

Proc. TC-030.174/2018-0
Consulta

PARECER

Versam os autos sobre Consulta formulada pelo Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) relativamente ao seguro-garantia previsto no art. 56 da Lei n. 8.666/93 e a possível exclusão de cobertura de prejuízos causados à Administração decorrentes de atos ou fatos violadores das normas anticorrupção.

O eminente consulente relata que algumas seguradoras, invocando quantidade considerável de ocorrências relacionadas à corrupção envolvendo agentes públicos, estariam inserindo nas apólices cláusula intitulada ‘Condições Particulares’, com conteúdo que exemplifica:

Fica estabelecido que, especificamente para fins de indenização, não estarão cobertos pela presente apólice de seguro-garantia quaisquer prejuízos e/ou demais penalidades decorrentes de rescisão de contrato garantido pela presente apólice de seguro, causados por ou de qualquer forma relacionados a atos e/ou fatos violadores de normas de anticorrupção, perpetrados pelo segurado, tomador ou controladas, controladoras e coligadas, seus respectivos sócios/acionistas, representantes, titulares ou funcionários.

A indagação dirigida a este Tribunal de Contas foi vazada nos seguintes termos:

Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem aceitar ou recusar apólice de seguro - apresentada por empresa vencedora de certame licitatório para garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas no contrato - que contenha cláusula que exclua de cobertura prejuízos e demais penalidades causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas de anticorrupção?

O processo recebeu instrução da Secex de Aquisições Logísticas (Selog) que apresentou a seguinte proposta de encaminhamento, no essencial:

- a) conhecer da presente consulta, satisfeitos os requisitos previstos no art. 264, inciso V e §§ 1o e 2o, e no art. 265 do Regimento Interno do TCU;
- b) responder ao consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal **não devem aceitar apólice de seguro**, apresentada por empresa vencedora de certame licitatório, para garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas no contrato, **caso contenha cláusula que exclua da cobertura prejuízos e demais penalidades causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas anticorrupção, os quais devem ser considerados riscos à execução contratual.** (grifos acrescidos)

Para a boa compreensão dos fatos, oportuno registrar que indagação de mesmo conteúdo foi apresentada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região à Superintendência de Seguros Privados – Susep, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda com atribuição de fiscalizar a constituição, a organização, o funcionamento e a operações das Sociedades Seguradoras, nos termos do no art. 35 do Decreto-Lei 73/1966.

Diga-se, de antemão, que a Susep, com fundamento no art. 36, alínea **b**, do mencionado diploma, editou normativo sobre o seguro-garantia, abrangendo expressamente tanto sua incidência no setor privado quanto no público, nos termos da Circular 477/2013, com disposições específicas para cada setor.

Quanto à consulta que lhe foi formulada, a Susep, após pronunciamentos convergentes das áreas técnica e jurídica, sustentou que a perda da cobertura de prejuízo causado à Administração é legal na hipótese de **ato doloso praticado pela Administração ou seu representante** (segurado), mas não na situação em que o ato ilícito doloso é praticado pelo contratado da Administração (tomador), sem o concurso do segurado.

Tal compreensão levou a autarquia a publicar a Carta Circular Eletrônica 1/2018, com os seguintes dizeres:

1. Considerando que diversas seguradoras efetuaram a inclusão de cláusula particular nas Condições Contratuais do Seguro Garantia, dispondo sobre a não cobertura de prejuízos decorrentes de atos de corrupção.
2. Considerando que as cláusulas inseridas pelas seguradoras, muitas vezes, apresentam textos genéricos e extremamente abrangentes com relação às situações, atos e pessoas que podem gerar a não cobertura.
3. Considerando a grande demanda de consultas de segurados questionando a regularidade e legalidade da referida cláusula.
4. Após posicionamentos exarados pela área técnica e jurídica da Susep, esclarecemos que:
5. Uma vez ocorrida a inadimplência contratual do tomador perante o objeto do contrato principal, sem atos ilícitos praticados pelo segurado neste contrato, a seguradora não poderá se isentar do pagamento da indenização.
6. Toda a questão relativa à perda da cobertura ou não, derivada de atos de corrupção, passará pela identificação de ato doloso do segurado ou seu representante, como derivado do art. 762 do Código Civil. Ou seja, caso o tomador tenha infringido normas anticorrupção, sem concurso ou conhecimento do segurado, seja no contrato objeto do seguro ou em outro contrato, havendo inadimplemento no primeiro, resta o dever de indenizar.
7. Assim, a cláusula somente poderá dispor que não estarão cobertos atos dolosos violadores de normas anticorrupção, perpetrados pelo segurado ou seu representante legal e pelo tomador ou seu representante legal.
8. Em função do descrito acima, as seguradoras que tiverem produto contendo cláusula em desacordo com o entendimento acima descrito deverão, no prazo de 30 dias a contar da publicação desta Carta Circular, alterar seus produtos visando adequar a cláusula em questão aos termos desta Carta Circular.

A Selog, de seu turno, tem entendimento mais restritivo quanto à possibilidade de perda de cobertura da Administração, sustentando que mesmo os atos dolosos praticados por agentes públicos violadores da Lei Anticorrupção não são capazes de afastar o dever de indenização. E o faz amparada nos fundamentos que abaixo transcrevemos na íntegra:

24. Todavia, algumas questões merecem ponderação. Necessário sopesar que o Estado, como pessoa jurídica, é um ser intangível, o qual se faz presente no mundo jurídico por meio de seus agentes, pessoas físicas, cuja conduta é a ele imputada. Dentro do conceito de agentes, incluem-se desde aqueles com amplo poder decisório, que ocupam níveis hierárquicos mais elevados, até trabalhadores que exercem funções menos complexas (José dos Santos Carvalho Filho – Manual de Direito Administrativo, 31ª edição, p. 600).
25. Segundo a teoria do órgão, adotada majoritariamente pela doutrina brasileira, a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, composto por agentes que manifestam a sua vontade. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, 21ª edição, p. 480), existem limites a essa teoria, pois, para que se reconheça a imputabilidade ao Estado, é necessário que o agente esteja investido de poder jurídico.
26. Surge, assim, uma primeira indagação quanto aos agentes públicos cujos atos teriam o condão de implicar a Administração Pública enquanto responsável pela violação de normas anticorrupção.
27. Um segundo ponto que suscita melhor detalhamento diz respeito ao fato de a cláusula do seguro-garantia em análise prever a prática de ilícitos pela Administração contra si própria. Isso porque a Lei Anticorrupção - Lei 12.846/2013 - dispõe sobre a responsabilização objetiva

administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos em seu benefício ou interesse, justamente, contra a Administração Pública. Indaga-se como poderia a Administração, por meio de seus agentes, praticar atos contra seu próprio patrimônio, em seu próprio proveito.

28. O art. 5º da Lei Anticorrupção define atos lesivos à Administração enquanto aqueles que atentem contra o patrimônio público, princípios da Administração, ou compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

29. Por um lado, verifica-se que a lei se volta à responsabilização de pessoas jurídicas, que cometam os referidos atos contra a Administração, sem prever a responsabilidade solidária desta ou a possibilidade de haver culpa concorrente.

30. De outra face, não se olvida que parcela dos atos lesivos elencados são praticados, necessariamente, com a concorrência de agentes públicos. Todavia, nesse caso, estariam esses atuando em benefício e interesse próprios, e não da Administração. Uma vez que a lei pressupõe essa condição para responsabilizar a pessoa jurídica, descaberia, assim, falar em imputação da conduta ao ente administrativo.

31. Cumpre mencionar que o inciso X do artigo 7º da Lei 12.846/2013 dispunha que, na aplicação das sanções previstas, seria considerado o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público para a ocorrência do ato lesivo.

32. Contudo, tal dispositivo foi vetado, nos termos da Mensagem 314/2013, sob a justificativa de que não haveria sentido sopesar a penalidade aplicável à pessoa jurídica infratora em razão do comportamento do servidor público que contribuiu para a prática do ato lesivo à Administração Pública. Eis o teor da mensagem:

Tal como proposto, o dispositivo iguala indevidamente a participação do servidor público no ato praticado contra a administração à influência da vítima, para os fins de dosimetria de penalidade. Não há sentido em valorar a penalidade que será aplicada à pessoa jurídica infratora em razão do comportamento do servidor público que colaborou para a execução do ato lesivo à administração pública.

32. Essa tese ratifica o raciocínio segundo o qual não seria possível conceber a responsabilização da Administração em atos tipificados como lesivos na norma anticorrupção.

Descaberia, dessa forma, falar-se em afastar a cobertura de prejuízos e demais penalidades “causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas de anticorrupção”, uma vez que não se vislumbra hipótese em que o agente público incorra nesses ilícitos representando os interesses do ente segurado.

Apesar do louvável propósito de maximizar a proteção da Administração Pública, nosso entendimento, com as devidas escusas, é distinto do que propugnado pela secretaria técnica.

A razão central desta divergência reside nos expressos termos do art. 762 do Código Civil, segundo o qual “nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”.

O texto legal contempla expressamente a hipótese do ato doloso praticado por **representante do segurado**, para afastar a validade da garantia. Não há, em todo o capítulo XV do Código Civil, dedicado a disciplinar o instituto do seguro, qualquer menção a situações que configurem exceções à regra, de modo a dispensar tratamento diferenciado.

A argumentação nuclear da Selog termina por criar uma exceção não prevista em lei, a partir da avaliação de convergência do ato praticado pelo representante com os interesses do representado. É o que se conclui da afirmação:

Descaberia, dessa forma, falar-se em afastar a cobertura de prejuízos e demais penalidades ‘causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas de anticorrupção’, **uma vez que** não se vislumbra hipótese em que o agente público incorra nesses ilícitos **representando os interesses do ente segurado** (grifos acrescidos).

Esse raciocínio acaba por retirar os efeitos para a Administração Pública dos atos praticados por seus servidores quando não guardam aderência aos interesses do Poder Público. Se fosse válida tal construção, haveria de também resultar na ausência de reponsabilidade do ente público perante terceiros quando o ato do servidor fosse praticado contra os interesses da Administração, de sorte que só a pessoa natural responderia.

Todavia, na Administração Pública os reflexos dos atos lesivos de seus servidores – atos dolosos ou não – no patrimônio da pessoa jurídica é de tal magnitude que acarretam a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e também das de direito privado prestadoras de serviços públicos. Tais entes responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, conforme expressa disposição constitucional (art. 37, § 6).

O art. 43 do Código Civil traz texto de teor assemelhado ao dispor que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, essa desvinculação de representatividade do ato praticado pelo agente, tal como propugnado pela Selog, não nos parece adequada, por colidir com os fundamentos que estruturam o liame entre o ato praticado pelo agente e a pessoa jurídica.

Não é por demais lembrar que as pessoas jurídicas se obrigam pelos atos de seus administradores. Especificamente em relação aos entes privados, caso seu administrador conte com poderes para autuar em nome da pessoa jurídica em um dado negócio, é a própria entidade que responderá pelas obrigações assumidas. Ainda que o inadimplemento decorra de culpa ou má-fé dos administradores, a entidade não poderá opor essas circunstâncias de índole subjetiva à outra parte, se a obrigação se originou do exercício do poder de representação. Pode a pessoa jurídica privada, entretanto, ajuizar eventuais ações regressivas contra os dirigentes que cometeram irregularidades no exercício de suas atribuições, causando-lhe prejuízo.

Cabe aqui destacar as palavras de Cristiano Chaves de Farias ao discorrer sobre a autonomia da pessoa jurídica (in *Direito Civil – Teoria Geral*. 2ª Edição, Lúmen Júris Editora, pág. 279):

‘Como sói acontecer, no exercício de suas atividades, a pessoa jurídica, necessariamente, trava relações jurídicas com terceiros, sendo possível que tais condutas, praticadas pelos seus representantes, integrantes, prepostos, empregados ou prestadores de serviços, decorram danos (patrimoniais ou extrapatrimoniais). Ocorrendo um dano, gerado por uma pessoa jurídica, deverá a entidade reparar integralmente o prejuízo sofrido pela vítima. (grifamos)

A responsabilidade da pessoa jurídica, também dita responsabilidade empresarial, pode decorrer da violação de obrigações previstas em negócios jurídicos (responsabilidade contratual, sediada no art. 389, CC) ou da infringência de deveres legais ou sociais, consistentes estes nos princípios gerais de direito (responsabilidade extracontratual ou aquiliana, com esteio nos arts. 186 e 932, III, CC)’.

Esses breves apontamentos acerca dos entes privados foram feitos para retornar à tese trazida pela Selog e ponderar que o mesmo raciocínio manejado em favor da Administração Pública, buscando apreciar a convergência do ato praticado pelo representante com o interesse do representado, poderia ser invocado por toda sorte de segurados que atuam por intermédio de representantes, alcançando a vastidão das pessoas jurídicas do setor privado. Assim, bastaria demonstrar que o ato ilícito do representante da pessoa jurídica de direito privado fora praticado contrariamente aos interesses do ente privado, e, portanto, sem legítima representação. Teríamos, então, uma ampliação desmedida de inclusão do dever de cobertura da garantia abrangendo os atos dolosos do representante do segurado, com afetação do setor de seguros em patamares desconhecidos.

Sem pretender aprofundar no tema, por desnecessário, não é demais anotar que mesmo a oposição de excesso por parte dos administradores do ente a terceiros, prevista no art. 1.015 do Código Civil (que em certa medida acolheu a doutrina *ultra vires*), encontra estreitos limites e deve interpretado à luz da teoria da aparência e da boa-fé, conforme enunciado da 1ª Jornada de Direito Comercial/STJ (in Código Civil Comentado. Nelson Nery Junior. 10ª ed. São Paulo, Revisa dos Tribunais, 2013, p. 1032):

A regra do art. 1,015, parágrafo único, do Código Civil deve ser aplicada à luz da teoria da aparência e do primado da boa-fé objetiva, de modo a prestigiar a segurança do tráfego nacional. As sociedades se obrigam perante terceiros de boa-fé

Também nos escapa a relação feita pela unidade técnica (para amparar sua proposta) entre a questão em debate e o fato de que “a lei [anticorrupção] se volta à responsabilização de pessoas jurídicas, que cometam os referidos atos contra a Administração, sem prever a responsabilidade solidária desta ou a possibilidade de haver culpa concorrente”, ou ainda, o mencionado veto presidencial ao dispositivo que relacionava conduta de servidor público à dosimetria da pena à pessoa jurídica privada.

A Selog faz esses registros para, em seguida, afirmar que “essa tese ratifica o raciocínio segundo o qual não seria possível conceber a responsabilização da Administração em atos tipificados como lesivos na norma anticorrupção”. Porém, a questão em foco nos autos não diz respeito diretamente à responsabilização e sim à cobertura da garantia, objeto de relação contratual. Embora conceitos e dispositivos legais sobre a responsabilização possam ser apreciados para a melhor solução a ser dada à questão, não se trata aqui de responsabilizar a tomadora (empresa contratada) ou a seguradora pelo ilícito de corrupção, razão por que pensamos que os específicos fundamentos que foram reproduzidos no parágrafo anterior não se mostram hábeis a sustentar a conclusão proposta.

De mais a mais, não faria mesmo sentido a Lei Anticorrupção prever a própria responsabilização da Administração Pública, lesada em seu patrimônio. Tampouco caberia tratar dos agentes públicos envolvidos, pois o ordenamento jurídico já tem ampla e detalhada previsão quanto à responsabilização desses atores na reparação do dano e nas sanções civis e penais, lembrando que a referida lei veio dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de **pessoas jurídicas** pela prática de atos contra a administração pública.

Outro ponto que merece ponderação – embora não seja a questão central – diz respeito ao inescapável encarecimento desta modalidade de seguro, caso prevaleça a tese sugerida pela Selog.

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico

A inclusão de cobertura para atos dolosos na forma proposta evidentemente eleva o risco da garantia e por consequência lógica afeta o preço do prêmio a ser pago. Embora este prêmio seja pago pelo tomador (contratado), seu valor é, na prática, transferido para o segurado (Administração Pública), pois estará embutido no valor do contrato celebrado entre a Administração Pública e o contratado.

No fim das contas quem arca com o valor do prêmio é a própria Administração Pública, cujo montante pode se tornar excessivo, desvantajoso e inviável, sobretudo em cenário em que se multiplicam as descobertas de atos de corrupção no Poder Público.

Assim, a ampliação da cobertura para os casos dolosos pode ter como consequência a inviabilização do seguro-garantia e a perda deste instrumento para a garantia das situações ordinárias de risco, dos quais tradicionalmente se busca proteção.

Relativamente ao posicionamento da Susep, partilhamos do entendimento a que chegou a Autarquia de que resta firme o dever de indenizar o segurado (Administração Pública) caso o ato violador das normas anticorrupção seja praticado pelo tomador, sem concurso com agente público, exatamente porque ofenderia a lógica jurídica transferir para o poder público o ônus do ato que foi praticado por terceiro, com a perda do direito à indenização.

Ante tudo o que se disse, este representante do Ministério Público junto ao TCU, manifesta-se no sentido de que se conheça da presente Consulta para responder ao consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem recusar apólice de seguro apresentada por empresa vencedora de certame licitatório, para garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas no contrato, caso contenha cláusula que exclua de cobertura prejuízos e demais penalidades causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas de anticorrupção praticados pelo tomador ou seus representantes.

Ministério Público, em 16 de janeiro de 2019.

(Assinado Eletronicamente)

Marinus Eduardo De Vries Marsico
Procurador