



TOLEDO
MARCHETTI

TOLEDO, MARCHETTI, OLIVEIRA, VATARI E MEDINA ADVOGADOS

Performance Bond para os projetos de infraestrutura

Introdução

Embora o seguro-garantia *performance bond* seja negócio de extrema relevância para o mercado de infraestrutura, com larga utilização, não é contrato adequadamente compreendido, desencadeando problemas que envolvem desde a má conformação da garantia até sua inadequada execução, o que não raras as vezes pode esvaziar a cobertura, potencializar atritos entre as partes e municiar negativas de indenização pelas seguradoras.

Buscaremos sintetizar neste White Paper¹ os principais aspectos jurídicos dessa garantia, destacando particularidades relevantes do processo de formação do contrato e de sua execução, com o objetivo de auxiliar a utilização adequada do seguro.

¹ Este White Paper contém reflexões extraídas de publicações de nosso sócio, líder da área de seguros do escritório, Carlos Eduardo Staudacher Leal de Carvalho: LEAL DE CARVALHO, Carlos Eduardo Staudacher. Reflexões sobre o agravamento de risco no contrato de seguro garantia *performance bond*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 112, pp. 273-290, 2022; LEAL DE CARVALHO, Carlos Eduardo Staudacher. *A nova circular da SUSEP sobre o seguro performance bond*. Migalhas. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/366047/a-nova-circular-da-susep-sobre-o-seguro-performance-bond>; LEAL DE CARVALHO, Carlos Eduardo Staudacher. O princípio da boa-fé e a impossibilidade de a seguradora modificar, em sede judicial, os motivos de seu entendimento manifestado após a regulação de sinistro. In: TZIRULNIK, Ernesto et al. (org.). *Direito do Seguro Contemporâneo: edição comemorativa dos 20 anos do IBDS*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, t. 1, p. 481-492.

1. Objeto do seguro e partes do contrato

O seguro-garantia *performance bond* tem por objeto o interesse do segurado em relação ao risco de descumprimento de obrigação contratual, de dar ou fazer, da qual ele é credor.

O contrato estrutura-se num tripé formado pelo segurado, detentor do interesse no cumprimento da obrigação, pelo segurador, que garante esse interesse e, finalmente, pelo tomador do seguro que, na qualidade de devedor do segurado, celebra o contrato em benefício deste contra o risco de seu próprio inadimplemento.

2. A formação do contrato de seguro-garantia

Diferentemente de outros tipos de seguro, nos quais o tomador da garantia é o próprio segurado, a celebração do seguro-garantia é deflagrada pelo devedor do segurado, que se apresenta ao segurador, buscando garantir a obrigação a qual se vinculou.

O processo de subscrição da garantia, como é denominado o procedimento de investigação realizado pelo segurador a respeito do risco antes da emissão da apólice, é algo que torna o *performance bond* bastante singular.

Após receber a proposta de seguro, o segurador deve realizar criteriosa avaliação do pretendente-tomador e do negócio que este concretamente pretende garantir.²

Essa avaliação envolve a análise técnica e econômico-financeira do proponente, buscando examinar sua solidez patrimonial e capacidade para assumir o negócio em questão. Em tese, o segurador deve examinar, ainda, o risco do negócio a ser garantido, avaliando sua dimensão econômica e natureza técnica, bem como aspectos relacionados a prazo, preço e outros fatores que concretamente conformem o risco.

Na prática brasileira, todavia, o segurador concentra sua análise na capacidade creditícia do pretendente-tomador, deixando de lado o exame detalhado do contrato a ser celebrado com o segurado.³ Essa prática, todavia, pode vir a sofrer alterações já em 2023.

² O processo é composto por uma fase preliminar, de pré-qualificação do pretendente-tomador, e, depois, sendo ele exitoso naquela fase inicial, deflagra-se propriamente a fase de avaliação da subscrição da apólice.

³ Vale lembrar, de todo modo, que a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, autarquia responsável no país pelo controle e fiscalização dos mercados de seguros, previdência complementar aberta, capitalização e resseguros, exige, por meio da Circular SUSEP 662, que as seguradoras que comercializem esse tipo de seguro avaliem o tomador, o contrato principal e sua legislação específica (art. 28), devendo ser elaborada nota técnica especificando, "detalhadamente, os critérios técnicos e os instrumentos utilizados pela seguradora na subscrição de risco do objeto principal e na avaliação de risco do tomador" (art. 28, parágrafo único).

As modificações introduzidas pela Nova Lei de Licitações, que prevê a possibilidade de retomada da obra pela seguradora (*step-in*) e que a obriga ao pagamento da importância segurada se não exercida a retomada (art. 102, *caput* e § único, inc. II), devem levar o mercado segurador a rever o processo de subscrição (também para contratos privados), que pode passar a contar com equipe multidisciplinar capaz de realmente avaliar aspectos técnicos do contrato principal.

Essa nova realidade deve também estimular parcerias entre os consumidores de garantias (tomadores e segurados) e o mercado segurador, ganhando mais importância, ainda, as contragarantias (analisadas adiante) prestadas para resguardo de eventual ressarcimento da seguradora em caso de sinistro coberto.

3. Especificação do objeto da garantia no contrato principal

O seguro-garantia tem vínculo umbilical com o contrato principal, cujas obrigações são garantidas pelo segurador.

O seguro necessita respeitar as “características, dispositivos e legislação específica” do contrato principal, devendo ser celebrado e, portanto, interpretado à luz desse contrato, que deve ser considerado pela seguradora, inclusive, para a definição do clausulado do seguro (art. 4º, § único, da Circular SUSEP 662).

Caberá ao segurado especificar no contrato principal quais as obrigações pretende garantir por meio do seguro, valendo destacar que “[n]a hipótese de o Seguro Garantia não garantir todas as obrigações do objeto principal, a apólice deverá destacar esta informação”, descrevendo, “de forma clara e objetiva, as exatas obrigações garantidas” (art. 5º, § único, da Circular SUSEP 662).

Poderá o segurado, ainda, já antever no instrumento do contrato principal algumas alterações na sua execução que, uma vez confirmadas, deverão ser objeto da garantia do seguro, ficando a seguradora obrigada a adaptar (endossar) a apólice durante sua vigência (art. 11º da Circular SUSEP 662).

É de extrema relevância, portanto, a conformação do objeto da garantia já no contrato principal, a fim de evitar discussões a respeito da interpretação do objeto do seguro.

4. Prêmio

O prêmio de seguro, incluindo aquele cobrado por força de alterações na apólice durante a vigência da garantia, deve ser pago pelo tomador e eventual inadimplemento não prejudica o segurado (art. 16, §§ 1º e 2º, da Circular SUSEP 662).

5. Aviso de expectativa de sinistro

Embora o *performance bond* pressuponha o monitoramento do risco pelo segurador, é muito importante que o segurado esteja atento a sinais de que as obrigações garantidas podem ser inadimplidas, cientificando a seguradora de expectativa de sinistro.

A Circular SUSEP 662, no § 1º de seu art. 17,⁴ deixa claro que o aviso de expectativa de sinistro pode não caracterizar providência indispensável, mas a prática deverá se consolidar no sentido de sua obrigatoriedade.

Importante ressaltar que, além de existirem casos em que é inviável ao segurado identificar precocemente o inadimplemento, eventual falta na comunicação da expectativa de sinistro só é punível se a seguradora demonstrar a ocorrência de agravamento de risco (§ 2º do art. 17) – isto é, omissão do segurado, com má-fé, de que o risco de inadimplemento sofreu alteração substancial, duradoura e extraordinária após a celebração do contrato de seguro.

6. Alterações no contrato principal sem comunicação à seguradora

É comum que o contrato principal preveja a obrigação de o tomador do seguro avisar a seguradora a respeito de específicas modificações no contrato (como alterações no prazo e no preço inicialmente previstos), com o objetivo de adaptar a apólice à nova realidade contratual.

Esse tipo de previsão é relevante, pois a interação com a seguradora, em regra, ocorre por meio do tomador, lembrando, ainda, que as apólices de seguro obrigam o segurado a comunicar todo e qualquer tipo de alteração no contrato principal, sob pena de perda da garantia.

A Circular SUSEP 662 dispõe, a propósito, que “Os procedimentos a serem adotados pelo segurado no caso de alterações efetuadas no objeto principal devem ser objetivamente fixados nas condições contratuais do seguro” (§ 1º do art. 11).

De todo modo, é preciso que o segurado esteja atento, pois é comum que modificações no contrato (não envolvendo apenas prazo e preço) venham a agravar o risco inicialmente avaliado pela seguradora, surgindo daí a obrigação legal (art. 769 do Código

⁴ “§ 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.”

Civil) de o segurado cientificar a seguradora a respeito.

Importante observar, sobre essa questão, que a Circular SUSEP 662 prevê que, “Na hipótese de ser prevista a exigência de comunicação da alteração do objeto principal à seguradora, sua não comunicação, ou sua comunicação em desacordo com os critérios estabelecidos nas condições contratuais do seguro, somente poderá gerar perda de direito ao segurado caso agrave o risco e, concomitantemente”, “tenha relação com o sinistro” e “esteja comprovado, pela seguradora, que o segurado silenciou de má-fé”.⁵

7. Monitoramento do risco pela seguradora

O art. 29, inc. I, da Circular SUSEP 662 dispõe que “desde que prévia e expressamente acordado entre as partes, o Seguro Garantia poderá prever (...) a possibilidade ou a obrigação de a seguradora (...) realizar o acompanhamento e/ou monitoramento do objeto principal”.⁶

É criticável essa previsão regulamentar. Consideradas as peculiaridades do *performance bond*, evidente que os esforços que levaram o segurador a abonar a capacidade do tomador do seguro não podem se encerrar com a emissão da apólice.

Como ocorre na fase de formação do contrato, na qual o segurador participa ativamente da análise do risco, na fase de execução ele deve adotar postura proativa, de boa-fé, permanecendo na vigilância do risco.

O monitoramento do risco ao longo da vigência do seguro constitui, portanto, um dever do segurador, uma vez que, além de interessado no adimplemento, é ele quem detém expertise, necessitando, assim, cooperar com o segurado e o tomador no acompanhamento das atividades que integram o programa contratual garantido, aconselhando-as se necessário.

É muito comum, aliás, que nas apólices de seguro-garantia constem previsões atribuindo ao segurador o poder de fiscalização, livre e permanente, das atividades de execução do contrato principal.

⁵ A norma condiciona a perda da garantia à demonstração pela seguradora de que a modificação do contrato, que lhe foi omitida, caracterizou agravamento de risco, exigindo (i) que o sinistro (inadimplemento) tenha relação de causa e efeito com a alteração contratual ou (ii) a comprovação de que a omissão do segurado envolve má-fé. Ocorre que a exigência da comprovação (i) do nexos causal do sinistro com o agravamento de risco decorre do entendimento jurisprudencial sobre a questão. Já a exigência de demonstração (ii) de que a omissão do segurado envolve má-fé decorre do art. 769 do Código Civil. Portanto, entendemos que a seguradora, para impor a pena de perda da garantia, *deve demonstrar a presença desses dois requisitos*, isto é, o nexos causal entre o sinistro e o agravamento de risco omitido e a má-fé do segurado.

⁶ O objeto principal do seguro-garantia é definido, pela Circular SUSEP 662, como a relação contratual entre o tomador e o segurado.

Portanto, consideramos que a previsão regulamentar comentada tem por objetivo levar à viesada interpretação de que as partes poderiam afastar o dever de monitoramento do risco pelo segurador, quando é ele inerente neste tipo de contrato. Tem por objetivo, ainda, repassar aos consumidores da garantia o custo de atividade que naturalmente decorre do negócio, e que se espera seja desempenhada (também por conta do serviço de avaliação creditícia prestado na fase de subscrição do risco).

8. Regulação de sinistro

Cientificada a seguradora a respeito de expectativa de sinistro e oportunizada a regularização de eventual falha na execução do contrato, o aviso de expectativa, uma vez confirmado o inadimplemento, pode ser convolado em aviso de sinistro.

A seguradora, nessa situação, deverá deflagrar o procedimento de regulação de sinistro, visando à confirmação do inadimplemento do tomador, à identificação da incidência de possíveis exclusões de cobertura e, eventualmente, à apuração do prejuízo indenizável.

O procedimento de regulação envolve avaliações técnicas complexas, podendo levar tempo até ser concluído, muito embora seja dever da seguradora conduzi-lo com celeridade e imparcialidade⁷ – é aconselhável, de todo modo, que as partes envolvidas (tomador e segurado) contem com assessoria técnica, jurídica e securitária adequada, também com o objetivo de evitar qualquer litígio.

9. Manifestação da seguradora após a regulação de sinistro

Concluído o procedimento de regulação, a seguradora se pronunciará sobre o direito do segurado, manifestando-se sobre a existência ou não de cobertura para o sinistro, bem como, na hipótese de cobertura, sobre o prejuízo indenizável.

A manifestação da seguradora deverá ser clara e completa, a fim de viabilizar perfeita compreensão do segurado e do tomador a respeito das razões que a levaram a concluir pela existência ou não do dever de indenizar.

Independentemente da conclusão, têm as partes o direito de acessar “relatórios e laudos técnicos produzidos na regulação do sinistro”.⁸

⁷ Enunciado n° 657 da IX Jornada de Direito do Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

⁸ Enunciado n° 656 da IX Jornada de Direito do Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

10. Prescrição e perda do direito à indenização por atraso no aviso de sinistro

O prazo prescricional da pretensão do segurado contra o segurador é de um ano, conforme prevê o art. 206, § 1º, inc. II, letra “b” do Código Civil. Tema bastante controverso, no entanto, envolve o termo inicial do prazo.

Há majoritária jurisprudência no sentido de que o prazo deve ser contado da ciência do segurado a respeito da ocorrência do sinistro, contagem que deve ser suspensa com o aviso de sinistro à seguradora, voltando a fluir com a manifestação dela negando o dever de indenizar ou restringindo o montante da indenização.

Atualmente, todavia, vem ganhando espaço a ideia de que o prazo prescricional só pode ser contado com a ciência do segurado a respeito da manifestação da seguradora (negando ou restringindo a indenização). Segundo essa corrente, o segurado, se retardar injustificadamente o aviso de sinistro, não está sujeito à prescrição, mas à perda do direito à garantia de seguro (art. 771 do Código Civil), se a seguradora demonstrar que sofreu prejuízo em função do atraso no aviso de sinistro.

Recomenda-se conservadorismo na contagem do prazo. Por cautela, deve ser contado a partir da constatação do inadimplemento do tomador do seguro, suspendendo-se a contagem com o aviso à seguradora, voltando o prazo a fluir após eventual resistência dela à pretensão indenizatória do segurado.

Já em relação à obrigação legal de avisar o sinistro, é necessário ponderar, em primeiro lugar, que, caracterizada hipótese contratualmente prevista como expectativa de sinistro, não há propriamente um sinistro, mas o atraso no aviso de expectativa pode implicar pena, também severa, de perda da garantia. É preciso cuidado na identificação das hipóteses de ciência da seguradora, bem como avaliar se do atraso decorreu, de fato, algum prejuízo a ela.

De todo modo, caracterizado o inadimplemento, eventual atraso no seu aviso à seguradora poderá implicar a pena de perda da garantia, se ela lograr êxito na demonstração de que sofreu prejuízo, isto é, se provar que, avisada previamente, tomaria providências capazes de evitar o inadimplemento ou reduzir os prejuízos dele decorrentes.

11. Seguros de grandes riscos

Seguros de grandes riscos são aqueles que preenchem os requisitos do art. 2º, inc. II, da Resolução nº 407, de 29 de março de 2021, do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, chamando atenção, para o que toca o seguro-garantia, os §§ 2º e 3º da disposição regulamentar:

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

(...)

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.

(...)

§ 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.”

Se o seguro-garantia for classificado como de grande risco, poderá a seguradora buscar afastar as previsões da Circular SUSEP 662, comercializando clausulado próprio, pois o § único do art. 34 da Circular dispõe que “Aos contratos de Seguro Garantia para cobertura de grandes riscos (...) aplicam-se os art. 2º e 3º desta Circular, sendo facultativa a adoção de suas demais disposições”.

Importante destacar que, pela natureza da operação de seguro e em razão da influência exercida por resseguradores sobre o mercado segurador, os clausulados, salvo raras exceções, são redigidos exclusivamente pelos seguradores, que os impõem a seus segurados para mera adesão.

Evidentemente, podem os segurados buscar adaptar o texto contratual por meio da inserção de disposições particulares, alterando, assim, específicas disposições de natureza geral, mas essa adaptação não é capaz de descaracterizar o seguro como contrato de adesão, de modo que eventuais ambiguidades, contradições e imprecisões do texto contratual devem ser interpretadas em favor do segurado (art. 113, § 1º, inc. IV c/c art. 423, ambos do Código Civil).

É preciso considerar, de todo modo, os fatores que concretamente determinaram a formação/celebração do contrato, pois há presunção relativa de paridade entre as partes nos contratos civis e empresariais (art. 421-A do Código Civil). De todo modo, a predisposição de cláusulas pela seguradora e a adesão a elas pelo segurado, mesmo quando seguros puder ser classificado como de grande risco, serão sempre fatores a romperem a presunção legal de paridade.

12. Contragarantias

O seguro-garantia é acompanhado, comumente, de contragarantias prestadas pelo tomador, com o objetivo de resguardar eventual ressarcimento pela seguradora no caso de sinistro coberto.

Embora muito difundida a exigência de contragarantias, estas não são obrigatórias e, como destaca o art. 32 da Circular SUSEP 662, não podem “interferir no direito do segurado”.

Como destacado no tópico nº 2 desta cartilha, acreditamos que a Nova Lei de Licitações desencadeará um processo de fortalecimento das parcerias entre os consumidores de garantias (tomadores e segurados) e o mercado segurador, ganhando mais importância, ainda, as contragarantias prestadas às seguradoras.

Nosso Escritório

O **Toledo Marchetti Advogados** foi criado com a visão estratégica de ser a principal **referência no mercado de infraestrutura e construção no Brasil**.

Diferentemente do modelo tradicional, cada uma das nossas práticas está comprometida profundamente com o mercado e com o negócio dos nossos clientes, sejam eles fundos de investimentos, grupos de investidores, concessionárias, *owners*, organismos multilaterais, financiadoras, construtoras, entre outros.

Para realizar este trabalho, contamos com uma equipe composta por profissionais altamente qualificados, com mais de 20 anos de experiência.

Reconhecimento

O nosso trabalho e o nosso foco estratégico têm sido reconhecidos e premiados por importantes publicações jurídicas nacionais e internacionais.

Esses prêmios nos destacam e nos motivam a continuar a oferecer um atendimento de excelência, com a garantia do compromisso de que nosso escritório seja sempre referência no mercado.



Expertise

Para a criação e entrega das soluções, montamos times customizados para cada necessidade.

Nesta atuação integrada, o escritório reúne profissionais aptos a atender, dentro do segmento de infraestrutura e construção, as seguintes áreas de atuação:



ADMINISTRAÇÃO
CONTRATUAL



AMBIENTAL
E MUDANÇAS
CLIMÁTICAS



ESG
ENVIRONMENTAL,
SOCIAL & CORPORATE
GOVERNANCE



COMPLIANCE/
ANTICORRUPÇÃO



CONTENCIOSO
ESTRATÉGICO



ARBITRAGEM
E RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS



DIREITO
PÚBLICO
E REGULATÓRIO



DIREITO
TRIBUTÁRIO
E ADUANEIRO



PROJETOS
DE CONSTRUÇÃO



SEGUROS
E GARANTIAS



SOCIETÁRIO
E M&A



SOLUÇÕES DE
GESTÃO JURÍDICA

O Toledo Marchetti Advogados compreende a infraestrutura pela perspectiva de ciclo, conforme os investimentos são maturados e desenvolvidos.

O “Ciclo de Infra” funciona como uma ferramenta de investimento, sendo utilizado pelo escritório para a entrega de soluções jurídicas aos seguintes mercados:



ENERGIA



FERROVIAS



RODOVIAS



AEROPORTOS



PORTOS



ÓLEO
E GÁS



MOBILIDADE
URBANA



TELECOM



SANEAMENTO
BÁSICO



INFRA SOCIAL
(PRESÍDIOS,
ESCOLAS,
HOSPITAIS)



FLORESTAS
E PARQUES



SMART CITIES
(INFRA VERDE)



PLANTAS
INDUSTRIAIS



**TOLEDO
MARCHETTI**

TOLEDO, MARCHETTI, OLIVEIRA, VATARI E MEDINA ADVOGADOS

The infrastructure law firm

 fb.com/ToledoMarchetti  contato@toledomarchetti.com.br  toledomarchetti.com.br

 linkedin.com/company/toledo-marchetti-advogados  +55 11 3195-5410

 Toledo Marchetti Advogados  instagram.com/toledo_marchetti_advogados



Rua Fidêncio Ramos, 195 – 8º andar – Vila Olímpia – São Paulo – SP, 04551-010