GRUPO II – CLASSE III – Plenário
TC 030.174/2018-0
Natureza: Consulta
Órgão: Tribunal Superior do Trabalho
Representação legal: não há

SUMÁRIO: CONSULTA. PRESIDENTE DO TST. LICITAÇÃO. SEGURO-GARANTIA. CONTROVÉRSIAS SOBRE A ACEITAÇÃO DE CLÁUSULA QUE EXCLUA DA COBERTURA PREJUÍZOS E DEMAIS PENALIDADES CAUSADOS OU RELACIONADOS A ATOS OU FATOS VIOLADORES DE NORMAS ANTICORRUPÇÃO. CONHECIMENTO. RESPOSTA AO CONSULENTE.

- Consulta formulada pelo Presidente do TST que busca saber se 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.

- Consulta motivada pelo elevado número de casos em que as seguradoras têm incluído nos contratos de seguro-garantia a exceção acima mencionada.

- Os contratos de seguro, em geral, são regulados pelas disposições do Código Civil, que não contém qualquer referência específica aos contratos de seguro-garantia, cuja disciplina está sob a responsabilidade da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

- O seguro-garantia não é um contrato de seguro tradicional, pois tem características próprias, *sui generis*, mas que incorporam tanto algumas características do contrato de seguro quanto outras que são típicas da fiança onerosa, razão pela qual as disposições do Código Civil sobre os contratos de seguro devem ser aplicadas ao seguro-garantia com temperamentos, especialmente no que concerne ao seu art. 762, 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 art. 762 do Código Civil busca evitar que o tomador (contratante do seguro) se beneficie de atos dolosos que busquem fraudar a essência desses contratos, ou seja, inspira-se na boa-fé objetiva e no princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

- Referido dispositivo adota como premissa os contratos de seguro tradicionais, cujas características são apenas parcialmente aplicáveis ao seguro-garantia, principalmente pelo fato de, especificamente no caso do art. 56 da Lei nº 8666/93, o seguro-garantia ter a finalidade de proteger a Administração Pública

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

contratante (que é a segurada) do próprio contratado (que é o tomador), caso venha a inadimplir suas obrigações.

- No mesmo sentido é o entendimento do órgão especializado no assunto, a Susep, que, por meio da Carta Circular Eletrônica da Susep nº 1/2018, alterou a Circular-Susep nº 477/2013, para estabelecer que "*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*".

- Admitir a continuidade da atual prática das seguradoras de incluir cláusula limitadora de suas responsabilidades no caso de ato de corrupção tanto do tomador quanto do segurado é tolerar o elevado risco de ineficácia ampla do seguro-garantia, tendo em vista que, conforme apontado pela Susep, "*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*".

- Por outro lado, impor à seguradora o dever de cobrir os prejuízos decorrentes de atos de corrupção para os quais a própria Administração Pública concorreu seria permitir o benefício da própria torpeza de quem é o principal beneficiário do seguro-garantia, além de elevar os custos desse tipo de contratação a patamares desconhecidos, mas que, ao fim e ao cabo, teriam de ser suportados pelos cofres públicos.

- Discussões relativas a quem deu causa ao prejuízo a ser coberto pela seguradora são inerentes à realidade do mercado de seguros e, independentemente da resposta que se dê à presente consulta, continuarão a ocorrer, tendo em vista as hipóteses legais que admitem a isenção de responsabilidade da seguradora.

- Conhecimento da presente consulta para dar ao consulente a seguinte resposta:

- Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal podem aceitar 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 que tenham sido provocados pelo segurado ou seu representante, seja isoladamente, seja em concurso com o tomador ou seu representante.

- Por outro lado, 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 - que contenha cláusula que exclua de cobertura prejuízos e demais penalidades causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas de anticorrupção

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

que tenham sido provocados exclusivamente pelo tomador ou seu representante, sem o concurso do segurado ou seu representante.

RELATÓRIO

Transcrevo, abaixo, o inteiro teor do parecer lavrado no âmbito da Selog, com o qual se manifestaram de acordo os seus dirigentes (peças 5 a 7):

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de consulta formulada pelo Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), por meio da qual submete ao TCU o seguinte questionamento (peça 1):

> *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?*

EXAME DE ADMISSIBIILDADE

2. Inicialmente, deve-se registrar que a consulta preenche os requisitos de admissibilidade constantes do art. 264, § 1º, do Regimento Interno (RI) do TCU, haja vista conter a indicação precisa do seu objeto e ter sido formulada articuladamente. O parecer do órgão de assistência jurídica encontra-se à peça 1, p. 15-20.

3. Além disso, a autoridade consulente possui legitimidade para formular consulta ao Tribunal, consoante o disposto no art. 264, inciso V, do RI/TCU, havendo pertinência temática às respectivas áreas de atribuição das instituições que representa, nos termos do § 2º do dispositivo.

4. Esse último ponto se verifica, notadamente, em razão de o CSJT, órgão presidido pelo titular do TST, ter por competência a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial de toda a justiça trabalhista de primeiro e segundo graus, nos temos do art. 111, § 2º, da Constituição Federal.

5. Dessa forma, a consulta poderá ser recebida, nos termos do art. 264 do Regimento Interno do TCU. O posicionamento encontra precedentes no TC 001.728/2015-6 (Acórdão 784/2016-TCU-Plenário, Relator: Ministro Vital do Rêgo) e no TC 017.752/2011-6 (Acórdão 2.957/2011-TCU-Plenário, Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho).

6. Por fim, o art. 265 do RI/TCU requer que as consultas não versem sobre caso concreto, sendo que o presente processo atende a tal exigência.

EXAME TÉCNICO

7. Trata-se de consulta quanto à aplicação do art. 56 da Lei 8.666/1993; do item 3, Anexo VII-F, da Instrução Normativa (IN) 5/2017 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (Seges/MP); e do item 11, Capítulo I, Ramo 775, da Circular da Superintendência de Seguros Privados (Susep) 477/2013, concernentes ao seguro-garantia prestado nas contratações públicas.

8. Especificamente, questiona-se a legalidade da inclusão, pela seguradora, de cláusula na apólice do seguro, afastando a cobertura de prejuízos decorrentes de atos ou fatos violadores das

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

normas anticorrupção, perpetrados pelo segurado (Administração), tomador (contratado) ou controladas, controladoras e coligadas, seus respectivos sócios/acionistas, representantes, titulares ou funcionários.

9. Nos termos do art. 56 da Lei 8.666/1993, a garantia nas contrações de obras, serviços e compras, uma vez prevista em instrumento convocatório e exigida pela autoridade competente, será prestada pelo contratado, que poderá eleger, dentre outras, a modalidade seguro-garantia.

10. Por sua vez, a IN 5/2017-Seges/MP (Anexo VII-F, item 3, alíneas "b" e "c") especifica os pagamentos que são assegurados por meio da garantia prestada:

> *b) A garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, assegurará o pagamento de:*
>
> *b.1. prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato;*
>
> *b.2. prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;*
>
> *b.3. multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e*
>
> *b.4. obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber.*
>
> ***c) A modalidade seguro-garantia somente será aceita se contemplar todos os eventos indicados no alínea "b" do subitem 3.1 acima, observada a legislação que rege a matéria**; (grifo nosso)*

11. A Circular-Susep 477/2013 divide o seguro-garantia em dois ramos: público e privado. O seguro-garantia público, nos termos do art. 4º do regulamento, objetiva garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

12. O parágrafo único do dispositivo em referência prevê: "Encontram-se também garantidos por este seguro 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".

13. O item 11 do Capítulo I da circular dispõe sobre as situações que ensejam perda de direitos:

> *O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses:*
>
> *I – Casos fortuitos ou de força maior, nos termos do Código Civil Brasileiro;*
>
> *II – Descumprimento das obrigações do tomador decorrente de atos ou fatos de responsabilidade do segurado;*
>
> *III – Alteração das obrigações contratuais garantidas por esta apólice, que tenham sido acordadas entre segurado e tomador, sem prévia anuência da seguradora;*
>
> *IV – Atos ilícitos dolosos ou por culpa grave equiparável ao dolo praticados pelo segurado, pelo beneficiário ou pelo representante, de um ou de outro;*
>
> *V – O segurado não cumprir integralmente quaisquer obrigações previstas no contrato de seguro;*
>
> *VI – Se o segurado ou seu representante legal fizer declarações inexatas ou omitir de má-fé circunstâncias de seu conhecimento que configurem agravação de risco de inadimplência do tomador ou que possam influenciar na aceitação da proposta;*
>
> *VII – Se o Segurado agravar intencionalmente o risco;*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

14. Afirma o consulente que tem verificado situações em que algumas seguradoras, alegando uma quantidade considerável de ocorrências relacionadas à corrupção envolvendo agentes públicos, estão inserindo nas apólices cláusula intitulada "Condições Particulares", com o seguinte conteúdo:

> *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.*

15. De fato, avalia-se pertinente a preocupação da autoridade consulente, no sentido de que referida disposição possa não se compatibilizar com o previsto nos dispositivos da Lei 8.666/1993 e da IN 5/2017-Seges/MP acima mencionados.

16. Antes de apresentada ao TCU, a questão foi submetida pelo TST/CJST à análise da Susep, que apresentou pareceres com esclarecimentos sobre a matéria, cujos fundamentos merecem ser incorporados a esta instrução (peça 3).

17. De início, aquela superintendência esclarece que a inclusão de cláusula particular, alterando dispositivos das condições gerais estabelecidas na Circular Susep 477/2013, é possível, ante o que dispõe o art. 19 da norma (peça 3, p. 10-11).

18. Todavia, nos termos do entendimento da área técnica da Susep, essa permissão não alberga a inserção de disposições que afastem a cobertura de prejuízos decorrentes de eventos para os quais o segurado (no caso, a Administração Pública) não tenha concorrido.

19. O posicionamento converge com o defendido pela procuradoria especializada do órgão, exposto em parecer sobre a questão. Nesse documento, dispõe-se sobre a necessidade de atuação do segurado (Administração Pública) nos atos de corrupção para que seja admitida a isenção de responsabilidade da seguradora em eventual sinistro (peça 3, p. 5).

20. Em nota técnica, a procuradoria esclarece que a perda da cobertura, derivada de atos de corrupção, passará pela identificação de ato doloso do segurado ou seu representante. Embasando-se no art. 762 do Código Civil, explana que, caso o risco advenha de ato doloso do segurado, o contrato se torna nulo. Aplicando-se ao caso em tela o raciocínio, caso o tomador infringisse normas anticorrupção, ***sem concurso ou conhecimento do segurado****, não restaria configurado o ato doloso e, portanto, permaneceria o dever de indenizar.*

21. Em razão dessas observações, a procuradoria sugere a alteração da Circular-Susep 477/2013, para que se afaste interpretação em sentido contrário à defendida.

22. A recomendação foi levada em consideração pelo órgão, tendo sido publicada a Carta Circular Eletrônica Susep 1/2018, a tratando da questão em debate (peça 4):

> *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:*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

> *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.*

23. Os argumentos prestados pela Susep e por sua procuradoria especializada demonstram certa plausibilidade. De fato, não se apresenta razoável qualquer raciocínio que afaste a garantia de recomposição de danos causados à Administração para os quais essa não tenha concorrido. Interpretação em contrário esvaziaria o sentido da norma que permite a exigência da garantia contratual.

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;*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

> *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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

33. Destarte, avalia-se que a previsão constante do seguro garantia ora em análise não se compatibiliza com o art. 55, inciso V, e art. 56 da Lei 8.666/1993, e, ainda, afasta hipótese de pagamento assegurado por meio da garantia prestada à Administração, nos termos do item 3, alínea "b" do Anexo VII-F da IN 5/2017-Seges/MP, aplicável aos órgãos da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

34. De tal forma, entende-se que não se deve aceitar apólice de seguro apresentada por empresa vencedora de certame licitatório, como única garantia de execução 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 anticorrupção, os quais devem ser considerados riscos à execução contratual.

CONCLUSÃO

35. A presente consulta deve ser conhecida, satisfeitos os requisitos do art. 264, inciso V e §§ 1º e 2º, e do art. 265 do RI/TCU (itens 2-6 desta instrução).

36. Considera-se não ser pertinente interpretação que possibilite a aceitação de garantia contratual em que seja prevista a exclusão de cobertura de prejuízos causados ou relacionados a atos e fatos violadores da norma anticorrupção (itens 7-34 desta instrução).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

37. Diante do exposto, propõe-se:

*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;*

*c) **informar** ao consulente, ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e à Superintendência de Seguros Privados que o conteúdo da deliberação que vier a ser proferida poderá ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos; e*

*d) **arquivar** os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno deste Tribunal.*

2. O Ministério Público junto ao TCU, a seu turno, em parecer lavrado pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, assim se manifestou, no mérito:

"*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.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

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)'.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

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.

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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.

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."

3. É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61293404.