabilidade em caso de inexecução de obrigação contratual ou legal; d) conceda ao contratado oportunidade de reparar a execução contratual, se for o caso; e) assegure ao contratado as garantias do devido processo legal, em especial as do contraditório e da ampla defesa; e) formalize e documente todas as condutas administrativas relacionadas ao controle da execução do contrato; f) capacite os agentes públicos para o controle da execução do contrato e para o cumprimento dos requisitos necessários à execução do seguro garantia, nos termos da Circular SUSEP nº 477 e das disposições contidas nas apólices de seguros contratados.

Importante reiterar que os seguros garantia podem implicar cobertura de até dez por cento do valor do contrato, o que, no caso de obras e serviços de grande vulto significam expressivos valores, e, de resto, expressivos prejuízos no caso de inviabilização da cobertura por conduta omissiva atribuível a agente público.

Em assim se dando, será necessária a instauração de processo administrativo destinado à apuração de responsabilidade por omissão, para identificar e punir os agentes públicos que, por culpa ou dolo, deixaram de cumprir as obrigações e encargos de controle de execução contratual que lhes cabiam com vistas à satisfação dos requisitos normativos e contratuais para cobertura dos sinistros pelos seguros garantia.